

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

DECIZIE

Nr. 946/C9/909

Data: 27.04.2023

Prin contestația nr. 62/03.04.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 18062/04.04.2023, depusă de privind procedura simplificată, organizată de în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect *Execuție lucrări aferente obiectivului de investiții: Reabilitare drumuri vicinale în comuna Voitin, județul Suceava*, contestatoarea a solicitat obligarea autorității contractante să adopte măsurile necesare restabilirii legalității documentației de atribuire și suspendarea procedurii până la soluționarea contestației.

Prin Încheierea nr. 1001/C9/909/05.04.2023, cererea de suspendare a procedurii de atribuire a fost respinsă, ca rămasă fără obiect.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care critică conținutul documentației de atribuire, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea prezintă pe scurt situația de fapt, arătând că, în urma studierii documentației de atribuire, a constatat că s-a încălcat legislația din domeniul achizițiilor publice, împiedicând depunerea unei oferte admisibile, astfel:

În fișa de date a achiziției, secțiunea III.1.1a, pentru documentele ce pot fi prezentate ca dovadă a neîncadrării operatorilor economici în situația de excludere prevăzută la art. 165 din Legea nr. 98/2016, se precizează: Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmează a fi prezentate, la solicitarea autorității/ entității contractante doar ofertantului clasat pe primul loc în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor sunt:

- certificate constatatoare privind lipsa datoriilor restante, cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget local, buget de stat etc.) la momentul prezentării

Contestatoarea consideră că cerință contravine prevederilor art. 165 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Solicită obligarea autorității contractante să modifice documentația de atribuire, în sensul că, pentru îndeplinirea acestei cerințe, să accepte:

- prezentarea de certificate constatatoare privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget local, buget de stat etc.) valabile la momentul prezentării, pentru sediul principal, iar pentru sediile secundare/punctele de lucru, o declarație pe propria răspundere privind îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul general consolidat datorate, în conformitate cu prevederile art. 165 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

În fișa de date la secțiunea III.1.6) Depozite valorice și garanții precum și în modelul de contract la art. 12, autoritatea contractantă limitează modalitatea de constituire a garanției de participare și cea de buna execuție astfel:

(...) Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condițiile legii.

Însă această modalitate de constituire a garanției de participare și a garanției de bună execuție nu respectă prevederile art. 154 alin. (4) din Legea nr. 98/2016

Contestatoarea arată că autoritatea contractantă impune și o cerință restrictivă și anume *emiterea instrumentului de garantare este de preferat ca acesta să fie emis de către o bancă cu corespondent în România*, sens în care solicită obligarea autorității contractante să modifice documentația de atribuire, respectiv să accepte constituirea garanției de participare, precum și a garanției de execuție în conformitate cu prevederile art. 154 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

În fișa de date la secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, alin. 8, se solicită:

Ofertanții vor prezenta în cadrul ofertei tehnice că au acces la următoarele:

- *stație de betoane autorizată la zi;*
- *balastiera autorizată la zi;*
- *laborator de încercări materiale.*

În caietul de sarcini la pag. 12, se solicită:

Cerințe de calitate pentru materiale: Certificarea calității principalelor materiale puse în operă (Betoane, otel beton). Se vor prezenta Declarații / Certificate de conformitate CE / orice alte documente emise de organisme independente care certifică calitatea produselor. Ofertanții vor prezenta în cadrul ofertei tehnice că au acces la următoarele:

- stație de betoane autorizată la zi;
- balastieră autorizată la zi;
- laborator de încercări materiale.

Referitor la resursele tehnice solicitate, conform prevederilor Legii nr. 98/2016, în caietul de sarcini, se poate solicita ca ofertantul să prezinte în propunerea sa tehnică modalitatea de acces la resursele tehnice/utilajele/ echipamentele de care dispune operatorul economic, fără a impune anumite tipuri de echipamente, anumite condiții tehnice care să fie îndeplinite de aceste echipamente instalații și/sau prezentarea unor dovezi privind deținerea/disponerea acestora.

Se invocă prevederile art. 172 alin. (1) și art. 179 lit. j) din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, dacă autoritatea contractantă are o justificare pertinentă și dorește ca ofertanții să facă dovada accesului la anumite utilaje/ecipamente, avea dreptul să formuleze o cerință de calificare, în fișa de date a achiziției.

În continuare, contestatoarea face trimitere la prevederile art. 30 alin. (4) și (6) din HG nr. 395/2016.

În opinia contestatoarei, caracterul nescris al clauzei conduce la concluzia că aceasta, nefiind scrisă, nu este menționată în documentația de atribuire, situația fiind similară inexistenței respectivei cerințe.

Având în vedere că autoritatea contractantă a ales să nu uzeze de dreptul său, expres reglementat de prevederile art. 179 din Legea nr. 98/2016, de a aplica/stabili în cadrul prezentei proceduri de atribuire criterii de calificare privind capacitatea tehnică și profesională referitoare la utilajele, instalațiile și echipamentele tehnice aflate la dispoziția operatorului economic pentru executarea contractului de lucrări, alegând să le includă aceste cerințe doar în caietul de sarcini, devin aplicabile prevederile art. 26 alin. (6) din HG nr. 394/2016, operatorii economici nefiind obligați să le respecte în elaborarea ofertelor.

Față de cele de mai sus, contestatoarea solicită obligarea autoritatea contractantă să elimine din caietul de sarcini și din fișa de date - secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, obligația ofertanților de a prezenta modalitatea de acces la aceste utilaje/ecipamente ca fiind o cerință nelegală.

În fișa de date la secțiunea IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare este specificat pentru Formulare F3 se vor prezenta următoarele: (...) Formularele F5 - Fișele tehnice;

Având în vedere tipul procedurii, precum și faptul că nu există fișe tehnice puse la dispoziție de autoritatea contractantă, vă solicităm să obligați autoritatea contractantă să elimine solicitarea de a se prezenta în cadrul propunerii financiare Formularele F5 - Fișele tehnice ca fiind o cerință nelegală/nefondată.

În caietul de sarcini la pag. 27-28, secțiunea Modul de prezentare al propunerii financiare, se solicită: *Ofertantul clasat pe locul I trebuie să*

demonstreze că la momentul solicitării documentelor suport DUAE va avea acces sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, depozite bancare, linii de credit confirmate de bănci ori alte resurse financiare, în original, suficiente pentru a realiza un cash flow de execuție a lucrării de minim 828.282,95 lei, fără TVA, suficient pentru desfășurarea activităților, sumă care va fi destinată exclusiv îndeplinirii viitorului contract pentru o perioadă de 2 luni de la data semnării acestuia cu autoritatea contractantă, independent de alte angajamente contractuale ale operatorului economic.

În cuprinsul anunțului de participare simplificat/fișei de date nu a fost inserată nicio mențiune cu privire la solicitarea dovedirii unor resurse financiare, cu scopul de a acoperi un anumit cash flow de execuție a activităților, la capitolul III.1.2) *Situația economică și financiară* fiind precizate următoarele: *Criteriile de selecție enunțate în documentele achiziției: Nu.*

Sunt invocate prevederile art. 175 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, precum și cele ale art. 30 alin. (4) și (6) din HG nr. 395/2016.

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 dovedească 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, potrivit art. 29 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Drept urmare, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante să elimine din caietul de sarcini cerința conform căreia ofertantul desemnat câștigător trebuie să dovedească accesul la resurse financiare *suficiente pentru a realiza un cash flow de execuție a lucrării suficient pentru desfășurarea activităților, sumă care va fi destinată exclusiv îndeplinirii viitorului contract pentru o perioadă de 2 luni de la data semnării acestuia cu autoritatea contractantă*, ca fiind o cerință nelegală, fiind incidente prevederile art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

În caietul de sarcini la pag.12-15, autoritatea contractantă prezintă lista cu personalul responsabil de execuția lucrărilor și anume:

Resurse de personal: Se prezintă o Listă cu personalul cu responsabilități majore în execuția lucrărilor. Se va avea în vedere personalul direct implicat în execuția lucrărilor respectiv minim următorul personal: cel propus prin Legea 10/1996 republicată în 30.09.2016 - Legea privind calitatea în construcții. Pentru personalul nominalizat se va demonstra capacitatea profesională prin CV actualizat, însușit, copii „conform cu originalul” după diplomele care-i atestă specialitatea și dovada participării în cel puțin 5 proiecte similare.

PERSONAL RESPONSABIL CU EXECUȚIA LUCRĂRILOR:

1. Manager de proiect /Reprezentant la antreprenorului - inginer de specialitate CFDP sau echivalent
2. Șef șantier - inginer de specialitate CFDP sau echivalent
3. Responsabil tehnic cu execuția pentru construcții rutiere si de drumuri
4. Responsabil cu sănătatea și securitatea muncii pe șantier
5. Manager în sistemele de management al calității
6. Inginer hidrotehnist sau echivalent - inginer de specialitate hidrotehnice sau echivalent.

În vederea demonstrării îndeplinirii cerinței se vor prezenta documente care să probeze modul în care va fi asigurată participarea la îndeplinirea viitorului contract (contracte de munca/extras revisal, declarație disponibilitate a persoanei respective, de participare pe întreaga perioadă de derulare a contractului de lucrări, copie atestat MLPAT și sau MCIN, după caz, alte documente care să probeze cerința solicitată).

Nota 1:

Pentru specialiștii menționați mai sus se vor prezenta următoarele:

- CV actualizat, însoțit;
- Dovada participării în cel puțin 5 proiecte similare. Documentele care să probeze experiența specifică solicitat: Curriculum vitae, recomandări/procese verbale, etc.;
- Diploma de studii/Atestat, etc.;
- Relația juridică dintre ofertant si personalul prezentat (CIM/Extras revisal sau declarație de disponibilitate, etc)"

Se redă art. 4 alin. (3) din Instrucțiunea presedintelui ANAP nr. 1/2017.

Astfel, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante să elimine din caietul de sarcini cerințele de studii, de experiență generală de minim 5 ani, cerința privind nominalizarea, prezentarea de documente justificative la ofertare (CV, atestate, legitimații, etc) pentru Specialistul RTE, Responsabil cu controlul calității (CQ), Responsabil SSM, Managerul în sistem de management al calității, deoarece pentru personalul responsabil cu execuția lucrărilor sunt formulate cerințe minime de calificare care sunt excesive în raport cu momentul ofertării.

La nivelul caietului de sarcini autoritatea contractanta poate solicita la momentul ofertării doar cerințe cu privire la studii si/sau pregătire profesională, prezentarea de documente justificative la ofertare (CV, atestate, legitimații etc.) doar pentru experții-cheie respectiv manager de proiect și șef șantier.

Autoritatea contractantă poate să impună nominalizarea la momentul depunerii ofertei doar pentru acei experți care pot face obiectul criteriilor de calificare (dacă sunt stabilite de autoritate astfel de criterii), al factorilor de evaluare (dacă autoritatea a stabilit astfel de factori de evaluare) și/sau pentru experții-cheie pentru care se pot

impune cerințe minime în caietul de sarcini conform Instrucțiunii ANAP nr. 1/2017 (art. 3 alin. 2).

Pentru experții non cheie, experți care își desfășoară activitatea în baza unei autorizări/atestări prin raportare la prevederile art. 3 alin. (3) și alin. (4) din cadrul Instrucțiunii președintelui ANAP nr. 1/2017, autoritatea contractantă nu poate impune condiții de studii, pregătire, experiență profesională, din considerentul că astfel de condiții au fost verificate de către instituțiile abilitate din domeniu, care au eliberat documentele în baza cărora își pot desfășura activitatea, nu se cere nominalizare, prezentare de documente justificative la ofertare (CV, atestate, legitimații etc.).

Se poate solicita ca, în propunerea tehnică, să fie descris momentul în care vor interveni acești experți în implementarea viitorului contract, precum și modul în care operatorul economic ofertant și-a asigurat accesul la serviciile acestora (fie prin resurse proprii, caz în care vor fi prezentate persoanele în cauză, fie prin externalizare, situație în care se vor descrie aranjamentele contractuale realizate în vederea obținerii serviciilor respective).

În conformitate cu prevederile art. 3 alin. (4) din Instrucțiunea ANAP nr. 1/2017, Specialistul RTE intră în categoria specialiștilor care își exercită activitatea în baza unei atestări/autorizări specifice emise de organisme abilitate în acest sens, din domeniu; pentru aceștia nu se cer la ofertare documente justificative, nominalizare, nu se impun cerințe (în caietul de sarcini) cu privire la studii/pregătire/experiență profesională, din considerentul că aceste aspecte au fost verificate la obținerea documentului de atestare.

În aceeași ordine de idei, referitor la cerințele formulate pentru pozițiile de responsabil cu controlul calității (CQ) și responsabil SSM, managerul în sistem de management al calității, aceștia fac parte din categoria personal de conducere, care este asimilat posturilor/pozițiilor din cadrul structurii organizatorice a unui operator economic prin care se asigură funcția de conducere/management a respectivei entități conform prevederilor art.179 lit. g) din Legea nr.98/2016, deci cerințele minime de calificare pentru acești specialiști intră sub incidența prevederilor art. 2 din Instrucțiunea președintelui ANAP nr. 1/2017 și sunt specifice secțiunii III.1.3.a) din fișa de date, și nu caietului de sarcini; astfel, se solicită obligarea autoritatea contractantă să elimine aceste cerințe de calificare din caietul de sarcini atâta timp cât autoritatea contractantă nu a formulat cerințe de calificare cu privire la aceștia.

Prin precizarea unor cerințe pentru acești experți în caietul de sarcini sunt incidente prevederile art. 30 alin (6) din HG nr. 395/2016.

Totodată, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante să elimine din lista personalului responsabil cu execuția lucrărilor inginer hidrotehnist sau echivalent, responsabil cu execuția lucrărilor de apă pluvială, precum și prezentarea de documente astfel cum sunt solicitate

la Nota 1 de mai sus, această cerință fiind una excesivă, restrictivă, având în vedere obiectul contractului și anume acela de lucrări de reabilitare drumuri și nu lucrări hidrotehnice, de apă, canal: (...)

Este adevărat că în cadrul contractului sunt propuse a se executa și lucrări pentru scurgerea apelor pluviale, dar de aceste lucrări este responsabil inginerul CFDP, deoarece pentru colectarea și scurgerea acestora se vor realiza șanțuri din pământ, șanț pereat din beton, rigole pereate și de rigole de acostament, așa cum de altfel este menționat la pag. 9 în caietul de sarcini.

În caietul de sarcini la pag. 15, imediat după cerințele cu privire la expertii cheie și non cheie, autoritatea contractantă face următoare precizare: *Atenție! Colaboratorii sunt considerați subcontractanți conform cu dispozițiile prevăzute la art. 51 din H.G. 395 / 2016 de unde rezultă că pentru orice activitate care face obiectul contractului de achiziție publică, îndeplinită de un alt operator economic, altul față de ofertant, acesta trebuie să aibă statutul unui subcontractant.*

Ținând cont de cele menționate în art. 51 din HG 395/2016 atunci când pentru o parte dintre lucrările ce fac obiectul contractului de achiziție publică pentru care s-a depus oferta, ofertantul știe că nu o poate realiza decât prin intermediul unui alt operator economic, acestuia revenindu-i obligația de a încheia un acord de subcontractare, declarând partea din lucrare ca fiind executată de un subcontractant.

Se face referire la prevederile art. 3 alin. (1) lit. yy) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, se solicită obligarea autorității să elimine din caietul de sarcini nota de mai sus, ca fiind una nelegală, și contrară inclusiv cu Decizia CJUE în cauza C-403/21.

În caietul de sarcini la pag. 15, autoritatea contractanta menționează: *Nota 2: Propunerea tehnică privind personalul va fi prezentată tabelar. Numărul mediu de personal:*

Se va prezenta o declarație cu privire la numărul mediu anual de personal al operatorului economic care executa lucrări și numărul personalului de conducere din ultimele 12 luni din care să rezulte că numărul mediu anual de personal al operatorului economic care a executat lucrări în ultimele 12 luni a fost de minim 30 persoane.(...)

Pentru demonstrarea cerinței se va prezenta extras revisal sau orice formă pentru a demonstra cerința. (..).

Având în vedere prevederile art. 179 din Legea nr. 98/2016, art. 30 alin. (4) din HG nr. 395/2016, precum și cerințele menționate în documentația de atribuire, cerința cu privire la prezentarea Declarației cu privire la numărul mediu anual de personal al operatorului economic care executa lucrări și numărul personalului de conducere din ultimele 12 luni din care să rezulte că numărul mediu anual de personal al operatorului economic care a executat lucrări în ultimele 12 luni a fost de minim 30 persoane, constituie o cerință de calificare, făcând referire la

capacitatea tehnică și profesională a operatorului economic, astfel cum sunt cerințele menționate la art. 179 din Legea nr. 98/2016, nefiind o specificație tehnică de natura celor care se includ în caietul de sarcini, conform prevederilor art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016.

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 dovedească posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare, potrivit art. 29 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Drept urmare, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante să elimine din caietul de sarcini cerințele cu privire la personal, precum și prezentarea de documente justificative pentru aceștia, dat fiind că aceasta este o cerință de calificare ce apare doar la pag. 15-16 din caietul de sarcini, fără a fi menționată în fișa de date a achiziției, în anunțul de participare simplificat, devenind incidente astfel prevederile art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

Caracterul nescris al clauzei conduce la concluzia că aceasta, nefiind scrisă, nu este menționată în documentația de atribuire, situația fiind similară inexistenței respectivei cerințe.

În concluzie, se solicită admiterea contestației.

Prin adresa nr. 4002/10.04.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 19561/11.04.2023, .. a transmis punctul său de vedere asupra contestației, prin care solicită respingerea acesteia, menținerea deciziei privind documentației de atribuire și continuarea procedurii de atribuire.

Pe cale de excepție, se solicită respingerea, ca inadmisibilă, a contestației, ca urmare a nerespectării prevederilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, întrucât nu rezultă din înscris că ar fi constituită cauțiunea în mod prealabil, după imperativul legal, orice constituire ulterioară a acesteia fiind lovită de tardivitate; pe fondul cauzei, respingerea contestației ca nefondată, urmare a constatării netemeinicii acesteia, cu consecința menținerii documentației de atribuire în forma aprobată de autoritatea contractantă; în consecință, continuarea procedurii de atribuire.

Prezintă situația de fapt și menționează următoarele:

Referitor la încălcarea prevederilor art. 165 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, contestatoarea se află într-o ușoară eroare și neînțelegere a termenilor menționați, deoarece autoritatea a respectat întocmai prevederile art. 165, 167 și 171 din Legea nr. 98/2016, incluzând în fișa de date la punctul III.1.1.a) mențiunea:

- după caz, documente prin care se demonstrează faptul că operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art.166 alin. (2), art. 167 alin. (2), art. 171 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice;
- alte documente edificatoare, după caz."

Se arată că se acceptă operatori economici care beneficiază de derogările prevăzute la art. 166 alin. (2), art. 167 alin. (2), art. 171 din Legea 98/2016, respectiv au datorii la bugetul general consolidate, datorii acceptate de către ANAF, astfel încât să nu blocheze contul în care se va face plata și lucrările vor putea fi finalizate. Mai mult decât atât prin mențiunea "alte documente", autoritatea contractantă, potrivit art. 165 alin. (3) din Legea 98/2016, acceptă declarație pe propria răspundere pentru sediile/punctele de lucru secundare.

Or, dacă exprimarea din fișa de date a achiziție la punctul III.1.1.a) nu era foarte clară pentru operatorii economici, aceștia puteau solicita clarificări și să aștepte răspunsul consolidat la solicitările de clarificări.

Se invocă faptul că societatea contestatoare a scos din context doar un fragment din fișa de date la punctul III. 1.1.a), fără a citi toate informațiile, invocând astfel un motiv de contestație nefondat și care ridică întrebări privind serozitatea lui de a finaliza lucrările în cazul în care ar fi declarat câștigător.

Referitor la motivul de nelegalitate privind modul de constituire a garanției de participare, respectiv a garanției de bună execuție, în același mod, a luat un paragraf, scoțându-l din context, fără a citi toate informațiile, astfel:

- în fișa de date achiziții, la punctul III.1.6.a) Garanție de participare, sunt menționate informațiile principale privind Garanția de participare, informațiile complete fiind în caietul de sarcini la pag. 22 - 24. Pe platforma SICAP la pct. III.1.6 este un număr limitat de caractere, respectiv 2000 de caractere pentru tot punctul III.1.6, astfel încât autoritatea contractantă a decis să includă pe platforma SICAP informațiile principale privind garanția de participare, informațiile complete fiind regăsite în caietul de sarcini la pag. 22-24.

Sunt invocate prevederile art. 154 alin. (5) din Lega nr. 98/2016 și art. 36 din HG nr. 36/2016, sens în care se supune atenției că însuși legiuitorul a impus prin modul de constituire a garanției de participare, ca aceasta, dacă este constituită în alt stat membru, să aibă corespondent în România, astfel încât să poată fi reținută, în condițiile legii, de către autoritatea contractantă.

În caietul de sarcini cât și în fișa de date a achiziției pentru modul de constituire a garanției de participare au fost menționate toate variantele stipulate la art. 36 din HG nr. 395/2016.

Totodată, prin mențiunea „emiterea instrumentului de garantare este de preferat ca acesta să fie emis de către o bancă cu corespondent în România”, autoritatea contractantă și-a exprimat opțiunea, dar nu și obligativitatea; autoritatea contractantă este o instituție a statului, fiind limitată de dreptul administrativ, îi este foarte greu să execute o garanție de participare în afara granițelor României, exprimându-și astfel opțiunea, dar nu și obligativitatea, ca aceasta să fie respectată.

Mai mult, în fișa de date a achiziției la pct. III.1.6.b) Garanție de bună execuție și în caietul de sarcini la pag. 21, autoritatea contractantă a menționat la modul de constituire a acesteia toate variantele date de legiutor, fără a limita în vreun fel modul de constituire:

Cuantumul garanției de bună execuție reprezintă 10 % din prețul contractului (fără TVA) și se va constitui în conformitate cu prevederile art. 40 din Anexa la HG nr. 395/2016.

Se arată că, în modelul de contract la art. 12, a dat posibilitatea ofertanților să constituie garanție de participare prin orice metodă dorește conform prevederilor art. 40 din Anexa la HG nr. 395/2016, fără a limita în vreun fel modul de constituire.

În continuarea, referitor la criticile aduse, autoritatea contractantă susține că nu a limitat accesul prin impunerea unei modalități de acces, ofertanții având posibilitatea să dețină, să închirieze, să subcontracteze, să se asocieze etc., pentru a demonstra că au acces la principalele resurse tehnice imperios necesare pentru execuția lucrărilor de reabilitare drumuri vicinale prin betonarea acestora.

Consideră că solicitarea ca acestea să fie autorizate la zi nu este deloc abuzivă sau nelegală, deoarece pentru a putea folosi aceste resurse tehnice importante pentru executarea și finalizarea lucrărilor este absolut necesar ca ele să fie autorizate la zi.

Autoritatea contractantă susține că a respectat întocmai prevederile Legii nr. 98/2016, deoarece nu a impus anumite tipuri de echipamente, anumite condiții tehnice care să fie îndeplinite de aceste echipamente prin prezentarea unor dovezi privind deținerea/disponerea acestora, ci a solicitat modul în care au acces la acestea.

Autoritatea contractantă nu a inclus ca și cerință de calificare prezentarea unei declarații privind utilajele pentru a nu limita accesul viitorilor ofertanți, ci a solicitat doar în prezentarea propunerii tehnice prezentarea modului în care viitorii ofertanți vor avea acces la principalele resurse tehnice (doar 3) pentru execuția lucrărilor, fiind imperios necesar să aibă acces la o stație de betoane funcțională, o carieră de piatră funcțională și un laborator de încercări materiale pentru probe de beton (probe obligatorii impuse prin Legea 10/1996) pentru a putea executa lucrări de betonare drumuri.

Prin solicitarea accesului la principalele resurse imperios necesare execuției lucrărilor, autoritatea contractantă consideră că a respectat întocmai prevederilor art. 23 lit. f) din Legea nr. 10/1996.

Referitor la critica privind solicitarea autorității contractante de a prezenta în cadrul propunerii financiare Formularul F5 - Fișele tehnice, deoarece aceasta nu le-a pus la dispoziție, motivul este considerat nefondat, deoarece contestatoarea putea face o simplă solicitare de clarificări, cum de altfel a făcut și să aștepte răspunsul consolidat la solicitările de clarificări prin care autoritatea contractantă consideră că nu sunt necesare.

Dintr-o eroare umană, eroare prevăzută chiar și de legiuitor, autoritatea contractantă a solicitat prezentarea Formularului F5, formular care nu a fost solicitat să fie prezentat în cadrul propunerii tehnice.

În continuarea, se arată că nu a limitat accesul operatorilor economici impunând cerința de calificare tuturor ofertanților, ci dorește să încheie contractul de execuție lucrări cu un operator economic care are capacități financiare să execute lucrări pentru minim 2 luni de la primirea ordinului de începere și până ce reușește să acceseze resursele financiare în baza contractului de finanțare nr. 212/16.12.2022/14.000/30.12.2022 semnat cu Ministerul Dezvoltării Regionale, Administrației Publice și Fondurilor Europene pentru Programul Național de Dezvoltare Locală (MDLPA), Programul național de investiții „Angel Saligny”.

Or, dacă s-ar fi impus această cerință ca fiind o cerință de calificare tuturor ofertanților, atunci ar fi limitat accesul operatorilor economici.

Referitor la critica privind solicitarea specialiștilor minim necesari pentru execuția lucrărilor conform Legii nr. 10/1996, ca fiind o cerință restrictivă și abuzivă, motivul este nefondat și nelegal. Sunt invocate prevederile art. 23 lit. c) din actul normativ de mai sus. Operatorii economici trebuie să facă dovada că execută lucrări printr-un sistem propriu de calitate conceput și realizat prin personal propriu, cu responsabili tehnici atestați. Specialiștii solicitați minim necesari și obligatorii pentru realizarea viitoarelor lucrări sunt impuși de către legiuitor în Legea nr. 10/1996, pentru asigurarea unui sistem propriu de calitate conceput pentru execuția lucrărilor. Autoritatea contractantă pecizează că nu a cerut personal suplimentar, decât minimul obligatoriu pentru asigurarea unui sistem de calitate pentru execuția lucrărilor.

Autoritatea contractantă arată că solicitarea nu reprezintă un criteriu de calificare și selecție, ci reprezintă o condiție necesară și suficientă pentru a putea duce la îndeplinire activitățile ce fac obiectul contractului fiind incluse doar în caietul de sarcini conform prevederilor art. 4 alin. 3) din Instrucțiunea ANAP nr. 1/2017.

De asemenea, autoritatea contractantă invocă inadvertența afirmațiilor contestatoarei privind susținerea solicitării experienței similare pentru o perioadă de 5 ani în contextul în care s-a solicitat o experiență de minimum 5 proiecte similare, acestea putând fi derulate și într-un termen mai scurt.

În continuare, referitor la susținerea contestatoarei că solicitarea de depunere a unei declarații cu numărul mediu de personal necesar în caietul de sarcini ca fiind nelegală, susține că, prin solicitarea acestei declarații, se dorește încheierea contractului de execuție lucrări cu un operator economic care are capacitatea tehnică de a executa viitoarele lucrări; aceasta solicitare nu a fost inclusă ca și cerință de calificare pentru a nu limita accesul operatorilor economici de a depune ofertă.

Mai mult, a solicitat documente justificative doar ofertantului clasat pe primul loc în clasamentul intermediar, la întocmirea propunerii tehnice, operatorii economici care au interes să execute și să finalizeze lucrările în termen, știu că au nevoie de un număr mediu de personal conform graficului Gantt depus. Prin urmare, aceasta nu este o cerință de calificare, ci doar un mod prin care ofertantul declară pe propria răspundere că poate executa lucrările conform graficului Gantt întocmit și depus în cadrul propunerii tehnice.

Drept urmare, autoritatea contractantă consideră că a respectat întocmai principiile tratamentului egal și transparenței și nu au fost impuse cerințe de calificare restrictive, ci s-a oferit șansa tuturor operatorilor economici interesați care sunt serioși și au puterea de a executa și finaliza lucrările în termen.

În concluzie, solicită respingerea contestației ca fiind tardivă, pentru motivele contestate, nefondată și netemeinică.

Documentele necesare soluționării cauzei au fost înregistrate la Consiliul sub nr. 19942/12.04.2023.

Prin adresa nr. 67/19.04.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 20745/19.04.2023, contestatoarea a depus Concluzii scrise cu privire la punctul de vedere al autorității contractante. Solicită obligarea autorității contractante să adopte măsurile necesare restabilirii legalității documentației de atribuire, în conformitate cu motivările în fapt și în drept prezentate în concluzii și în contestația inițială. Precizează că a trimis Consiliului dovada constituirii cauțiunii în conformitate cu prevederile art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, inițial prin email, dovada înregistrată sub nr. 19111/07.04.2023 și, ulterior, în original, prin serviciu de curierat, dovada înregistrată la Consiliu sub nr. 19290/10.04.2023.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul a inițiat procedura simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect *Execuție lucrări aferente obiectivului de investiții: Reabilitare drumuri vicinale în comuna Voitinel, județul Suceava*, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. SCN1122446/27.03.2023, data limită de depunere a ofertelor fiind stabilită prin anunț pentru 13.04.2023, ora 15⁰⁰. Procedura este suspendată. Valoarea estimată a contractului este 4.141.414,74 lei, fără TVA.

Nemulțumită de conținutul documentației de atribuire, înaintat contestația în analiză. Contestatoarea a constituit cauțiunea în sumă de 35.000,00 lei, conform prevederilor art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 209046904/1 din 07.04.2023, eliberată de CEC Bank, Sucursala Suceava.

Potrivit art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016 Pentru soluționarea contestației formulate în condițiile art. 8 sub sancțiunea respingerii acesteia, persoana

care se consideră vătămată trebuie să constituie, în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului, o cauțiune stabilită după cum urmează: a) 2% din valoarea estimată a contractului, în cazul în care aceasta este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 12 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 11 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, cu modificările și completările ulterioare, dar nu mai mult de 35.000 lei pentru contestațiile depuse în etapa prevăzută la art. 17 alin. (1) lit. a), respectiv nu mai mult de 88.000 lei pentru contestațiile depuse în etapa prevăzută la art. 17 alin. (1) lit. b).

Contestația a fost transmisă Consiliului în data de 03.04.2023, prin e-mail, iar recipisa de consemnare a fost transmisă Consiliului, prin e-mail, în data de **07.04.2023**, dată la care a și fost constituită. Originalul cauțiunii a fost transmis, prin intermediul firmei de curierat, la aceeași dată, fiind înregistrat la Consiliu în data de 10.04.2023. Se observă, așadar, că, în termenul legal prevăzut la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, a fost constituită cauțiunea. Contrar susținerilor achizitoarei din punctul său de vedere, dispozițiile legale stabilesc obligația constituirii cauțiunii în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului, nu în mod prealabil. Astfel fiind, va fi respinsă excepția inadmisibilității invocată de autoritatea contractantă.

Contestația a fost formulată în termenul legal raportat la data luării la cunoștință de conținutul documentației de atribuire (27.03.2023), fiind depusă la Consiliu, prin e-mail, în data de 03.04.2023, astfel că va fi respinsă excepția tardivității formulării ei.

Trecând la soluționarea fondului contestației, Consiliul constată că un prim motiv este în referire la cerința vizând prezentarea certificatelor constatatoare privind lipsa datoriilor restante la bugetul general consolidat.

În fișa de date a achiziției, la secțiunea III.1.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului - Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate s-a solicitat:

1. Ofertanții, terții susținători și subcontractanții nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016.

Modalitatea de îndeplinire:

Se va completa DUAЕ în conformitate cu art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ urmează a fi prezentate, la solicitarea autorității/entității contractante doar ofertantului clasat pe primul loc în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor sunt:

- certificate constatatoare privind lipsa datoriilor restante, cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (**buget local**, buget de stat etc.) la momentul prezentării.

(...)

- după caz, documente prin care se demonstrează faptul că operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art. 166 alin. (2), art. 167 alin. (2), art. 171 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice;

- alte documente edificatoare, după caz.

Potrivit art. 165 din Legea nr. 98/2016 (1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire orice operator economic despre care:

a) fie are cunoștință că și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, iar acest lucru a fost stabilit printr-o hotărâre judecătorească sau decizie administrativă având caracter definitiv și obligatoriu în conformitate cu legea statului în care respectivul operator economic este înființat sau cu cele ale statului membru al autorității contractante;

b) fie poate demonstra prin orice mijloace adecvate că respectivul operator economic și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat.

(2) Operatorul economic nu este exclus din procedura de atribuire dacă, anterior deciziei de excludere, își îndeplinește obligațiile prin plata impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul general consolidat datorate ori prin alte modalități de stingere a acestora sau beneficiază, în condițiile legii, de eşalonarea acestora ori de alte facilități în vederea plății acestora, inclusiv, după caz, a eventualelor dobânzi ori penalități de întârziere acumulate sau a amenzilor.

(3) Pentru respectarea prevederilor alin. (2), în etapa prevăzută la art. 196 alin. (2), operatorul economic prezintă pentru sediul principal documente din care să reiasă neîncadrarea în prevederile art. 165 alin. (1), iar pentru sediile secundare/punctele de lucru, o declarație pe propria răspundere privind îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul general consolidat datorate.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă a invocat faptul că bugetul consolidat se referă la bugetul de stat pentru care se emite un singur certificat constatator de către ANAF. De asemenea, a invocat faptul că operatorii economici puteau depune orice documente edificatoare.

Având în vedere faptul că, din cerință, rezultă că s-au solicitat certificate constatatoare și pentru bugetul local, raportat la prevederile art. 165 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, mai sus citat, autoritatea contractantă trebuie să completeze cerința cu mențiunea că, pentru sediile secundare/ punctele de lucru va fi depusă o declarație pe propria răspundere privind îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul general consolidat datorate. De asemenea, se va adăuga mențiunea "**valabile** la momentul prezentării", având în vedere că, în formularea cerinței, precizarea este "la momentul prezentării".

Vizavi de susținerea autorității contractante că operatorul economic ar fi trebuit să aștepte răspunsul consolidat la solicitările de clarificări, Consiliul reține că dispozițiile legale nu condiționează depunerea contestațiilor de publicarea răspunsului consolidat la clarificări. Cu respectarea prevederilor art. 8 alin. (1) lit. b) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016 potrivit căroră Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: b) 7 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorială sau de concesiune este mai mică decât

pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii; (2) În cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire, în cazul în care se consideră vătămăți de prevederile documentației de atribuire, apreciind-o nelegală, operatorii economici pot formula contestație, fără a aștepta emiterea altor documente în cadrul procedurii.

Referitor la cel de-al doilea motiv de contestare, Consiliul constată că acesta privește modul de constituire a garanției de participare. Astfel, în fișa de date a achiziției, secțiunea. III.1.6.a) Garanție de participare, s-a prevăzut:

Autoritatea contractantă solicită garanție de participare, potrivit prevederilor legale în domeniul achizițiilor publice, astfel:

- i. quantumul garanției de participare este de 41.400,00 lei;
- ii. perioada de valabilitate a garanției de participare: este cel puțin egală cu perioada de valabilitate a ofertei raportată la termenul limită de primire a ofertelor.

Garanția de participare se va depune de către ofertant în etapa de depunere a ofertei.

Garanția de participare se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis de o instituție de credit din România sau din alt stat sau de o societate de asigurări, în condițiile legii. Garanția de participare trebuie să fie irevocabilă și să fie constituită în sumă și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire.

Instrumentul de garantare sau ordinul de virament se transmite în SICAP împreună cu oferta și celelalte documente ale acesteia, cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor; Instrumentul de garantare trebuie să prevadă că plata garanției de participare se va executa necondiționat, respectiv la prima cerere a autorității/ contractante, pe baza declarației acestuia cu privire la culpa persoanei garantate.

Având în vedere principiul tratamentului egal, **emiterea instrumentului de garantare este de preferat ca acesta să fie emis de către o bancă cu corespondent în România.**

Potrivit art. 154 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 Garanția de participare sau, după caz, garanția de bună execuție trebuie să fie irevocabilă, necondiționată și se constituie prin:

- a) virament bancar;
- b) instrumente de garantare emise în condițiile legii astfel:
 - (i) scrisori de garanție emise de instituții de credit bancare din România sau din alt stat;
 - (ii) scrisori de garanție emise de instituții financiare nebancare din România sau din alt stat pentru achizițiile de lucrări a căror valoare estimată este mai mică sau egală cu 40.000.000 lei fără TVA și respectiv pentru achizițiile de produse sau servicii a căror valoare estimată este mai mică sau egală cu 7.000.000 lei fără TVA;
 - (iii) asigurări de garanții emise:
 - fie de societăți de asigurare care dețin autorizații de funcționare emise în România sau într-un alt stat membru al Uniunii Europene și/sau care sunt înscrise în registrele publicate pe site-ul Autorității de Supraveghere Financiară, după caz;

- fie de societăți de asigurare din state terțe prin sucursale autorizate în România de către Autoritatea de Supraveghere Financiară;

c) depunerea la casierie a unor sume în numerar dacă valoarea este mai mică de 5.000 lei;

d) rețineri succesive din sumele datorate pentru facturi parțiale, în cazul garanției de bună execuție;

e) combinarea a două sau mai multe dintre modalitățile de constituire prevăzute la lit. a)-c), în cazul garanției de bună execuție.

Potrivit art. 36 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, astfel cum a fost modificată prin Hotărârea Guvernului nr. 336/2023,

(1) «abrogat»

(2) Garanția de participare trebuie să fie constituită în suma și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentația de atribuire.

(3) «abrogat»

(4) Instrumentele de garantare prevăzute la art. 154 alin. (4) lit. b) din Lege se transmit în SEAP împreună cu oferta și celelalte documente ale acesteia, cel mai târziu la data și ora-limită de depunere a ofertelor, și trebuie să prevadă că plata garanției de participare se va executa necondiționat, respectiv la prima cerere a beneficiarului, pe baza declarației acestuia cu privire la culpa persoanei garantate.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă a susținut că informațiile complete cu privire la modul de constituire a garanției de participare se regăsesc la pag. 22-24 din caietul de sarcini, întrucât platforma SICAP permite un număr limitat de caractere. Or, se poate observa că, pe de o parte, în fișa de date a achiziției, nu s-a făcut vreo trimitere la informațiile din caietul de sarcini, astfel încât operatorii economici să cunoască toate informațiile, iar pe de altă parte, nici în caietul de sarcini nu au fost cuprinse toate modalitățile de constituire a garanției de participare, conform art. 154 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește includerea în documentația de atribuire a preferinței autorității contractante ca *instrumentul de garantare să fie emis de către o bancă cu corespondent în România*, se reține că documentația de atribuire este obligatorie atât pentru operatorii economici în elaborarea ei, cât și pentru autoritatea contractantă în perioada de evaluare și cuprinde cerințele impuse cu respectarea prevederilor legale și care trebuie respectate întocmai, nu anumite preferințe ale organizatorilor procedurilor.

Vizavi de modalitatea de constituire a garanției de bună execuție, în fișa de date a achiziției, secțiunea III.1.6.b) Garanție de buna execuție, s-a solicitat: *Cuantumul garanției de bună execuție reprezintă 10 % din prețul contractului (fără TVA) și se va constitui în conformitate cu prevederile art. 40 din Anexa la H.G. nr. 395/2016, respectiv ale art. 46 din Anexa la H.G. nr. 394/2016.*

Potrivit art. 40 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, modificată prin Hotărârea Guvernului nr. 336/2023 (1¹) **Garanția de bună execuție constituită conform prevederilor art. 154 alin. (4) din Lege devine anexă la contract, prevederile art. 36 alin. (5) aplicându-se în mod corespunzător.**

(4) În cazul prevăzut la art. 154 alin. (4) lit. d) din Lege, contractantul are obligația de a deschide un cont la dispoziția autorității contractante la o instituție de credit bancară agreată de ambele părți.

(5) În cazul în care autoritatea contractantă are calitatea de autoritate publică, instituție publică sau operator economic cu capital integral sau majoritar de stat, contractantul are obligația de a deschide contul la dispoziția autorității contractante, prevăzut la alin (4), la unitatea Trezoreriei Statului din cadrul organului fiscal competent în administrarea acestuia.

(6) Suma inițială care se depune de către contractant în contul de disponibil astfel deschis potrivit alin. (4) și (5) nu trebuie să fie mai mică de 0,5% din prețul contractului de achiziție publică/contractului subsecvent, fără TVA.

(7) Pe parcursul îndeplinirii contractului de achiziție publică/contractului subsecvent, autoritatea contractantă urmează să alimenteze contul de disponibil prevăzut la alin. (4) și (5) prin rețineri succesive din sumele datorate și cuvenite contractantului până la concurența sumei stabilite drept garanție de bună execuție în contractul de achiziție publică/contractul subsecvent și va înștiința contractantul despre vărsământul efectuat, precum și despre destinația lui.

(8) Din contul de disponibil deschis la Trezoreria Statului pe numele contractantului prevăzut la alin. (5) pot fi dispuse plăți atât de către contractant, cu avizul scris al autorității contractante care se prezintă unității Trezoreriei Statului, cât și de unitatea Trezoreriei Statului la solicitarea scrisă a autorității contractante în favoarea căreia este constituită garanția de bună execuție.

(9) Contul de disponibil prevăzut la alin. (4) și (5) este purtător de dobândă în favoarea contractantului.

Alineatele 1, 2 și 3 ale articolului citat au fost abrogate.

Alineatele (1¹) și (4) au fost modificate prin Hotărârea Guvernului nr. 336/2023.

Astfel fiind, se poate constata că, în privința modului de constituire a garanției de participare și a garanției de bună execuție, au fost puse în concordanță dispozițiile normelor metodologice cu dispozițiile Legii nr. 98/2016.

Față de cele de mai sus, se constată că autoritatea contractantă trebuie să modifice documentația de atribuire în privința modului de constituire a garanției de participare și a garanției de bună execuție, astfel încât să fie respectate prevederile art. 154 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, deși Hotărârea Guvernului nr. 336/2023 a intrat în vigoare ulterior publicării documentației de atribuire, întrucât autoritatea contractantă trebuie să completeze documentația de atribuire în privința garanției de participare și a garanției de bună execuție, se vor avea în vedere aceste dispoziții.

Într-adevăr, astfel cum a susținut contestatoarea prin concluziile scrise, la data publicării documentației de atribuire (27.03.2023) referirea la art. 40 din normele metodologice nu era în concordanță cu dispozițiile art. 154 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, achizitoarea trebuie să elimine din documentație cerința ca *instrumentul de garantare să fie emis de către o bancă cu corespondent în România*.

Al treilea motiv de contestare privește cerința din secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice: 8) Ofertanții vor prezenta în cadrul ofertei tehnice ca au acces la următoarele:

- stație de betoane autorizată la zi;
- balastiera autorizată la zi;
- Laborator de încercări materiale.

Potrivit art. 178 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 Autoritatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentele achiziției cerințe privind capacitatea tehnică și profesională care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dețin resursele umane și **tehnice** și experiența necesare pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru la un standard de calitate corespunzător.

Potrivit art. 179 lit. j) din același act normativ Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: j) o declarație cu privire la utilajele, instalațiile și echipamentele tehnice la dispoziția operatorului economic care prestează servicii ori execută lucrări pentru executarea contractului.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă a prezentat următoarele explicații:

- Autoritatea contractantă nu a inclus ca și cerința de calificare prezentarea unei declarații privind utilajele pentru a nu limita accesul viitorilor ofertanți, ci o solicitat doar în prezentarea propunerii tehnice prezentarea modului în care viitorii ofertanți vor avea acces la principalele resurse tehnice (doar 3) pentru execuția lucrărilor.

Rugăm Onoratul Consiliu să observe că este imperios necesar să ai acces la o stație de betoane funcțională, o carieră de piatră funcțională și un laborator de încercări materiale pentru probe de beton (probe obligatorii impuse prin Legea 10/1996 actualizată privind calitatea în construcții) pentru a putea executa lucrări de betonare drumuri.

- Dacă un ofertant nu poate realiza în mod legal părți ale obiectului contractului, respectiv nu are acces la stație de betoane autorizată, carieră de piatră și un laborator de încercări materiale, acesta trebuie să menționeze în oferta depusă cum va realiza acele părți, lucru pe care autoritatea contractantă l-a menționat în documentația de atribuire prin solicitarea modalității prin care viitorii ofertanți au acces la acestea. În lipsa prezentării acestor atestate / autorizații oferta devine neconformă, conform jurisprudenței relevante în domeniu. Pentru a nu ajunge în situația în care ofertanții să fie descalificați deoarece nu au fost atenți la întocmirea ofertei, autoritatea contractantă a făcut o mențiune clară, fără ambiguități și fără a limita accesul viitorilor ofertanți.

- Mai mult decât atât, prin solicitarea accesului la principalele resurse imperios necesare execuției lucrărilor, autoritatea contractantă a respectat întocmai prevederile art. 23 lit. f din Legea 10 / 1996 actualizată privind calitatea în construcții (...).

Cerințele au fost incluse și în caietul de sarcini, pag. 12, la cap. Cerințe de calitate pentru materiale.

Se poate observa din cele de mai sus că autoritatea contractantă urmărește să verifice capacitatea operatorilor economici de a executa în mod corespunzător lucrările, or, cerința privind accesul la anumite utilaje reprezintă tocmai criterii de calificare care demonstrează *potențialul 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, conform art. 29 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

În niciun caz, accesul la anumite utilaje nu reprezintă o cerință de calitate a materialelor.

Potrivit art. 30 din normele metodologice (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.

Așadar, autoritatea contractantă fie va stabili ca și criterii de calificare deținerea (sub orice formă) de către operatorii economici a anumitor utilaje apreciate strict necesare derulării în mod corespunzător a contractului și o va elimina din caietul de sarcini, pag. 12, și fișa de date a achiziției, secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice: Ofertanții vor prezenta în cadrul ofertei tehnice că au acces la următoarele:

- stație de betoane autorizată la zi;
- balastiera autorizată la zi;
- Laborator de încercări materiale; fie va elimina cerința din documentația de atribuire.

Vizavi de motivul nr. 4 referitor la prezentarea Formularele nr. 5 – Fișele tehnice, în punctul său de vedere, a recunoscut că, dintr-o eroare a fost solicitată prezentarea acestui formular, astfel că trebuie să remedieze documentația corespunzător.

Motivul nu poate fi considerat nefondat pentru faptul că operatorul economic ar fi trebuit să solicite clarificări, nu să depună contestație. Cum s-a arătat mai sus, nu este condiționată depunerea contestației de publicarea răspunsurilor la clarificări sau solicitarea prealabilă de clarificări.

Referitor la motivul nr. 5 din contestație, Consiliul constată că, în caietul de sarcini, la pag. 27-28, secțiunea Modul de prezentare al propunerii financiare, se solicită: **Ofertantul clasat pe locul I trebuie**

sa demonstreze că la momentul solicitării documentelor suport DUAЕ va avea acces sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, depozite bancare, linii de credit confirmate de bănci ori alte resurse financiare, în original, suficiente pentru a realiza un cash flow de execuție a lucrării de minim 828.282,95 lei, fără TVA, suficient pentru desfășurarea activităților, sumă care va fi destinată exclusiv îndeplinirii viitorului contract pentru o perioadă de 2 luni de la data semnării acestuia cu autoritatea contractantă, independent de alte angajamente contractuale ale operatorului economic.

Potrivit art. 175 din Legea nr. 98/2016 (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-financiarî relevați, precum nivelul de lichiditate anuală; c) un nivel corespunzător al asigurării de risc profesional.

Din nou se constată, ca și în cazul criteriilor privind deținerea anumitor utilaje, că, deși autoritatea contractantă urmărește să verifice capacitatea operatorului economic clasat pe locul I, aceasta impune condițiile privind accesul la anumite resurse financiare în caietul de sarcini, în secțiunea modul de prezentare a propunerii financiare.

Faptul că urmărește să fie demonstrat accesul la anumite resurse financiare doar de operatorul economic clasat pe primul loc nu înseamnă că accesul la resurse reprezintă o cerință care să privească modul de întocmire a propunerii financiare.

Propunerea financiară trebuie să fie corelată cu propunerea tehnică și să reflecte prețul ofertat pentru execuția lucrărilor aferente obiectivului de investiții, prin intermediul ei nefiind verificată capacitatea operatorului economic de a realiza contractul prin accesul la anumite resurse financiare.

Astfel fiind, autoritatea contractantă fie va stabili ca și criteriu de calificare accesul la cash flow-ul de execuție de către ofertantul clasat pe primul loc și va elimina cerința din caietul de sarcini, pag. 27, potrivit căreia *Ofertantul clasat pe locul I trebuie sa demonstreze că la momentul solicitării documentelor suport DUAЕ va avea acces sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, depozite bancare, linii de credit confirmate de bănci ori alte resurse financiare, în original,*

suficiente pentru a realiza un cash flow de execuție a lucrării de minim 828.282,95 lei, fără TVA, suficient pentru desfășurarea activităților, sumă care va fi destinată exclusiv îndeplinirii viitorului contract pentru o perioadă de 2 luni de la data semnării acestuia cu autoritatea contractantă, independent de alte angajamente contractuale ale operatorului economic, fie o va elimina din documentația de atribuire.

Trecând la analiza motivului nr. 6 din contestație, Consiliul constată că acesta privește resursele de personal și cerințele impuse pentru aceștia.

În caietul de sarcini, pag. 12-15, s-a solicitat, între altele: Resurse de personal: Se prezintă o Listă cu personalul cu responsabilități majore în execuția lucrărilor. Se va avea în vedere personalul direct implicat în execuția lucrărilor respectiv minim următorul personal: cel propus prin Legea 10/1996 republicată în 30.09.2016 - Legea privind calitatea în construcții. Pentru personalul nominalizat se va demonstra capacitatea profesională prin CV actualizat, însușit, copii „conform cu originalul” după diplomele care-i atestă specialitatea și dovada participării în cel puțin 5 proiecte similare.

Personal responsabil cu execuția lucrărilor:

1. Manager de proiect /Reprezentant la antreprenorului - inginer de specialitate CFDP sau echivalent
2. Șef șantier - inginer de specialitate CFDP sau echivalent
3. Responsabil tehnic cu execuția pentru construcții rutiere și de drumuri
4. Responsabil cu sănătatea și securitatea muncii pe șantier
5. Manager în sistemele de management al calității
6. Inginer hidrotehnist sau echivalent - inginer de specialitate hidrotehnice sau echivalent.

În vederea demonstrării îndeplinirii cerinței se vor prezenta documente care să probeze modul în care va fi asigurată participarea la îndeplinirea viitorului contract (contracte de muncă/extras revisal, declarație disponibilitate a persoanei respective, de participare pe întreaga perioadă de derulare a contractului de lucrări, copie atestat MLPAT și sau MCIN, după caz, alte documente care să probeze cerința solicitată).

Nota 1:

Pentru specialiștii menționați mai sus se vor prezenta următoarele:

- CV actualizat, însușit;
- Dovada participării în cel puțin 5 proiecte similare. Documentele care să probeze experiența specifică solicitat: Curriculum vitae, recomandări/procese verbale, etc.;
- Diploma de studii/Atestat, etc.;
- Relația juridică dintre ofertant și personalul prezentat (CIM/ Extras revisal sau declarație de disponibilitate, etc)".

Potrivit art. 3 alin. (1), (3) și (4) din Instrucțiunea președintelui ANAP nr. 1/2017 (1) Sintagma "personalul ce va realiza efectiv activitățile care fac obiectul contractului ce urmează a fi atribuit" se referă la **experții/personalul-cheie** ce răspund(e) de realizarea efectivă a proceselor de execuție aferente implementării respectivului contract, calificarea, experiența profesională și/sau modul de organizare influențând, în mod direct, calitatea rezultatului ce trebuie atins prin contractul în cauză, această categorie de personal nefiind considerată criteriu de calificare și

selecție în raport cu operatorul economic ce este candidat/ofertant în procedura de atribuire. (...)

(3) În cadrul acestei categorii se includ și tipurile de experți pentru care este impusă, prin legislația de specialitate din domeniul obiectului contractului ce urmează a fi atribuit, prezentarea unei **certificări specifice**, fără de care aceștia nu au dreptul de a exercita activitatea în cauză, în acest fel fiind legați indisolubil de implementarea propriu-zisă a respectivului contract.

(4) Pentru tipurile de experți menționați la alin. (3), pentru care existența certificării specifice, emisă de un organism abilitat conform prevederilor legale incidente domeniului în cauză, reprezintă condiția necesară și suficientă pentru a putea duce la îndeplinire activitățile ce fac obiectul respectivelor certificări, autoritatea/entitatea contractantă **nu va stabili criterii de calificare și selecție**, ci va solicita ca în propunerea tehnică să fie descris momentul în care vor interveni acești experți în implementarea viitorului contract, precum și modul în care operatorul economic ofertant și-a asigurat accesul la serviciile acestora (fie prin resurse proprii, caz în care vor fi prezentate persoanele în cauză, fie prin externalizare, situație în care se vor descrie aranjamentele contractuale realizate în vederea obținerii serviciilor respective).

Astfel fiind, după cum a arătat și contestatoarea, întrucât, pentru responsabil tehnic cu execuția pentru construcții rutiere și de drumuri, este necesară o anumită certificare sunt aplicabile dispozițiile din instrucțiune mai sus citate, existența certificării specifice, emisă de un organism abilitat conform prevederilor legale incidente domeniului în cauză, reprezentând condiția necesară și suficientă pentru a putea duce la îndeplinire activitățile ce fac obiectul respectivelor certificări.

Potrivit art. 2 din Instrucțiune (1) Sintagma "personal permanent, în special de conducere, al operatorului economic" ofertant/candidat se referă la personalul acestuia cu rol de coordonare a activității economice specifice aflate în relație directă cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, persoanele în cauză ocupând posturi/poziții în structura organizatorică a acestuia ce îi conferă responsabilitatea asupra procesului de implementare a respectivului contract și, implicit, rolul de interfață între contractor (organizația ce prestează/execută serviciile/lucrările ce fac obiectul viitorului contract) și beneficiar (autoritatea/entitatea contractantă), astfel: (...) b) personalul numit în posturile/pozițiile din cadrul unei structuri organizatorice a operatorului economic în cauză, altele decât funcții de conducere/management, necesare pentru a putea fi realizate de respectiva entitate activități economice și/sau de producție, corespunzător obligațiilor asumate în fața clienților și cu respectarea cadrului normativ ce guvernează domeniul de activitate în care activează*). Exemplu personal de această natură: **- manager de contract (în situația în care acesta are, în raport cu procesul de implementare a unui contract, atribuții similare directorului tehnic/de producție menționat mai sus); coordonatorul șefilor de șantier (în situația în care complexitatea lucrărilor și a obiectului contractului impune prezența mai multor șefi de șantier ce răspund de fronturi de lucru ce avansează în același timp); responsabil managementul calității (RMQ), responsabil în domeniul securității și sănătății în muncă etc.** (2) **Studiile, calificarea și/sau experiența profesională a personalului** prevăzut la alin. (1) reprezintă caracteristici ale operatorului economic având calitatea de ofertant/candidat, acestea putând fi utilizate drept criterii de calificare/selecție în sensul art. 179 lit. g) din Legea nr. 98/2016, cu completările ulterioare.

Așadar, câtă vreme s-a solicitat ca operatorii economici să dispună de **Manager de proiect/Reprezentant la antreprenorului - inginer de**

specialitate CFDP sau echivalent; șef șantier - inginer de specialitate CFDP sau echivalent; responsabil cu sănătatea și securitatea muncii pe șantier; manager în sistemele de management al calității, autoritatea contractantă fie le va impune ca și criterii de calificare în cadrul fișei de date a achiziției, fie le va elimina din întreaga documentație.

Vizavi de experiența solicitată, se poate observa că aceasta privește participarea la minimum 5 proiecte similare și nu rezultă argumentele pentru care cerința ar fi excesivă, experiența nefiind cuantificată în ani.

Potrivit art. 2 alin. (2) mai sus citat *Studiile, calificarea și/sau experiența profesională a personalului prevăzut la alin. (1) reprezintă caracteristici ale operatorului economic având calitatea de ofertant/candidat, pot fi utilizate ca și criterii de calificare/selecție.*

În ceea ce privește cerința referitoare la inginerul hidrotehnist sau echivalent, responsabil cu execuția lucrărilor de apă pluvială, având în vedere că suntem în prezența unui contract de execuție lucrări de reabilitare drumuri, față de lucrările de colectare și scurgere a apelor care se vor executa, descrise la pag. 9 din caietul de sarcini, impunerea existenței în echipa executantului a unui inginer hidrotehnist nu este justificată. De altfel, nici în cadrul punctului de vedere cerința nu a fost justificată de achizitoare, în contextul în care autoarea contestației a susținut că va fi responsabil de aceste lucrări inginerul CFDP.

Astfel fiind, va fi obligată autoritatea contractantă să elimine cerința privind dispunerea în cadrul echipei de personal a unui inginer hidrotehnist sau echivalent.

Analizând motivul nr. 7 din contestație, Consiliul constată că acesta privește următoarea atenționare: *Atenție! Colaboratorii sunt considerați subcontractanți conform cu dispozițiile prevăzute la art. 51 din H.G. 395 / 2016 de unde rezultă că pentru orice activitate care face obiectul contractului de achiziție publică, îndeplinită de un alt operator economic, altul față de ofertant, acesta trebuie să aibă statutul unui subcontractant.*

Ținând cont de cele menționate în art. 51 din HG 395/2016 atunci când pentru o parte dintre lucrările ce fac obiectul contractului de achiziție publică pentru care s-a depus oferta, ofertantul știe că nu o poate realiza decât prin intermediul unui alt operator economic, acestuia revenindu-i obligația de a încheia un acord de subcontractare, declarând partea din lucrare ca fiind executată de un subcontractant.

Cerința a fost impusă la pag. 14 din caietul de sarcini după enumerarea cerințelor de personal.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă a explicat că mențiunea din caietul de sarcini privește realizarea unor părți din lucrări de către un alt operator economic cu care trebuie încheiat un contract de subcontractare, și nu se referă la prestarea de servicii.

Având în vedere că cerința mai sus citată a fost inserată imediat după cerințele privind specialiștii necesari derulării contractului,

autoritatea contractantă fie va completa atenționarea amintită în sensul de a se menționa explicit că, fiind un contract de lucrări de reabilitare drumuri, vizează situația în care un alt operator economic va executa o parte din lucrările care fac obiectul contractului, fie va elimina atenționarea, având în vedere confuzia creată vizavi de personalul implicat și prestarea serviciilor în cadrul contractului.

Un ultim motiv de contestare privește nota 2 din caietul de sarcini, pag. 15: *Nota 2: Propunerea tehnică privind personalul va fi prezentată tabelar. Numărul mediu de personal: Se va prezenta o declarație cu privire la numărul mediu anual de personal al operatorului economic care executa lucrări și numărul personalului de conducere din ultimele 12 luni din care să rezulte că numărul mediu anual de personal al operatorului economic care a executat lucrări în ultimele 12 luni a fost de minim 30 persoane.*

Ofertantul clasat pe primul loc în clasamentul intermediar va prezenta documente justificative, respectiv extras Revisal sau echivalent (pentru operatorii străini) pentru personalul direct productiv în domeniul construcțiilor, prin personal direct productiv înțelegându-se ingineri construcții, subingineri, muncitori construcții și asimilați, experți ingineri în construcții, muncitori necalificați, pentru personalul străin se vor prezenta documente echivalente.

Pentru realizarea contractului în condițiile cerute în caietul de sarcini și în termenul solicitat, autoritatea contractantă apreciază ca antreprenorul va avea nevoie de un număr mediu de personal, direct productiv, necesar execuției proiectului de 30 persoane (...) Personalul direct productiv trebuie să fie conform grafic Gantt depus; Pentru demonstrarea cerinței se va prezenta extras revisal sau orice formă pentru a demonstra cerința. (...).

Astfel cum s-a arătat și cu privire la cerințele vizând deținerea utilajelor, a personalului și accesul la anumite resurse financiare, cerința referitoare la asigurarea personalului minim implicat reprezintă un criteriu de calificare, și nu o cerință tehnică necesar a fi inclusă în caietul de sarcini.

Prin urmare, fie va fi eliminată din caietul de sarcini și prevăzută ca și criteriu de calificare, fie va fi eliminată din documentația de atribuire.

În considerarea celor prezentate, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de ... va obliga autoritatea contractantă la modificarea/completarea documentației de atribuire în sensul celor prevăzute în motivare. Modificările/completările vor fi aduse la cunoștința operatorilor economici prin publicarea lor în SEAP.

Prin Încheierea nr. 1001/C9/909/05.04.2023, cererea de suspendare a procedurii de atribuire a fost respinsă, ca rămasă fără obiect.

Pentru aceste motive,

În baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) 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, admite, în parte, contestația formulată de SC SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă la modificarea/completarea documentației de atribuire în sensul celor prevăzute în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei. Modificările/completările vor fi aduse la cunoștința operatorilor economici, în cadrul aceluiași termen, prin publicarea lor în SEAP. Va fi stabilită o nouă dată limită pentru depunerea ofertelor.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva deciziei 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, conform art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,