CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

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

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 2648/16.07.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 29008/17.07.2018, depusă de ... SRL, lider al asocierii ..., cu sediul în …, având CUI RO106541, număr de înregistrare în Registrul Comerțului J05/442/1992, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la …, din …, privind procedura de licitație deschisă online, organizată de ..., cu sediul …, ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de …, coduri CPV …, contestatoarea a solicitat, pe cale incidentală, **suspendarea** procedurii până la soluționarea fondului cauzei, pe cale principală, anularea comunicării nr. 9969/09.07.2018, a oricăror și tuturor actelor ce au stat la baza emiterii acesteia, precum și a tuturor și oricăror acte subsecvente acesteia; **obligarea** autorității contractante la reevaluarea ofertei sale, cu consecința declarării acesteia drept admisibile, în subsidiar, în măsura în care Consiliul va respinge în tot sau în parte capetele de cerere formulate în principal, anularea procedurii de licitație deschisă.

Capătul de cerere privind suspendarea procedurii a fost respins ca nefondat prin Încheierea nr. ...

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
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, lider al asocierii ..., atacă rezultatul procedurii de atribuire transmis de autoritatea contractantă cu adresa nr. 9969/09.07.2018, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea precizează că, prin adresa nr. 9611/02.07.2018 (pct. c), autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări cu privire la oferta depusă, solicitând prezentarea de documente relevante care să facă dovada experienței profesionale solicitate pentru persoana desemnată în funcția de responsabil cantități și gestiune financiară a lucrărilor, domnul ....

Prin adresa nr. 330/03.07.2018, contestatoarea susține că a răspuns în detaliu și complet tuturor întrebărilor formulate de autoritatea contractantă, inclusiv în ceea ce privește pct. c) din solicitarea de clarificări.

Prin adresa nr. 9969/09.07.2018, ... i-a comunicat că oferta sa a fost respinsă: ca inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, invocând faptul că nu a răspuns concludent solicitărilor de clarificări; ca neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, susținând că oferta sa nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini.

Contestatoarea apreciază că adresa nr. 9969/09.07.2018 este nelegală și netemeinică, deoarece:

Cerința privind experiența profesională a responsabilului cantități și gestiune financiară a lucrărilor reprezintă o clauză nescrisă.

Astfel, în cuprinsul Capitolului II - *Execuție lucrări*, pct. 5 - *Personalul Antreprenorului* din caietul de sarcini este prevăzută obligația antreprenorului de a asigura resurse de personal minime, *inter alia,* și a unui responsabil cantități și gestiune financiară a lucrărilor.

Invocând prevederile art. 179 lit. g) din Legea nr. 98/2016, ale art. 32 alin. (5) din HG nr. 395/2016 și Instrucțiunea președintelui ANAP nr. 1/2017, contestatoarea consideră că, deși responsabilul de cantități și gestiune financiară nu este menționat *expressis verbis* în enumerarea din Instrucțiunea ANAP, acesta are o poziție de conducere, atât timp cât enumerarea din Instrucțiune nu este exhaustivă și poziția este similară pozițiilor de responsabil managementul calității (RMQ) sau responsabil în domeniul securității și sănătății în muncă, poziții considerate de ANAP drept poziții de conducere.

Astfel, potrivit art. 2 alin. (2) din Instrucțiunea ANAP, studiile și experiența profesională a personalului de conducere al operatorului economic, prin urmare inclusiv a responsabilului de cantități și gestiune financiară, reprezintă caracteristici ale operatorului economic având calitatea de ofertant/candidat și criterii de calificare în sensul art. 179 lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Amintind de conținutul art. 181 din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 30 alin. (4) din HG nr. 395/2016, contestatoarea subliniază că cerințele minime referitoare la responsabilul de cantități și gestiune financiară reprezintă cerințe de calificare ce ar fi trebuit incluse în anunțul de participare și în fișa de date a achiziției. Cât timp acestea nu sunt prevăzute, cerințele respective sunt considerate clauze nescrise, conform art. 30 alin. (6) din Normele metodologice.

Prin urmare, autoritatea contractantă nu-i poate respinge oferta neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, pentru așa- zisă neîndeplinire a unor cerințe din caietul de sarcini care sunt în fapt clauze nescrise.

De asemenea, apreciază că oferta depusă îndeplinește și cerințele minime și nelegale impuse prin caietul de sarcini.

După ce reiterează cerințele minime referitoare la responsabilul cantități și gestiune financiară a lucrărilor, contestatoarea amintește că a nominalizat pentru această poziție de conducere pe domnul ..., care a îndeplinit funcția de inginer de cantități în cadrul contractului având ca obiect "…", depunând în acest sens și recomandarea emisă de …, la data de 10.01.2012.

Singurul element de neconformitate indicat de autoritatea contractantă prin comunicare vizează faptul că îndeplinirea atribuțiilor care-i revin persoanei desemnate să ocupe poziția de responsabil cantități și gestiune financiară s-a desfășurat în baza unui contract de servicii având ca obiect supervizarea lucrărilor de "…", și nu în baza unui contract de execuție lucrări.

În cuprinsul comunicării privind respingerea ofertei, autoritatea contractantă prelucrează cerința din caietul de sarcini, argumentând că aceasta instituie obligația dovedirii experienței profesionale într-un contract de execuție lucrări. Or, astfel cum rezultă din cerința citată mai sus, acest aspect nu rezultă expres din documentația de atribuire.

Faptul că îndeplinirea atribuțiilor care-i revin persoanei desemnate să ocupe poziția de responsabil cantități și gestiune financiară s-a desfășurat în baza unui contract de servicii, și nu în baza unui contract de execuție lucrări, nu prezintă relevanță, cât timp în baza acestui contract, persoana desemnată a îndeplinit atribuțiile care-i revin unui responsabil cantități și gestiune financiară a lucrărilor; contractul de servicii prezentat are drept obiect supervizarea unor activități de execuție de lucrări în domeniul infrastructurii de transport rutier; prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă nu a instituit obligația ocupării acestei poziții în cadrul unui contract de lucrări, ci într-un contract la nivelul căruia să se fi derulat activități de execuție de lucrări, cerință îndeplinită în prezentul caz.

Autoritatea contractantă interpretează cu un formalism excesiv documentația de atribuire, prin respingerea ca neconformă a ofertei sale.

Astfel, autoritatea contractantă a respins oferta contestatoarei pentru un motiv pur formalist, ignorând faptul că experiența profesională a persoanei desemnate ca responsabil cantități și gestiune financiară este dovedită cu o recomandare emisă și semnată chiar de beneficiarul final al lucrărilor, în speță ..., fapt care conferă un plus de încredere cu privire la aspectele consemnate în acest document; recomandarea are în vedere execuția unor lucrări în domeniul infrastructurii de transport rutier; din punctul de vedere al calității, îndeplinirea funcției de inginer de cantități de către persoana desemnată de contestatoare a fost evaluată cu calificativul foarte bun.

Răspunsul la solicitarea de clarificări este concludent, la solicitarea autorității contractante de a face dovada experienței profesionale specifice de către persoana desemnată în funcția de responsabil cantități și gestiune financiară a lucrărilor, contestatoarea răspunzând prin descrierea în detaliu a modalității de îndeplinire a acestei cerințe, în acest sens, atașând documente doveditoare.

Consideră că au fost încălcate atât principiul proporționalității, prin faptul că decizia de respingere a ofertei sale depășește limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, fiind eliminat din competiție un ofertant care îndeplinește toate cerințele din documentația de atribuire, cât și principiul transparenței, prin aplicarea în cadrul procesului de evaluare a altor cerințe decât cele menționate în documentația de atribuire.

În subsidiar, în situația în care Consiliul va respinge în tot sau în parte capetele de cerere formulate în principal, contestatoarea solicită anularea procedurii de atribuire față de abaterile grave de la prevederile legislative care afectează procedura de atribuire, în conformitate cu art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu prevederile art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. 10667/19.07.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 29775/20.07.2018, ... – … a transmis punct de vedere referitor la contestația înaintată de ... SRL, solicitând respingerea acesteia ca neîntemeiată și nefondată.

Autoritatea contractantă arată că, în urma întocmirii Procesului-verbal de evaluare nr. 9964/09.07.2018, prin adresa 9969/09.07.2018 a transmis asocierii … că oferta sa a fost considerată: inacceptabilă și neconformă, din următoarele motive:

Arată că, urmare evaluării propunerii tehnice a contestatoarei, s-a constatat că, în cadrul propunerii tehnice, pentru persoana desemnată pentru funcția de responsabil cantități și gestiune financiară a lucrărilor (domnul ...), în vederea demonstrării experienței profesionale specifice s-a depus recomandarea din data de 10.012012 pentru contractul de servicii "Supervizarea lucrărilor de Centură nord vest de ocolire a orașului Buziaș", din documentul prezentat nereieșind dovada experienței

profesionale specifice în această poziție într-un contract de execuție lucrări, astfel cum s-a solicitat prin fișa de date și caietul de sarcini.

În răspunsul la solicitarea de clarificări, postat în SEAP în data de 05.07.2018, ora 14^{55}, contestatoarea menționează că domnul ... a îndeplinit funcția de inginer de cantități prin intermediul unei firme de consultanță în contractul având ca obiect ...

Prin urmare, din răspunsul prezentat și din recomandarea din data de 10.01.2012, nu reiese dovada experienței profesionale specifice în această poziție într-un contract de execuție lucrări, cum s-a solicitat prin fișa de date și caietul de sarcini.

Autoritatea contractantă a apreciat că răspunsul prezentat în SEAP, în data de 05.07.2018, nu este concludent în ceea ce privește clarificarea cerințelor solicitate, nu face dovada experienței profesionale specifice deținută ca responsabil cantități gestiune financiară a lucrărilor de către domnul ..., motiv pentru care oferta depusă de asocierea ... SRL - SC Proexco SRL a fost considerată inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, deoarece nu a răspuns concludent solicitărilor de clarificări, neconformă, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, deoarece nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, nu face dovada experienței profesionale specifice a domnului ....

Referitor la invocarea nelegalității măsurii adoptate de autoritatea contractantă cu privire la respingerea ofertei contestatoarei ca inacceptabilă în temeiul unei clauze nescrise, făcându-se referire la faptul că cerința privind experiența profesională specifică nu este prevăzută în fișa de date a achiziției/anunțul de participare, fiind impusă exclusiv prin Capitolul 11, pct. 5 din caietul de sarcini, autoritatea contractantă subliniază faptul că această cerință este specificată în fișa de date a achiziției la cap IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice.

În acest sens, autoritatea contractantă invocă și prevederile art. 3 alin. (5) din Instrucțiunea 1/2017 și art. 52 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Consideră că a respectat prevederile legale privind achizițiile publice în ceea ce privește solicitarea experienței profesionale specifice pentru personalul cheie necesar executării lucrărilor și menționată în documentația de atribuire.

Referitor la nelegalitatea și netemeinicia comunicării, autoritatea contractantă subliniază că nu a prelucrat cerința din caietul de sarcini, ci a subliniat doar faptul că, din documentul prezentat, nu reiese dovada experienței profesionale specifice în această poziție într-un contract de execuție lucrări, cum s-a solicitat prin fișa de date și caietul de sarcini.

Din analiza motivului invocat reiese că societatea nu a invocat corect cerința din fișa de date și caietul de sarcini privind dovada experienței profesionale specifice și prelucrează cerința caietului de sarcini precizând într-un contract la nivelul căruia să se fi derulat (în

acest caz se face referire la obiectul contractului și nu la faptul că domnul ... a derulat*)* activități de execuție de lucrări.

Prin adresa nr. 2656/24.07.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 30184/24.07.2018, societatea contestatoare a renunțat la solicitarea de studiere a dosarului achiziției.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă online, în vederea atribuirii contractului de *…*, coduri CPV …, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... Din informațiile anunțului de participare, Consiliul a reținut că valoarea estimată a contractului este de … lei, fără TVA, criteriul de atribuire este ”cel mai bun raport calitate-preț”, iar data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru ...

... SRL a învestit Consiliul cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze. Societatea contestatoare a constituit cauțiunea în sumă de 35.000 lei, conform prevederilor art. 61^1 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă recipisa de consemnare nr. ...

Trecând la analiza contestației, Consiliul constată că oferta asocierii ... a fost respinsă ca inacceptabilă, deoarece nu a răspuns concludent solicitărilor de clarificări, și neconformă, deoarece nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, respectiv persoana desemnată în funcția de responsabil cantități și gestiune financiară a lucrărilor, domnul ..., nu a demonstrat experiența într-un contract de lucrări, ci într-un contract de servicii, respectiv ”…”.

În fișa de date a achiziției, la cap. IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice, cerința 1, s-au prevăzut următoarele: Ofertantii vor prezenta propunerea tehnica astfel incat sa se asigure posibilitatea verificarii corespondentei propunerii tehnice cu specificatiile tehnice prevazute in cadrul Caietului de sarcini. Propunerea Tehnica trebuie sa demonstreze ca Ofertantul a inteles corect cerintele din caietul de sarcini si ca solutia sa tehnica prezentata indeplineste intru totul aceste specificatii. De asemenea oferta trebuie sa convinga Autoritatea Contractanta ca in caz de atribuire **ofertantul dispune de resurse suficiente precum si experienta necesara.**

În caietul de sarcini, cap. 5 Personalul antreprenorului, s-au solicitat următoarele: Personalul Antreprenorului va avea calificarea, competenţa şi experienţa necesară astfel încât să poată asigura execuția investiției “…” conform Proiectului tehnic.

Cerințe de personal:

Pe parcursul derulării contractului, Antreprenorul are obligația de a asigura personalul necesar care să acopere întreaga durată a acestuia.

Antreprenorul va purta întreaga responsabilitate pentru îndeplinirea corectă a sarcinilor, iar în cazul în care, pentru realizarea responsabilităților definite în cadrul contractului și într-o fază ulterioară, acesta va avea nevoie de mai mult personal decât cel specificat în Caietul de Sarcini, va răspunde pentru asigurarea necesarului de resurse umane, fără a solicita costuri suplimentare.

Antreprenorul va asigura personal adecvat pentru îndeplinirea sarcinilor, în acord cu cerințele minime definite în prezentul caiet de sarcini și va include în oferta sa numele și CV-urile experților cheie.

Personalul poate fi constituit din angajați proprii, persoane fizice atestate/autorizate pe domeniul de activitate sau persoane juridice cu personal de specialitate autorizate să presteze activitățile pentru care prezintă CV-uri pentru personalul de specialitate.

Antreprenorul va trebui să asigure resursele de personal minime, după cum urmează:

- 1 coordonator proiect/lider de echipa/manager de proiect, cu experiență pe această poziție într-un contract;

-1 șef de șantier drumuri - inginer cu specializarea construcţii căi ferate, drumuri și poduri, cu experiență profesională specifică prin implicarea pe această poziție într-un contract la nivelul căruia să fi derulat activități de execuție de lucrări în domeniul infrastructurii de transport rutier sau al unei infrastructuri similare din punctul de vedere al complexităţii şi/sau utilităţii. Prin infrastructuri similare din punctul de vedere al complexităţii şi/sau utilităţii se înţelege lucrări de construcţie/modernizare/reparaţii capitale aferente unor drumuri care se încadrează cel puţin în clasa tehnica IV, conform Ordinului 1295/ 2017;

- 1 responsabil tehnic cu execuția atestat în domeniul construcţii rutiere, drumuri, piste de aviaţie, poduri, tunele;

- 1 responsabil cu calitatea - absolvent Facultatea de Constructii;

- 1 topograf autorizat ANCPI, cu experienţă profesională specifică prin implicarea pe această poziție într-un contract la nivelul căruia să fi derulat activităţi de execuţie de lucrări în domeniul infrastructurii de transport rutier sau al unei infrastructuri similare din punctul de vedere al complexităţii şi/sau utilităţii. Prin infrastructuri similare din punctul de vedere al complexităţii şi/sau utilităţii se înţelege lucrări de construcţie/ modernizare/ reparaţii capitale aferente unor drumuri care se încadrează cel puţin în clasa tehnica IV, conform Ordinului 1295/ 2017;

- **1 responsabil cantități și gestiune financiară a lucrărilor** – inginer/ subinginer cu specializarea construcţii căi ferate, drumuri şi poduri, cu experienţă profesională specifică prin implicarea pe această poziție într-un contract la nivelul căruia să fi derulat activităţi de execuţie de lucrări în domeniul infrastructurii de transport rutier sau al unei infrastructuri similare din punctul de vedere al complexităţii şi/sau utilităţii. Prin infrastructuri similare din punctul de vedere al complexităţii şi/sau utilităţii se înţelege lucrări de construcţie/modernizare/reparaţii capitale aferente unor drumuri care se încadrează cel puţin în clasa tehnica IV, conform Ordinului 1295/ 2017.

Pe parcursul derulării contractului, Antreprenorul are obligația de a asigura personalul necesar care să acopere întreaga durată a acestuia.

Pentru a analiza modul de îndeplinire de către responsabilul propus de contestatoare a cerinței în discuție este necesar a se stabili, prioritar, dacă cerința reprezintă o clauză nescrisă, în sensul art. 30 alin. (6) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, astfel cum a invocat petenta.

Potrivit dispozițiilor amintite, în forma în vigoare la data publicării anunțului de participare, Criteriile de calificare şi criteriile de selecţie precizate de autoritatea contractantă în caietul de sarcini ori în documentaţia descriptivă şi care nu sunt prevăzute în fişa de date a achiziţiei/anunţul de participare sunt considerate clauze nescrise*,* iar potrivit art. 30 alin. (4) din același act normativ Criteriile de calificare şi criteriile de selecţie stabilite de autoritatea contractantă sunt incluse în fişa de date a achiziţiei, precum şi în anunţul de participare.

Relevante în soluționarea cauzei sunt și următoarele dispoziții legale din Legea nr. 98/2016:

- art. 178 alin. (1) Autoritatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentele achiziţiei cerinţe privind capacitatea tehnică şi profesională care sunt necesare şi adecvate pentru a se asigura că operatorii economici deţin resursele umane şi tehnice şi experienţa necesare pentru a executa contractul de achiziţie publică/acordul-cadru la un standard de calitate corespunzător. (2) Cerinţele privind capacitatea tehnică şi profesională stabilite de autoritatea contractantă pot viza în special existenţa unui nivel corespunzător de experienţă, prin raportare la contractele executate în trecut. (3) În cazul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziţie publică/acordurilor-cadru de servicii sau de lucrări ori a contractelor de achiziţie publică/acordurilor-cadru de produse care necesită lucrări sau operaţiuni de amplasare sau instalare, capacitatea profesională a operatorilor economici de a presta serviciile sau de a executa construcţia sau operaţiunile de instalare poate fi evaluată în funcţie de aptitudinile, competenţele, eficienţa, experienţa şi potenţialul acestora.

- art. 179 Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerinţelor privind capacitatea tehnică şi profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informaţii şi documente:

a) o listă a lucrărilor realizate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 5 ani, însoţită de certificate de bună execuţie pentru lucrările cele mai importante; atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurenţă, autoritatea contractantă poate stabili că sunt luate în considerare lucrări relevante realizate cu mai mult de 5 ani în urmă;

b) lista principalelor livrări de produse efectuate sau a principalelor servicii prestate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani, cu indicarea valorilor, datelor şi a beneficiarilor publici sau privaţi; atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurenţă, autoritatea contractantă poate stabili că sunt luate în considerare livrări de produse relevante efectuate sau servicii relevante prestate cu mai mult de 3 ani în urmă;

c) indicarea tehnicienilor sau a organismelor tehnice implicate, indiferent dacă fac sau nu parte din organizaţia operatorului economic, în special a celor care răspund de controlul calităţii şi, în cazul contractelor de achiziţii publice de lucrări, a celor aflaţi la dispoziţia contractantului în vederea executării lucrărilor;

d) descrierea facilităţilor tehnice şi a măsurilor utilizate de operatorul economic în vederea asigurării calităţii şi a facilităţilor sale de studiu şi de cercetare;

e) precizarea sistemelor de management şi de trasabilitate din cadrul lanţului de aprovizionare pe care operatorul economic le va putea aplica pe parcursul executării contractului;

f) în cazul în care produsele sau serviciile care urmează să fie furnizate sunt complexe sau, cu caracter excepţional, sunt destinate unui scop special, rezultatele unui control efectuat de autoritatea contractantă sau, în numele acesteia, de un organism oficial competent din ţara în care este stabilit operatorul economic, sub rezerva acordului respectivului organism, care vizează capacităţile de producţie ale operatorului economic care furnizează produsele sau capacitatea tehnică a operatorului economic care prestează serviciile şi, dacă este necesar, facilităţile de studiu şi de cercetare care sunt la dispoziţia acestuia şi măsurile de control al calităţii pe care acesta urmează să le aplice;

g) calificările educaţionale şi profesionale ale operatorului economic care prestează servicii ori execută lucrări sau ale personalului de conducere al operatorului economic, dacă acestea nu constituie factori de evaluare;

h) precizarea măsurilor de management de mediu pe care operatorul economic le va putea aplica pe parcursul executării contractului;

i) o declaraţie cu privire la numărul mediu anual de personal al operatorului economic care prestează servicii ori execută lucrări şi numărul personalului de conducere din ultimii 3 ani;

(...)

- art. 181 Criteriile privind capacitatea şi cerinţele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunţul de participare.

Instrucțiunea ANAP nr. 1/2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 179 lit. g) şi art. 187 alin. (8) lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, respectiv a art. 192 lit. g) şi a art. 209 alin. (8) din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale prevede următoarele:

ART. 2

(1) Sintagma "personal permanent, în special de conducere, al operatorului economic" ofertant/candidat se referă la personalul acestuia cu rol de coordonare a activităţii economice specifice aflate în relaţie directă cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, persoanele în cauză ocupând posturi/poziţii în structura organizatorică a acestuia ce îi conferă responsabilitatea asupra procesului de implementare a respectivului contract şi, implicit, rolul de interfaţă între contractor (organizaţia ce prestează/execută serviciile/lucrările ce fac obiectul viitorului contract) şi beneficiar (autoritatea/entitatea contractantă), astfel:

a) personal de conducere, ce este asimilat posturilor/poziţiilor din cadrul structurii organizatorice a unui operator economic prin care se asigură funcţia de conducere/management a respectivei entităţi şi care, în funcţie de forma de organizare a acesteia, poate lua una sau ambele forme de mai jos:

• personalul de administrare şi de conducere stabilit potrivit actelor constitutive, în conformitate cu prevederile Legii societăţilor nr. 31/1990, republicată, cu modificările şi completările ulterioare (sau orice alt act normativ similar din ţara de origine a operatorului economic), care este împuternicit să stabilească strategia, obiectivele şi orientarea generală a operatorului economic în cauză, precum şi care supraveghează şi monitorizează procesul decizional la nivel de conducere.

Această categorie include persoanele care conduc, în mod efectiv, activitatea unităţii economice în cauză;

• persoanele fizice care exercită funcţii de conducere în cadrul operatorului economic în cauză şi care sunt împuternicite şi răspund de îndeplinirea activităţii de conducere curentă a acesteia, potrivit actelor constitutive, în această categorie fiind incluşi directorii, în cadrul sistemului unitar de administrare, respectiv directoratul, în cadrul sistemului dualist de administrare.

Exemplu personal de această natură:

- director tehnic/de producţie - responsabil de elaborarea şi implementarea fluxurilor operaţionale de la nivelul organizaţiei ce are calitatea de candidat/ofertant, funcţie ce asigură desfăşurarea în condiţii de eficienţă şi performanţă a activităţii curente, corespunzător domeniului de activitate (construcţii; consultanţă în management; proiectare urbanistică şi peisagistică; tehnologia informaţiilor şi comunicaţiilor etc.). Exercitarea acestei funcţii presupune coordonarea implementării contractelor semnate de organizaţie şi menţinerea relaţiei cu clienţii (beneficiarii), urmărind asigurarea permanentă a corelaţiei între resursele financiare, materiale, umane, necesare pentru implementarea respectivelor contracte, şi calitatea rezultatelor obţinute, în condiţiile respectării termenelor asumate;

b) personalul numit în posturile/poziţiile din cadrul unei structuri organizatorice a operatorului economic în cauză, altele decât funcţii de conducere/management, **necesare pentru a putea fi realizate de respectiva entitate activităţi economice şi/sau de producţie, corespunzător obligaţiilor asumate în faţa clienţilor şi cu respectarea cadrului normativ ce guvernează domeniul de activitate în care activează*).**

Exemplu personal de această natură:

- manager de contract (în situaţia în care acesta are, în raport cu procesul de implementare a unui contract, atribuţii similare directorului tehnic/de producţie menţionat mai sus); coordonatorul şefilor de şantier (în situaţia în care complexitatea lucrărilor şi a obiectului contractului impune prezenţa mai multor şefi de şantier ce răspund de fronturi de lucru ce avansează în acelaşi timp); **responsabil managementul calităţii (RMQ), responsabil în domeniul securităţii şi sănătăţii în muncă etc.**

(2) Studiile, calificarea şi/sau experienţa 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/selecţie în sensul art. 179 lit. g) din Legea nr. 98/2016, cu completările ulterioare.

ART. 3

(1) Sintagma "personalul ce va realiza efectiv activităţile care fac obiectul contractului ce urmează a fi atribuit" se referă la experţii/personalul-cheie ce răspund(e) de realizarea efectivă a proceselor de execuţie aferente implementării respectivului contract, calificarea, experienţa profesională şi/sau modul de organizare influenţând, în mod direct, calitatea rezultatului ce trebuie atins prin contractul în cauză, această categorie de personal nefiind considerată criteriu de calificare şi selecţie în raport cu operatorul economic ce este candidat/ofertant în procedura de atribuire.

(2) Prin noţiunea de "personal-cheie" menţionată la alin. (1), se înţelege orice expert/specialist a cărui activitate desfăşurată în cadrul contractului este reflectată direct fie:

(i) într-o proporţie majoritară a rezultatului respectivei activităţi şi/sau a întregului contract, atunci când există o relaţie direct proporţională între volumul muncii prestate şi nivelul calitativ al rezultatului în cauză, iar contribuţia sa are, totodată, o pondere ridicată în rezultatul final al contractului;

(ii) într-o proporţie minoră ca efort depus din punctul de vedere al volumului de muncă, dar cu un impact major asupra esenţei rezultatului respectivei activităţi şi/sau a întregului contract (de exemplu, în situaţia în care rezultatul muncii sale este stabilirea soluţiei tehnice ce face obiectul contractului, celelalte activităţi ale acestuia având doar rolul de a clarifica/detalia aspectele ce descriu respectiva soluţie şi/sau modul de implementare a sa).

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

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

Exemple: responsabil tehnic cu execuţia (RTE) în conformitate cu prevederile Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcţii, republicată; expert/expert tehnic în domeniul protejării monumentelor istorice în conformitate cu Ordinul ministrului culturii şi patrimoniului naţional nr. 2.495/2010 pentru aprobarea Normelor metodologice privind atestarea specialiştilor, experţilor şi verificatorilor tehnici în domeniul protejării

monumentelor istorice; contabil autorizat/expert contabil în conformitate cu legislaţia incidentă în domeniul contabilităţii şi fiscalităţii; verificator de proiecte, diriginte de şantier în conformitate cu legislaţia incidentă în domeniul construcţiilor; personal ce necesită atestări profesionale de la autorităţi competente - cum ar fi, dar fără a se limita la, AFER/ISCIR/ANRE/ANEVAR/ANCPI/CECAR/CAFR/MCPN etc.

(5) În sensul alin. (3), în situaţia în care existenţa certificării specifice nu este suficientă pentru a demonstra că respectivul expert are capacitatea de a îndeplini activităţile aferente din viitorul contract, datorită complexităţii ridicate şi/sau particularităţii acestora, autoritatea/entitatea contractantă are dreptul de a impune în caietul de sarcini şi cerinţe referitoare la experienţa profesională a expertului/ specialistului în cauză, ce trebuie îndeplinite la momentul evaluării ofertei tehnice.

Exemplu: auditor financiar, nivelul de complexitate a activităţii desfăşurate fiind în strictă corelaţie cu aspecte cum ar fi tipul şi anvergura organizaţiei pentru care realizează auditul (IMM vs. companie multinaţională, parte dintr-un grup de companii/ întreprinderi legate), tipul misiunii - auditul activităţii anuale a organizaţiei vs. audit aferent operaţiunilor de implementare a unui proiect de investiţii complex.

În susținerea includerii cerinței privind responsabilul cantități și gestiune financiară a lucrărilor în caietul de sarcini și în fișa de date a achiziției la cap. Modul de prezentare a propunerii tehnice, autoritatea contractantă a invocat, în punctul său de vedere asupra contestației, prevederile art. 3 alin. (5) din Instrucțiunea nr. 1/2017, or, se poate observa că responsabilul cantități nu are nevoie de o certificare specifică și nu poate fi considerat ca fiind inclus în categoria personalului cheie, ci, astfel cum a susținut contestatoarea, este un responsabil ca și responsabilul cu calitatea făcând parte din categoria personalului permanent al operatorului economic care trebuia prevăzut în fișa de date a achiziției.

Responsabilul cantități și gestiune financiară nu este un expert/ specialist care să aibă nevoie de o anumită certificare, în sensul art. 3 din Instrucțiune, pentru ca experiența lui să fie cerută în caietul de sarcini, respectiv propunerea tehnică a operatorilor economici.

Astfel fiind, Consiliul apreciază că cerința privind responsabilul în discuție trebuia prevăzută în fișa de date și anunțul de participare, motiv pentru care, în cazul analizat, reprezintă o clauză nescrisă.

Vizavi de criticile aduse modului de îndeplinirea cerinței de către responsabilul ..., Consiliul constată că, în caietul de sarcini, cerința a fost formulată astfel: **1 responsabil cantități și gestiune financiară a lucrărilor** – inginer/subinginer cu specializarea construcţii căi ferate, drumuri şi poduri, cu experienţă profesională specifică **prin implicarea pe această poziție într-un contract la nivelul căruia să fi derulat activităţi de execuţie de lucrări** în domeniul infrastructurii de transport rutier sau al unei infrastructuri similare din punctul de vedere al complexităţii şi/sau utilităţii. Prin infrastructuri similare din punctul de vedere al complexităţii şi/sau utilităţii se înţelege lucrări de construcţie/modernizare/reparaţii capitale aferente unor drumuri care se încadrează cel puţin în clasa tehnica IV, conform Ordinului 1295/ 2017.

Pentru îndeplinirea cerinței, pentru responsabilul ..., a fost depus CV-ul în care este menționată, ca experiență profesională, activitatea de verificare cantități de lucrări, pe postul de inginer de cantități, funcția de

inginer căi ferate drumuri și poduri, în cadrul contractului de consultanță și asistență tehnică în construcții pentru lucrările: …; realizare …, contractul fiind încheiat de SC … SRL.

Din partea beneficiarului, ..., a fost depusă recomandarea din 10.01.2012, în care se menționează că, în cadrul contractului amintit, încheiat cu SC … SRL, domnul ... a îndeplinit funcția de inginer cantități.

Față de documentele depuse, prin adresa nr. 9119/21.06.2018, comisia de evaluare a solicitat asocierii ... prezentarea pentru responsabilul ... de documente relevante privind experiența specifică, având în vedere că, din recomandarea depusă, nu reiese dovada experienței în această poziție demonstrată *prin contracte care au avut ca obiect …* (așa cum sunt definite la art. 6 și 7 din OG nr. 43/1997 privind regimul drumurilor).

Ofertanta a răspuns cu adresa nr. 323/28.06.2018, în care a arătat că, pentru persoana amintită, au fost depuse documente din care reiese experiența profesională specifică prin implicarea pe această poziție într-un contract la nivelul căruia a derulat activități de execuție de lucrări în domeniul infrastructurii de transport rutier sau al unei infrastructuri similare din punct de vedere al complexității și/sau utilității. A menționat că domnul ... face parte din personalul antreprenorului, și nu al proiectantului, inginer de cantități se solicită doar în execuție (pentru antreprenor).

Autoritatea contractantă a revenit cu o solicitare în același sens în data de 02.07.2018.

Ofertanta a răspuns cu adresa nr. 330/03.07.2018, în care a arătat că recomandarea prezentată certifică în mod clar că domnul ing. ... a îndeplinit funcția de inginer de cantități similar cu responsabil cantități și gestiune financiară în execuția …, cu o valoare C+M de 10.485.7036,73 lei, fără TVA. S-a adăugat că *faptul că aceste sarcini au fost realizate prin intermediul unei firme de consultanță nu diminuează cu nimic experiența similară a acestuia, dimpotrivă, prin supervizarea lucrărilor de execuție, responsabilitățile acestuia au fost superioare. O astfel de funcție îndeplinește cumulativ atât verificarea în teren a cantităților, verificarea încadrării acestora în PT, verificarea prețurilor unitare și a cuantumului valoric al cantităților (gestiune financiară), cât și asumarea acestora prin acceptarea și semnarea situațiilor de lucrări*.

Prin procesul-verbal nr. 8 (9964/09.07.2018) oferta asocierii ... a fost respinsă, deoarece din documentul prezentat nu reiese dovada experienței profesionale specifice în această poziție **într-un contract de execuție lucrări**, cum s-a solicitat prin fișa de date și caietul de sarcini.

Astfel cum a susținut și societatea contestatoare, autoritatea contractantă a respins oferta pe motiv că experiența profesională nu a fost îndeplinită în cadrul unui contract de lucrări, or, o cerință în acest sens nu a existat în mod expres în caietul de sarcini.

Cerința viza implicarea responsabilului, pe această poziție, *într-un contract la nivelul căruia să fi derulat activităţi de execuţie de lucrări,* și

nu un contract de lucrări. De altfel, nici nu ar fi avut vreo relevanță dacă contractul derulat era de servicii sau de lucrări, câtă vreme doar în cazul unor lucrări executate urmau a fi realizate sarcinile responsabilului cu cantități, în cazul de față lucrările fiind cele de ....

Faptul că a fost încheiat un contract de consultanță, în cadrul căruia responsabilul cu cantități și-a îndeplinit sarcinile, și nu un contract de lucrări care să fi presupus și servicii și asistență tehnică nu are nicio importanță în îndeplinirea cerinței.

Interpretarea achizitoarei este, pe de o parte, contară prevederilor din caietul de sarcini, iar pe de altă parte, de un formalism excesiv, dat fiind că nu responsabilul de cantități urma a executa lucrările, pentru a se considera că responsabilul trebuia **să fi derulat activități de execuție de lucrări**, ci operatorul economic, obiectul contractului trebuind să privească derularea activităților de execuție.

Recomandarea pentru responsabilul cantități și gestiune financiară a fost dată chiar de beneficiarul lucrărilor, ..., fiind evident că activitatea domnului ... a privit lucrările executate, respectiv verificare cantități de lucrări, întocmire rapoarte către beneficiar, efectuarea de inspecții pe șantier și verificarea lucrărilor din punct de vedere cantitativ și calitativ etc, enumerate în CV.

Rolul experienței specifice este ca, prin intermediul ei, autoritatea contractantă să se asigure că, în cadrul contractului ce urmează a fi atribuit, responsabilul desemnat își va îndeplini sarcinile în mod corespunzător. Or, câtă vreme în cadrul contractului de consultanță prezentat ca experiență similară, domnul ... verifica lucrările privind realizare centura nord-vest de ocolire a orașului Buziaș, nu se poate susține că nu putea fi verificată experiența responsabilului menționat.

Se constată astfel că dispozițiile art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. (3) lit. a) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 au fost aplicate în mod greșit de comisia de evaluare.

Prin respingerea ofertei a fost încălcat și principiul proporționalității, fiind interpretată într-un mod restrictiv cerința mai sus amintită.

Astfel fiind, Consiliul va admite, în parte, contestația ... SRL și va dispune reevaluarea ofertei asocierii asocierii ...

Capătul de cerere privind anularea procedurii va fi respins ca nefondat, în cauză putând fi dispuse măsuri de remediere în sensul celor mai sus reținute.

Solicitarea privind suspendarea procedurii a fost respinsă ca nefondată prin Încheierea nr. ...

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite, în parte, contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ..., și anulează procesul-verbal de evaluare nr. 8 (9964/09.07.2018), în partea ce privește oferta asocierii ..., și comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 9969/09.07.2018. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea oferte asocierii ..., sub aspectul modului de îndeplinire a cerinței privind responsabilul cantități și gestiune financiară, și la stabilirea rezultatului reevaluării în termen de 15 zile de la primirea deciziei. Rezultatul reevaluării va fi comunicat în termenul legal.

În temeiul art. 26 alin. (6) din lege, respinge ca nefondat capătul de cerere privind anularea procedurii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

Redactată în patru exemplare, conţine 14 pagini