

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (2) 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. ...

Prin contestația nr. 3038/08.06.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 31011/09.06.2023, formulată de ... SA, cu sediul în ... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ... reprezentată legal prin director ..., împotriva documentației de atribuire, elaborată de ..., în calitate de entitate contractantă, cu sediul în ... în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea încheierii contractului de achiziție publică având ca obiect „**CL 8 – Rețele de alimentare cu apa în localitățile: ...**”, s-a solicitat completarea sintagmei „*lucrări de construire/reabilitare/modernizare/extindere rețele de apa/canalizare si/sau aducțiuni de apă și/sau conducte de refulare*” de la Cerința 1 - *Experiența similară* prin includerea și a lucrărilor de infrastructură de fluide/gaze (rețele fluide sub presiune), precum și suspendarea procedurii de atribuire în conformitate cu dispozițiile art. 22 din Legea nr. 101/2016.

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

Prin contestația înregistrată sub numărul de mai sus, ... SA critică documentația de atribuire elaborată de ... în cadrul procedurii precizate, solicitând cele menționate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ... SA arată că, în urma analizării conținutului caietului de sarcini, a constatat excluderea unor categorii de lucrări de la Cerința 1 - *Experiența similară*, respectiv a lucrărilor de infrastructură de fluide/gaze și rețele fluide sub presiune.

Contestatorul învederează că majoritatea activităților care se execută la aceste lucrări sunt identice, de la tăiat asfalt/beton, spart asfalt/beton, săpătura, evacuare moloz/pământ, montaj pe pat de nisip, acoperire cu nisip, montaj banda avertizoare cu fir trasor, compactare, până la refacere carosabil/ spațiu verde, o mare parte dintre companiile

regionale de apă-canal considerând lucrările de fluide conforme cerințelor de capacitate tehnică și profesională.

Având în vedere complexitatea, pericolul și cerințele necesare execuției rețelelor de infrastructură de fluide/gaze, inclusiv lucrări de construcții civile gaze, contestatorul apreciază că se impun autorizări suplimentare acordate de autoritățile statului, fapt constatat și în cadrul altor proceduri.

Limitând domeniul de activitate strict la rețelele de apă/canalizare, în opinia contestatorului, se exclud firme cu experiență, dotate cu personal și utilaje performante, care pot executa lucrări de calitate superioară, la prețuri concurențiale, cu termene de execuție reduse, micșorând disconfortul creat cetățenilor în zonele de lucru, fiind îngrădit dreptul de participare la licitație a unor companii cu experiență și capacitate de execuție.

Contestatorul precizează că a executat lucrări similare în cadrul unor proceduri având obiect similar celei de față, în cadrul căreia cerința - *experiență similară* cuprinde inclusiv lucrări de infrastructură cu fluide.

Totodată, în considerarea specificului lucrărilor solicitate de entitatea contractantă, contestatorul arată că în cazul proiectelor derulate a efectuat pe lângă lucrările privind conductele de transport fluide (gaze) și lucrări de construcție de clădiri de birouri și hale industriale, lucrări de alimentare cu energie electrică și stații transformare și, nu în ultimul rând proiecte de infrastructură energetică și proiecte de construcții civile, astfel că lucrările desfășurate în infrastructura de fluide (gaze) sunt cvasi similare celor având ca obiect execuția rețelelor noi de apă și rețelelor noi de apă uzată, iar excluderea unor ofertanți cu experiența și dotarea sa prin astfel de criterii de selecție sunt în dezavantajul autorității contractante și nu în ultima instanță în dezavantajul utilizatorilor finali.

În continuare, contestatorul prezintă argumente în susținerea cererii de suspendare a procedurii până la soluționarea contestației.

Față de cele menționate, contestatorul solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr. 101/2016, ale Legii nr. 99/2016, respectiv ale H.G. nr. 394/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere înregistrat la CNSC sub nr. 32355/15.06.2023, ..., reprezentată legal prin avocat ..., a solicitat respingerea contestației, ca neîntemeiată, pentru următoarele considerente:

Întrucât, s-a urmărit selecționarea unui operator economic experimentat în a duce la bun sfârșit lucrările de construire/reabilitare/extindere/modernizare a rețelelor de apă și canalizare din județul Buzău, s-a formulat cerința de calificare privind

experiența similară în sensul că sunt acceptate doar lucrările de construire/reabilitare/modernizare/extindere ale rețelelor de apa/canalizare și/sau ale aducțiunilor de apă și/sau ale conductelor de refulare.

Pe de altă parte, se precizează că, fiind o entitate contractantă care desfășoară activitățile relevante în domeniul apei nu poate solicita dovedirea executării unor lucrări vizând rețele destinate transportului sau distribuției de gaze sau energie termică întrucât exploatarea de rețele fixe destinate furnizării de servicii publice în domeniul producerii transportului sau distribuției de gaze sau energiei termice sunt activități relevante desfășurate exclusiv de entități contractante din domeniul gazului - ROMGAZ, TRANSGAZ, E.QN GAZ, etc.

Totodată, se arată că, potrivit prevederilor art. 191 alin. (1) din Legea nr.99/2016, entitatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentele achiziției criteriile privind capacitatea tehnică și profesională care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dețin resursele umane și tehnice și experiența necesară pentru a executa contractul sectorial/acordul-cadru la un standard de calitate corespunzător.

Mai mult, în vederea aplicării prevederilor art. 191 din Legea nr. 99/2016, precum și a prevederilor art. 192 lit. a) și b) din același act normativ, se arată că ANAP a emis Instrucțiunea nr. 2/2017 care conține reguli în ceea ce privește stabilirea cerinței de calificare privind experiența similară.

Potrivit dispozițiilor legale redată, susține contestatorul, entitatea contractantă are dreptul de a solicita ca dovada experienței similare să se facă prin implementarea unor contracte similare atât ca tip și complexitate, cât și din punctul de vedere al rezultatului sau funcționalității urmărite de scopul contractului.

În speța de față, având în vedere că lucrările de construire/reabilitare/modernizare/extindere a rețelelor de apă și canalizare sunt încadrate potrivit Legii nr. 99/2016 în domeniul sectorial „Apa”, se arată că descrierea similarității obiectului contractului s-a făcut prin raportare la lucrările de construire, reabilitare, modernizare, extindere ce vizează acest domeniu, și anume lucrări vizând rețelele de apă, lucrări vizând rețele de canalizare, lucrări vizând aducțiuni de apă, lucrări vizând conducte de refulare.

În al treilea rând, contrar celor afirmate de contestator, entitatea contractantă precizează că, din punct de vedere al complexității tehnice și al metodologiilor/procedeele tehnice de execuție, există diferențe majore între lucrările de construire/reabilitare/modernizare/extindere a rețelelor de apa/canalizare/aducțiuni de apa/conducte de refulare și lucrările de construire/reabilitare/modernizare/extindere a rețelelor de fluide/gaze/energie termică (rețele sub presiune), fapt confirmat de

documentația care cuprinde Memorii Generale și Specialități întocmite de proiectant.

În dovedirea faptului ca activitățile/lucrările ce se vor executa în cadrul acestui contract sunt diferite de cele enumerate de către ... în cadrul contestației, entitatea contractantă exemplifică recomandările proiectantului privind tehnologia de execuție a rețelelor de apă și canalizare în cadrul Memoriilor tehnice pe specialități vizând UAT ..., de unde rezultă că, o parte din activitățile care trebuie realizate pentru executarea unor lucrări de reabilitare/construcție/extindere/modernizare a unor rețele de apă și canalizare sunt similare cu cele care trebuie realizate în cadrul lucrărilor de reabilitare/construcție/extindere/modernizare a unor rețele de gaze naturale, respectiv: trasarea axului conductei, desfacerea pavajului, executarea săpăturilor, lansarea și montarea conductelor, execuția umpluturii transee, refacerea pavajului, transportul excedentului de pământ.

Cu toate acestea, entitatea contractantă subliniază că lucrările de reabilitare/construcție/extindere/modernizare a unor rețele de apă și canalizare cuprind o serie de activități specifice, cum ar fi execuția căminelor de vane și hidranților de incendiu, montarea conductei cu panta precizată în proiect, execuția probelor de presiune cu apă, execuția căminelor pe rețeaua de canalizare, epuismențelor și a stațiilor de pompare a apelor uzate.

Având în vedere că aceste activități, echipamente, tehnologii sunt specifice doar lucrărilor de reabilitare/construcție/extindere/modernizare a unor rețele de apă și canalizare, entitatea contractantă susține că este evident că lucrările de construcție/reabilitare/modernizare/extindere a unor rețele de gaze sau petrol nu sunt similare cu lucrările ce vizează rețele de apă și canalizare.

În plus, subliniază entitatea contractantă, un alt aspect care demonstrează ca lucrările de construcție / reabilitare / modernizare / extindere a unor rețele de gaze nu sunt similare cu lucrările ce vizează rețele de apă și canalizare reprezintă faptul ca proiectarea, execuția și exploatarea acestor două tipuri de rețele sunt reglementate de normative tehnice distincte emise de autorități publice diferite, respectiv Ordinul nr. 15/2023, Ordinul nr. 14/2023 pentru aprobarea reglementării tehnice „Normativ privind proiectarea, execuția și exploatarea sistemelor de alimentare cu apă și canalizare ale localităților, indicativ NP 133-2022, Volumul I și II, și Ordinul nr. 89/2023 privind aprobarea Normelor tehnice pentru proiectarea, executarea și exploatarea sistemelor de alimentare cu gaze naturale emis de Președintele Autorității Naționale de Reglementare în Domeniul Energie.

Ca mijloace de probă au fost depuse, în copie, documentele aflate la dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 3357/26.06.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 34213/26.06.2023, ... SA a formulat concluzii scrise.

... SA a constituit cautiunea în cuantum de 220.00,00 lei, prin recipisa de consemnare nr. 209228316/1/13.06.2023, eliberată de CEC BANK- SUCURSALA PLOIEȘTI, fiind înregistrată în Registrul de evidență al CNSC sub nr. 1509/14.06.2023.

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

..., în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă a contractului de lucrări având ca obiect „...”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..

Valoarea estimată a achiziției este de 114.380.781,00 lei, iar criteriul de atribuire este „*cel mai bun raport calitate-preț*”.

Nemulțumit de prevederile documentației de atribuire, pentru motivele evocate în cele ce preced, ... SA a depus contestația de față.

Cererea de suspendare a procedurii până la soluționarea contestației a fost respinsă prin Încheierea nr. 1712/C2/1582/19.06.2023.

Examinând contestația, Consiliul ia act că autorul acesteia formulează critici cu privire la criteriul de calificare privind *experiența similară*, susținând că este restrictiv, deoarece este exclusă participarea la procedură a firmelor cu experiență, dotate cu personal și utilaje performante, care pot executa lucrări de calitate superioară, la prețuri concurențiale, cu termene de execuție reduse.

Solicită contestatorul, pe cale de consecință, completarea Cerinței 1 – *Experiența similară*, prin includerea și a lucrărilor de infrastructură de fluide/gaze (rețele fluide sub presiune).

În analiza temeiniciei susținerilor contestatorului, Consiliul reține că, în conținutul anunțului de participare și fișei de date, la cap. III.1.3.a) – *Capacitatea tehnică și profesională*, entitatea contractantă a stabilit în sarcina ofertanților obligația de a face dovada îndeplinirii criteriului de calificare privind *experiența similară*, având conținutul:

Cerința nr.1 - **Experiența similară** **Ofertantul trebuie sa fi executat/dus la bun sfarsit/finalizat** în ultimii 5 ani, impliniti la data termenului limita pentru depunerea ofertei, **lucrari de construire/reabilitare/modernizare/extindere rețele de apa/ canalizare si/sau aductiuni de apa si/sau conducte de refulare in lungime cumulata de cel putin 18 km**, la nivelul a maxim 3 contracte de executie lucrari si/sau contracte de proiectare si executie lucrari.

De asemenea, reține Consiliul că obiectul achiziției, așa cum este precizat în Secțiunea II.1 – *„Obiectul achiziției”* din anunțul de participare și fișa de date, constă în „.....”, achiziție descrisă la cap. II.2.4) – *„Descrierea achiziției publice”* din același anunț și fișă de date, după cum urmează:

„Contractul implica lucrari de executie pentru:

- Obiectul 1.1 – Extindere sistem de distributie apa – Localitatea Buda Craciunesti

- Obiectul 2.1 - Reabilitare sistem de distributie apa – Localitatea Zarnestii de Slanic
- Obiectul 3.1 - Reabilitare sistem de distributie apa – Localitatea Sarata-Monteoru
- Obiectul 3.2 - Extindere sistem de distributie apa – Localitatea Sarata-Monteoru
- Obiectul 3.3 - Reabilitare sistem de distributie apa – Localitatea Gura Saratii
- Obiectul 3.4 - Reabilitare sistem de distributie apa – Localitatea Izvoru Dulce
- Obiectul 3.5 - Extindere sistem de distributie apa – Localitatea Izvoru Dulce
- Obiectul 4.1 - Extindere sistem de distributie apa – Localitatea Viperesti
- Obiectul 4.2 - Extindere sistem de distributie apa – Localitatea Tronari
- Obiectul 5.1 - Extindere sistem de distributie apa – Localitatea Manzalesti
- Obiectul 6.1 - Extindere sistem de distributie apa – Localitatea Lopatari
- Obiectul 6.2 - Extindere sistem de distributie apa – Localitatea Brebu
- Obiectul 6.3 - Extindere sistem de distributie apa – Localitatea Luncile
- Obiectul 7.1 - Extindere sistem de distributie apa – Localitatea Calvini
- Obiectul 7.2 - Extindere sistem de distributie apa – Localitatea Bascenii de Sus
- Obiectul 7.3 - Extindere sistem de distributie apa – Localitatea Bascenii de Jos
- Obiectul 8.1 - Reabilitare sistem de distributie apa – Localitatea Nehoiu
- Obiectul 8.2 - Extindere sistem de distributie apa – Localitatea Nehoiu
- Obiectul 8.3 - Extindere sistem de distributie apa – Localitatea Mlajet
- Obiectul 8.4 - Reabilitare sistem de distributie apa – Localitatea Chirlesti
- Obiectul 9.1 - Extindere retea canalizare – Localitatea Paltineni
- Obiectul 9.2 - Extindere retea canalizare – Localitatea Mlajet
- Obiectul 9.3 - Extindere retea canalizare – Localitatea Chirlesti
- Obiectul 10.1 - Extindere retea canalizare – Localitatea Vernesti
- Obiectul 10.2 - Extindere retea canalizare – Localitatea Candesti

Activitatile contractului includ:

- a) Lucrari de constructie.
- b) Furnizarea si montarea utilajelor si echipamentelor tehnologice.
- c) Testare si punere in functiune.
- d) Remedierea eventualelor defecte aparute in Perioada de Garantie de minim 1095 zile.
- e) Instruirea personalului Beneficiarului si/sau Operatorului.

Relevante în soluționare sunt următoarele prevederi legale:

- art. 185 din Legea nr. 99/2016:

1) Entitatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criteriile privind capacitatea referitoare la:

- a) capacitatea de exercitare a activității profesionale;
- b) situația economică și financiară;
- c) capacitatea tehnică și profesională.

(3) Entitatea contractantă stabilește numai criteriile privind capacitatea care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat sau ofertant are capacitatea de exercitare a activității profesionale, situația economică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul sectorial/acordul-cadru care urmează să fie atribuit. (...)

(5) Toate criteriile privind capacitatea, solicitate de entitatea contractantă, trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului sectorial/ acordului-cadru și să fie proporționale prin raportare la obiectul acestuia.;

- art. 191 din Legea nr. 99/2016:

(1) Entitatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentele achiziției criteriile 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 sectorial/acordul-cadru la un standard de calitate corespunzător;

- art. 192 lit. a) din același act normativ:

Operatorul economic face dovada îndeplinirii criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: (...)

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

- art. 35 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016:

(1) **Criteriile de calificare privind capacitatea au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.**

- art. 37 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016:

(1) **Entitatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru prin introducerea unor criteriile minime de calificare, care:**

a) **nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului sectorial/acordului-cadru ce urmează să fie atribuit;**

b) **sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului sectorial/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit.**

Din economia acestor prevederi legale rezultă dreptul entității contractante de a stabili criterii/cerințe de calificare care să demonstreze, printre altele, potențialul tehnic al unui ofertant, respectiv posibilitatea acestuia de a îndeplini contractul în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare, cu condiția ca aceste cerințe/criterii să aibă legătură cu obiectul contractului și să fie proporționale prin raportare la acesta.

În speță, necesitatea introducerii cerinței de calificare criticate, a fost justificată de entitate, în cadrul Strategiei de contractare întocmită în acord cu dispozițiile art. 9 din H.G. nr. 394/2016, după cum urmează:

Aceasta cerință a fost formulată în baza Legii 99/2016 art 192 lit a. Cerințele impuse au ținut cont de respectarea principiilor proportionalității, conform Legii 99/2016 art. 2 alin (2) lit e, și de recomandările din Notificarea ANAP din 15.03.2019.

La formularea acestei cerințe s-a avut în vedere că acest Contract este unul tip proiectare și execuție pentru lucrări de medie complexitate, conform celor descrise la Cap. II.3. DESCRIERE OBIECT ACHIZIȚIE.

Conform secțiunii II.3. din prezentul document obiectul achiziției obiectul achiziției reprezintă Rețele de alimentare cu apă și canalizare în localitatea Buzău constând în lucrări de reabilitare

înființare sau după caz extindere rețele de canalizare, conducta refulare și lucrări de execuție reabilitare rețea de distribuție și aducțiune pentru MUNICIPIUL BUZĂU. Lucrările de execuție includ și execuție branșamente, reabilitare Stații de pompare apă potabilă și înființare Stații pompare ape uzate menajere.

Rețele de apă prevăzute pentru proiect totalizează peste 90 km cea mai lungă rețea de apă, fiind de aprox. 13,9 km iar Rețele de canalizare prevăzute pentru proiect totalizează peste 40 km cea mai lungă rețea de canalizare, fiind de aprox. 18,2 km.

Având în vedere complexitatea și obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, Entitatea Contractantă dorește selecționarea unui operator economic experimentat în a duce la bun sfârșit a rețelelor de apă și canalizare în Municipiul Buzău. Pentru a selecta un operator economic experimentat și având capacitatea în cel puțin realizarea unui sistem public canalizare, necesită ca experienței similare solicitată să cuprindă cel puțin elementele cheie pentru sistemul de alimentare cu apă și canalizare. Pentru punerea în opera corespunzătoare, fiecare element necesită o tehnologie de execuție specifică iar punerea în funcțiune a unui sistem solidar trebuie făcută de către operatori experimentați în dimensiunea și a integra într-un tot unitar elemente constructive având funcțiuni diferite.

Prin solicitarea îndeplinirii cerinței la nivelul a maxim 3 contracte Entitatea contractantă nu limitează cerința. Având în vedere faptul că cea mai lungă rețea de canalizare, din contractul care urmează să fie atribuit este de aprox. 18 km, Entitatea contractantă a formulat cerința privind experiența similară astfel încât să se asigure că ofertantul care va fi declarat câștigător are capacitatea de a duce la bun sfârșit execuția unor lucrări similare din punctul de vedere al complexității cu cele care fac obiectul principal al achiziției și pentru a evita riscul ca obiectele Contractului să nu fie dimensionate și executate corect de un operator economic fără experiența necesară acestor tipuri de lucrări, pentru asigurarea realizării parametrilor solicitați prin Caietul de sarcini.

Luând în considerare cele menționate, rezultă că pentru a dimensiona și a integra un sistem funcțional, precizia execuției trebuie distribuită într-o pondere egală fiecărui obiectiv aparținând sistemului public de alimentare cu apă și canalizare, de aceea este necesară selecționarea unui operator economic experimentat în execuția a părților sistemului de alimentare cu apă și canalizare.

Având în vedere că acest Contract face parte din „Proiectul Regional de Dezvoltare a Infrastructurii de Apă și Apă Uzată din Județul Buzău, în perioada 2014-2020” cu perioada de eligibilitate clar definită, Entitatea contractantă consideră că un operator economic care nu a proiectat și executat lucrări de complexitate tehnică minim impusă prin această cerință, raportat la activitatea principală a acestui contract, nu poate duce la îndeplinire, în termenul de execuție menționat, acest contract.

Analizând criteriul de calificare criticat, prin prisma dispozițiilor legale enunțate și în raport cu justificarea prezentată de entitatea contractantă în Strategia de contractare, Consiliul reține că ceea ce solicită, în realitate, entitatea contractantă este probarea unei experiențe identice, iar nu a unei experiențe similare, prin care trebuie să se înțeleagă o experiență asemănătoare, analoagă.

Solicitând o experiență identică, entitatea contractantă a încălcat dispozițiile legale susenunțate, cu consecința prohibită de lege a restricționării participării la procedură a acelor operatori economici care

nu pot proba experiența identică cerută, context în care argumentele entității contractante nu pot fi primite în soluționare.

Că ceea ce a solicitat entitatea contractantă este o experiență identică, iar nu o experiență similară, rezultă fără dubiu din compararea obiectului achiziției cu criteriul de calificare stabilit. Respectiv se dorește execuția de rețele de alimentare cu apă și rețele de canalizare, iar criteriul de calificare privind experiența similară vizează probarea efectuării de lucrări din aceeași categorie, vizând tot rețele de apă/canalizare.

Sunt de înțeles rațiunile avute în vedere de entitatea contractantă la stabilirea criteriului de calificare însă acestea nu pot înfrânge o dispoziție expresă a legii, interdicția solicitării unei experiențe identice fiind clară.

Pe de altă parte, Consiliul apreciază pertinente dovezile prezentate de contestator, în sensul în care entități contractante care activează în același domeniu sectorial ca și entitatea contractantă din speța de față, respectiv „Apă”, în cazul unor proceduri având un obiect identic cu cel din prezenta procedură, au acceptat drept experiență similară, pe lângă lucrări referitoare la rețele de apă/canalizare, și rețele de fluide, așa cum dorește contestatorul a fi acceptat și în procedura de față.

Interdicția entității contractante de a solicita o experiență identică este statuată și de art. 5 alin. (1) și (2) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, emisă și în aplicarea dispozițiilor art. 192 lit. a) din Legea nr. 99/2016, potrivit cu care:

(1) **Nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii/ execuția de lucrări identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică/achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează a se atribui, pentru a nu se restrânge competiția, fiind necesar să fie permise și cele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului.**

(2) Autoritatea/Entitatea contractantă va explicita obiectului contractului într-o manieră care să reflecte categoriile/tipurile de produse/servicii/lucrări de o complexitate comparabilă cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează să fie atribuit, utilizând o descriere generală, raportată la sectorul/domeniul în care se încadrează acestea.

Drept practică defectuoasă este prezentat următorul exemplu:

Contract având ca obiect – lucrări de amenajare parc auto pe orizontală

Practică defectuoasă prin formulare restrictivă a cerinței: prezența experiență în execuția de lucrări de amenajare parcări auto, respectiv lucrări de terasamente, suprastructură, marcaje și indicatoare pentru parcări, precum și amenajare pentru scurgerea apelor.

Nu în ultimul rând practica judiciară este constantă în sensul interzicerii solicitării de experiență identică, relevante fiind:

- decizia civilă nr. 517 din 01 aprilie 2011, pronunțată de Curtea de Apel Timișoara, în care a precizat instanța că cerința de calificare privind experiența similară în proiectare construcții civile de tip

after school și cămin cultural este restrictivă, experiența în orice alt tip similar de construcție civilă fiind suficientă;

- sentința nr. 37 din 25 februarie 2014, pronunțată de Curtea de Apel Suceava - Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, în care a arătat instanța că cerința experienței similare constând în proiectarea pentru construcții de sănătate este restrictivă, atâta vreme cât spitalul la care se va referi proiectul se încadrează în categoria clădirilor civile;

- decizia civilă nr. 6738 din 25 septembrie 2014, pronunțată de Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în care instanța a precizat că similar înseamnă asemănător, analog, echivalent, comparabil, nu identic. Solicitarea unei experiențe identice cu activitățile propuse de contractul ce urmează a fi atribuit contravine principiilor în materia achizițiilor publice;

- decizia nr. 1687 din 11 noiembrie 2016, pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal, instanța stabilind că experiența similară nu înseamnă experiență identică. În cazul achiziției de gaze etalon hidrocarburi și compuși cu sulf, constituie experiență similară furnizarea anterioară de gaze industriale cu diverse compoziții.

Solicitarea unei experiențe similare, iar nu identice, este de natură a facilita accesul la licitație a mai multor operatori economici în scopul asigurării unei concurențe reale, o astfel de participare fiind în interesul entității contractante care poate obține un preț de achiziție mai redus, în acord cu principiul eficienței utilizării fondurilor publice.

Promovarea concurenței între operatorii economici înseamnă, corelativ, și reprimarea oricărei practici de creare a unui monopol în favoarea unui operator economic, respectiv de restrângere a accesului altor operatori la contractele de achiziție publică, ceea ce entitatea contractantă ar realiza prin menținerea criteriului de calificare în forma arătată. Respectiv, lăsat în forma actuală criteriul de calificare privind experiența similară permite participarea la procedură doar a operatorilor economici specializați în lucrări de apă, deși aceste lucrări pot fi realizate și de operatori economici cu experiență în rețele de fluide.

Argumentele entității contractante nu pot fi considerate pertinente câtă vreme tind să susțină un tip de experiență interzis a fi solicitată.

De asemenea, că experiența la care face referire contestatorul este relevantă în cazul activităților altor entități contractante (ROMGAZ, TRANSGAZ etc) și că aceste activități intră sub incidența unei legislații specifice, nu prezintă vreo relevanță, în opinia Consiliului, câtă vreme nu demonstrează entitatea contractantă nicăieri de ce un operator economic care are acumulată experiență în activitățile la care face referire contestatorul nu este în măsură să îndeplinească contractul ce se dorește a fi atribuit la parametrii calitativi solicitați.

În atari circumstanțe, criticile contestatorului fiind întemeiate, Consiliul trebuie să oblige entitatea contractantă să își modifice documentele achiziției, în sensul de a elimina caracterul restrictiv al criteriului de calificare privind *experiența similară*.

Pentru toate cele ce preced, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația și va dispune remedierea documentației de atribuire, în considerarea celor de mai sus, precum și publicarea în SEAP a măsurilor adoptate, în termen de 10 zile de la primirea prezentei, cu stabilirea unei noi date-limită de depunere a ofertelor.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art. 28 alin. (1) din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de ... SA, în contradictoriu cu ..., și dispune remedierea documentației de atribuire în sensul celor arătate în motivare și publicarea în SEAP a remedierilor intervenite, în termen de 10 zile de la primirea prezentei, cu stabilirea unei noi date-limită de depunere a ofertelor care să asigure operatorilor economici interesați un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor în acord cu dispozițiile modificate ale documentației de atribuire și cu exigențele achiziției.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

...