**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR**

**C.N.S.C.**

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

**În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea**

# DECIZIE

**Nr. ...**
**Data: ...**

Prin contestația transmisă prin mijloace electronice (e-mail), fără număr de înregistrare la emitent, datată 27.04.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. …, formulată de SC ... SRL, cu sediul în localitatea …, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. …, CUI …, reprezentată legal prin administrator …, în calitate de lider al Asocierii ... – ..., împotriva comunicării nr. 1338/16.04.2018 și a răspunsului la notificarea prealabilă, emise de ..., cu sediul în ..., județul …, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate într-o singură etapă, desfășurată online, având ca obiect atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări ***„Proiectare și execuție modernizare străzi în localitatea ..., ..., județul ...”*** - anunț de participare simplificat nr. …, s-au solicitat următoarele:

*„- Anularea rezultatului procedurii având ca obiect „Proiectare și execuție modernizare străzi în Localitatea ... ..., județul ..." consemnat în Adresa nr. 1338/16.04.2018 și a actelor subsecvente" și a răspunsului la notificarea prealabilă prin care a fost menținut;*

*- Anularea procesului-verbal în temeiul căruia oferta subscrisei a fost declarată inacceptabilă și a raportului procedurii sub același aspect;*

*- Obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei noastre;*

*- Obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezenta contestație constând în onorariu avocațial conform dovezilor anexate”*.

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
***Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor***
reține următoarele:

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr. …, SC ... SRL, lider al Asocierii ... – ..., critică rezultatul procedurii comunicat cu adresa nr. 1338/16.04.2018 și răspunsul la notificarea prealabilă, în cadrul procedurii simplificate menționată în partea introductivă, solicitând cele precizate anterior.

În motivare, contestatoarea susține că, în etapa de evaluare DUAE, autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări, respectiv depunerea de documente pentru a proba îndeplinirea cerinței experienței similare.

După ce precizează că a depus documentele solicitate, contestatoarea susține că, în mod nelegal, autoritatea contractantă i-a respins oferta ca inacceptabilă pentru nejustificarea experienței similare, astfel că, în temeiul dispozițiilor art. 6 din Legea nr.101/2016, a formulat notificarea prealabilă care a fost înregistrată la instituție în data de 23.04.2018, dar nu au fost adoptate măsurile de remediere solicitate.

Prezentându-și argumentele privind admiterea contestației, SC ... SRL arată următoarele:

1. Nelegalitatea deciziei de excludere raportat la prevederilor art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, coroborate cu prevederile Cap. III 2.3. lit. a) din Fisa de date, sens în care precizează că autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc, după aplicarea criteriului de atribuire, să prezinte documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare si selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE, dar fără a de a crea motive artificiale de excludere a potențialilor ofertanți.

Invocând aplicabilitatea dispozițiilor art. 75 din Legea nr. 98/2016, contestatoarea susține că, prin DUAE depus, a respectat cerințele fișei de date, iar la momentul etapei de evaluare a informațiilor conținute în document, motivul de respingere invocat de autoritatea contractantă este neîntemeiat, în etapa respectivă nefiind necesară depunerea documentelor ce probează cele menționate în DUAE.

2. Pe fondul deciziei de excludere, în mod greșit autoritatea contractantă a stabilit că oferta asocierii nu ar îndeplini cerința experienței similare, sens în care, după ce redă prevederile fișei de date, Cap. III 2.3, contestatoarea invocă prevederile art. 20 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016 și susține că ofertanții sunt obligați să justifice executarea unor lucrări similare, însă lucrările nu trebuie să fie

neapărat din domeniile și categoriile prezentate exemplificativ de către instituție.

Detaliind, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă nu poate opune cu succes ofertanților modalitatea defectuoasă în care a fost întocmită documentația de atribuire pentru a crea premisele artificiale ale descalificării acestora, precum și faptul că sunt aplicabile dispozițiile art. 29 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, respectiv dispozițiile art. 58 alin. (4) din Directiva 2014/24/UE din 26 februarie 2014, iar finalitatea urmărită ar trebui să fie executarea în condiții optime a contractului.

Referindu-se la contractele încheiate cu ... SA, contestatoarea prezintă următoarele documentele:

- contractul nr. 839/25.05.2016, în valoare de 4.275.720,23 lei, fără TVA, având ca obiect lucrări de rezistență și amenajări exterioare …;

- contractul nr. 8/10.04.2014, în valoare de 1.720.330 lei, fără TVA, având ca obiect modernizarea drumurilor și platformelor în incinta ….

În această ordine de idei, contestatoarea arată că, în decizia de excludere, în mod nejustificat, autoritatea contractantă a constatat că aceste contracte nu pot fi luate în considerare, deoarece nu corespund cu serviciile similare stabilite prin fișa de date, și subliniază că decizia de excludere este nemotivată și inconsecventă, contractul fiind invocat pentru justificarea „lucrărilor similare”, nu a „serviciilor similare”, cum se susține în rezultatul procedurii.

Contestatoarea susține că, în cadrul contractelor prezentate, au existat și „lucrări de drum”, acestea fiind similare cu lucrările de execuție drum comunal, în conformitate cu prevederile art. 8 alin. (1) lit. b din O.G. nr. 43/1997, și argumentează prezentând, în detaliu, informații de ordin tehnic.

Considerând relevante prevederile art. 5 alin. (1) din Instrucțiunea nr. 2/2017 emisă de ANAP, SC ... SRL redă exemplul dat, și apreciază că, potrivit dispozițiilor art. 2 alin. (3) din O.G. nr. 43/1997, din drum fac parte, urmând a fi luate în calcul pentru experiența similară, următoarele: podurile, viaductele, pasajele denivelate, tunelurile, construcțiile de apărare și consolidare, trotuarele, pistele pentru cicliști, locurile de parcare, oprire și staționare, indicatoarele de semnalizare rutieră și alte dotări pentru siguranța circulației, terenurile și plantațiile care fac parte din zona drumului, mai puțin zonele de protecție.

Suplimentar, contestatoarea consideră că realizarea lucrărilor de platforme industriale este mult mai pretențioasă decât realizarea unui drum local deoarece aceasta implică respectarea cu strictețe a pantelor și a cotelor din proiect, pentru a se dirija apele pluviale către gurile de scurgere, în vreme ce la un drum local pantele permit abateri întrucât scurgerea apelor se realizează transversal în șanțurile de colectare.

Cu referire la lucrările de drum/ parc logistic, contestatoarea invocă Decizia nr. 2344/2018 a Curții de Apel Cluj și menționează că, că în cadrul proiectului, colectarea apelor pluviale de pe zonele verzi și drum s-a realizat prin amenajarea pantelor transversale dirijate prin guri de scurgere nou înființate spre rigolele carosabile cu grătar metalic amplasate pe latura de vest/ est, care au fost racordate la canalizarea pluvială și conduse spre bazinul de decantare.

Indiferent de încadrarea administrativă și/ sau funcțională a drumului, dimensionarea și implicit execuția sistemului rutier se realizează în funcție de compoziția și intensitatea traficului de vehicule grele, precum și de caracteristicile geotehnice ale terenului de fundare, respectiv de caracteristicile de deformabilitate ale straturilor rutiere, în conformitate cu NE 116-04, opinează contestatoarea.

Apreciind că operatorul economic își poate dovedi potențialul de a îndeplini un contract și probând că a executat lucrări similare, identice sau superioare din punct de vedere al specificațiilor tehnice și al celor constructive decât cele stabilite de autoritatea contractantă, chiar dacă aceste lucrări fost realizate pe un sector de drum asimilabil unui drum vicinal, contestatoarea subliniază că logica introducerii cerințelor minime de calificare este de a diminua, pe cât posibil, riscul de neîndeplinire a contractului, reflectând posibilitatea concretă de a duce la îndeplinire contractul și de a rezolva dificultățile legate de îndeplinirea acestuia.

Referindu-se la contractul nr. 75/„27.04.2017” încheiat cu …, în valoare de 2.939.502,59 lei, fără TVA, având ca obiect lucrări de întreținere și reparații a străzilor, aleilor, trotuarelor și platformelor, de pe raza municipiului …, contestatoarea susține că, în mod nejustificat, autoritatea contractantă nu l-a luat în considerare, deoarece acesta nu corespunde cu serviciile similare stabilite prin fișa de date, și apreciază că, prin contractul nr. 75/ „27.07.2017”, având ca obiect „*Lucrări de întreținere și reparații a străzilor, aleilor, trotuarelor și platformelor de pe raza municipiului …*”, cu o valoare realizată de 2.939.502.59 lei, exclusiv TVA, a dovedit experiența similară întrucât, mare parte din lucrările executate în cadrul acestuia, includ străzi și platforme ce au necesitat reparații capitale.

Suplimentar, contestatoarea arată că, în conformitate cu prevederile art. 8 alin 1 lit. c) din O.G. nr. 43/1997, străzile sunt o categorie a drumurilor locale, care se încadrează în categoriile indicate de autoritatea contractantă în fișa de date, iar tipurile de lucrări ce au făcut obiectul contractului antemenționat, au fost denumite impropriu „lucrări de întreținere și reparații”, deoarece au presupus în mare parte reparații capitale.

Menționează că, lucrările executate în cadrul contractului deja menționat sunt lucrări care au fost realizate în conformitate cu proiecte tehnice de execuție, care au impus desfacerea integrală a sistemului rutier existent (atât carosabil cât și trotuar), și realizarea unui nou

sistem rutier conform memoriilor tehnice atașate în răspunsul la clarificări, sens în care enumeră lucrările executate.

După ce arată că, în ceea ce privește tipologia lucrărilor, autoritatea contractantă ignoră faptul că însăși fișa de date prevede posibilitatea ofertării „altor lucrări similare cu cele ce urmează a fi executate prin prezentul contract aferente drumurilor locale”, contestatoarea se referă la sintagma „experiență similară” și invocă Notificarea nr. 528/2017 a ANAP.

Spre final, contestatoarea susține că, prin decizia emisă, autoritatea contractantă a încălcat vădit principiul proporționalității, sens în care invocă jurisprudența europeană, respectiv Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60).

În concluzie, asocierea afirmă că „decizia de excludere este fundamentată pe o evaluare deficitară, precipitată a cerinței în cauză care a fost interpretată restrictiv și cu ignorarea scopului pentru care aceasta a fost prevăzută în Fișa de date”.

În drept, au fost invocate prevederile legale menționate în cuprinsul documentului.

În probațiune, au fost depuse, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 1662/08.05.2018, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. …, ... solicită respingerea contestației, ca „nefondată și neîntemeiată”.

Cu titlu prealabil, autoritatea contractantă prezintă un istoric al procedurii precum și datele referitoare la procedura prealabilă ce a fost urmată de către asociere.

Menționând „*inadmisibilitatea contestației, raportat la criticile formulate de către contestatoare*”, autoritatea contractantă indică art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, precum și cele două motive invocate în notificarea prealabilă.

Pe fondul contestației, în ceea ce privește prima critică, autoritatea contractantă susține că necesitatea justificării experienței similare a fost stabilită foarte clar încă de la solicitarea de clarificări nr. 1200/30.03.2018 și arată că, în raport de tipul de lucrări solicitate, în continuare, asocierea face o confuzie cu privire la motivul eliminării, oferta acesteia fiind eliminată deoarece nu îndeplinește criteriile de calificare și selecție, și nu pentru faptul că nu a completat DUAE corespunzător.

Autoritatea contractantă subliniază că DUAE a fost completat corespunzător, dar că informațiile prezentate în cadrul documentului nu îndeplinesc criteriile de calificare și selecție impuse prin fișa de date, deoarece nu este îndeplinită cerința aferentă experienței similare pentru componenta de lucrări.

Referindu-se la a doua critică din contestație, autoritatea contractantă precizează că în DUAE-ul asociatului SC ... SRL au fost

indicate 3 contracte pentru a dovedi experiența similară cu privire la componenta de drumuri.

După ce redă textul din fișa de date cu privire la experiența similară, respectiv: *„capitolul III.2.3 a) Capacitatea tehnică și/sau profesională după cum urmează:*

*- Experiența similară pentru componenta de lucrări în valoare de minim … lei din maxim 3 contracte executate în ultimii 5 ani.*

*- Experiența similară pentru componenta de similară în valoare de minim 40.000 lei din maxim 2 contracte executate în ultimii 3 ani*", autoritatea contractantă enumeră cele trei contracte prezentate deja în cuprinsul contestației și susține că, în opinia sa, acestea nu prezintă decât lucrări care nu sunt similare și nu pot fi încadrate în categoriile de drumuri stabilite în cadrul fișei de date.

În această ordine de idei, autoritatea contractantă apreciază că execuția unor drumuri aferente unor parcuri logistice sau lucrări de întreținere (care sunt inferioare din punct de vedere tehnice celor ce vor fi executate în cadrul prezentei proceduri) nu demonstrează capacitatea, experiența și cunoștințele asocierii contestatoare de a realiza contractul ce urmează a fi atribuit.

Cu privire la cele două contracte încheiate cu ... SA, autoritatea contractantă consideră că acestea nu dovedesc experiența similară, deoarece drumurile executate nu se încadrează în categoriile de drum impuse prin fișa de date, respectiv: drumuri locale, drumuri comunale, drumuri județene, drumuri naționale, drumuri expres sau autostrăzi, iar drumurile executate de către contestator sunt aferente unui parc logistic și mai mult de atât, valorile contractelor respective nu se referă doar la drumuri, ci în mare parte conțin platforme de parcare, andocare etc.

Susținând că, în mod eronat, în cadrul comunicării, a folosit cuvântul „servicii", autoritatea contractantă arată că, în fapt sunt lucrări care nu corespund cu cerințele stabilite prin fișa de date.

Precizează că asocierea nu a executat nici măcar lucrări similare celor din categoria drumurilor locale.

Referindu-se la contractul încheiat cu …, autoritatea contractantă susține că experiența prezentată de către asociere nu reflectă similaritatea lucrărilor, deoarece în cadrul fișei de date a precizat foarte clar tipurile de lucrări care vor fi luate în considerare, precum și tipurile de drum care pot fi luate în considerare ca experiență similară.

Arătând că cerința privind experiența similară prevedea „reabilitări primare și/ sau reparații capitale și/sau lucrări de execuție și/ sau modernizare și/ sau alte lucrări similare", autoritatea contractantă consideră că lucrările executate în cadrul contractului nr. 75/ 27.04.2017 încheiat cu … sunt de o complexitate inferioară și nu se încadrează în lucrările de reabilitare primară, fiind vorba doar de lucrări de întreținere.

Suplimentar, referindu-se la același contract, autoritatea contractantă arată că, chiar și în situația în care, în fapt, lucrările de întreținere ar fi fost lucrări de reabilitare, lucrări care ar fi putut fi considerate similare în baza memoriilor tehnice transmise, acestea sunt doar o parte din cele cuprinse în contract, iar valoarea lor nu acoperă cuantumul de 2.233.729 lei, fără TVA, prevăzut în documentația de atribuire.

În ceea ce privește încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/2016, respectiv tratamentul egal și nediscriminarea, autoritatea contractantă susține că aceste principii ar fi fost încălcate dacă nu ar fi considerat neconformă și inacceptabilă oferta asocierii.

Cu privire la „daune" sau costuri ocazionate de formularea contestației, autoritatea contractantă susține că, în cadrul notificării prealabile din 23.04.2018, nu i-au fost aduse la cunoștință, deși factura aferentă servicii avocațiale a fost emisă în 18.04.2018, iar contestatorul nu poate solicita prin contestație costuri cu aceste servicii de reprezentare, acestea trebuiau solicitate încă de la emiterea notificării prealabile, astfel că solicită Consiliului respingerea acestei pretenții.

În drept, au fost invocate dispozițiile Legii nr. 98/2016, cele ale H.G. nr. 395/2016, cele ale Legii nr. 101/2016, precum și prevederile legale *„incidente în cauză*".

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, înscrisuri din dosarul achiziției publice.

Prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr. …, SC ... SRL a răspuns la punctul de vedere prezentat de către autoritatea contractantă, iar în cuprinsul documentului a reiterat o parte din argumentele expuse în contestație.

Suplimentar, contestatorul arată că, în ceea ce privește contractele încheiate cu ..., din punct de vedere al complexității, lucrările executate sunt superioare celor prevăzute în această procedură.

În ceea ce privește contractul încheiat cu …, contestatorul susține că mare parte din lucrările executate includ străzi și platforme ce au necesitat reparații capitale.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată – într-o singură etapă, desfășurată online, pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect ***„Proiectare și execuție modernizare străzi în localitatea ..., ..., județul ...",*** prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. ….

Valoarea estimată a contractului este … lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire stabilit este *„prețul cel mai scăzut"*.

Prin procesul verbal nr. 1336/16.04.2018 privind analiza DUAE, în temeiul dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016,

autoritatea contractantă a constatat că oferta Asocierii SC ... SRL – SC ... SRL este inacceptabilă.

Împotriva acestui rezultat, după parcurgerea etapei notificării prealabile, Asocierea SC ... SRL – SC ... SRL, prin liderul său, a formulat prezenta contestație.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Analizând conținutul contestației, Consiliul constată că nemulțumirea contestatoarei vizează adresa de comunicare nr. 1338/16.04.2018, considerând că motivele de inacceptabilitate legate de experiența similară ale ofertei sale, invocate de autoritate, nu se justifică, deoarece, în opinia sa, *„decizia de excludere este fundamentată pe o evaluare deficitară, precipitată a cerinței în cauză care a fost interpretată restrictiv și cu ignorarea scopului pentru care aceasta a fost prevăzută în Fișa de date*".

Preliminar analizării aspectelor sesizate de contestatoare, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini (părțile tehnice), formularele necesare și modelul contractului de achiziție, la care se adaugă clarificările postate în SEAP ce conțin eventuale modificări, prin faptul că au depus ofertă, respectivele reguli și rigori au fost acceptate de operatorii economici participanți, drept pentru care toate prevederile documentației și-au consolidat forța obligatorie, atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru SC ... SRL. Prin urmare, la acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În adresa de comunicare nr. 1338/16.04.2018, emisă de autoritatea ca urmare a verificării și evaluării documentelor formularelor DUAE, Consiliul constată că motivele care au stat la baza respingerii ofertei contestatoarei, ca inacceptabile, vizează modul de îndeplinire al experienței similare, în sensul că cele trei contracte prezentate în acest sens nu pot fi luate în considerare deoarece nu se încadrează în serviciile și lucrările aferente acestui contract de achiziție publică.

Nemulțumită de faptul că autoritatea contractantă nu a luat măsurile de remediere solicitate prin notificarea prealabilă, Asocierea SC ... SRL – SC ... SRL a transmis Consiliului, contestația în analiză, solicitând:

«- *Anularea rezultatului procedurii având ca obiect „Proiectare și execuție modernizare străzi în Localitatea ... ..., județul ..." consemnat în Adresa nr. 1338/16.04.2018 și a actelor subsecvente și a răspunsului la notificarea prealabilă prin care a fost menținut;*

*- Anularea procesului-verbal în temeiul căruia oferta subscrisei a fost declarată inacceptabilă și a raportului procedurii sub același aspect;*

*- Obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei noastre;*

*- Obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezenta contestație constând în onorariu avocațial conform dovezilor anexate*».

Având în vedere criticile aduse pe acest aspect, Consiliul le va soluționa pe baza documentelor contestatoarei și a informațiilor prezentate prin răspunsul la solicitarea de clarificare, raportat la conținutul documentație de atribuire și ținând seama de legislația în vigoare din domeniul achizițiilor publice.

Astfel, potrivit fișei de date, la cap. III.2.3. a) – *Capacitatea tehnică și/sau profesională,* în ceea ce privește îndeplinirea experienței similare*,* se consemnează:

*„Ofertantul trebuie sa fi executat lucrari similare în ultimii 5 ani în valoare cumulata de cel putin 2.233.729 lei fara TVA valoare care se poate demonstra prin însumarea valorilor lucrarilor executate, la nivelul a minim 1 maxim 3 contracte care sa fi inclus executarea de lucrari similare.*

*Ofertantul trebuie sa fi executat servicii similare în ultimii 3 ani în valoare cumulata de cel putin 40.000 lei fara TVA valoare care se poate demonstra prin însumarea valorilor serviciilor similare executate, la nivelul a maxim 2 contracte.*

*Ofertantii pot prezenta o experienta similara privind lucrarile si serviciile de proiectare in urmatoarele domenii: reabilitarea primara si/sau reparatie capitala si/sau lucrari de executie si/sau modernizare si/sau alte lucrari similare cu cele ce urmeaza a fi executate prin prezentul contract* ***aferente drumurilor locale si/sau drumurilor comunale si/sau drumurilor judetene si/sau drumurilor nationale si/sau drumurilor expres si/sau autostrazi*** *(...)”.*

În etapa de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă a întocmit procesul-verbal nr. 2 (1198/30.03.2018) de analiză a formularelor DUAE, prin care a stabilit necesitatea solicitării de clarificări asocierii contestatoare cu privire la informațiile conținute de cele trei contracte consemnate în DUAE-ul aferent. Astfel, prin adresa nr. 1200/30.03.2018, autoritatea a cerut SC ... SRL, următoarele lămuriri:

*„Constatare 4: În vederea îndeplinirii criteriilor de selecție pentru capacitatea tehnică și profesională, ofertantul a prezentat un număr de 3 contracte după cum urmează:*

*1. Lucrări de rezistență şi amenajări exterioare …, contract nr. 839/25.05.2016 - valoare 4.275.720,23;*

*2. Modernizare drumuri și platforme în incinta …, Ctr. nr. 8/10.04.2016 - valoare 1.720.330.00;*

*3. Lucrări de întreținere şi reparații a străzilor, aleilor, trotuarelor şi platformelor de pe raza municipiului …, Ctr. nr. 75/27.04.2016 - valoare 2.939.502,59.*

*Clarificare 4:*

*Având în vedere cele trei contracte de experienţă similare prezentate de către ofertant, comisia de evaluare vă solicită să prezentați cele 3 contracte de experiență similară pentru ramura de lucrări. De asemenea, vă solicităm să ne comunicați cum anume îndepliniți cerința din cadrul fișei de date cu privire la tipul de lucrări solicitate, respectiv reabilitarea primară și sau reparație capitală și/sau lucrări de execuție și/sau modernizare și/sau alte lucrări similare ținând cont de faptul că al 3 lea contract este de întreținere.*

*Având în vedere că autoritatea contractantă a stabilit foarte clar în fișă ce tipuri de drumuri pot fi prezentate pentru îndeplinirea criteriului de selecție cu privire la capacitatea tehnică și profesională, respectiv aferente drumurilor locale și/sau drumurilor comunale și/sau drumurilor județene și/sau drumurilor naționale și sau drumurilor expres și/sau autostrăzi. Vă rugăm să clarificaţi cum se încadrează primele 2 contracte prezentate ca experiență similară având în vedere că acestea sunt aferente unor, probabil, drumuri din cadrul parcurilor logistice".*

SC ... SRL a comunicat răspunsul său prin adresa nr. 423/03.04.2018, prezentând următoarele informații:

*Răspuns Clarificare 5: Referitor la solicitarea autorității contractante privind depunerea celor 3 contracte propuse în vederea îndeplinirii cerinței de experiență similară vă comunicăm faptul că obligația de prezentare a acestora, conform fișei de date punctul III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională îi revine doar ofertantului clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor.*

*Considerăm solicitarea autorității contractante ca fiind una abuzivă, întrucât detalii de natură tehnică precum și financiară, privind lucrările ce stau la baza experienței similare au fost cuprinse în DUAE la secțiunea C: Capacitatea tehnică și profesională. Cu toate că, cerințele Fișei de date, respectiv prevederile Legii nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, nu prevăd obligativitatea ofertanților de a prezenta în cadrul procesului de evaluare DUAE contractele de experiență similară, subscrisa, pentru a-și demonstra buna credință pune la dispoziția comisiei de evaluare aceste contracte.*

*(...).*

*Mai mult decât atât, în cadrul fișei de date la secțiunea III.2.3.a) se specifică faptul că: «Ofertanții POT prezenta o experiență similară privind lucrările și serviciile de proiectare în următoarele domenii: reabilitarea primară și/sau reparație capitală și/sau lucrări de execuție și/sau modernizare și/sau alte lucrări similare cu cele ce urmează a fi executate prin prezentul contract aferente drumurilor locale și/sau drumurilor comunale și/sau drumurilor județene și/ sau drumurilor naționale și/sau drumurilor expres și/sau autostrăzi».*

*Având în vedere sintagma «OFERTANȚII POT PREZENTA» și nu «TREBUIE» sau «AU OBLIGAȚIA» să prezinte o experiență similară privind lucrările și serviciile de proiectare în următoarele domenii: reabilitarea primară și/sau reparație capitală și/sau lucrări de execuție și/sau modernizare și/sau alte lucrări similare cu cele ce urmează a fi executate prin prezentul contract aferente drumurilor locale și/sau drumurilor comunale și/sau drumurilor județene și/sau drumurilor naționale și/sau drumurilor expres și/sau autostrăzi» subscrisa a considerat să prezinte ca experiență similară următoarele contracte:*

*- Contractul nr. 839/25.05.2016 intitulat «Lucrări de rezistență și amenajări exterioare …» în valoarea realizată de 4.275.720,23 lei exclusiv TVA;*

*- Contractul nr. 8/10.04.2014 intitulat «Modernizare drumuri și platforme în …» în valoarea realizată de 1.720.330,00 lei exclusiv TVA;*

*- Contractul nr. 75/27.07.2017 intitulat «Lucrări de întreținere și reparații a străzilor, aleilor, trotuarelor și platformelor de pe raza municipiului …» în valoarea realizată de 2.939.502,59 lei exclusiv TVA.*

*Menționăm faptul că toate cele 3 contracte declarate ca experiență similară cuprind categorii/tipuri de lucrări de o complexitate comparabilă cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit.*

*(...).*

*Contractele propuse se încadrează ca experiența similară deoarece:*

*- În cadrul Contractului nr. <u>839/25.05.2016</u> s-au realizat următoarele tipuri de lucrări similare/lucrări de o complexitate superioară, comparabile cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică:*

- *pentru drumul de acces și parcările de tiruri sistemul rutier executat cuprinde: geotextil, strat balast nisipos - 10 cm, strat de balast - 55 cm, strat balast stabilizat cu 6% ciment - 20 cm, strat de bază din anrobat bituminous AB31,5 - 8 cm, strat de legătură din*

*beton asfaltic deschis BAD20 - 6 cm, strat de uzură din mixtură asfaltică stabilizată MASF16 4 cm, încadrare cu borduri;*

❖ *pentru drumul pietruit din incintă sistemul rutier executat cuprinde: geotextil, strat balast nisipos - 10 cm, strat de balast - 55 cm, strat din piatră spartă - 15 cm;*

❖ *(...).*

*Chiar dacă amplasamentul lucrărilor executate este în cadrul unui Parc Logistic, și nu pe un teren public, în conformitate cu Ordonanța Guvernului nr. 43/1997 privind regimul drumurilor, actualizată, definiția drumurilor rămâne aceeași, respectiv: «Drumurile sunt căi de comunicație terestră special amenajate pentru circulația vehiculelor și a pietonilor» [(art. 2 alin. (2)].*

*(...)*

*- În cadrul Contractului nr. 8/10.04.2014 intitulat «Modernizare drumuri și platforme în …» în valoarea realizată de 1.720.330.00 lei exclusiv TVA, s-au realizat următoarele tipuri de lucrări similare/lucrări de o complexitate superioară, comparabile cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică:*

❖ *pentru drumul modernizat sistemul rutier executat cuprinde: strat balast - 30 cm, strat din piatră spartă - 20 cm, strat balast stabilizat cu 6% ciment - 20 cm, strat de legătură din BAD25 - 6 cm, strat de uzură din BA 16 - 4 cm;*

❖ *pentru trotuarele modernizate sistemul rutier executat cuprinde: pavaj 8 cm pe un substrat de nisip;*

❖ *scurgerea apelor pluviale s-a realizat prin rigolă carosabilă, podețe tubulare DN600, L=5 m, înființare cămine vizitare și guri de scurgere, respectiv ridicare la cotă cămine existente;*

❖ *semnalizare rutieră (verticală, orizontală)*

*(...)*

*- Contractul nr. 75/27.07.2017 intitulat «Lucrări de întreținere și reparații a străzilor, aleilor, trotuarelor și platformelor de pe raza municipiului …», în valoarea realizată de 2.939.502,59 lei exclusiv TVA, a fost prezentat ca și experiență similară întrucât, mare parte din lucrările executate în cadrul acestuia includ străzi ce au necesitat reparația capitală, respectiv desfacerea integrală a sistemului rutier existent și refacerea acestuia de la stadiul de fundație până la cel de uzură. În susținere atașăm documente ce confirmă cele expuse de subscrisa. Pentru acest contract s-au realizat următoarele tipuri de lucrări similare/lucrări de o complexitate superioară, comparabile cu*

*cele care fac obiectul contractului de achiziție publică, dintre care enumerăm:*

❖ *Profilul transversal carosabil executat pe strada … cuprinde: strat de formă din balast - 18 cm, strat din piatră spartă - 30 cm, strat de legătură din BAD20 - 6 cm, strat de uzură din MAS 16 - 4 cm, încadrare cu bordură mare din granit nouă;*

❖ *Profilul transversal al trotuarelor executate pe strada … cuprinde: strat din balast - 10 cm, strat din piatră spartă - 20 cm, strat de uzură din BA8 - 4 cm, încadrare cu bordură mică din beton; (...)*

*Din cele prezentate mai sus se poate observa că societatea noastră îndeplinește cerința privind experiența similară prin însumarea valorică a lucrărilor executate pentru valoarea cumulată fiind de 8.935.552,82 lei + TVA.*

*Menționăm faptul că aceste lucrări au fost prezentate atât pentru atinge pragul valoric al experienței similare solicitate cât pentru a demonstra autorității contractante capacitatea societății noastre în a executa lucrări pe drumuri publice, în condiții de trafic. (...)".*

În susținerea afirmațiilor sale, contestatoare a atașat răspunsului de mai sus, copie după contractele în discuție.

Analizând conținutul acestor contracte, raportat la afirmațiile autorității contractante și ale contestatoarei, Consiliul constată că obiectul și valoarea acestora sunt următoarele:

- **Contractul nr. 839/25.05.2016** – *„execuția lucrărilor de rezistență și amenajări exterioare (..) la obiectiv .."*, în valoarea realizată de 4.275.720,23 lei exclusiv TVA, beneficiar – SC ... SA, contract pentru care s-a prezentat o descriere și valorile aferente;

- **Contractul nr. 8/10.04.2014 -** *„Modernizare drumuri și platforme în …"*, în valoarea de 1.720.330,00 lei exclusiv TVA, beneficiar – SC ... SA, contract pentru care s-a prezentat o descriere și valorile aferente;

- **Contractul nr. 75/27.07.2017** - *„Lucrări de întreținere și reparații a străzilor, aleilor, trotuarelor și platformelor de pe raza municipiului …"*, în valoare realizată de 2.939.502,59 lei exclusiv TVA, beneficiar – …, contract pentru care s-a prezentat o descriere și valorile aferente.

Referitor la contractele nr. 839/25.05.2016 și nr. 8/10.04.2014, raportat la modul în care s-a solicitat să fie îndeplinită cerința în discuție, Consiliul constată că acestea nu pot fi luate în considerare, întrucât, drumurile executate de către ofertant în cadrul acestor contracte sunt aferente unor *parcuri logistice* și nu se încadrează în

niciuna dintre categoriile de drumuri menționate expres de către autoritatea contractantă în cadrul fișei de date, respectiv drumurilor locale și/sau drumurilor comunale și/sau drumurilor județene și/sau drumurilor naționale și/sau drumurilor expres și/sau autostrăzi.

În aceste condiții, Consiliul nu va reține ca fiind întemeiate alegațiile contestatoarei referitoare la caracteristicile tehnice ale platformelor și trotuarelor realizate în cadrul acestor contracte, precum și la structura rutiera, la materialele folosite etc., deoarece este evident că tipurile de drumuri executate, conform contractelor de mai sus, sunt drumuri de utilitate privată.

Or, potrivit dispozițiilor art. 3 lit. a) și b) din OG nr. 43/1997, din punct de vedere al destinaţiei, drumurile se împart în:

- drumuri publice – *„drumuri de utilitate publică şi/sau de interes public destinate circulaţiei rutiere şi pietonale, în scopul satisfacerii cerinţelor generale de transport ale economiei, ale populaţiei şi de apărare a ţării; acestea sunt proprietate publică şi sunt întreţinute din fonduri publice, precum şi din alte surse legal constituite*";

- „drumuri de utilitate private" – *„drumuri destinate satisfacerii cerinţelor proprii de transport rutier şi pietonal spre obiective economice, forestiere, petroliere, miniere, agricole, energetice, industriale şi altele asemenea, de acces în incinte, ca şi cele din interiorul acestora, precum şi cele pentru organizările de şantier; ele sunt administrate de persoanele fizice sau juridice care le au în proprietate sau în administrare*".

În concluzie, atâta vreme cât în fișa de date, care face parte integrantă din documentația de atribuire, conform art. 20 alin. (1) lit. a) din HG nr. 395/2016, s-a menționat, că experiența similară va fi susținută de contracte *„aferente drumurilor locale si/sau drumurilor comunale si/sau drumurilor judetene si/sau drumurilor nationale si/sau drumurilor expres si/sau autostrazi (...)",* Consiliul constată că SC ... SRL nu a respectat dispozițiile art. 123 alin. (1) din același act normativ, potrivit cărora: *„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentaţiei de atribuire (...)".*

În legătură cu acest aspect, Consiliul stabilește că, în cazul în care autoritatea contractantă ar fi acceptat luarea în considerare a acestor doua contracte, nu ar fi respectat principiile tratamentului egal și al transparenței, statuate de art. 2 alin. (2) lit. b) și d) din Legea nr. 98/2016. În stabilirea acestei concluzii, Consiliul are în vedere faptul că potențialii operatori economici, care ar fi putut depune ofertă în cadrul acestei proceduri, au decis să nu participe, ținuți fiind tocmai de cerința în discuție pe care autoritatea contractantă a menținut-o în cadrul documentației de atribuire. Prin urmare, așa cum operatorii economici sunt obligați să elaboreze oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, potrivit art. 123 alin. (1) din

HG nr. 395/ 2016, așa și autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, este obligată să se conformeze art. 127 alin. (1) din același act normativ.

Mai mult, atâta timp cât autoarea contestației nu a avut nicio obiecție asupra cerinței în discuție, cunoscute încă din data de 13.02.2018, conform anunțului de participare nr. …, când a fost postată în SEAP documentația de atribuire, în sensul solicitării de lămuriri către autoritatea contractantă, potrivit art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 sau a înaintării unei contestații, conform procedurii legale impuse de dispozițiile din Legea nr. 101/2016, este evident că, prin depunerea ofertei, SC ... SRL a acceptat și înțeles tot conținutul documentației de atribuire, publicată, în mod transparent, în SEAP, astfel că era obligată să respecte întocmai art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016 mai sus citat.

În caz contrar, au devenit incidente prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, care stabilesc: *„În condiţiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situaţii: (...) b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplineşte una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentaţia de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă”,* astfel că, în mod corect, autoritatea contractantă a respins oferta contestatoarei ca fiind inacceptabile pe aspectele analizate.

Referitor la contractul nr. 75/27.07.2017, care a avut ca obiect *lucrări de întreținere și reparații a străzilor, aleilor, trotuarelor și platformelor de pe raza municipiului …,* Consiliul constată că valoarea realizată a acestuia, conform informațiilor existente la dosar, precum și a propriei afirmații a contestatoarei, este de ***2.939.502,59, lei fără TVA***. Or, raportat la solicitarea din fișa de date a achiziției de la cap. III.2.3.a) *Capacitatea tehnică și/sau profesională*, potrivit căreia: *„Ofertantul trebuie să fi executat lucrări similare în ultimii 5 ani în valoare cumulată de cel puțin **3.900.000 lei fără TVA valoare** (...)”,* este evident că nu este îndeplinită. În aceste condiții, Consiliul nu se va mai pronunța asupra similarității sau nu a lucrărilor efectuate prin acest contract, raportat la cele ce urmează a fi derulate, deoarece caracterul inacceptabil al ofertei ei nu mai poate fi înlăturat, motivat de faptul că valoarea contractului în discuție este sub valoarea cerută prin documentația de atribuire.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la faptul că în etapa de verificare a DUAE nu este necesară depunerea documentelor ce probează cele menționate în cadrul Documentului European de Achiziție Unic, Consiliul o apreciază ca fiind tardiv notificată autorității contractante, motiv pentru care urmează a o respinge ca atare, pentru următoarele considerente:

Deși prin punctul 4 al cererii de clarificări nr. 1200/30.03.2018, membrii Comisiei de evaluare au solicitat ofertantei contestatoare să

*„prezinte cele trei contracte de experiență similară pentru ramura de lucrări*”, asocierea SC ... SRL – SC ... SRL nu a înțeles să formuleze o notificare prealabilă și ulterior o contestație împotriva acestei solicitări de clarificări, în cadrul termenelor stipulate de art. 6 alin. (1) lit. b) și art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, motiv pentru care autoarea contestației a rămas debitoarea obligației de a răspunde întocmai cererii de clarificări pe care autoritatea contractantă i-a transmis-o.

Criticarea acestui aspect s-a realizat însă de contestatoare abia prin notificarea prealabilă nr. 530 transmisă autorității contractante la data de 23.04.2018 (ca urmare a comunicării rezultatului etapei de verificare a DUAE), prin urmare în afara termenului legal stipulat de 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, care s-a împlinit la data de 04.04.2018 (inclusiv), respectiv *„5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal*” și anume solicitarea de clarificări nr. 1200/30.03.2018.

În acest context, Consiliul mai reține că, prin adresa nr. 423/03.04.2018 reprezentând răspunsul asocierii contestatoare la solicitarea de clarificări de mai sus, Asocierea SC ... SRL – SC ... SRL a depus documentele cerute de ..., achiesând astfel la solicitarea de clarificări în discuție.

În legătură că solicitarea contestatoarei de administrare a unei Expertize tehnice în construcții, *„prin care expertul să stabilească dacă lucrările prezentate prin cele 3 contracte depuse pentru justificarea experienței similare, pot fi considerate din punct de vedere tehnic «alte/lucrări similare» celor solicitate în fișa de date, fiind la fel sau mai complexe față de cele solicitate în documentație*”, Consiliul o va respinge ca neîntemeiată, întrucât, din probatoriul administrat la dosar de părți, Consiliul s-a edificat cu privire la soluția ce urmează a fi pronunțată.

Referirile la invocarea, de către contestatoare, a jurisprudenţei Consiliului/a instanțelor judecătorești, Consiliul nu o va reține motivat, pe de o parte, de faptul că fiecare speță în parte are specificul său/ particularități generate de modul diferit de întocmire a documentației de atribuire/o anumită conduită a părților și un probatoriu specific administrat în cauză, iar pe de altă parte, de faptul că, în dreptul românesc, precedentul judiciar nu constituie izvor de drept.

În concluzie, luând în considerare aspectele de fapt şi de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestaţia formulată de SC ... SRL, în calitate de lider al Asocierii ... – ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

Pe cale de consecință, Consiliul va respinge capătul de cerere formulat de contestatoare referitor la obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de soluționare a contestației, în sumă de 3.098,66 lei, reprezentând onorariu de avocat, întrucât contestația a fost respinsă, în speță nefiind incidente dispozițiile art. 453 alin. (1) din Codul de procedură civilă.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din același act normativ.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

**CONSILIUL DECIDE:**

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL, cu sediul în localitatea …, lider al Asocierii ... – ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., cu sediul în ..., județul ....

Respinge capătul de cerere formulat de contestatoare referitor la obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de soluționare a contestației, în sumă de 3.098,66 lei.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

| **Președinte complet,** | **Membru,** | **Membru,** |
|---|---|---|
| **...** | **...** | **...** |

*Redactată în 4(patru) exemplare originale, conține … pagini.*