CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +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 nr. 535/21.06.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 23333/21.06.2019, formulată de către ..., cu sediul social în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., reprezentată de ..., prin reprezentant convențional ..., împotriva adresei nr. 9879/13.06.2019, reprezentând comunicarea privind anularea procedurii, emisă de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări/proiectare și executare având ca obiect *„Proiectare, asistență tehnică din partea proiectantului și execuția de lucrări pentru obiectivul de investiții: «Sală de sport competițională de nivel internațional, Baza sportivă Turda» situat în municipiul Turda, strada Stadionului nr. 14, județul Cluj”*, s-a solicitat anularea adresei nr. 9878/13.06.2019 și a Raportului procedurii, precum și constatarea caracterului admisibil și acceptabil al ofertei contestatorului și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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 ... critică adresa nr. 9878/13.06.2019 și Raportul procedurii în cadrul procedurii de atribuire în cauză, solicitând cele evocate în preambulul prezentei decizii.

Astfel, contestatorul arată că problema de drept ce face obiectul prezentei contestații este măsura în care o recomandare primită din partea aceleiaşi autorități contractante (în cadrul executării unui alt contract de lucrări) din care rezultă că o altă lucrare a fost realizată de ... în proporţie de 97,5%, și prin care i se acordă calificativul „foarte bine”, reprezintă o dovadă pertinentă pentru îndeplinirea condiţiei experienţei similare, în condiţiile în care această recomandare este emisă de însăși autoritatea contractantă din prezenta procedură, iar motivele pentru care lucrarea s-a realizat în proporţie de 97,5% sunt în afara culpei ofertantului, fiind mai degrabă în prezența unei inacţiuni a însăși autorității contractante și a unui terț (administraţia publică locală).

Contestatorul învederează că, pentru dovedirea experienţei similare a depus contractul nr. 492/16.11.2009 de execuţie a lucrărilor „Complex sportiv natație Otopeni”, încheiat cu aceeaşi autoritate contractantă din prezenta procedură. De asemenea, s-a depus Recomandarea emisă de autoritatea contractantă ..., aferentă contractului 492/16.11.2009 din care rezultă că a îndeplinit 97,5% din contract, primind calificativul „foarte bine”, precum și Procese verbale de recepție calitativă, Procese verbale de recepție echipamente și bazine, Procese verbale de recepţie pe faze determinante și Minuta 3251/04.12.2018 încheiată cu ...

Se arată că, cu toate acestea, în data de 13.06.2019, autoritatea contractantă a comunicat rezultatul procedurii, respectiv faptul că oferta contestatorului a fost declarată inadmisibilă, fiind desemnat câștigător ...
Se reține că argumentele și dovezile depuse nu sunt suficiente pentru dovada experienţei similare, întrucât nu s-au depus ca probe înscrisurile la care se referă art. 11 alin. (3) din Instricțiunea nr. 2/2017 a ANAP și anume:

a) lucrări recepţionate pe obiecte, care sunt însoţite de proces-verbal de recepţie întocmit în conformitate cu prevederile legale şi tehnice din domeniul din care face parte obiectul contractului; sau

b) lucrări recepţionate însoţite de proces-verbal la terminarea lucrărilor; sau

c) lucrări recepţionate însoţite de proces-verbal de recepţie finală.

Contestatorul apreciaxză că opinia autorității contractante este greşită și precizează următoarele:

Se invocă Decizia C.N.S.C. nr. ..., într-o situație similară, în care contestația a fost admisă, plângerea formulată de autoritatea contractantă ... fiind respinsă de Curtea de Apel Bucureşti prin Decizia ..., încă necomunicată.

Contestatorul invocă puterea de lucru judecat a deciziei nr. ... pronunţată de Curtea de Apel Bucureşti.

Se arată că autoritatea contractantă nu recunoștea ca experienţă similară contractul 492/2009 și Recomandarea primită - aceeaşi recomandare ca în prezenta procedură, însă, atât C.N.S.C. cât și Curtea de Apel au considerat că aceste documente fac dovada experienţei similare și, din acest motiv există o certă si indiscutabilă putere de lucru judecat.

Contestatorul invocă Principiul Proporționalității și subliniază că scopul legiuitorului, atunci cand a edictat art. 178 din Legea 98/2016, a fost acela de a se asigura că cei care au acces la contractele publice au capacitatea, experienţa și aptitudinile necesare astfel încât să nu creeze probleme în derularea contractului ce urmează a se atribui, evitând astfel riscul unei lucrări necorespunzătoare, cu respectarea principiului proporționalității.

De asemenea, se invocă Hotărârea Curţii de Justiție a Uniunii Europene din 5 mai 1998, National Farmers Union şi alţii, C 157/96, Rec., p. I 2211, pct. 60, citat în pct. 57 din Hotărârea Tribunalului din 10 decembrie 2009, Cauza T-195/08, Antwerspe Bouwwerken NV și se precizează că, în aplicarea dispoziţiilor art. 178 din Legea 98/2016, ANAP a emis Instrucţiunea nr. 2/2017 și, verificând preambulul acestei Instrucţiuni, se remarcă faptul că inclusiv acest act normativ se referă la principiul proporționalității și trimiterea la jurisprudența CJUE în acest domeniu, ceea ce înseamnă că problema demonstrării experienţei similare trebuie privită și tratată inclusiv prin prisma principiului proporționalității.

Contestatorul învederează că, potrivit contractului nr. 492/16.11.2009, la data de 28.01.2019 a executat 97,5% din contract, iar calificativul acordat chiar de către autoritatea coritractantă este „foarte bun”, acesta recunoscând că ofertantul a executat lucrări similare în condiţii foarte bune și deci riscul neexecutării contractului este inexistent.

Se precizează că cerinţa inclusă în fișa de date referitoare la „ducerea la bun sfârșit” a contractului este îndeplinită, aspect care trebuie privit atât prin prisma principiului proporționalității, cât și a prevederilor explicite ale Instrucţiunii nr. 2/2017.

Contestatorul arată că declararea ca inadmisibilă a ofertei sale pe motiv ca nu prezintă un proces verbal de recepţie la terminarea lucrărilor, apare ca fiind o măsură excesivă, disproporţionată prin raportare la situația concretă, contractul a fost executat în proporţie de 97,5%, iar diferenţa neexecutată se datorează lipsei branșamentelor (conform pct. 3 din Minuta 3151 încheiată cu autoritatea contractantă la data de 04.12.2018, iar calificativul primit a fost „foarte bine”. Autoritatea contractantă a încheiat cu Primăria Otopeni un acord privind realizarea branşamentelor, astfel încât doar autoritatea contractantă avea instrumentele juridice necesare ca, pe baza acestui Acord, să oblige Primăria să-și îndeplinească obligaţiile.

Contestatorul consideră că cea mai bună modalitate de reparare în natură a prejudiciului, dar mai ales de evitare a creării unuia mai mare,

este acela de a considera oferta sa admisibilă, ținând cont de toate argumentele prezentate mai sus.

... arată că, în ciuda demersurilor sale de a se realiza recepţii parţiale în conformitate cu H.G. nr. 273/1994 privind aprobarea Regulamentului de recepţie a lucrărilor (situație care ar fi asigurat deplina compatibilitate cu prevederile art. 11 alin. (3) din Instrucţiunea 2/2017), s-a lovit de refuzul autorității contractante. De exemplu, în data de 28.02.2017, prin adresa nr. 2968, s-a adresat dirigintelui de șantier (...) pentru efectuarea recepţiei parţiale conform art. 10.2 din contract. Ulterior, prin adresa nr. 10/01.03.2017, dirigintele de şantier se adresează ... pentru desemnarea reprezentanţilor în vederea efectuării recepţiei parţiale. Demersul a rămas fără răspuns. Deși la data de 28.01.2019, autoritatea contractantă a emis o recomandare cu calificativul „foarte bun”, totuşi la două luni distanță, acest lucru nu mai valorează nimic pentru aceasta, inclusiv din acest punct de vedere fiind încălcată voinţa legiuitorului și scopul Legii 98/2016.

Se arată că argumentele prezentate de autoritatea contractantă denotă o greşeală de metodă, aceasta selectând art. 11 alin. (3) din Instrucţiunea 2/2017, ignorând ansamblul.

... subliniază că experienţa similară se dovedeşte în condiţiile art. 12 din Instrucţiunea 2/2017, iar nu în condiţiile art. 11 din aceeaşi instrucţiune. Existența experienţei similare este o chestiune de fapt a cărei probă se realizează în condiţiile Cap. V din Instrucţiunea 2/2017, intitulat „Modalităţi de îndeplinire/demonstrare şi evaluare a experienţei similare”, iar potrivit art. 12 (4) Autoritatea/Entitatea contractantă nu va îngrădi dreptul operatorilor economici de a demonstra livrarea de produse/ prestarea serviciilor prin orice tip de document emis sau contrasemnat de o autoritate/entitate sau de clientul beneficiar privat, precum şi dreptul de a demonstra execuţia de lucrări prin orice tip de certificat sau document de bună execuţie.

De asemenea, art. 12 alin. 6 dispune: (6) Documentele prin care operatorii economici menţionaţi la alin. (3) pot îndeplini cerinţa privind experienţa similară sunt următoarele, fără a se limita la, enumerarea nefiind cumulativă: copii ale unor părţi relevante ale contractelor pe care le-au îndeplinit, certificate de predare-primire, recomandări, procese-verbaie de recepţie, certificări de bună execuţie, certificate constatatoare.

... nu susţine că nu este nevoie niciodată ca ofertanţii să prezinte un proces verbal de recepţie pentru a dovedi că lucrările au fost duse la bun sfârșit, însă art. 11 alin. 3 lit. b trebuie aplicat în spiritul principiului proporționalității, de la caz la caz, prin raportare la scopul legiuitorului, după analiza întregului ansamblu normativ.

Contestatorul subliniază că nu este nimic neobişnuit în a înlătura sau a pondera efectele unei norme în vigoare (art. 11 alin. 3 lit. b din Instrucţiune) pentru a da prioritate unor alte norme juridicei – art. 178 și 179 din Legea 98/2016, art. 12 din Instrucţiune), atunci cand circumstanţele de fapt fac posibil acest lucru.

... consideră că, de fapt, contează dovedirea existenței reale a experienţei similare, care, în opinia sa, poate fi făcută prin orice mijloc de proba care atestă că ofertantul are experienţă.

Contestatorul invocă legislaţia primară - Legea 98/2016, art. 178, art. 179, precizând că, din text rezultă opţiunea legiuitorului pentru o abordare nerestrictivă, și, în orice caz, lipsa unei enumerări a proceselor verbale la care se referă art. 11 alin. 3 din Instrucţiunea 2/2017.

... subliniază că Recomandarea primită de la ... este un act care care are valoare juridică de probă, de vreme ce art. 12 alin. 6 din Instrucţiunea 2/2017 o enumeră explicit printre documentele care dovedesc experienţa și concluzionează că, la data de 28.01.2019 (data emiterii Recomandării), ... a apreciat ca are experienţă, acordându-i calificativul „foarte bun”, arătând totodată în finalul recomandării că „lucrările s-au încadrat în termenele contractuale atât calitativ cât și cantitativ”, pentru ca după numai două luni, oferta să fie considerată inadmisibilă pe motiv că nu are experienţă.

Contestatorul precizează că are experienţă pentru că a executat în condiţii foarte bune 97,5% dintr-o lucrare similară, iar nu pentru că are proces verbal de recepţie.

Se arată că lucrările au fost duse la bun sfârșit, însăși autoritatea contractantă recunoscând că lucrările au fost duse la bun sfârșit prin Minuta nr. 3151/04.12.2018. La punctul 6 din această Minută, ... (Antreprenor) face menţiunea că a „dus la bun sfârșit lucrarea conform condiţiilor contractuale, lucrările rămase neexecutate nu i se pot imputa, acestea datorându-se unor factori externi și, ca urmare, solicită analizarea posibilităţii emiterii unei recomandări din partea investitorului pentru lucrările realizate în valoare de 146.262.206 lei”. Ulterior, la scurt timp, ... emite Recomandarea în cauză, ceea ce echivalează cu satisfacerea integrală a cerinţei, precum și cu acceptarea punctului de vedere inserat în Minută, și anume că lucrarea a fost dusă la bun sfârșit. Contestatorul apreciază că, în speţă, se poate discuta de un veritabil drept subiectiv și anume „dreptul de a ți se recunoaşte ducerea la bun sfârșit a lucrării”, drept recunoscut în condiţiile art. 2538 Cod civil.

... subliniază că ... a admis că raspunderea nu aparţine contestatorului. Se arată că declararea inadmisibilă a ofertei se circumscrie unui tip de răspundere juridică specifică dreptului achiziţiilor publice. Atunci când oferta nu îndeplineşte cerinţele legale, ofertantul urmează să răspundă, iar sancţiunea este inadmisibilitatea ofertei. Este o răspundere specială, dar care se completează cu dispoziţiile codului civil. Se știe faptul că răspunderea civilă reglementată de dispoziţiile art. 1349 C. Civ. reprezintă dreptul comun, care se aplică întotdeauna atunci când legea specială nu reglementează contrariul. Se arată că această teză este întărită de dispoziţiile art. 68 din Legea nr. 101/2016.

Contestatorul arată faptul că, în speţă nu se pune problema răspunderii sale. Astfel, prin pct. 6 din Minuta nr. 6129/09.05.2018

încheiată ca urmare a vizitei la şantier, ... constată evoluţia pozitivă a şantierului, dar se declară îngrijorat de lipsa utilităților energetice – branşamente, care vor putea determina defecţiuni majore ale instalaţiilor. În final, ... arată că „toate aceste defecţiuni care vor apărea în lipsa reţelelor de utilități, nu vor putea cădea în sarcina ... Se admite, deci, în mod explicit, lipsa unei răspunderi a contestatorului pentru nerealizarea lucrărilor de branşament, în sensul că nu va răspunde material pentru defecţiuni, adică nu le va suporta. Dar, deoarece faptul ilicit este aceiasi - nerealizarea branşamentelor, este firesc să nu cadă în sarcina contestatorului nicio formă de răspundere, nici cea specială reglementată de Legea 98/2016.

Contestatorul invocă dispozițiile art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea 98/2016, precizând că sub acest articol se etalează ulterior întreaga Lege 98/2016, identic, în preambulul Instrucţiunii 2/2017 fiind menționat principiul proporționalității.

Urmare celor antemenționate, ... solicită admiterea contestației.

Prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 24721/01.07.2019, ... a transmis punctul de vedere la contestație, prin care solicită respingerea contestației ca nefondată.

Autoritatea contractantă învederează că, prin fişa de date (instrucţiuni către ofertanţi) s-a solicitat, pentru demonstrarea experienţei similare, prezentarea unui contract, maxim două contracte, cu o valoare totală, fără TVA, mai mare sau cel puţin egală cu 52.500.000 lei, care să fie însoţite de documente justificative din care să reiasă că acestea au fost executate în conformitate cu normele profesionale în domeniu şi duse la bun sfârşit.

Se arată că, pentru îndeplinirea acestei cerinţe, ofertantul a prezentat contractul nr. 492/16.11.2009, contract pentru care societatea ... - (în reorganizare) nu deţine proces-verbal de recepţie la terminarea lucrărilor, deoarece acestea nu au fost finalizate, respectiv recepţionate şi puse în funcţiune. Lucrările se consideră duse la bun sfârşit atunci când acestea au fost recepţionate prin proces-verbal de recepţie, aşa cum prevede art. 11 alin. (3) din Instrucţiunea ANAP nr. 2/2017. În perioada de evaluare a ofertelor, pentru a verifica îndeplinirea condiţiilor de participare şi a cerinţelor minime asociate, prin adresa nr. 779 L/26.02.2019, autoritatea contractantă a solicitat clarificări. Printre înscrisurile prezentate, ofertantul a depus Recomandarea nr. 1198/28.01.2019, prin care ... S.A. a precizat faptul că la data emiterii sale, lucrările aferente contractului nr. 492/16.11.2009 au fost realizate în proporţie de 97,5% „şi s-au încadrat în termenele contractuale atât calitativ, cât şi cantitativ”, înscris ce nu poate înlocui un proces-verbal de recepţie la terminarea lucrărilor, necesar pentru demostrarea experienţei similare, aşa cum prevede legislaţia în vigoare.

Autoritatea contractantă învederează că, deşi procentul de realizare a lucrărilor este unul ridicat, dispoziţiile legale aplicabile specifică în mod

imperativ ca acestea să fie „duse la bun sfârşit” pentru a putea fi dovedită experienţa similară. Analizând răspunsul la solicitarea de clarificări, comisia de evaluare a concluzionat că societatea ... - (în reorganizare) nu deţine un proces-verbal de recepţie la terminarea lucrărilor (document justificativ care poate fi luat în considerare pentru dovedirea îndeplinirii obligaţiilor asumate printr-un contract) aşa cum este precizat la art. 11 alin. (3) din Instrucţiunea ANAP nr. 2/2017.

Autoritatea contractantă invocă prevederile art. 179 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, art. 12 alin. (4) şi (6) din Instrucţiunea nr. 2/2017 emisă de către ANAP, art. 11 alin. (2) și (3) din Instrucţiunea nr. 2/2017 emisă de către ANAP și precizează că, din coroborarea acestor prevederi legale, comisia de evaluare a analizat dovedirea experienţei similare în lucrări, iar pentru a putea fi luat în considerare contractul nr. 492/16.11.2009 depus de către ofertant în acest sens, acesta trebuia să fie însoţit de dovezi care să justifice, pe de o parte buna execuţie în sensul realizării lui în conformitate cu normele profesionale în domeniu şi concomitent, respectiv procese-verbale de recepţie la terminarea lucrărilor.

Se arată că, dacă raportat la prima condiţie, dispoziţiile legale în vigoare permit ca dovada să fie făcută prin orice tip de certificat sau document de bună execuţie (certificate de predare-primire, recomanări, procese-verbale de recepţie, certificări de bună execuţie, certificate constatatoare), pentru a demonstra ducerea la bun sfârşit a contractului, proba se face, aşa cum rezultă fără putinţă de tăgadă din dispoziţiile art. 11 alin. (3) din Instrucţiunea nr. 2/2017 emisă de către ANAP, cu procese-verbale de recepţie întocmite în conformitate cu prevederile legale şi tehnice din domeniul din care face parte obiectul contractului, în cazul lucrărilor recepţionate pe obiecte, lucrări recepţionate însoţite de proces-verbal la terminarea lucrărilor, respectiv lucrări recepţionate însoţite de proces-verbal de recepţie finală. Or, în cazul contractului nr. 492/16.11.2009 derulat pentru realizarea obiectivului de investiţii „Complex sportiv de natație Otopeni” şi prezentat de ofertant pentru îndeplinirea cerinţei de calificare privind experienţa similară în lucrări, comisia de evaluare a apreciat că nu au fost depuse dovezi clare care să ateste ducerea „la bun sfârşit” a lucrărilor, documentele depuse de ofertant nefiind de natură a indica acest aspect.

În susţinerea acestei concluzii, comisia de evaluare a avut în vedere faptul că din cuprinsul Recomandării nr. 1198/28.01.2019 rezultă că la data emiterii sale, lucrările au fost realizate în proporţie de 97,5%, context în care trebuie subliniat că deşi procentul de realizare a lucrărilor este unul ridicat, dispoziţiile legale aplicabile specifică în mod imperativ faptul că acestea sunt necesar a fi „duse la bun sfârşit”. Mai mult, având în vedere realizarea lucrărilor în proporţie de 97,5% precizată în cadrul documentului intitulat „Recomandare ...”, comisia de evaluare a considerat că revenea ofertantului în mod corelativ obligaţia de a dovedi existenţa unei recepţii, care să evidenţieze ducerea la bun sfârşit a lucrării (sau a unei părţi a

acesteia) şi executarea acestora în conformitate cu normele profesionale în domeniu.

Autoritatea contractantă precizează că procesele-verbale prezentate ca răspuns la solicitarea de clarificări a comisiei de evaluare, sunt procese-verbale întocmite în conformitate cu Planul de control al calităţii, verificări şi încercări, în timp ce solicitarea comisiei de evaluare vizează procesul-verbal de recepţie la terminarea lucrărilor, conform prevederilor Regulamentului de recepţie a lucrărilor de construcţii şi instalaţii aferente acestora, aprobat prin H.G. 273/1994, cu completările şi modificările ulterioare. Într-o speţă similară, prin Decizia Civilă nr. 2569/02.05.2018, Curtea de Apel Bucureşti a reţinut că „pentru a fi luat în considerare, pentru dovedirea experienţei similare, contractul exhibat trebuia să fie însoţit de dovezi privitoare la două aspecte fundamentale: a) buna execuţie (executarea în conformitate cu normele profesionale în domeniu) şi b) ducerea la sfârşit. Dacă în privinţa primei cerinţe legea permite ca dovada să fie făcută prin orice tip de certificat sau documente de bună execuţie (certificate de predare-primire, recomandări, procese verbale de recepţie, certificări de bună execuţie, certificate constatatoare), în privinţa secundei proba se face după cum limpede reiese din dispoziţiile art. 11 alin. (2) din Instrucţiunea nr. 2/2017 a ANAP, printr-un act de recepţie a lucrărilor întocmit în conformitate cu prevederile legale şi tehnice din domeniul din care face parte obiectul contractului.

Se arată că Instanța a constatat că ofertantului îi revenea obligaţia de a dovedi existenţa unei recepţii, apte a atesta ducerea la sfârşit a lucrării.

Autoritatea contractantă precizează că, într-o altă speţă similară, între părţi s-a mai derulat un litigiu asemănător ca cel supus judecăţii (invocat de contestatoare), unde C.N.S.C. şi Curtea de Apel Bucureşti au considerat că cerinţa de experienţă similară este îndeplinită raportat la principiul proporţionalităţii. Cu toate acestea, cerinţa de experienţă similară nu poate să fie considerată îndeplinită ignorând prevederile legale, potrivit cărora, pentru demonstrarea acesteia. Pe cale de consecinţă, dacă s-ar considera că ofertantul are experienţă similară în lucrări, fără a deţine un proces-verbal de recepţie la terminarea lucrărilor, raportat la principiul proporţionalităţii, procentul de realizare al execuţiei fiind de 97,5%, comisia de evaluare nu ar mai putea evalua în mod egal experieţa similară prezentată de către ceilalţi ofertanţi, cu lucrări executate în procent de 100%, potrivit proceselor-verbale de recepţie la terminarea lucrărilor.

Autoritatea contractantă subliniază că, în susţinerea celor arătate sunt şi prevederile H.G. nr. 273/1994 - Regulamentul privind recepţia construcţiilor - actualizat la 18.05.2017. Recepţia construcţiilor constituie o componentă a sistemului calităţii şi reprezintă un proces complex prin care se certifică, în condiţiile legii, finalizarea lucrărilor pentru realizarea unor construcţii noi sau a unor intervenţii la construcţii existente, cu respectarea cerinţelor fundamentale aplicabile şi în conformitate cu

prevederile autorizaţiei de construire/desfiinţare, precum şi ale documentelor prevăzute în cartea tehnică a construcţiei (art. 1). Din componenţa comisiei de recepţie la terminarea lucrărilor fac parte, în mod obligatoriu, un reprezentant desemnat de către investitor, care este şi preşedintele comisiei, un reprezentant desemnat de către autoritatea administraţiei publice competente care a emis autorizaţia de construire/desfiinţare, 1-3 specialişti în domeniul lucrărilor de construcţii supuse recepţiei, în funcţie de categoria şi clasa de importanţă a construcţiilor, desemnaţi de investitor, alţii decât cei implicaţi în proiectarea/execuţia obiectivului de investiţii.

Autoritatea contractantă invocă dispoziţiile H.G. nr. 373/2017 privind aprobarea Regulamentului privind recepţia construcţiilor și precizează că aceste dispoziții legale statuează în mod clar că prin admiterea recepţiei se certifică îndeplinirea tuturor obligaţiilor ce au revenit executantului, astfel că, din acel moment poate să declare obiectivul de investiţie finalizat şi să-l folosească ca experienţă similară.

Faţă de invocarea de către contestatoare ca dovadă a „ducerii la bun sfârşit a lucrărilor" a plăţilor efectuate de către autoritatea contractantă, ... S.A. subliniază că aceste plăţi reprezintă recunoaşterea stadiilor fizice şi valorice executate până la o anumită data şi nu finalizarea lucrărilor şi funcţionalitatea obiectivului. Procesele-verbale calitative depuse de către contestatoare sunt de natură a atesta calitatea lucrărilor conform prevederilor din proiect, fără însă a garanta funcţionarea obiectivului de investiţie în totalitatea sa, în timp ce, prin actul de recepţie se certifică faptul că executantul şi-a îndeplinit obligaţiile în conformitate cu prevederile contractului şi ale documentaţiei de execuţie, iar „construcţia este funcţională şi poate fi dată în folosinţă”.

Autoritatea contractantă învederează că obiectivul de investiţii în cauză este un complex sportiv de natație, care implică o serie de instalaţii extrem de complexe, or, în cauză, diferenţa pentru care acest contract nu poate fi considerat ca fiind finalizat este tocmai nepunerea în funcţiune a instalaţiilor şi echipamentelor şi neefectuarea testelor funcţionale. Concret, la acest moment, din nicun document nu rezultă funcţionarea întregii instalaţii la parametrii proiectaţi, încadrarea în valorile şi toleranţele prevăzute în proiect pentru debite, temperaturi, presiune, lipsa scurgerilor vizibile de apă sau a scăpărilor de gaze și, în aceste condiţii, comisia de evaluare nu poate stabili „ducerea la bun sfârşit a lucrărilor”.

Pe de o parte, procesele-verbale de recepţie calitativă prezentate de ofertant au rolul de a atesta calitatea lucrărilor şi corespondenţa lor cu proiectul tehnic, în timp ce procesul-verbal de recepţie la terminarea lucrărilor este singurul document ce garantează funcţionalitatea construcţiei şi permite darea în funcţiune a obiectivului de investiţie. Mai mult, comisia de evaluare nu putea să ia în calcul experienţa contestatoarei în baza unei recomandări, fără ca aceasta să deţină un proces-verbal de recepţie la terminarea lucrărilor, deoarce ar fi încălcat

principiul tratamentului egal raportat la ceilalţi ofertaţi participanţi la procedură, ofertanţi ce deţin procese-verbale de recepţie la terminarea lucrărilor.

Se arată că, având în vedere atât cele menţionate cât şi aspectele invocate de către asocierea ... ..., autoritatea contractantă solicită respingerea contestaţiei ca nefondată, în baza prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările şi completările ulterioare.

În drept, autoritatea contractantă invocă dispoziţiile Legii nr. 98/2016, ale normelor metodologice aprobate prin H.G nr. 395/2016, precum şi ale Legii nr. 101/2016, cu modificările şi completările ulterioare.

Prin adresa nr. 538/09.07.2019, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 26141/09.07.2019, contestatorul ... a formulat „Concluzii scrise” în care precizează următoarele:

Referitor la punctul de vedere al autorității contractante, contestatorul învederează că toată construcția argumentativă a acesteia trebuie înlăturată ca urmare a puterii de lucru judecat, respectiv faptul că s-a stabilit de către C.N.S.C. și de către Curtea de Apel Bucureşti că recomandarea primită face dovada experienţei similare.

Contestatorul precizează că în punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă se arată că: *„față de invocarea de către contestatoare că dovada a ducerii la bun sfârșit a lucrărilor, a plăţilor efectuate de autoritatea contractantă, ... subliniază că aceste plăţi reprezintă recunoaşterea stadiilor fizice și valorice executate până la o anumită dată, iar nu finalizarea lucrărilor și funcţionalitatea obiectivului”*.

Contestatorul arată că nu a invocat ca dovadă a ducerii la bun sfârșit a lucrărilor, plăţile efectuate în cadrul contractului 492/2009 și urmează să se verifice acest aspect prin lecturarea contestației. Altele au fost argumentele, iar nu plata în sine. Se precizează că, în cealaltă contestație, formulată pentru cealaltă procedură, contestatorul a invocat inclusiv acest argument, însă nu l-a reluat în cadrul fazei judiciare la Curtea de Apel Bucureşti, și nici în prezenta contestație. Contestatorul subliniază lipsa de seriozitate a autorității contractante, care probabil a copiat neselectiv argumentul din apărările formulate în cadrul primei proceduri, așa cum probabil a făcut și cu celelalte argumente.

... subliniază că ideea că doar procesul verbal de recepţie poate constitui dovada experienţei similare este contrazisă de dispoziţiile art. 12 din Instrucţiunea 2/2017, aceasta fiind singura normă juridică ce se preocupă de problema modului de dovedire a experienţei similare, aspect care rezultă din însăși denumirea marginală a acestui text: „Modalităţi de îndeplinire/demonstrare şi evaluare a experienţei similare”, iar Recomandarea este doar una din modalitățile de dovedire a experienţei similare enumerată de art 12.

Contestatorul reafirmă existența puterii de lucru judecat a Deciziei Curții de Apel București, care a tranşat definitiv chestiunea - Recomandarea emisă în temeiul contractului 492/2009 face dovada

experienţei similare. Pentru a sublinia forţa acestei puteri de lucru judecat, contestatorul reamintește faptul că în urma modificărilor Codului de procedură civilă operate prin Legea 310/2018, încălcarea efectului pozitiv al autorității de lucru judecat reprezintă chiar motiv de revizuire (art. 509 pct. 8, raportat la art. 514 alin. 4 C.pr.civ. – *„Dacă instanţa încuviinţează cererea de revizuire, ea va schimba, în tot sau în parte, hotărârea atacată, iar în cazul hotărârilor potrivnice, ea va anula cea din urmă hotărâre şi, după caz, va trimite cauza spre rejudecare atunci când s-a încălcat efectul pozitiv al autorităţii de lucru judecat”*).

... precizează că a verificat site-ul ANAP la secţiunea „Întrebări” și a descoperit speţa 585 postată în data de 11.05.2018, în care se pune următoarea problemă: Se solicită consiliere metodologică privind aplicabilitatea art. 11 din Instrucţiunea preşedintelui ANAP nr. 2/2017 autorităţii contractante din punctul de vedere al întocmirii fişei de date şi aplicabilitatea art. 12 din aceeaşi instrucţiune operatorilor economici participanţi la procedura de atribuire, în vederea demonstrării experienţei similare, iar răspunsul ANAP este edificator: *„(...) În altă ordine de idei, deşi emiterea Instrucţiunii preşedintelui ANAP nr. 2/2017 are ca scop explicarea modului de aplicare a art. 178 şi art. 179 Ut. a) şi b) din Legea nr. 98/2016, ţinem să subliniem că prevederile acestui act normativ de nivel terţiar trebuie interpretate întotdeauna în concordanţă şi în corelare cu actul normativ de nivel primar (Legea nr. 98/2016) în ansamblul său. Astfel, potrivit Legii nr. 98/2016, în realizarea achiziţiilor publice, autorităţile contractante au obligaţia respectării principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) şi, în acelaşi timp, au obligaţia de a concepe şi de a structura achiziţiile ori elementele acestora fără a restrânge în mod artificial concurenţa (art. 50 din respectiva lege). Pe cale de consecinţă, având în vedere atât cele de mai sus, cât şi dispoziţiile art. 12 alin. (6) din Instrucţiunea preşedintelui ANAP nr. 2/2017, precizăm că prevederile art. 11 alin. (3) lit. a) - c) din cadrul aceleiaşi instrucţiuni nu trebuie interpretate ca fiind limitative, autoritatea contractantă având obligaţia să accepte orice mijloc de probă relevant prin care operatorii economici pot demonstra faptul că lucrările similare pe care le-au executat în perioada solicitată au fost duse la bun sfârşit.”*

Referitor la argumentația autorității contractante cu privire la încălcarea principiului tratamentului egal, potrivit căreia acceptarea Recomandării ar constitui un tratament inegal, de vreme ce toți ceilalţi participanţi la procedură au prezentat procese verbale de recepţie, contestatorul precizează că argumentul este greşit deoarece încălcarea principiului tratamentului egal reprezintă intodeauna asigurarea unui regim preferenţial unui operator economic în dauna celorlalţi, în lipsa oricărei justificări, ce are ca efect în principal micşorarea șanselor și distorsiunea concurenței. Or, ceilalţi participanţi la procedură au putut să prezinte orice document în susţinerea experienţei similare, iar Recomandarea este unul din documentele care, potrivit art 12 din Instrucţiunea 12/2017, face

dovada experienţei similare și, deci, nu s-ar putea susţine că prin respectarea acestei Instrucţiuni cu caracter normativ s-ar încălca tratamentul egal, deoarece ar însemna susţinerea faptului că însăși legea încalcă principiul tratamentului egal (ceea ce este absurd de vreme ce actul normativ, fie el administrativ, este prezumat legal până la desfiinţarea acestuia pe cale judecătorească în procedura prevăzută de Legea 554/2004). În plus, așa cum a arătat ANAP în răspunsul evocat mai sus, autoritățile contractante au obligaţia să conceapă procedurile *„fără a restrânge în mod artificial concurenţa”* (art. 50 din respectiva lege), astfel încât *„prevederile art. 11 alin. (3) lit. a) - c) din cadrul aceleiaşi instrucţiuni nu trebuie interpretate ca fiind limitative, autoritatea contractantă având obligaţia să accepte orice mijloc de probă relevant prin care operatorii economici pot demonstra faptul că lucrările similare pe care le-au executat în perioada solicitată au fost duse la bun sfârşit”*.

Contestatorul concluzionează că acceptarea Recomandării depusă nu doar că nu reprezintă o încălcare a tratamentului egal, dar este chiar o modalitate de evitare a restrângerii concurenței.

Urmare celor antemenționate, contestatorul solicită admiterea contestației.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări/proiectare și executare având ca obiect *„Proiectare, asistență tehnică din partea proiectantului și execuția de lucrări pentru obiectivul de investiții: «Sală de sport competițională de nivel internațional, Baza sportivă Turda» situat în municipiul Turda, strada Stadionului nr. 14, județul Cluj”*, cod CPV 45200000-9 - Lucrări de construcții complete sau parțiale și lucrări publice (Rev.2), prin publicarea în S.I.C.A.P. a anunțului de participare nr. ....

Potrivit anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea estimată a contractului de lucrări este de 55.821.553 lei, fără TVA.

Potrivit Raportului procedurii de atribuire nr. 2504/12.06.2019, la procedura în cauză au depus oferte un număr de 3 ofertanți, iar în urma evaluării criteriilor de calificare, oferta depusă de asocierea ... ... a fost declarată inacceptabilă și respins, potrivit dispozițiilor art. 134 alin. (5) coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 395/2016, motivat de faptul că răspunsul transmis este unul neconcludent şi nu îndeplineşte criteriile de calificare stabilite în documentaţia de atribuire.

Analizând criticile formulate de asocierea ... ..., Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de motivul de respingere a ofertei contestatoarei, avut în vedere de autoritatea contractantă (conform adresei nr. 9879/13.06.2019), privind nerespectarea condiției, cumulative

(pe lângă cea privind conformitatea cu normele tehnice/profesionale din domeniu), ca lucrările prezentate drept experiență similară să fie *”duse la bun sfârșit”,* în înțelesul sintagmei regăsite în cuprinsul art. 11 alin. (2) și (3) din Instrucţiunea nr. 2/2017 a ANAP, care în opinia autoarei contestației este netemeinic.

Prin contestaţia formulată, asocierea ... ..., solicită anularea adresei nr. 9879/13.06.2019 precum şi a raportului procedurii, constatarea caracterului admisibil al ofertei şi obligarea autorităţii contractante la reluarea procedurii.

Potrivit actului de comunicare nr. 9879/13.06.2019, achizitoarea a comunicat motivul care a stat la baza deciziei de respingere a ofertei depuse de asocierea contestatoare, respectiv:

„Prin prezenta vă facem cunoscut că oferta prezentată de către dumneavoastră, pentru procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică - licitatie deschisa, având ca obiect: Proiectare, asistentă tehnică din partea proiectantului şi execuţia de lucrări pentru obiectivul de investiţii: „Sală de sport competiţională de nivel internaţional, Bază sportivă Turda" situat in municipiul Turda, strada Stadionului nr.14, judeţul Cluj, este considerată ca fiind inacceptabila conform art. 134 alin. (5) coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, cu modificările si completările ulterioare, deoarece răspunsul transmis este unul neconcludent si nu indeplineste criteriile de calificare stabilite in documentaţia de atribuire.

Cu privire la experienţa similară în execuţie lucrări, ați prezentat contractul nr 492/16.11.2009, „Complex sportiv de natație Otopeni”. În urma verificării documentelor, comisia de evaluare v-a solicitat prezentarea procesului verbal de recepţie la terminarea lucrărilor sau procesul/le verbal/e de recepţie parţială, ținând cont că lucrarea nu este finalizată, așa cum rezultă din Recomandarea prezentată (adresa nr. 1301 Ldin 25.03.2019).

Dumneavoastră ați răspuns în termenul impus de comisia de evaluare prin adresa nr. 282 din 27.03.2019, înregistrată la ... SA cu nr. 1387 L din 29.03.2019, prezentând ctr. nr. 492, Recomandarea nr. 1198, Procese verbale de recepție calitativă, Procese verbale de recepție echipamente și bazine, Procese verbale de recepție pe faze determinante și Minuta nr. 3151.

Analizând răspunsul transmis, comisia de evaluare a concluzionat următoarele:

Potrivit art. 179 alin. (1) lit. a) din Legea nr.98/2016, cu modificările și completările ulterioare „Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerinţelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informaţii și documente:

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

De asemenea, potrivit art. 12 alin. (4) si (6) din Instrucţiunea nr. 2/2017 emisă de ANAP „4) Autoritatea contractantă nu va îngrădi dreptul operatorilor economici de a demonstra livrarea/prestarea serviciilor prin orice tip de document emis sau contrasemnat de o autoritate/entitate sau de clientul beneficiar privat, precum și de dreptul de a demonstra execuţia de lucrări prin orice tip de certificate sau document de bună execuţie”, „6) Documentele prin care operatorii economici menţionaţi la alin. (3) pot îndeplini cerinţa privind experienţa similară sunt următoarele, fără a se limita la, enumerarea nefiind cumulativă: - copii ale unor părţi relevante ale contractelor pe care le-au îndeplinit; - certificate de predare-primire; - recomandări; - procese-verbale de recepţie; - certificări de bună execuţie; - certificate constatatoare.”

În acelaşi timp, dispoziţiile art. 11 alin. 2) din Instrucţiunea nr. 2/2017 emisă de ANAP stipulează că „{2) Solicitarea unei cerinţe minime de calificare şi selecţie referitoare la prezentarea unui contract similar de execuţie lucrări finalizat în ultimii 5 ani devine restrictivă din considerentul că există posibilitatea ca un operator economic să deruleze un astfel de contract şi să execute asemenea lucrări fără să fi finalizat contractul, în aşa fel încât efectele contractului să se răsfrângă asupra perioadei solicitate, respectivul ofertant putând invoca pentru dovedirea experienţei similare partea de contract executată până la momentul solicitării, cu condiţia ca

lucrările prezentate să fie duse la bun sfârşit", „(3) Cerinţa de calificare se va formula făcându-se referire la lucrări duse la bun sfârşit în cadrul perioadei de 5 ani calculată conform art. 13, prin această sintagmă înţelegându-se: a) lucrări recepţionate pe obiecte, care sunt însoţite de proces-verbal de recepţie întocmit în conformitate cu prevederile legale şi tehnice din domeniul din care face parte obiectul contractului; sau b) lucrări recepţionate însoţite de proces-verbal la terminarea lucrărilor; sau c) lucrări recepţionate însoţite de proces-verbal de recepţie finală".

Din coroborarea acestor prevederi legale, comisia de evaluare consideră că pentru a putea fi luat în considerare în dovedirea experienţei similare în lucrări, contractul nr. 492/16.11.2009 trebuia să fie însoțit de dovezi care să releve, pe de o parte buna execuţie în sensul realizării lui în conformitate cu normele profesionale în domeniu și, concomitent, ducerea lui la bun sfarsit.

Dacă raportat la prima condiţie, dispoziţiile legale în vigoare permit ca dovada să fie făcută prin orice tip de certificat sau document de bună execuţie (certificate de predare-primire, recomandari, procese verbale de recepţie, certificări de bună execuţie, certificate constatatoare), pentru a demonstra ducerea la bun sfârșit a contractului proba se face așa cum rezultă fără putință de tăgadă din dispoziţiile art. 11 alin. (3) din Instrucţiunea nr. 2/2017 emisă de ANAP, și anume:

- procese verbale de recepţie întocmite în conformitate cu prevederile legale şi tehnice din domeniul din care face parte obiectul contractului, în cazul lucrărilor recepţionate pe obiecte;
  sau
- lucrări recepţionate însoţite de proces-verbal la terminarea lucrărilor; respectiv lucrări recepţionate însoţite de proces-verbal de recepţie finală.

Or, în cazul contractului nr. 492/16.11.2009 derulat pentru realizarea obiectivului de investiții „Complex sportiv de natație Otopeni” și prezentat de dvs. pentru îndeplinirea cerinţei de calificare privind experienţa similară în lucrări, comisia de evaluare apreciază că nu au fost depuse dovezi clare care să ateste ducerea „la bun sfârșit” a lucrărilor, documentele depuse de nefiind de natură a indica în mod clar acest aspect.

În susţinerea acestei concluzii, comisia de evaluare are în vedere faptul că din cuprinsul recomandării nr. 1198/28.01.2019 rezultă că la data emiterii sale lucrările au fost finalizate în proporţie de 97,5%, context în care trebuie subliniat că, deși procentul de realizare a lucrărilor este unul ridicat, dispoziţiile legale aplicabile nu fac nicio distinctie în acest sens, ci specifică în mod imperativ „duse la bun sfârșit”. Mai mult, având în vedere finalizarea lucrărilor în proporţie de 97,5% precizată în cadrul documentului intitulat „Recomandare ...”, comisia a considerat că vă revenea mod corelativ obligaţia de a dovedi existența unei recepţii, care să evidenţieze ducerea la bun sfârșit a lucrării (sau a unei părți a acesteia) și executarea acestora în conformitate cu normele profesionale în domeniu.

Procesele verbale prezentate prin adresa nr. 13447/08.03.2019, ca răspuns la soliciarea de clarificări a comisiei de evaluare sunt procese verbale întocmite în conformitate cu PCCVI, în timp ce solicitarea comisiei de evaluare vizează procesul verbal la terminarea lucrărilor efectuat conform prevederilor Regulamentului de recepţie a lucrărilor de construcții și instalații aferente acestora, aprobat prin HG. 273/1994, cu completarile și modificările ulterioare.

Oferta declarată câştigătoare este cea depusă de ...

Data limită de depunere a contestaţiei este cea prevăzută în Legea nr. 101/2016.

Prezenta comunicare reprezintă şi notificare şi solicitare din partea autorităţii contractante privind prelungirea valabilităţii ofertei şi a garanţiei de participare, în cazul în care veţi uza de prevederile Legii nr. 101/2016.”

Datele speței pe scurt sunt următoarele:

Așa cum a fost mai sus redat, din conținutul actului de comunicare a rezultatului procedurii se are în vedere că achizitoarea a apreciat în adoptarea deciziei de respingere a ofertei asocierii ... ..., nerespectarea condiției, cumulative (pe lângă cea privind conformitatea cu normele tehnice/profesionale din domeniu), ca lucrările prezentate drept experiență similară să fie *”duse la bun sfârșit”,* în înțelesul sintagmei regăsite în cuprinsul art. 11 alin. (2) și (3) din Instrucţiunea nr. 2/2017 a ANAP.

Consiliul are în vedere că în cadrul fișei de date, achizitoarea a precizat (în secțiunea *III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională*) documentele doveditoare, pe care ar putea să le considere edificatoare, în aprecierea experienței similare a ofertanților:

”Cerinta 1: Experienta similara in lucrari

Lista principalelor lucrari executate in cursul unei perioade care acopera cel mult ultimii 5 ani, (raportati la data limita de depunere a ofertei stabilita initial prin anuntul de participare) cu indicarea valorilor, datelor si a beneficiarilor publici sau privati, insotita de certificari/ documente constatatoare sau echivalent. Ultimii 5 ani vor fi calculati prin raportare la data limita de depunere a ofertei, cu mentiunea ca modul de calcul al perioadei nu va fi afectat de eventuale decalari ale termenului limita prevazut in AP publicat.

Prin lista lucrarilor executate insotita de certificari/documente constatatoare sau echivalent, ofertantul trebuie faca dovada ca, in ultimii 5 ani calculati pana la data limita stabilita pentru depunerea ofertelor au fost executate in conformitate cu normele profesionale in domeniu si duse la bun sfarsit lucrări similare (lucrari de constructii noi/reabilitare/ modernizare/extindere aferente constructiilor civile) cu cele ce fac obiectul contractului care se atribuie prin prezenta procedură cu o valoare totală cumulată, fără TVA, mai mare sau cel putin egală cu 52.500.000 lei fără TVA, la nivelul unui contract, maximum 2 contracte.

Pentru îndeplinirea cerinței, ofertanții vor prezenta lucrări de construcții noi/reabilitare/modernizare/extindere aferente construcțiilor civile, cu condiția ca cel puțin 1 contract să fi presupus o construcție civilă cu destinație sportivă cum ar fi Săli polivalente, Săli de sport, complexuri sportive, baze sportive.

Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerințelor: Se va prezenta DUAE în conformitate cu prevederile art. 193 alin. (1) din Legea 98/2016, iar documentele justificative constând în:

1. Documente reprezentând certificări/documente constatatoare pentru acele lucrări pe care ofertantul consideră că autoritatea contractantă trebuie să le ia în considerare pentru evaluarea îndeplinirii cerinței privind experiența similară. Respectivele certificări vor trebui să indice:

a. obiectul lucrărilor astfel încât să fie furnizate toate informațiile solicitate și necesare pentru a se verifica îndeplinirea cerinței privind experiența similară,

b. beneficiarii, indiferent dacă aceștia sunt autorități contractante sau clienți privați,

c. valoarea - în lei fără TVA,

d. perioada, mai exact intervalul periodic (data de început și data de finalizare) în care s-a executat contractul,

e. locul execuției lucrărilor și

f. să precizeze dacă au fost executate în conformitate cu normele profesionale din domeniu și dacă au fost duse la bun sfârșit.

Nota 1: Certificările vor fi emise sau contrasemnate de beneficiar (autoritate contractantă sau client privat). Intră în categoria documentelor reprezentând certificări de bună execuție documentele întocmite în conformitate cu formularul din documentația de atribuire precum și procese verbale de recepție/recomandări/documente constatatoare sau alte documente similare în măsura în care acestea sunt emise sau contrasemnate de beneficiar și furnizează toate informațiile solicitate pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței de calificare privind experiența similară. Ca și condiție ad validitatem, sub sancțiunea considerării cerinței ca neîndeplinită, documentele reprezentând certificări de bună execuție, vor avea număr de înregistrare și semnatura emitentului, lipsa acestora fiind vicii de formă care lipsesc documentele de forță probantă."

Din economia celor mai sus precizate, analizând modul de elaborare și întocmire a cerinței reclamate, Consiliul are în vedere că autoritatea contractantă a precizat modalitatea prin care poate fi demonstrată indeplinirea cerinței privind experința similară de către operatorii economici, iar din cuprinsul celor menționate de autoritatea contractantă, rezultă că nu doar procesele-verbale de recepție enumerate de Regulamentul privind recepţia construcţiilor, aprobat prin H.G. nr. 273/1994, sunt documente care certifică buna execuție, în accepțiunea sa, ci și alte documente constatatoare.

În vederea îndeplinirii cerinței în discuție, asocierea ... ... a depus Contractul nr. 492/16.11.2009 de execuţie a lucrărilor *„Complex sportiv natație Otopeni"* încheiat cu ..., aceeaşi autoritatea contractanta din prezenta procedura.

Totodată, a depus și următoarele înscisuri:

- Recomandarea emisă de autoritatea contractantă - ... aferentă contractului 492/16.11.2009, din care rezulta că a îndeplinit 97,5% din contract, primind calificativul *„foarte bine":*
- Procese verbale de recepție calitativă;
- Procese verbale de recepție echipamente și bazine;
- Procese verbale de recepţie pe faze determinante;
- Minuta nr. 3251/04.12.2018 încheiată cu ...

Se are în vedere că, pe parcursul derulării etapei de evaluare a ofertelor depuse, autoritatea contractantă a solicitat cu actul nr. 1301 L/25.03.2019, următoarele:

„Cu privire la Contractul nr. 492/16.11.2009 „Complex sportiv de natație Otopeni" vă solicităm prezentarea procesului verbal de recepţie la terminarea lucrărilor sau procesul/le verbal/e recepţie parţială, ținând cont că lucrarea nu este finalizată, așa cum rezultă din Recomandarea prezentată."

Asocierea ... ... a furnizat cu actul nr. 13876/29.03.2019, următorul răspuns:

„În răspuns la cerinţele dvs., pentru a dovedi experienţa similară, vă depunem anexat următoarele documente:

- Contractul nr. 492/16.11.2009
- Recomandarea nr. 1198/28.01.2019 emisă de dvs.
- Procesele verbale de recepţie cantitativă
- Procesele verbale de recepţie echipamente și bazine
- Procesele verbale de recepţie pe faze determinante
- Minuta nr. 3151/04.12.2018 încheiată cu dvs.

Sesizăm în primul rând din cerinţa formulată de dvs., faptul că vă referiţi inclusiv la procese verbale de recepţie parţială, ceea ce ne permite să concluzionăm că, în acord și cu opinia noastră, în dovedirea experienţei similare autoritatea contractantă admite procese verbale de recepţie parţială.

Dealtfel, ţinem să subliniem faptul că scopul legiuitorului, atunci când a edictat art. 178 din Legea 98/2016, a fost acela de a se asigura că cei care au acces la contractele publice au capacitatea, experienţa și aptitudinile necesare astfel încât să nu creeze probleme în derularea contractului ce urmează a se atribui, evitând astfel riscul unei lucrări necorespunzatoare. Privit din această perspectivă, scopul legiuitorului trebuie urmărit respectând inclusiv principiul proporționalității. În materia achiziţiilor publice, interpretarea dată de către Curtea de Justiţie a Uniunii Europene (CJUE) principiului proporţionalităţii din dreptul comunitar, este aceea că „impunerea ca actele instituţiilor să nu depăşească limitele a ceea ce este adecvat şi necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înţelegându-se că, în măsura în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puţin constrângătoare, iar inconvenienţele cauzate nu trebuie să fie disproporţionate în raport cu scopurile urmărite” (Hotărârea Curţii din 5 mai 1998, National Farmers Union şi alţii, C 157/96, Rec., p. I 2211, pct. 60, citat în pct. 57 din Hotărârea Tribunalului din 10 decembrie 2009, Cauza T-195/08, Antwerspe Bouwwerken NV).

Dealtfel este important de subliniat faptul că în aplicarea dispoziţiilor art. 178 din Legea 98/2016, ANAP a emis Instrucţiunea nr. 1/2017 și, verificând preambulul acestei Instrucţiuni, se remarcă faptul că inclusiv acest act normativ se referă la principiul proporționalității și trimiterea la jurisprudența CJUE în acest domeniu. Aceasta înseamnă fără îndoială faptul că, problema demonstrării experienţei similare trebuie privită și tratată inclusiv prin prisma principiului proporționalității.

Din documentele pe care le anexăm, rezultă faptul că potrivit contractului nr. 492/16.11.2009, la data de 28.01.2019 aveam executat 97,5% din total contract, iar calificativul acordat chiar de către dvs. este „foarte bun”. Ne bucurăm deci de aprecierea pe care chiar dvs. ați avut-o față de activitatea noastră astfel încât scopul legiuitorului, atunci când a edictat art. 178 din Legea 98/2016, este atins; chiar dvs. recunoașteți, în mod corect, că am executat lucrări similare în condiţii foarte bune și deci riscul neexecutării contractului este inexistent. De aceea, cerinţa inclusă în fișa de date referitoare la „ducerea la bun sfârșit” a contractului este îndeplinită, aspect care trebuie privit:

(I) atât prin prisma principiului proporționalității,

(II) cât și a prevederilor explicite ale Instrucţiunilor 1/2017.

Principiul proporționalității.

Astfel, o eventuală descalificare a noastră pe motiv că nu prezentăm un proces verbal de recepţie la terminarea lucrărilor, apare ca fiind o măsură excesivă, disproporţionată prin raportare la situația concretă. În analiza situației concrete prin raportare la principiul proporționalității, trebuie avut în vedere faptul că din contractul 492/2009 am executat o proporţie covârșitoare (97,5%), iar diferenţa neexecutată se datorează lipsei branşamentelor (a se vedea pct. 3 din Minuta 3151 încheiată cu dvs. la data de 04.12.2018), aspect care nu ne poate fi nouă imputat de vreme ce realizarea branşamentelor este în sarcina administraţiei publice locale. Mai mult, așa cum am arătat mai sus, am primit din partea dvs. calificativul „foarte bine”. De aceea, o eventuală descalificare a ofertei noastre pe motiv că nu prezentăm proces verbal de recepţie la terminarea lucrărilor, apare ca fiind o măsură excesivă, disproporţionată, prin raportare la situația concretă. În analiza situației concrete trebuie avut în vedere gradul ridicat de realizare a lucrării precum și faptul că diferenţa neexecutată nu ne poate fi nouă imputată. În plus, instituția dvs. a încheiat cu Primăria Otopeni un acord privind realizarea branşamentelor, astfel încât doar dvs. aveţi instrumentele juridice necesare ca pe baza acestui Acord să obligaţi Primăria să-și îndeplinească obligaţiile. Prin urmare, eventuala culpă pentru

nerealizarea integrală a lucrărilor nu ne aparţine, un rol important în realizarea acestor branşamente avându-l Primăria Otopeni, iar nu noi. De aceea, dacă vom fi descalificaţi, practic vom suporta o răspundere pentru încălcarea unor obligaţii de către alte persoane (ceea ce de principiu în dreptul românesc nu este admisibil) după cum urmează:

- obligaţia de rezultat a Primăriei Otopeni de a asigura efectuarea branşamentelor;
- obligaţia de diligență a dvs. de a apela la instrumentele juridice necesare pe baza acordului încheiat cu Primaria Otopeni, astfel încât să vă asiguraţi că-și îndeplinesc obligaţiile.

Prin demonstrarea realizării unui grad ridicat din lucrare, precum și prin demonstrarea gradului dvs. de satisfacție cu privire la această lucrare, scopul legiuitorului este atins, iar alegerea de către dvs. a măsurii de a ne descalifica ar reprezenta o măsură excesivă, în acord cu jurisprudența CJUE arătată mai sus.

2. În ceea ce priveşte Instrucţiunea nr 1/2017.

În conformitate cu dispoziţiile art. 11 alin. (3) lit. a) din Instrucţiune, sintagma „lucrări duse la bun sfârșit" înseamnă inclusiv „lucrări recepţionate pe obiecte, care sunt însoţite de proces-verbal de recepţie întocmit în conformitate cu prevederile legale şi tehnice din domeniul din care face parte obiectul contractului". Ca observaţie primordială urmează a se constata că textul nu face referire la „procese verbale de recepţie la terminarea lucrărilor", ci doar la procese verbale de recepţie aferente unor obiecte. Apreciem că în sensul art. 11 alin. (3) lit. a) din Instrucţiune, raportate inclusiv la dispoziţiile art. 4 din Regulamentul aprobat prin H.G. 273/1994, procesele verbale pe care le anexăm (recepţie cantitativă, echipamente și bazine, recepţie pe faze determinante) au valoarea unor veritabile procese verbale de recepție parţială având în vedere că aceste lucrări sunt distincte/independente din punct de vedere fizic şi funcţional (a se vedea art. 4 din Regulament).

Din documentele emise chiar de către dvs. rezultă că ați achitat contravaloarea lucrărilor executate în temeiul contractului 492/2009, în cuantum de 151.426.266,55 lei, situaţie căreia îi sunt incidente dispoziţiile art. 179 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 - „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".

Deasemenea sunt incidente dispoziţiile art. 12 alin. (4) şi (6) din Instrucţiunile ANAP nr. 2/2017 - „(4)Autoritatea/Entitatea contractantă nu va îngrădi dreptul operatorilor economici de a demonstra livrarea de produse/prestarea serviciilor prin orice tip de document emis sau contrasemnat de o autoritate/entitate sau de clientul beneficiar privat, precum şi dreptul de a demonstra execuţia de lucrări prin orice tip de certificat sau document de bună execuţie.

(6) Documentele prin care operatorii economici menţionaţi la alin. (3) pot îndeplini cerinţa privind experienţa similară sunt următoarele, fără a se limita la, enumerarea nefiind cumulativă: recomandări; (...) certificări de bună execuţie". În raport de rigorile Normei metodologice privind angajarea, lichidarea, ordonanţarea şi plata cheltuielilor instituţiilor publice, precum şi organizarea, evidenţa şi raportarea angajamentelor bugetare şi legale aprobată prin OMF nr. 1792/2002, institutia dvs. în calitate de actuală, dar şi fostă autoritate contractantă în cadrul contractului nr. 492/2009, în cadrul căruia ați efectuat plăţi în cuantum de 97,5% din valoarea contractului, nu ați putea invoca lipsa proceselor verbale de recepție parţială, acte în a căror absenţă rezultă că plăţile confirmate au fost efectuate cu încălcarea: - OMFP nr. 1792/2002, pct. 2 - „lichidarea cheltuielilor" - „verificarea existenţei sumei datorate creditorului se efectuează de către persoana împuternicită de ordonatorul de credite, pe baza datelor înscrise în factură şi a documentelor întocmite de comisia de recepţie constituită potrivit legii (Proces-verbal de recepţie - cod 14-2-5, Proces-verbal de recepţie provizorie - cod 14-2-5/a, Proces-verbal de punere în funcţiune - cod 14-2-5/b, în cazul mijloacelor fixe, Notă de recepţie şi constatare de diferenţe - cod 14-3-1A, în cazul bunurilor de natura stocurilor, şi alte documente prevăzute de lege, după caz)"; pct. 4 - „plata cheltuielilor" - „Plata se efectuează de conducătorul compartimentului financiar (financiar-contabil) numai dacă sunt îndeplinite următoarele condiţii: (...) există toate documentele justificative care să justifice plata (...)".

Prin urmare, avem convingerea că dvs., în calitate de beneficiar al lucrărilor executate în cadrul contractului nr. 492/2009, atâta timp cât ați achitat la zi lucrările executate, chiar și fără a emite procese verbale de recepţie parţială, veți constata cu obiectivitate și imparţialitate experienţa similară dobândită de S.C. ... prin execuţia a 97,5% din lucrările aferente Contractului

și pentru care s-a primit de la dvs. calificativul „foarte bine”, în condiţiile în care execuţia lucrărilor este probată prin documente relevante în sensul reglementat de art. 179 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.”

Se are în vedere faptul că răspunsul furnizat de asocierea ... ... a fost analizat de către comisia de evaluare în cadrul ședinței din data de 02.04.2019, în cuprinsul Procesului-verbal privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare înregistrat sub nr. 1437 L/02/.04.2019, fiind consemnate, în secțiunea dedicată asocierii ... ... aspectele redate maia sus în cadrul actului nr. 9879/13.06.2019 de comunicare a rezultatului procedurii.

Este important de reținut faptul că autoritatea contractantă a acceptat că recomandarea nr. 1198/28.01.2019, precum și documentele atașate acesteia, aceste plăţi reprezintă recunoaşterea stadiilor fizice şi valorice executate până la o anumită data şi nu finalizarea lucrărilor şi funcţionalitatea obiectivului.

În același timp, Consiliul constată că aprecierea lipsei dovezilor că respectivele lucrări (executate tot în beneficiul actualei autorități contractante) nu ar fi duse la bun sfârșit s-a bazat pe interpretarea textului din Instrucțiunea nr. 2/2017 a ANAP, iar nu pe situația faptică cunoscută/controlată chiar de autoritatea contractantă, care a emis documentul de recomandare, deși nu ar fi fost obligată de prevederile legale din domeniul achizițiilor publice (în cazul în care ar fi considerat că nu s-a finalizat execuția acelui contract de achiziție publică – nr. 492/16.11.2009).

Din lecturarea actului de comunicare a rezultatului procedurii precum și a punctului de vedere formulat, se reţin următoarele concluzii formulate de autoritatea contractantă:

- procesele-verbale calitative depuse de către contestatoare sunt de natură a atesta calitatea lucrărilor conform prevederilor din proiect, fără însă a garanta funcţionarea obiectivului de investiţie în totalitatea sa, în timp ce, prin actul de recepţie se certifică faptul că executantul şi-a îndeplinit obligaţiile în conformitate cu prevederile contractului şi ale documentaţiei de execuţie, iar „construcţia este funcţională şi poate fi dată în folosinţă”;

- procesele-verbale prezentate ca răspuns la solicitarea de clarificări a comisiei de evaluare, sunt procese-verbale întocmite în conformitate cu Planul de control al calităţii, verificări şi încercări, în timp ce solicitarea comisiei de evaluare vizează procesul- verbal de recepţie la terminarea lucrărilor, conform prevederilor Regulamentului de recepţie a lucrărilor de construcţii şi instalaţii aferente acestora, aprobat prin HG. 273/1994, cu completările şi modificările ulterioare;

- pe de o parte, procesele - verbale de recepţie calitativă prezentate de ofertant au rolul de a atesta calitatea lucrărilor şi corespondenţa lor cu proiectul tehnic, în timp ce procesul - verbal de recepţie la terminarea

lucrărilor este singurul document ce garantează funcţionalitatea construcţiei şi permite darea în funcţiune a obiectivului de investiţie.

- mai mult decât atât, comisia de evaluare nu putea să ia în calcul experienţa contestatoarei în baza unei recomandări, fără ca aceasta să deţină un proces-verbal de recepţie la terminarea lucrărilor, deoarece ar fi încălcat principiul tratamentului egal raportat la ceilalţi ofertaţi participanţi la procedură, ofertanţi ce deţin procese- verbale de recepţie la terminarea lucrărilor.

Contrar celor susținute de achizitoare, prin raportare la conținutul cerinței referitoare la modalitatea prin care poate fi demonstrată indeplinirea cerinței privind experința similară de către operatorii economici, așa cum a fost mai sus reținut, rezultă că nu doar procesele-verbale de recepție enumerate de Regulamentul privind recepţia construcţiilor, aprobat prin HG nr. 273/1994, sunt documente care certifică buna execuție, în accepțiunea achizitoarei, ci și alte documente constatatoare/similare de tipul celor amintite în cadrul fișei de date: *”Intra in categoria documentelor reprezentand certificari de buna executie documentele intocmite in conformitate cu formularul din documentatia de atribuire precum si procese verbale de receptie /recomandari /documente constatatoare sau alte documente similare in masura in care acestea sunt emise sau contrasemnate de beneficiar si furnizeaza toate informatiile solicitate pentru demonstrarea indeplinirii cerintei de calificare privind experienta similara.”*

Așa cum menționează contestatoarea existența experienţei similare este reglementată de Instrucţiunea 2/2017 emisă de ANAP în aplicarea prevederilor art. 178 şi art. 179 lit. a) şi b) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu completările ulterioare, respectiv a prevederilor art. 191 şi art. 192 lit. a) şi b) din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale, fiind relevante în soluționare dispozițiile art. 12 alin. (6), respectiv:

„Documentele prin care operatorii economici menţionaţi la alin. (3) pot îndeplini cerinţa privind experienţa similară sunt următoarele, fără a se limita la, enumerarea nefiind cumulativă:
- copii ale unor părţi relevante ale contractelor pe care le-au îndeplinit;
- certificate de predare-primire;
- recomandări;
- procese-verbale de recepţie;
- certificări de bună execuţie;
- certificate constatatoare.”

În raport de cele mai sus reținute rezultă că recomandarea, este doar una din modalitatile de dovedire a experienţei similare enumerata de art. 12.

Așadar, în speța de față, asocierea ... ... a depus recomandarea amintită însoțită de procesele verbale de recepţie calitativa a lucrărilor, a montajului de echipamente si a dotărilor specifice complexelor de natație,

precum si procesele verbale de control în faze determinante, documente din care rezultă ca au fost efectuate toate probele funcţionale.

În considerarea celor mai sus reținute, repectiv că nu doar procesele-verbale de recepție enumerate de Regulamentul privind recepţia construcţiilor, aprobat prin HG nr. 273/1994, sunt documente care certifică buna execuție, în accepțiunea achizitoarei, ci și alte documente constatatoare este și cazul prezentat de autoarea contestației în cadrul concluziilor scrise formulate, respectiv:

„Am verificat site-ul ANAP la secţiunea „Întrebări", ştiut fiind că această instituție are inclusiv rolul de îndrumare metodologică. Cu această ocazie am descoperit speţa 585 postată în data de 11.05.2018, în care se pune următoarea problemă:

Speţa 585. Se solicită consiliere metodologică privind aplicabilitatea art. 11 din Instrucţiunea preşedintelui ANAP nr. 2/2017 autorităţii contractante din punctul de vedere al întocmirii fişei de date şi aplicabilitatea art. 12 din aceeaşi instrucţiune operatorilor economici participanţi la procedura de atribuire, în vederea demonstrării experienţei similare.

Răspunsul ANAP este edificator:

Răspuns:

„(.....) În altă ordine de idei, deşi emiterea Instrucţiunii preşedintelui ANAP nr. 2/2017 are ca scop explicarea modului de aplicare a art. 178 şi art. 179 Ut. a) şi b) din Legea nr. 98/2016, ţinem să subliniem că prevederile acestui act normativ de nivel terţiar trebuie interpretate întotdeauna în concordanţă şi în corelare cu actul normativ de nivel primar (Legea nr. 98/2016) în ansamblul său. Astfel, potrivit Legii nr. 98/2016, în realizarea achiziţiilor publice, autorităţile contractante au obligaţia respectării principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) şi, în acelaşi timp, au obligaţia de a concepe şi de a structura achiziţiile ori elementele acestora fără a restrânge în mod artificial concurenţa (art. 50 din respectiva lege). Pe cale de consecinţă, având în vedere atât cele de mai sus, cât şi dispoziţiile art. 12 alin. (6) din Instrucţiunea preşedintelui ANAP nr. 2/2017, precizăm că prevederile art. 11 alin. (3) lit. a) - c) din cadrul aceleiaşi instrucţiuni nu trebuie interpretate ca fiind limitative, autoritatea contractantă având obligaţia să accepte orice mijloc de probă relevant prin care operatorii economici pot demonstra faptul că lucrările similare pe care le-au executat în perioada solicitată au fost duse la bun sfârşit."

Este important de reținut în soluționarea cauzei aspectele menționate de autoarea contestației, respectiv faptul că aceeaşi problema de drept a mai fost ridicată de ... S.A. în cadrul unei alte proceduri la care a participat asocierea S.C. ... (în reorganizare) ...:

„Este vorba de procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică prin licitație deschisă, având ca obiect „Proiectare, asistență tehnică din partea proiectantului și execuţia de lucrări pentru obiectivul de investiții: Consolidare, reabilitare și modernizare la bazinele acoperite Bazin acoperit de înot, Bazin acoperit de sărituri) din strada Maior Coravu Ion nr. 34, sector 2 Bucureşti".

În cadrul acelei proceduri am prezentat ca experienţă similară acelaşi contract 492/2009, și aceeaşi Recomandare, documente pe care însă ... nu le-a luat în considerare, tot pe motiv că nu sunt documente conforme cu Instrucţiunea 2/2017.

Împotriva Raportului procedurii am formulat contestație care ne-a fost admisă de C.N.S.C. prin Decizia C.N.S.C. nr. ..., pe motiv că se încalcă principiul proporționalității; ulterior contestația judiciară promovată de ... a fost respinsă de Curtea de Apel Bucureşti prin Decizia ... încă necomunicată.

PUTEREA DE LUCRU JUDECAT A DECIZIEI NR. ... PRONUNȚATĂ DE CURTEA DE APEL BUCUREŞTI.

Astfel după cum am arătat mai sus, între părți s-a mai derulat un litigiu asemănător, tranşat definitiv de Curtea de Apel în favoarea noastră, prin respingerea contestației formulate de ... împotriva Deciziei C.N.S.C. nr. .... Exact aceeaşi problemă de drept s-a pus și în acel litigiu deoarece ... nu ne recunoștea ca experienţă similară contractul 492/2009 și Recomandarea primită (exact aceeaşi recomandare ca în prezenta procedură). Atât C.N.S.C. cât și ulterior Curtea de Apel, au considerat că aceste documente fac dovada experienţei similare. Din acest motiv există o certă și indiscutabilă putere de lucru judecat. Pentru claritate arătăm că nu ne referim la autoritatea de lucru judecat, adică nu avem în vedere efectul negativ al lucrului judecat ca urmare a triplei identități de părți, obiect și cauză. Avem în vedere doar efectul pozitiv al lucrului judecat. Astfel, puterea de lucru judecat impune consecvenţă în judecată, astfel că ceea ce s-a constatat şi statuat printr-o hotărâre nu trebuie să fie contrazis printr-o altă hotărâre. Într-o speţă, Înalta Curte a reţinut că, „în mod corect, instanţa de apel a precizat că nu respinge acţiunea în baza autorităţii de lucru judecat, ci are obligaţia de a judeca în fond, însă soluţia trebuie să ţină cont de dezlegarea deja dată asupra problemei de drept dedusă judecăţii, dând eficienţă prezumţiei de lucru judecat, că a mai fost odată dezlegată chestiunea litigioasă."

Puterea de lucru judecat pe care o invocăm se referă la faptul că situația juridică și discuţiile în legătură cu capacitatea contractului nr. 492/2009 de a face dovada experienţei similare, au fost tranşate definitiv de C.N.S.C. și de Curtea de Apel, primind o dezlegare juridică ce ne este favorabilă și care nu mai poate fi contrazisă nici de C.N.S.C., nici de instanțele de judecată.

Vă rugăm să observaţi că sunt Îndeplinite condiţiile puterii de lucru judecat de vreme ce s-a statuat definitiv într-o altă speţă că Recomandarea primită și contractul 492/2009 fac dovada experienţei similare. De aceea, vă rugăm în principal ca în temeiul puterii de lucru judecat să admiteți prezenta contestație astfel cum a fost formulată.

(...)

Reafirmăm existența puterii de lucru judecat a Deciziei CAB care a tranşat definitiv chestiunea: Recomandarea emisă în temeiul contractului 492/2009 face dovada experienţei similare. Pentru a sublinia forţa acestei puteri de lucru judecat (pe care o invocăm ca efect pozitiv), reamintim faptul că în urma modificărilor Codului de procedură civilă operate prin Legea 310/2018, încălcarea efectului pozitiv al autorității de lucru judecat reprezintă chiar motiv de revizuire (art. 509 pct. 8, raportat la art. 514 alin. 4 C.pr.civ. - Dacă instanţa încuviinţează cererea de revizuire, ea va schimba, în tot sau în parte, hotărârea atacată, iar în cazul hotărârilor potrivnice, ea va anula cea din urmă hotărâre şi, după caz, va trimite

cauza spre rejudecare atunci când s-a încălcat efectul pozitiv al autorităţii de lucru judecat)".

Referitor la cele semnalate de asocierea ... ..., Consiliul găseşte util a relua câteva dintre elementele pentru fixarea cadrului speţei, consemnate în Decizia nr. ..., respectiv:

[Consiliul constată că singurul motiv de respingere a ofertei contestatoarei, avut în vedere de autoritatea contractantă (conform adresei nr. 5.100/28.03.2019), este nerespectarea condiției, cumulative (pe lângă cea privind conformitatea cu normele tehnice/profesionale din domeniu), ca lucrările prezentate drept experiență similară să fie „duse la bun sfârșit", în înțelesul sintagmei regăsite în cuprinsul art. 11 alin. (2) și (3) din Instrucţiunea nr. 2/2017 a ANAP, adică:

(2) Solicitarea unei cerinţe minime de calificare şi selecţie referitoare la prezentarea unui contract similar de execuţie lucrări finalizat în ultimii 5 ani devine restrictivă din considerentul că există posibilitatea ca un operator economic să deruleze un astfel de contract şi să execute asemenea lucrări fără să fi finalizat contractul, în aşa fel încât efectele contractului să se răsfrângă asupra perioadei solicitate, respectivul ofertant putând invoca pentru dovedirea experienţei similare partea de contract executată până la momentul solicitării, cu condiţia ca lucrările prezentate să fie duse la bun sfârşit.

(3) Cerinţa de calificare se va formula făcându-se referire la lucrări duse la bun sfârşit în cadrul perioadei de 5 ani calculată conform art. 13, prin această sintagmă înţelegându-se:

a) lucrări recepţionate pe obiecte, care sunt însoţite de proces-verbal de recepţie întocmit în conformitate cu prevederile legale şi tehnice din domeniul din care face parte obiectul contractului; sau

b) lucrări recepţionate însoţite de proces-verbal la terminarea lucrărilor; sau

c) lucrări recepţionate însoţite de proces-verbal de recepţie finală.

Consiliul are în vedere că, prin fișa de date a achiziției, achizitoarea a precizat (în secțiunea III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională) posibile documente doveditoare, pe care ar putea să le considere edificatoare, în aprecierea experienței similare a ofertanților: Modalitatea prin care poate fi demonstrata indeplinirea cerintelor: Se va prezenta DUAE in conformitate cu prevederile art. 193 alin. 1 din Legea 98/2016, iar documentele justificative constând în:

1. Documente reprezentând certificări/documente constatatoare pentru acele lucrări pe care ofertantul consideră că autoritatea contractantă trebuie să le ia în considerare pentru evaluarea îndeplinirii cerinței privind experiența similară.

Respectivele certificări vor trebui să indice:

a. obiectul lucrărilor astfel încât să fie furnizate toate informațiile solicitate și necesare pentru a se verifica îndeplinirea cerinței privind experiența similară,

b. beneficiarii, indiferent dacă aceștia sunt autorități contractante sau clienți privați,

c. valoarea - în lei fără TVA,

d. perioada, mai exact intervalul periodic (data de început și data de finalizare) în care s-a executat contractul

e. locul execuției lucrărilor și

f. să precizeze dacă au fost executate în conformitate cu normele profesionale din domeniu și dacă au fost duse la bun sfârșit.

Certificările vor fi emise sau contrasemnate de beneficiar (autoritate contractantă sau client privat).

.....

Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerintelor menționate:

Nota 1: Certificările vor fi emise sau contrasemnate de beneficiar (autoritate contractantă sau client privat). Intra in categoria documentelor reprezentand certificari de buna executie documentele intocmite in conformitate cu formularul din documentatia de atribuire precum si procese verbale de receptie/recomandari/documente constatatoare sau alte documente similare in masura in care acestea sunt emise sau contrasemnate de beneficiar si furnizeaza toate informatiile solicitate pentru demonstrarea indeplinirii cerintei de calificare privind experienta similara.

Din cuprinsul acestor reguli, enunțate de autoritatea contractantă, rezultă că nu doar procesele-verbale de recepție enumerate de Regulamentul privind recepţia construcţiilor, aprobat prin HG nr. 273/1994, sunt documente care certifică buna execuție, în accepțiunea sa, ci și alte documente constatatoare.

În context, Consiliul constată că autoritatea contractantă a acceptat că recomandarea nr. 1198/28.01.2019, precum și documentele atașate acesteia, confirmă calitatea lucrărilor, la nivelul parametrilor de calitate, fără întârzieri în execuție, care au determinat și decontarea lor.

În același timp, Consiliul constată că aprecierea lipsei dovezilor că respectivele lucrări (executate tot în beneficiul actualei autorități contractante) nu ar fi duse la bun sfârșit s-a bazat pe interpretarea gramaticală a textului din Instrucțiunea nr. 2/2017 a ANAP, iar nu pe situația faptică cunoscută/controlată chiar de autoritatea contractantă, care a emis documentul de recomandare, deși nu ar fi fost obligată de prevederile legale din domeniul achizițiilor publice (în cazul în care ar fi considerat că nu s-a finalizat execuția acelui contract de achiziție publică – nr. 492/16.11.2009).

De bună seamă că prevederile Instrucțiunii (la care se raportează autoritatea contractantă) sunt emise în corelație cu regulile de derulare a procesului de recepție a lucrărilor, adică cu o succesiune firească a etapelor de execuție a contractului de lucrări și a etapelor de recepție a acestora, adică concordant și cu prevederile art. 3 din Regulamentul aprobat prin HG nr. 273/1994: Art. 3. - (1) Recepţia construcţiilor de orice categorie şi clasă de importanţă se efectuează de către investitor/proprietar atât pentru construcţii noi, cât şi în cazul intervenţiilor la construcţii existente, pentru care se emit, în condiţiile legii, autorizaţii de construire/desfiinţare, şi se realizează în două etape:

a) recepţia la terminarea lucrărilor;

b) recepţia finală, la expirarea perioadei de garanţie.

(2) Recepţia poate fi admisă sau respinsă, motivat.

Însă, întrucât aceste etape nu au fost parcurse chiar din cauza beneficiarului final al investiției amintite (Primăria Otopeni), iar Investitorul (Compania Națională de Investiții) nu a sesizat impedimente sau conduite imputabile contractantului, în execuția a 97,5% din contractul respectiv, este evident că, din punct de vedere formal, nici etapele de recepție enumerate în Regulament nu au fost parcurse.

Cu toate acestea, etapele prealabile desfășurării recepției (parțiale sau la terminarea lucrărilor) au fost confirmate de beneficiarul lor, fiind emise procese-verbale de recepție/control pentru structura de rezistență/faze determinante și procese-verbale de recepție calitativă a lucrărilor/obiectelor pe diferite specialități.

Prin urmare, în lipsa unor procese-verbale de recepție emise în concordanță cu Regulamentul aprobat prin HG nr. 273/1994, ar apărea lipsită de efecte/superfluă o acceptare pur formală a unor documente similare care să releve ducerea ”la bun sfârșit” a lucrărilor de construcții.

Astfel, situația de fapt în speță trebuia raportată la prevederile art. 1 alin. (1) din HG nr. 395/2016: În procesul de realizare a achiziţiilor publice orice situaţie pentru care nu există o reglementare explicită se interpretează prin prisma principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, denumită în continuare Lege.

Neexistând o reglementare explicită a situației faptice în care se regăsesc cele două părți implicate în contractul pentru care s-a emis recomandarea în discuție (ce pot avea calitate similară și în procedura prezentă, achizitor și ofertant/executant), adică existența unui impediment extern, neimputabil lor, pentru realizarea recepției lucrărilor duse la bun sfârșit, în cazul de față, autoritatea contractantă trebuia să se raporteze la proporționalitatea măsurii de respingere/acceptare a ofertei în raport cu scopul achiziției derulate.

Consiliul consideră disproporționată măsura excluderii ofertei contestatoarei, cu atât mai mult cu cât aprecierea autorității contractante s-a bazat pe o situație faptică în care a fost direct implicată, având o cunoaștere deplină a condițiilor de derulare a contractului prezentat drept experiență similară, dar care s-a limitat la aprecierea formală a lipsei unui document ce ar fi emis tot de ea (prin comisia de recepție ce trebuie să o numească în condițiile prevăzute la art. 10 alin. 3 din Regulamentul sus amintit).

În privința deciziei de anulare a procedurii, Consiliul constată că a fost determinată, implicit, de lipsa altor oferte, adică autoritatea contractantă a apreciat că, odată cu respingerea singurei oferte primite (aparținând contestatoarei), sunt aplicabile dispozițiile art. 212 alin. (1) litera a) din Legea nr. 98/2018.

Pentru cele ce preced, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația, va anula decizia de respingere a ofertei contestatoarei, dar și decizia de anulare a procedurii și, implicit, va obliga autoritatea contractantă la continuarea ei, în 15 zile de la primirea deciziei, prin reevaluarea ofertei, pornind de la premisa că documentele privind experiența similară, analizate în prezenta cauză, îndeplinesc condiția că lucrările executate sunt "duse la bun sfârșit", în înțelesul dat de documentația de atribuire și de Instrucțiunea nr. 2/2017 a ANAP.]

Examinând conţinutul contestaţiei formulată de ... ... în prezenta procedură, Consiliul constată că aceleaşi critici referitoare la presupusa neîndeplinire a cerinței de calificare a făcut obiectul contestației FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliu sub nr. 12291/02.04.2019, înaintată de asocierea ... (în reorganizare) ..., prin lider de asociere ..., soluţionată prin Decizia nr. ... rămasă definitivă prin respingerea plângerii formulate de ...S.A. de către Curtea de Apel București potrivit Hotărării nr. ....

Faţă de cele de mai sus, Consiliul consideră că se impune reiterarea următoarelor dispoziţii din Legea nr. 101/2016:

- art. 28 alin. (1) - *"Decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei";*

- art. 29 alin. (1) - *"Deciziile Consiliului privind soluţionarea contestaţiei pot fi atacate de către oricare dintre părțile cauzei, cu plângere la instanţa de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât şi de netemeinicie*, *în termen de 10 zile de la comunicare";*

- art. 32 alin. (1) – *"Instanţa competentă să soluţioneze plângerea formulată împotriva deciziei pronunţate de Consiliu este curtea de apel, secţia de contencios-administrativ şi fiscal în a cărei rază se află sediul autorităţii contractante. Plîngerea se soluționează de compelte specializate în achiziții publice";*

- art. 35 alin. (2) - *„Hotărârea prin care instanța soluționează plângerea este definitivă."*

Având în vedere cadrul juridic anterior invocat, Consiliul apreciază că, în situaţia în care părţile, în exercitarea propriei lor voinţe, au exercitat o cale de atac împotriva Deciziei nr. ..., emisă de către Consiliu, atacată ulterior de ... la Curtea de Apel București, care a respins plângerea prin Hotărârea nr. ..., din această perspectivă consideră că **dispoziţiile actului juridic anterior invocat intră în sfera puterii lucrului judecat şi,** prin urmare, trebuie pusă în executare de către părţi astfel cum a dispus Consiliul și menținut Curtea de Apel București.

Decizia precitată a Curţii de Apel București, Secţia de Contencios Administrativ şi Fiscal, este definitivă, cele statuate în dispozitivul şi cuprinsul motivării ei beneficiind de autoritate de lucru judecat. În atari condiţii, părţile din cauza judecată de instanţă, sunt obligate să respecte întocmai decizia pronunţată de Curte (potrivit dispozițiilor art. 32 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 *„Hotărârea prin care instanța soluționează plângerea este definitivă.")*

Prin urmare, Decizia nr. ..., pronunţată de Consiliu, având în vedere caracterul ei definitiv, prin respingerea plângerii formulate împotriva acesteia, de către Curtea de Apel Bucureștii, a dobândit autoritate de lucru judecat, în esenţă, semnificând faptul că o cerere nu poate fi judecată în mod definitiv decât o singură dată (bis de eadem re ne sit actio), iar hotărârea este prezumată a exprima adevărul şi nu trebuie să contrazică o altă hotărâre (res iudicata pro veritate habetur).

Decizia precitată a Curţii de Apel București, Secţia Contencios Administrativ şi Fiscal, este executorie, cele statuate în dispozitivul şi cuprinsul motivării ei beneficiind de autoritate de lucru judecat. În atari condiţii, părţile din cauza judecată de instanţă, sunt obligate să respecte întocmai decizia pronunţată, Curtea menţinând în totalitate decizia Consiliului.

Raţionamentul de mai sus este validat şi de instanţele de judecată, spre exemplu CURTEA DE APEL BUCUREŞTI – SECŢIA A VIII-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ŞI FISCAL (Decizia civilă nr. 510/ 27.01.2014), în sensul că *„efectele puterii de lucru judecat prezintă un dublu aspect: un aspect negativ pentru partea care a pierdut litigiul, în sensul că nu mai poate repune în discuţie dreptul său într-un alt litigiu (...) în atare condiţii,* ***părţile din cauza judecată (...) sunt obligate să respecte întocmai decizia pronunţată****”.*

Astfel, conform prevederilor Codului de procedură civilă art. 431 alin. (1) *„Nimeni nu poate fi chemat în judecată de două ori în aceeaşi calitate, în temeiul aceleiaşi cauze şi pentru acelaşi obiect (2) Oricare dintre părţi poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluţionarea acestuia din urmă”* şi art. 430 alin. (1) şi (2) *„Hotărârea judecătorească ce soluţionează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepţii procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunţare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranşată. Autoritatea de lucru judecat priveşte dispozitivul, precum şi considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă”.*

Prin urmare, pentru a exista putere de lucru judecat dedus într-un proces din hotărârea pronunţată într-un proces anterior, potrivit articolului menţionat, trebuie să existe triplă identitate de părţi, de obiect şi de cauză.

În literatura de specialitate se arată că pentru a exista **identitate de obiect nu este nevoie ca obiectul să fie formulat în ambele acţiuni în acelaşi mod, ci este suficient ca din cuprinsul acţiunilor să rezulte că este acelaşi.** De aici rezultă şi identitatea de cauză, precum şi că pentru a exista identitate de obiect între două acţiuni este suficient ca din cuprinsul lor să rezulte că scopul final urmărit de reclamant este acelaşi în ambele acţiuni şi, chiar dacă în primul litigiu s-a discutat numai pe cale incidentală un drept invocat de o parte, soluţia dată de instanţă are

putere de lucru judecat într-o nouă acţiune în care se încearcă valorificarea aceluiaşi drept.

Motivarea în fapt şi drept pe care se întemeiază contestaţia este importantă pentru că alături de obiectul acesteia determină calitatea procesuală a părţilor şi interesează în problema litispendenţei şi a autorităţii de lucru judecat.

De asemenea, se reţine că scopul final urmărit de societatea contestatoare în cadrul prezentei contestaţii, este acelaşi cu cel din precedenta contestaţie formulată și soluționată orin Decizia nr. ..., pronunţată de Consiliu, şi anume anularea rezultatului procedurii, de respingere a ofertei contestatoarei, avut în vedere de autoritatea contractantă vizavi de nerespectarea condiției, cumulative (pe lângă cea privind conformitatea cu normele tehnice/profesionale din domeniu), ca lucrările prezentate drept experiență similară să fie *”duse la bun sfârșit”,* în înțelesul sintagmei regăsite în cuprinsul art. 11 alin. (2) și (3) din Instrucţiunea nr. 2/2017 a ANAP, motivat de aceleaşi aspecte.

Decizia antemenţionată pronunţată de Consiliu, având în vedere caracterul ei definitiv, a dobândit putere de lucru judecat, în esenţă, semnifică faptul că o cerere nu poate fi judecată în mod definitiv decât o singură dată (bis de eadem re ne sit actio), iar hotărârea este prezumată a exprima adevărul şi nu trebuie să contrazică o altă hotărâre (res iudicata pro veritate habetur).

Efectele puterii de lucru judecat prezintă un dublu aspect: un aspect negativ pentru partea care a pierdut litigiul, în sensul că nu mai poate repune în discuţie dreptul său într-un alt litigiu şi un aspect pozitiv, pentru partea care a câştigat procesul, în sensul că se poate prevala de dreptul recunoscut într-o nouă judecată.

Astfel cum a arătat și intervenienta, doctrina și jurisprudența s-au exprimat în sensul că nu este necesară tripla identitate de părți, obiect și cauză pentru a fi invocat lucrul judecat, câtă vreme se aduce în discuție o chestiune litigioasă soluționată anterior.

Deși nu există identitate de obiect și nici de părți, criticile cu privire la motivul de respingere a ofertei contestatoarei, avut în vedere de autoritatea contractantă vizavi de nerespectarea condiției, cumulative (pe lângă cea privind conformitatea cu normele tehnice/profesionale din domeniu), ca lucrările prezentate drept experiență similară să fie *„duse la bun sfârșit”,* în înțelesul sintagmei regăsite în cuprinsul art. 11 alin. (2) și (3) din Instrucţiunea nr. 2/2017 a ANAP, fiind analizate de Consiliu astfel cum a fost mai sus redat, există lucrul judecat asupra aspectelor dezlegate, acesta în esenţă, semnificând faptul că o cerere nu poate fi judecată în mod definitiv decât o singură dată (bis de eadem re ne sit actio), iar hotărârea este prezumată a exprima adevărul şi nu trebuie să contrazică o altă hotărâre (res iudicata pro veritate habetur).

Consiliul ca și în cazul anterior redat și soluționat prin Decizia nr. ... consideră disproporționată măsura excluderii ofertei contestatoarei, cu atât

mai mult cu cât aprecierea autorității contractante s-a bazat pe o situație faptică în care a fost direct implicată, având o cunoaștere deplină a condițiilor de derulare a contractului prezentat drept experiență similară, dar care s-a limitat la aprecierea formală a lipsei unui document ce ar fi emis tot de aceasta (prin comisia de recepție ce trebuie să o numească în condițiile prevăzute la art. 10 alin. 3 din Regulamentul sus amintit).

Luând în considerare cele expuse anterior, Consiliul admite criticile formulate de contestator, impunându-se reluarea procedurii de achiziţie publică şi efectuarea verificării ofertei depuse de asocierea ... ... sub aspectul contestat , cu luarea în considerare a documentelor prezentate în dovedirea experienței similare, acestea conducând la îndeplinirea condiției că lucrările executate sunt *„duse la bun sfârșit”,* în înțelesul dat de documentația de atribuire și de Instrucțiunea nr. 2/2017 a ANAP.

În consecință, pentru toate considerentele expuse anterior, în baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, Consiliul admite contestaţia formulată de către ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... și anulează raportul procedurii nr. 2504/12.06.2019 precum și actele subsecvente, respectiv adresele autorității contractante de comunicare a rezultatului procedurii.

Obligă ... la reevaluarea ofertei depusă de asocierea ... ... cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de 10 de zile de la data primirii prezentei decizii.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de către ..., cu sediul social în ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ...

Anulează raportul procedurii nr. 2504/12.06.2019 precum și actele subsecvente, respectiv adresele autorității contractante de comunicare a rezultatului procedurii.

Obligă ... la reevaluarea ofertei depusă de asocierea ... ... cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de 10 de zile de la data primirii prezentei decizii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**