

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

DECIZIE

Nr. ...

Prin contestația nr. 1/20.08.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 43869/23.08.2021, formulată de ...SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub ..., având CUI RO ... reprezentată legal prin administrator ..., împotriva documentației de atribuire elaborată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect **„Furnizare si instalare a șapte containere securizate pentru biciclete cu rasteluri mobile”**, s-a solicitat modificarea criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională (experiență similară) în acord cu legislația în vigoare, publicarea unei erate prin care să se implementeze această modificare, iar în subsidiar, în cazul imposibilității adoptării măsurilor corective, anularea procedurii de atribuire.

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

Prin contestația înregistrată la CNSC sub numărul de mai sus, ...SRL critică documentația de atribuire elaborată de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de achiziție susmenționată, solicitând cele arătate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ...SRL precizează că, în urma analizării documentației pusă la dispoziție de autoritatea contractantă, a constatat că în anunțul de participare CN..., la secțiunea III, cap. III.1.3 – *„Capacitatea tehnică și profesională”*, se solicită ca viitorii ofertanți să prezinte următoarea experiență similară: *„Pentru contractele de achiziție de bunuri: executarea de livrări de tipul specificat ofertantul trebuie să demonstreze o experiență similară prin furnizarea de containere de biciclete securizate și implementare soluție, duse la bun sfârșit, la nivelul ultimilor 3 ani. Experiența similară a furnizorului în livrarea unor produse similare celor din contract îl va ajuta pe acesta să își ducă la bun sfârșit contractul fără probleme majore, să se adapteze și să treacă de orice provocări sau obstacole care ar putea apărea pe parcursul derulării*

contractului", cerință care este reluată și în fișa de date, la capitolul III.1.3 lit. a).

În opinia contestatorului, cerința susmenționată încalcă principiile prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/2016, în special principiul tratamentului egal și proporționalității, dar și prevederile art. 178 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și art. 5 din Instrucțiunea nr. 2/2017, de unde reiese că autoritatea contractantă a restrâns artificial concurența.

Contestatorul învederează că produsele solicitate sunt produse custom, dezvoltate conform cerințelor specifice, nu se găsesc în comerț în formatul solicitat, nu sunt standardizate, gata pentru a fi livrate, deci nu se poate vorbi de o altă livrare similară decât în cazul furnizorului care a câștigat și implementat contractul anterior și care acum nu mai are aceleași costuri de proiectare și producție, deținând deja o soluție la cheie care îndeplinește toate condițiile solicitate prin caietul de sarcini.

Mai mult decât atât, se arată că soluția implementată la nivelul Municipiului Cluj Napoca a fost realizată prin efectuarea mai multor achiziții directe de la aceeași societate comercială, din informațiile furnizate reieșind fără putință de tăgadă că acelei societăți comerciale nu i s-a solicitat o experiență similară în furnizarea de containere de biciclete securizate și implementare soluție, deși proiectul a fost defalcat și dus la bun sfârșit cu succes.

Față de cele menționate, contestatorul apreciază că solicitarea privind experiența similară încalcă prevederile în materie și aceasta trebuie modificată, dacă este posibil din punct de vedere legislativ, prin referire la categoriile/tipurile de produse/servicii/lucrări de o complexitate comparabilă cu cele care fac obiectul contractului sau, în cazul în care nu este posibil, să se dispună anularea procedurii de atribuire.

În opinia contestatorului este similară pentru prezenta procedură, experiența similară în furnizarea de confecții metalice, ansambluri de structuri metalice, mobilier stradal, furnizare de echipament de supraveghere video, furnizare de echipamente IT, furnizare de soluții de control acces, etc.

În drept, se invocă prevederile Legii nr.98/2016, H.G. nr.395/2016, Legea nr.101/2016, Instrucțiunea nr.2/2017, H.G. nr. 395/2016, practica Curții de Justiție a Uniunii Europene.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 484475/7/24.08.2021, înregistrat la Consiliu sub nr.44577/25.08.2021, ... a solicitat respingerea contestației, ca neîntemeiată, pentru următoarele considerente:

Contrar susținerilor contestatorului, nu s-a încălcat principiul egalității de tratament, prin publicarea anunțului de participare și în JOUE fiind respectată următoarea regulă: a furnizat, concomitent, către toți operatorii economici interesați informațiile aferente procedurii, astfel

că toți participanții vor dispune de aceleași șanse în pregătirea documentelor asociate procedurii în cauză, ceea ce presupune dezvoltarea unei concurențe corecte și efective între operatorii economici participanți la procedura de atribuire.

Se apreciază că nici principiul proporționalității nu a fost încălcat întrucât s-a solicitat experiență similară în furnizarea de containere de biciclete securizate și implementare soluție, duse la bun sfârșit, la nivelul ultimilor 3 ani, iar prin natura contractului operatorii economici trebuie să dețină competențe tehnice și profesionale pentru a executa contractul ce urmează a fi atribuit.

În raport de cerința solicitată și pentru evitarea oricărui dubiu, susține autoritatea contractantă că nu a solicitat experiență similară într-un anumit quantum, dar a avut pretenția ca operatorii economici ce vor participa la procedura de atribuire să dețină capacitatea tehnică de a duce la bun sfârșit contractul, fără a favoriza anumiți operatori economici care nu au experiența necesară și capabilitatea finalizării contractului, operatori care încearcă să accedă la procedură în lipsa experienței corespunzătoare și să nu permită ca procedura să fie câștigată de un ofertant care nu va face față furnizării și executării contractului.

În opinia autorității contractante este important, ca furnizorul/prestatorul/constructorul să fie capabil să satisfacă cerințele, în termenul și la parametri stabiliți în documentația de atribuire, cu respectarea Legii nr. 98/2016 și a celorlalte acte normative aplicabile, motiv pentru care apreciază că nu este restrictivă cerința privind experiența similară.

Invocând prevederile art. 178 și art. 179 din Legea nr.98/2016, autoritatea contractantă precizează că a solicitat doar experiența similară și nu identică, așa cum tendențios afirmă contestatorul, tocmai pentru a veni în sprijinul tuturor posibililor operatori economici, în documentația de atribuire nefiind solicitate criterii privind capacitatea economică și financiară conform art. 175 din H.G. nr. 395/2016.

În cazul de față, opinează autoritatea contractantă, capacitatea profesională a operatorilor economici de a presta serviciile sau de a executa lucrările și operațiunile de instalare poate fi evaluată în funcție de aptitudinile, competențele, eficiența, experiența și potențialul acestora.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă precizează că ofertanții care nu au avut timp și oportunitatea de a-și dezvolte logistica proprie sau să adune în portofoliu firmei lucrări/ furnizări/prestări din diverse ramuri, pentru demonstrarea capacității lor, pot să apeleze la o terță parte care "să-i sprijine", după caz cu specialiști, utilaje, experiență în executarea de lucrări similare, cifra de afaceri ori alte capacități, lucru permis de legislația în materia achizițiilor publice.

Potrivit specificațiilor tehnice, *„containerele de biciclete vor fi construite pe structuri metalice din profile laminate vopsite în câmp*

electrostatic și închidere cu panouri de tablă debitată/decupată de minim 2 mm grosime, cu protecție la coroziune, acoperiș de tablă, ce vor avea montate în interior rasteluri mobile de biciclete și vor fi închise cu ajutorul unei yale securizate, întreg sistemul de control acces va fi monitorizat și gestionat de la distanță prin intermediul unui sistem de administrare, vor funcționa independent energetic, acestea fiind dotate cu panouri fotovoltaice”, astfel că, din descriere, reiese că nu toate produsele solicitate sunt custom, cum susține contestatorul, fiind prevăzute și produse standardizate cum sunt spre exemplu rastelurile de biciclete.

Astfel, apreciază autoritatea contractantă, se poate dovedi o experiență similară de către un operator economic care a executat o construcție metalică închisă cu tablă debitată și acoperiș metalic, închidere securizată, precum și furnizare și montare de rasteluri de biciclete.

Autoritatea contractantă precizează că nu a urmărit să restrângă concurența, specificațiile tehnice din caietul de sarcini fiind comune, de exemplu panouri de tablă, structuri metalice, rasteluri de biciclete, cititor de carduri, corp/ sistem de iluminat cu leduri, cititor de cârduri, cameră de supraveghere video, însă operatorul economic trebuie să facă dovada că are competențele, aptitudinile necesare și experiența în acest domeniu de activitate.

Cu privire la criticile aduse achizițiilor desfășurate în anul 2020, autoritatea contractantă menționează că pentru achiziția directă desfășurată în anul 2020, în vederea încheierii unui contract având ca obiect furnizarea, montarea și punerea în funcțiune a două adăposturi pentru biciclete cu rasteluri mobile pentru biciclete amplasate în parking-urile Băișoara și Primăverii, a postat un anunț pe site-ul www.e-licitatie.ro, fără a participa vreun operator economic, în anul 2020 fiind reluată procedura la care a participat doar un operator economic cu care, ulterior, s-a încheiat contractul.

În drept, se invocă prevederile Legii nr. 98/2016 și H.G. nr. 395/2016.

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

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect **„Furnizare si instalare a șapte containere securizate pentru biciclete cu rasteluri mobile”**, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr.CN... din 10.08.2021.

Valoarea estimată a contractului este de 1.126.176,00 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Împotriva documentației de atribuire, ...SRL a depus contestația de față, constituind cauțiunea în cuantumul stabilit de lege.

Termenul limită pentru primirea ofertelor a fost stabilit pentru data de 27.09.2021, ora 15,00, conform cap. IV.2.2) din anunțul de participare.

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

...SRL critică documentația de atribuire în ceea ce privește criteriul de calificare privind experiența similară, așa cum a fost stabilit în anunțul de participare nr.CN.../10.08.2021 și în fișa de date, la cap. III.1.3 – „Capacitatea tehnică și profesională”, susținând că încalcă principiile prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/2016, respectiv principiile tratamentului egal și proporționalității, art. 178 din Legea nr. 98/2016, dar și art. 5 din Instrucțiunea nr. 5/19.04.2017, deoarece ceea ce solicită autoritatea contractantă este o experiență identică și nu una similară, astfel că se restrânge participarea la procedură.

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

*„Pentru contractele de achiziție de bunuri: executarea de livrări de tipul specificat **ofertantul trebuie să demonstreze o experiență similară prin furnizarea de containere de biciclete securizate și implementare soluție, duse la bun sfârșit, la nivelul ultimilor 3 ani.** Experiența similară a furnizorului în livrarea unor produse similare celor din contract îl va ajuta pe acesta să își ducă la bun sfârșit contractul fără probleme majore, să se adapteze și să treacă de orice provocări sau obstacole care ar putea apărea pe parcursul derulării contractului”.*

De asemenea, reține Consiliul că obiectul achiziției, așa cum este precizat în Secțiunea II.1 – „Obiectul achiziției” din anunțul de participare, constă în „**Furnizare și instalare a șapte containere securizate pentru biciclete cu rasteluri mobile**”, achiziție descrisă la cap. II.2.4) – „Descrierea achiziției publice” din același anunț, după cum urmează:

*„**Se vor achiziționa 7 containere securizate (dimensiunea 7000 x 5000 mm cu înălțime minimă de 2500 mm), cu rastel mobil de biciclete (minim 50 de rasteluri/container),** containerele vor funcționa independent energetic, fiind dotate cu panouri fotovoltaice, vor fi dotate cu sistem de supraveghere video, echipament de stocare imagini, sistem complet de tip senzor pentru transmiterea avertizărilor de tip SMS, cititor de carduri de proximitate, dulap metalic cu închidere securizată, cititor led, carduri de proximitate, corpuri/sistem de iluminat tip led cu senzor crepuscular, monitor led 15,6”, lucrări de montare, cablare și punere în funcțiune.”*

Relevante în soluționare sunt următoarele prevederi legale:

- art. 179 lit. b) din Legea nr. 98/2016, potrivit cu care:

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

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

- art. 29 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, potrivit cu care:

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

- art. 31 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, potrivit cu care:

„(1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor criterii minime de calificare, care:

a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;

b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit.”

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, rezultă că, în acord cu dispozițiile art. 9 din H.G. nr. 395/2016, autoritatea contractantă a întocmit Strategia de contractare nr. 417528/15.07.2021, prin care a justificat criteriul de calificare în discuție, după cum urmează:

„Cerința a fost prevăzută având în vedere cerințele din caietul de sarcini. **Operatorii economici trebuie să facă dovada că pot furniza produsele solicitate în condițiile prevăzute în Caietul de sarcini. Autoritatea contractantă consideră că este necesar ca un ofertant să demonstreze un nivel de experiență similară adecvat prin care să poată susține un astfel de contract din punct de vedere economic și tehnic.**”

Analizând criteriul de calificare criticat, prin prisma dispozițiilor legale enunțate și în raport cu justificarea prezentată de autoritatea contractantă în strategia de contractare, Consiliul reține temeinicia susținerilor contestatorului, în sensul că ceea ce s-a solicitat, în realitate, ofertanților este probarea unei experiențe identice, iar nu probarea unei experiențe similare, prin care trebuie să se înțeleagă o experiență asemănătoare, analoagă.

Solicitând o experiență identică, autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile legale susenunțate, cu consecința prohibită de lege a restricționării participării la procedură a acelor operatori economici care nu pot proba experiența identică cerută, context în care argumentele autorității contractante nu pot fi primite în soluționare.

Că ceea ce a solicitat autoritatea contractantă este o experiență identică, iar nu o experiență similară, rezultă fără dubiu din compararea obiectului achiziției cu criteriul de calificare stabilit, respectiv se dorește *achiziționarea de containere securizate cu rastel mobil de biciclete*, iar criteriul de calificare privind experiența similară vizează probarea efectuării de livrări având ca obiect *furnizarea de containere de biciclete securizate și implementarea soluției*.

Susține autoritatea contractantă că ofertanții au posibilitatea de a face dovada îndeplinirii cerințelor de calificare prin intermediul mai multor terți susținători, însă acest argument nu este unul pertinent după cum a sesizat și motivat Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr.5480/05.12.2013: *În privința apărării petentei referitoare la aceea că ofertanții au posibilitatea de a se asocia, a subcontracta sau de a prezenta susțineri din partea diverșilor terți, Curtea, la rândul său, va reține că potrivit art. 44 din ordonanță, acesta este un drept al ofertantului și nu o obligație impusă acestuia, astfel că într-o eventuală lipsă a unui acord prealabil de asociere, pentru simplul motiv că ofertantul nu a putut prevedea o astfel de necesitate anterior publicării caietului de sarcini, multe dintre întreprinderile mici și mijlocii sunt excluse de la participare, fără a putea beneficia de un tratament egal cu al celorlalți participanți.*"

Apelul la capacitatea unui terț susținător constituie un drept al operatorului economic, nu o obligație, drept care îl implică și pe cel de a nu apela la terți susținători, dacă ofertantul nu dorește.

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

Din același considerent este lipsit de relevanță și argumentul conform căruia nu toate produsele ar fi custom, invocat de autoritatea contractantă.

Interdicția autorității contractante de a solicita o experiență identică este statuată și de art. 5 alin. (1) și (2) din Instrucțiunea ANAP nr.2/2017, emisă și în aplicarea dispozițiilor art. 179 din Legea nr. 98/2016, potrivit cu care:

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

(2) Autoritatea/Entitatea contractantă va explicita obiectului contractului într-o manieră care să reflecte categoriile/tipurile de produse/servicii/lucrări de o complexitate comparabilă cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează să fie atribuit,

utilizând o descriere generală, raportată la sectorul/domeniul în care se încadrează acestea;”

Drept practică defectuoasă este prezentat următorul exemplu:

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

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

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

- decizia civilă nr. 517 din 01 aprilie 2011, pronunțată de Curtea de Apel Timișoara, în care a precizat instanța că cerința de calificare privind experiența similară în proiectare construcții civile de tip after school și cămin cultural este restrictivă, experiența în orice alt tip similar de construcție civilă fiind suficientă;

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

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

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

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

Promovarea concurenței între operatorii economici înseamnă, corelativ, și reprimarea oricărei practici de creare a unui monopol în favoarea unui operator economic, respectiv de restrângere a accesului altor operatori la contractele de achiziție publică, ceea ce autoritatea contractantă ar realiza prin menținerea criteriului de calificare în forma arătată. De altfel, aceasta a recunoscut că a efectuat o cumpărare

directă având ca obiect furnizarea, montarea și punerea în funcțiune a două adăposturi pentru biciclete cu rasteluri mobile pentru biciclete amplasate în parching-urile .., la care s-a prezentat un singur operator economic, situație în care acest operator economic ar fi avantajat în actuala procedură.

Mai susține autoritatea contractantă că la procedură pot participa și operatori economici din statele membre U.E., însă problema în discuție nu este legată în principal de participarea operatorilor economici la procedură, ci de stabilirea unui criteriu de calificare cu încălcarea prevederilor din materia achizițiilor publice și care nu poate fi surmontată indiferent de argumentele invocate.

În atari circumstanțe, criticile contestatorului fiind întemeiate, Consiliul trebuie să oblige autoritatea să își modifice documentele achiziției, în sensul de a solicita o experiență similară, iar nu o experiență identică.

Pentru toate cele ce preced, Consiliul, în temeiul art.26 alin.2 și 5 din Legea nr.101/2016, va admite, în parte, contestația și va dispune remedierea anunțului de participare și a documentației de atribuire, în considerarea celor de mai sus, precum și publicarea în SEAP a măsurilor adoptate, în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

Capătul de cerere privind anularea procedurii, va fi respins, având în vedere că data limită de depunere a ofertelor a fost fixată pentru 27.09.2021, astfel că există suficient timp pentru adoptarea măsurilor corective ce se impun.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația depusă de ...SRL, în contradictoriu cu ..., dispune remedierea anunțului de participare și a documentației de atribuire, în considerarea celor arătate în motivare, precum și publicarea în SEAP a măsurilor adoptate, în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind anularea procedurii de atribuire.

Obligatorie.

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

...