

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

DECIZIE

Nr....

Data:...

Prin contestația nr...., înregistrată la CNSC sub nr.... (transmisă prin e-mail, la data de...), formulată de..., cu sediul în..... nr.... -.., bloc..., scara..., etaj....., Sector..... nr.... .., sector... înmatriculată la... cu nr...., având CUI: R0..., reprezentată prin administrator, împotriva documentației de atribuire elaborată de către autoritatea contractantă... cu sediul în ... în cadrul procedurii de licitație deschisă online, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect: „...” cod..., s-a solicitat modificarea documentației de atribuire.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În fapt, contestatorul critică documentația de atribuire elaborată de autoritatea contractantă, solicitând reformularea cerinței de experiență similară (fișa de date a achiziției, cap. III.....a) Capacitatea tehnică și/sau profesională).

Consideră că această cerință restricționează accesul participanților la procedura de atribuire, în sensul acceptării doar a contractelor similare de lucrări de parcuri urbane/spații verzi urbane și/sau alte tipuri de lucrări similare și/sau superioare din punct de vedere al complexității și scopului (inclusiv proiecte de regenerare urbană), fără a accepta și componentă de drumuri, având în vedere că această pondere este una semnificativă la nivelul contractului de lucrări ce urmează a fi atribuit.

De asemenea, susține că aceasta este o cerință identică cu obiectul contractului și nu similară.

În plus, precizează că mențiunea de a solicita ca experiență similară doar lucrări de parcuri urbane/spații verzi urbane și/sau alte tipuri de lucrări similare și/sau superioare din punct de vedere al complexității și scopului (inclusiv proiecte de regenerare urbană) este restrictivă și disproporționată, scopul autorității contractante fiind, clar, cel de restricționare a concurenței, întrucât, cea mai mare pondere în obiectul contractului o dețin lucrările aferente infrastructurii de drumuri.

Arată totodată că, în prezent, modalitatea în care este formulată cerința de experiență similară restricționează acceptarea prezentării de contracte în care au fost executate lucrări de infrastructură rutieră în sensul de sistem rutier/parcări/alei/trotuare. Astfel, lucrările de infrastructură rutieră în sensul de sistem rutier/parcări/alei/trotuare care fac parte din obiectul contractului ce urmează a fi atribuit și au pondere semnificativ mai mare decât cele de amenajare spații verzi, trebuie incluse și acceptate la nivelul cerinței de experiență similară.

Conținutul integral al contestației poate fi consultat de către părțile cauzei, fiind disponibil pentru acces public prin accesarea fișierului „[CN1... /....] Contestatie _ Nr....._... _signed.pdf” din anexa anunțului de participare publicat în SEAP.

Autoritatea contractantă transmite punctul de vedere nr...., înregistrat la CNSC sub nr...., solicitând Consiliului respingerea ca neîntemeiată a contestației.

În ceea ce privește cerința criticată, autoritatea contractantă, redă integral textul acesteia, așa cum se regăsește aceasta în fișa de date a achiziției, la cap. III.....a) Capacitatea tehnica și/sau profesională.

Precizează că cerința în cauză, nu este una restrictivă, aceasta fiind formulată cu luarea în considerare a naturii, complexității contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit, „parcuri urbane/spații verzi urbane și/sau alte tipuri de lucrări similare și/sau superioare din punct de vedere al complexității și scopului (inclusiv proiecte de regenerare urbană)” fiind în concordanță cu obiectul contractului și cu scopul și obiectivele proiectului.

Prin cerința astfel formulată „Ofertantul trebuie să fi executat lucrări similare în ultimii 5 ani (perioada raportată la data limita de depunere a ofertelor; în cazul în care autoritatea contractantă decalează termenul de depunere al ofertelor, limita inferioară a perioadei de 5 ani se va extinde corespunzător cu perioada de timp aferentă decalării) în valoare cumulată de cel puțin..., fără TVA. Se acceptă însumarea valorilor aferente lucrărilor executate în cadrul a maximum 3 contracte. Prin lucrări similare se înțeleg lucrări de construire construcție nouă și/sau lărgire și/sau extindere și/sau reabilitare și/ sau modernizare parcuri urbane/spații verzi urbane și/sau alte tipuri de lucrări similare și/sau superioare din punct de vedere al complexității și scopului (inclusiv proiecte de regenerare urbană)”, autoritatea contractantă consideră că nu a încălcat dispozițiile Anexei nr..... nr...., în ceea ce privește contractele de execuție, întrucât prin Fișa de date, nu s-a solicitat un număr fix de contracte, ci prezentarea a maximum 3 contracte.

Mai mult, subliniază că legiuitorul permite ofertantului pentru îndeplinirea criteriului referitor la capacitatea tehnică și profesională susținerea acesteia prin prezentarea de angajamente ferme.

Precizează, de asemenea, că, cerința privind experiența similară astfel cum este formulată, nu este una identică, ci, similară, autoritatea contractantă oferind alternativa „și/sau alte tipuri de lucrări similare și/sau superioare din punct de vedere al complexității și scopului (inclusiv proiecte de regenerare urbană)”, fără a impune, în mod restrictiv și disproporționat cu obiectul contractului „...”.

Subliniază, totodată, faptul că cerința respecta prevederile art. 179 lit. a) din Legea nr. 98/2016 și că cerința de calificare privind experiența nu este identică, ci, similară cu obiectul contractului, aceasta putând fi considerată ca fiind rezonabilă, în sensul că asigură condiții de competiție transparente, care nu generează o restrângere a concurenței.

Concluzionând, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, ca nefondată, întrucât:

- cerința privind experiență similară este legală, proporțională, justificată și aliniată cu... nr....;
- contestatorul interpretează eronat obiectul contractului, reducându-l la lucrări rutiere, deși proiectul este unul complex, multidisciplinar, de regenerare urbană integrată;
- cerința nu restricționează participarea operatorilor economici, ci permite o gamă largă de lucrări similare.

Autoritatea contractantă menționează că societatea contestatoare nu a solicitat clarificări cu privire la acest aspect contestat.

Prin adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr...., contestatorul solicită accesul la dosarul aflat pe rolul CNSC.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr...., autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, pe suport CD.

Prin adresa nr....., Consiliul îi comunică contestatorului, termenul de studiere a dosarului și, implicit, de depunere a concluziilor scrise; acesta s-a prezentat la sediul CNSC în data de....

Prin adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr...., contestatorul formulează concluzii scrise, prin care își menține criticile din cuprinsul contestației.

Prin adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr.... depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr.... din... emisă e..., în quantum de....

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **Consiliul constată următoarele:**

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „...”.

Analizând contestația formulată de... se reține că acesta este nemulțumit de prevederile documentației de atribuire, respectiv de cerința experienței similare solicitate, apreciind că, prin modul de formulare în cadrul Fișei de date, aceasta restricționează accesul participanților la procedura de atribuire, în sensul acceptării doar a

contractelor similare de lucrări de parcuri urbane/spatii verzi urbane și/sau alte tipuri de lucrări similare și/sau superioare din punct de vedere al complexității și scopului (inclusiv proiecte de regenerare urbană), fără a accepta și componentă de drumuri, având în vedere că această pondere este una semnificativă la nivelul contractului de lucrări ce urmează a fi atribuit.

Având a determina caracterul restrictiv sau nu a cerinței criticate, se reține că, potrivit Fișei de date, la cap. III.....a) Capacitatea tehnică și/sau profesională pentru contractele de achiziție de lucrări, autoritatea contractantă a impus următoarele cerințe:

„Ofertantul trebuie să fi executat lucrări similare în ultimii 5 ani (perioada raportată la data limita de depunere a ofertelor; în cazul în care autoritatea contractantă decalează termenul de depunere al ofertelor, limita inferioară a perioadei de 5 ani se va extinde corespunzător cu perioada de timp aferentă decalării) în valoare cumulată de cel puțin..., iară TVA. Se acceptă însumarea valorilor aferente lucrărilor executate în cadrul a maximum 3 contracte.

Prin lucrări similare se înțeleg lucrări de construire construcție nouă și/sau lărgire și/sau extindere și/sau reabilitare și/ sau modernizare parcuri urbane/spatii verzi urbane și/sau alte tipuri de lucrări similare și/sau superioare din punct de vedere al complexității și scopului (inclusiv proiecte de regenerare urbană). Prin lucrări duse la bun sfârșit se înțelege:

- lucrări recepționate pe obiecte, care sunt însoțite de proces verbal de recepție întocmit în conformitate cu prevederile legale si tehnice aplicabile;

- lucrări recepționate însoțite de proces verbal la terminarea lucrărilor;

- lucrări recepționate însoțite de proces verbal de recepție finală”.

Din analiza cerinței mai sus iterate, Consiliul reține că, cerința privind experiența similară, astfel cum este formulată, nu este una identică, cum în mod eronat susține contestatorul, ci similară, autoritatea contractantă a oferit alternativa *„și/sau alte tipuri de lucrări similare și/sau superioare din punct de vedere al complexității și scopului (inclusiv proiecte de regenerare urbană)”*, fără a impune în mod restrictiv și disproporționat cu obiectul contractului doar *„lucrări de construire construcție nouă și/sau lărgire și/sau extindere și/sau reabilitare și/sau modernizare parcuri urbane/spatii verzi urbane”*.

Se reține că, necesitatea autorității contractante este determinată de specificul lucrării ce urmează a se executa ce permite selectarea unui operator economic care deține suficientă experiență specifică în domeniu, reducându-se astfel riscul de neîndeplinire sau îndeplinire defectuoasă a contractului, constituind o componentă esențială,

indisolubil legată de obiectul contractului, fiind expres menționată atât în titlul procedurii, cât și în descrierea acesteia.

Totodată, conform art.178 din Legea nr.98/2016, stipulează:

„(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentele achiziției cerințe privind capacitatea tehnică și profesională care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dețin resursele umane și tehnice și experiența necesare pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru la un standard de calitate corespunzător.

(2) Cerințele privind capacitatea tehnică și profesională stabilite de autoritatea contractantă pot viza în special existența unui nivel corespunzător de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut.

(3) În cazul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru de servicii sau de lucrări ori a contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru de produse care necesită lucrări sau operațiuni de amplasare sau instalare, capacitatea profesională a operatorilor economici de a presta serviciile sau de a executa construcția sau operațiunile de instalare poate fi evaluată în funcție de aptitudinile, competențele, eficiența, experiența și potențialul acestora.”

Raportat la nevoile sale, autoritatea contractantă este singura în măsură să decidă asupra acestora și asupra modalității de satisfacere a lor, motiv pentru care, ținând seamă de aceste aspecte, Consiliul apreciază că această cerință a experienței similare, astfel cum a fost formulată nu este restrictivă și nu este de natură a denatura sau conduce la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii de atribuire.

De asemenea, Consiliul reține că, modul de detaliere a cerinței experienței similare este în concordanță și cu Instrucțiunea nr.... din... al ANAP, care, la art.3 prevede: *„(1) A tunci când stabilește cerințele minime de calificare și selecție referitoare la experiența în implementarea/realizarea unui/unor contract/contracte sau unor activități similare, autoritatea/entitatea contractantă trebuie să ofere repere suficiente operatorilor economici interesați să participe la procedura de atribuire, pentru ca aceștia să poată determina nivelul de complexitate asociat cerinței în cauză, prin corelare cu modul în care este descrisă, prin rezultatele așteptate prevăzute de caietul de sarcini, complexitatea contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit, precum și modul în care poate fi demonstrată îndeplinirea respectivelor cerințe.*

(2) În sensul alin. (1), autoritatea/entitatea contractantă:

a) va preciza ce înțelege prin produse/servicii/lucrări similare cu cele care fac obiectul viitorului contract de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru, făcându-se trimitere la informații ce privesc domeniul/tipologia în care se încadrează acestea și/sau corelându-se cu scopul la care sunt utilizate; ”

În cauza C.../15, CJUE s-a pronunțat astfel:

„36 În această privință, trebuie amintit, pe de o parte, că principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca acestea să fie supuse aceluiași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de arbitrar și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în regulamentul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligență să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează atribuirea contractului în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6

noiembrie..., Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU: C:....., punctul 44

și jurisprudența citată)".

Consiliul reține că nu există dispoziții legale care să oblige autoritățile contractante să emită documentații de atribuire cu cerințe care să permită accesul tuturor prestatorilor sau operatorilor economici, indiferent de natura/complexitatea serviciilor/lucrărilor pe care le prestează/execută, ci, dimpotrivă, practica instanțelor este în sensul acceptării unor servicii/lucrări de un anumit nivel de performanță, care corespund necesităților autorității contractante, sens în care s-a pronunțat și...-Secția a IX-a... și Fiscal în Decizia nr. 25/2019 din..., potrivit căreia:

„Necesitatea sau oportunitatea achiziționării de produse de o anumită performanță, precum și caracteristicile tehnice impuse pentru acestea, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante (art. 2 și art. 3 din... nr....).

Impunerea caracteristicilor produselor din caietul de sarcini nu are ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natura să restrângă concurența între operatorii economici și nici nu are ca efect favorizarea sau eliminarea participării la procedura de atribuire, a anumitor operatori economici sau a anumitor produse (cu excepția celor care nu corespund necesităților obiective ale autorității).

Dreptul autorității contractante de a achiziționa produse cu astfel de caracteristici, performante calitativ, nu poate fi restrictionat, pe

considerentul eronat al nerespectării prevederilor art. 156 din Legea nr. 98/2016, care reglementează achizițiile publice. În aceeași direcție, orice autoritate contractantă are obligația respectării principiului proporționalității statuat în art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016, înțeles ca asigurare a corelației dintre necesitatea autorității contractante și obiectul contractului de achiziție publică.

Reținând că societățile comerciale autoare a contestațiilor se referă în principal la cerințele autorității contractante de a achiziționa produse cu anumite caracteristici tehnice, iar susținerile acestora nu conduc la concluzia că cerințele sunt restrictive, Curtea stabilește că nu poate obliga autoritatea contractantă la eliminarea condițiilor criticate. În sens contrar s-ar limita dreptul autorității de a contracta produse cu caracteristicile de mai sus, care să corespundă întocmai necesităților sale obiective, drept prevăzut la art. 155 și art. 156 din lege, prin acceptarea de produse cu alte caracteristici (și care nu îndeplinesc aceste cerințe referitoare la performanțele produselor), existând riscul de a nu asigura o intervenție rapidă, eficientă de dezinfecție. Nu există o prevedere legală care să oblige autoritățile să accepte produse care nu corespund necesităților acestora”.

Astfel, contestatorul nu a prezentat argumente din care să rezulte că ar fi restricționată participarea sa la procedură prin solicitarea acestei cerințe sau că ar fi disproporționată de natură a vicia rezultatul procedurii.

Consiliul va reține că, niciunde, în legislația în vigoare, nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea documentației de atribuire și, cu atât mai mult, obligația autorității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită, doar pe raționamentul că acesta din urmă nu are experiența necesară executării contractului.

Potrivit art. 154 din Legea nr. 98/2016, „Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”.

Mai mult, contestatorul, în susținerea contestației, avea obligația de a proba caracterul restrictiv al cerinței privind experiența similară, fiind pe deplin aplicabile în acest caz prevederile art. 249 c.p.c potrivit cărora „cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”.

Astfel, fiecare parte litigantă are obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept „probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat”.

Având în vedere prevederile art. 10 lit. g) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va reține, în soluționare, faptul că, literatura juridică dar și practica judiciară, a statuat că, în cadrul procesului civil sarcina probei este împărțită între reclamant și pârât, în speță, între contestator și autoritatea contractantă, la care se adaugă și rolul activ al Consiliului care, potrivit art. 254 alin. (5) c.p.c, poate ordona administrarea probelor considerate necesare chiar dacă părțile se împotrivesc.

Cu toate acestea, existența rolului activ al Consiliului nu poate conduce la concluzia că întreaga sarcina a probei ar cădea asupra Consiliului, ceea ce nu se întâmpla nici măcar în cadrul dosarelor supuse principiului oficialității, sau ca nerespectarea dispozițiilor legale cu privire la propunerea și administrarea probelor nu ar avea pentru părți consecințe procedurale.

Pe cale de consecință, în măsura în care partea ce formulează anumite critici, susțineri nu este solitară în efortul de a proba, aceasta rămâne singura sancționată în caz de eșec, deoarece dacă nu administrează probele care să convingă Consiliul, cu toată eventuala colaborare a adversarului și în pofida rolului activ al Consiliului, va pierde dosarul, iar, adversarul va triumfa.

În speță, aplicând principiile cu caracter teoretic enunțate mai sus, Consiliul apreciază că, în soluționarea contestației... ar fi trebuit ca, în prealabil, să dovedească că această cerință de experiență similară este aferentă unui număr limitat de operatori economici; ori, contestatorul s-a limitat la repetarea unor susțineri generice de forma „fără a accepta și componentă de drumuri o astfel de cerință este restrictivă și se impune a fi modificată”, fără a produce vreo probă care să demonstreze faptul că această cerință ar fi restrictivă și/sau disproporționată în raport cu natura și obiectul contractului ce urmează a se atribui..

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de... în contradictoriu cu....

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de... în contradictoriu cu....

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare ...
... ..

Consilier de soluționare
...

Redactat practicaua deciziei
...

... în 4 (patru) exemplare originale, conține 9 (nouă) pagini