

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.

Data:

Prin contestația nr. 619/08.06.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., formulată de SRL, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului București sub nr., având CUI, reprezentată legal prin, împotriva documentației de atribuire, elaborată de, cu sediul în localitatea, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii contractului de lucrări având ca obiect **Servicii de proiectare faza de proiect tehnic (PT+DE), asistenta tehnica din partea proiectantului pe perioada de execuție a lucrărilor, și execuție lucrări pentru implementarea proiectului „CONSTRUIRE POD PESTE RAUL IN COMUNA, JUDETUL**”, s-au solicitat:

- suspendarea procedurii de atribuire;
- obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire;
- anularea procedurii in cazul in care remedierile nu se mai pot realiza în aceasta etapa a procedurii de atribuire.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
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 SRL critică documentația de atribuire a procedurii în cauză, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Reclamanta aduce argumente în susținerea faptului că anumite cerințe ale documentației de atribuire au un caracter profund restrictiv, conducând la abateri de la principiile liberei concurențe, tratamentului egal, nediscriminării și proporționalității.

Autoarea contestației solicită reformularea cerinței vizând experiența similară, apreciind că forma actuală a acesteia este restrictivă întrucât nu permite dovedirea experienței superioare, încălcând astfel prevederile art. 5 alin. 1 din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 emisă în aplicarea dispozițiilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016.

În concret, reclamanta apreciază că respectiva cerință limitează accesul operatorilor economici care activează în domeniul infrastructurii de transport, în sens larg, din conținutul cerinței rezultând că ofertanta poate dovedi experiența similară doar în infrastructura de transport rutier.

În opinia contestatoarei, rezultă că experiența similară solicitată este cel puțin identică și cel mult comparabilă cu obiectul contractului de achiziție publică, întrucât acesta cuprinde construcția unui pod rutier și a drumurilor rutiere și exclude experiența prealabilă superioară.

Din punctul de vedere al reclamantei, într-o altă critică, caietul de sarcini are un conținut nestructurat, cerințele specifice activității de proiectare amestecându-se cu cerințele activității de execuție, până la confuzie.

Propunerea tehnică a proiectantului, așa cum înțelege contestatoarea din caietul de sarcini, nu este corelată cu *FORMULARUL CADRU - PROPUNERE TEHNICA PROIECTARE* și nu se înțelege care va fi forma finală în care se va prezenta propunerea tehnică, respectiv, dacă cerințele din caietul de sarcini și formular se cumulează sau cerințele din caietul de sarcini se sintetizează cu ajutorul formularului cadru.

Cerința privind dotarea tehnică este, în opinia reclamantei, disproporționată întrucât impune *deținerea în proprietate a unei stații de mixtură asfaltică*, în cazul în care acesta dotare nu este în *PROPRIETATEA ofertantului, cu prezentarea contractului de achiziționare*, iar, în mod similar, cu mici modificări de exprimare și interpretare, cerința este menținută și în cazul stației de betoane.

Din modul în care este formulată cerința, din punctul de vedere al contestatoarei, ofertarea este permisă cu prioritate antreprenorilor care nu sunt doar constructori ci și furnizori de materiale de construcții (beton, mixtură asfaltică).

În continuare, ...SRL prezintă argumente în susținerea faptului că modul de prezentare a propunerii tehnice nu este corelat cu modul de prezentare a propunerii financiare, specifice unei proceduri de atribuire de servicii proiectare și execuție lucrări.

Având în vedere că procedura de atribuire este una de proiectare și execuție, iar proiectul PTH nu este elaborat, contestatoarea consideră că solicitarea listelor de cantități este prematură. Drept urmare, subliniază că, în propunerea financiară, costul ce urmează a fi oferat este un cost forfetar, asumat în mod global de către ofertante, conform Formular 10-*Grafic de preturi*.

Totodată, evidențiază faptul că, în documentația de atribuire, nu sunt încărcate liste de cantități (acestea fiind, de obicei, listele de cantități din studiul de fezabilitate).

În mod contradictoriu, consideră reclamanta, în caietul de sarcini, în diferite paragrafe (dintre care redă paragraful de la pagina 6), se solicită introducerea în propunerea tehnică a listelor de cantități la nivel de detaliu, respectiv la nivel de articol de deviz.

Din punctul de vedere al contestatoarei, măsura de remediere trebuie să permită prezentarea propunerii financiare la preț forfetar cu păstrarea Formularului 10 și Formularului 11, însă cu eliminarea cerinței de prezentare a listelor de cantități prin propunerea tehnică (precum și a tuturor detaliilor de evaluare raportate la cantități de lucrări, adică estimarea de resurse, dotări etc.).

.....critică și faptul că modelul de contract nu respectă dispozițiile art. 2 din HG nr. 1/2018, raportat la valoarea estimată a investiției, care este de 29.787.761,52 lei și care depășește pragul prevăzut în cadrul art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

În plus, arată că, în caietul de sarcini sunt prevăzute cerințe referitoare la perioada de implementare a contractului, în care supervizorul reprezintă beneficiarul în relația cu antreprenorul.

Ori, precizează reclamanta, entitatea supervizorului este specifică contractului prevăzut de HG nr. 1/2018 și acoperă activități precum măsurarea lucrărilor, verificarea calității execuției, conduce ședințe de management de contract etc., procedura de lucru din aceste informații fiind diferită de procedura de măsurare și decontare lucrări prevăzută în modelul de contract din documentația de atribuire.

În drept, se invocă prevederile Legii nr. 98/2016, dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) și alin. (2), art. 22 din Legea nr. 101/2016, precum și toate textele legale menționate în cuprinsul contestației.

Ca mijloace de probă au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. 4759/21.06.2023, înregistrată la Consiliu sub nr., ..., în calitate de autoritate contractantă, a transmis *punct de vedere*, prin intermediul căruia solicită respingerea contestației.

Raportat la critica vizând experiența similară, autoritatea contractantă precizează că, la momentul elaborării respectivei cerințe, a ținut seama de *ambele obiecte ce fac obiectul componentei de execuție de lucrări, respectiv podul in sine precum si lucrările de execuție de drumuri (racordari la pod) din drumul național precum si drumurile adiacente*.

Achizitoarea remarcă faptul că ofertantelor li s-a solicitat să demonstreze că au executat cel puțin lucrări similare ca natură și complexitate, nefiind nicăieri în cadrul cerinței indicație expresă prin care să se prezinte lucrări identice din punct de vedere al complexității, cerința având evident un caracter minimal de prezentare, nu imperativ

restrictiv, prin care să se prezinte doar lucrări identice, *de aici si confuzia denotativa a contestatorului.*

Referitor la completarea pe care contestatoarea dorește să fie adusă cerinței prin care să se accepte și *alte lucrări din infrastructura de transport*, autoritatea contractantă notează: *cum ar fi posibil ca la lucrările unui pod rutier betonat, având la baza piloni foraj și structura de beton cu grinzi, lucrări de protecție a albiei (ziduri de sprijin, gabioane), lucrări de racordare la sistemul rutier, sa fie prezentate lucrări din domeniul infrastructurii feroviare sau aeroportuare.*

În continuare, ... aduce contraargumente criticilor vizând modalitatea de prezentare a ofertei tehnice, redând, într-un prim aspect, cele menționate la punctul 8 în caietul de sarcini, astfel:

Pentru partea de servicii de proiectare si asistenta tehnica

- se va utiliza, completa si detalia formularul de propunere tehnica de proiectare atașat in cadrul documentației procedurii.

Este foarte clar, în opinia achizitoarei, că propunerea tehnică pentru servicii de proiectare va urma formularul cadru postat în acest sens, iar pentru partea de execuție se va prezenta propunerea tehnică separată conform indicațiilor din documentație.

Raportat la anexele și formularele la care reclamanta face referire, autoritatea contractantă precizează că acestea fac parte integrantă din documentația de atribuire și urmează a se prezenta în cadrul propunerii tehnice de execuție, după cum reiese și din înțelesul acestora.

Adaugă că, formularele anexe la care face referire, sunt de fapt formulare cadru ce reflectă sintetic restul propunerii tehnice.

În ceea ce privește critica vizând deținerea unei stații de mixtură asfaltică, achizitoarea redă cerința în integralitatea ei, considerând că reclamanta face referire la o cerință parțial extrasă din context și denaturată.

Subliniază că, prin cerința respectivă, se solicită fie ca antreprenorii să dețină o astfel de stație de preparat mixturi asfaltice, fie să prezinte dovada că va achiziționa acest material de la o unitate specializată în producerea acesteia, adăugând următoarele: *„A nu se intelege ca se va prezenta un precontract/angajament de furnizare a unei statii de fabricat mixturi asfaltice, ci se solicita un astfel de angajament pentru materialul in sine, pentru care sa se prezinte dovada autorizarii producerii si calitatii acestuia”.*

Referitor la modalitatea de prezentare a propunerii financiare și tehnice, autoritatea contractantă semnalează faptul că, doar în cadrul propunerii tehnice, li se solicită ofertantelor prezentarea unor liste de cantități estimative, fără valori, nu finale pe baza cărora ofertantul să își elaboreze inclusiv propunerea financiară (aceasta fiind lăsată a fi prezentată la nivel forfetar).

Achizitoarea nu consideră că prezentarea unor liste de cantități estimative, prin care ofertanta să demonstreze că a înțeles ceea ce are

de executat și prestat ca servicii de proiectare, îngrădește în vreun fel aptitudinea ofertantelor de a participa sau depune o ofertă conformă, corectă și clară, având în vedere valoarea prezentului proiect, finanțat prin fonduri locale și bugetare.

În final, autoritatea contractantă notează că reclamanta trebuie să reverifice instrucțiunile ANAP la care face trimitere în cuprinsul contestației, pentru a remarca faptul că, prin acestea, în cuprinsul documentațiilor de atribuire, trebuie să se facă referire la modalitatea de decontare, raportare, implementare, elaborare a notelor de constatare suplimentare etc.

Astfel, ... apreciază că aceste cerințe au fost cuprinse în totalitate în documentația de atribuire, pentru a fi clare încă de la început, urmând a se aplica pe durata implementării.

Mai mult decât atât, adaugă că ofertantele vor acorda inclusiv asistență tehnică și vor elabora „*As built*” la finalizarea investiției, astfel că indicarea încă din acest moment a modalităților de raportare, implementare, decontare este necesară.

Prin adresa nr. 692/22.06.2023, înregistrată la Consiliu sub nr., ...SRL a transmis *răspuns* la punctul de vedere comunicat de autoritatea contractantă, prin intermediul căruia prezintă o serie de aspecte în susținerea admiterii contestației astfel cum a fost formulată.

.....SRL a constituit cauțiunea în sumă totală de lei, la dosarul cauzei fiind depuse recipisele de consemnare nr. și nr., eliberate de CEC BANK – Sucursala, înregistrate în registrul de evidență al Consiliului sub nr. și nr.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de lucrări având ca obiect **„Servicii de proiectare faza de proiect tehnic (PT+DE), asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada de execuție a lucrărilor, și execuție lucrări pentru implementarea proiectului CONSTRUIRE POD PESTE RÂUL ÎN, JUDEȚUL”**, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1055874/01.06.2023.

Valoarea estimată a achiziției este de 29.787.761,52 lei, iar criteriul de atribuire este „*cel mai bun raport calitate-preț*”.

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

Cererea de suspendare a procedurii până la soluționarea contestației a fost respinsă, ca rămasă fără obiect, prin Încheierea nr.

Examinând contestația, Consiliul ia act că o primă critică este îndreptată împotriva criteriului de calificare privind *experiența similară*, despre care contestatorul susține că este restrictiv, deoarece *nu permite dovedirea experienței superioare* și, astfel, sunt încălcate prevederile art. 5 alin. (1) din Instrucțiunea nr. 2/2017.

În concret, susține contestatorul că cerința impusă de autoritatea contractantă limitează accesul operatorilor economici care activează în domeniul infrastructurii de transport, în sens larg. Infrastructura de transport, arată acesta, cuprinde toată rețeaua de transport (străzi, autostrăzi, căi ferate, canale navigabile, culoare de zbor, conducte și terminale – aeroporturile, stațiile feroviare, autogările etc.), or, conform cerinței impuse, ofertantul poate dovedi experiența similară doar în infrastructura de transport rutier.

Solicită contestatorul, pe cale de consecință, reformularea criteriului de calificare.

În analiza temeiniciei criticii contestatorului, Consiliul reține că, în conținutul anunțului de participare și fișei de date, la cap. III.1.3.a) – *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:

1) Pentru contractele de achiziție de lucrări: executarea de lucrări de tipul specificat (...)

Se va prezenta lista principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani împliniți la data limită de depunere a ofertelor, din care să rezulte că au fost executate în conformitate cu normele profesionale din domeniu și că au fost duse la bun sfârșit lucrări de natura și complexitate similară/compatibilă cu lucrările care fac obiectul contractului/operațiuni de tipul celor precizate în obiectul contractului în valoare cumulară de minimum 29.096.362,80 lei fără TVA la nivelul a maximum 3 contracte din care minim un contract trebuie să fi presupus lucrări de reabilitare/construire/modernizare pod sau viaduct de minimum 22.000.000,00 lei fără TVA.

Prin lucrări similare cu cele care fac obiectul viitorului contract de achiziție publică se înțeleg următoarele tipuri de lucrări: construcție și/sau reabilitare și/sau modernizare aferente unor poduri/viaducte; drumuri expres și/sau drumuri naționale europene și/sau drumuri naționale principale și/sau drumuri naționale secundare și/sau drumuri județene cu două benzi de circulație și/sau drumuri de interes local – drumuri comunale.

De asemenea, reține Consiliul că obiectul achiziției, așa cum este precizat în Secțiunea II.1 – *„Obiectul achiziției”* din anunțul de participare și fișa de date, constă în **Servicii de proiectare faza de proiect tehnic (PT+DE), asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada de execuție a lucrărilor, și execuție lucrări pentru implementarea proiectului CONSTRUIRE POD PESTE RÂUL ÎN, JUDEȚUL, achiziție descrisă la cap. II.2.4) – „Descrierea achiziției publice”** din același anunț și fișă de date, după cum urmează: Obiectul contractului este **Servicii de proiectare faza de proiect tehnic (PT+DE), asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada de execuție a lucrărilor, și execuție lucrări pentru implementarea proiectului CONSTRUIRE POD PESTE RÂUL ÎN, JUDEȚUL**

Relevante în soluționare sunt următoarele prevederi legale:

- art. 172 din Legea nr. 98/2016:

(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii privind capacitatea referitoare la:

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

(3) Autoritatea contractantă stabilește numai cerințe de participare care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat/ofertant are capacitatea juridică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru care urmează să fie atribuit.

(5) Toate cerințele privind capacitatea solicitate de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru și să fie proporționale prin raportare la obiectul acestuia.

- art. 178 din Legea nr. 98/2016:

(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;

- art. 179 lit. a) din același act normativ:

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: (...)

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

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

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

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

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

- a) **nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție ce urmează să fie atribuit;**
- b) **sunt disproporționale în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit.**

Din economia acestor prevederi rezultă dreptul autorității contractante de a stabili criterii/cerințe de calificare care să

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

În speță, necesitatea introducerii cerinței de calificare criticate, a fost justificată de autoritatea contractantă, în cadrul Strategiei de contractare întocmită în acord cu dispozițiile art. 9 din H.G. nr. 395/2016, după cum urmează:

- Considerente de fapt

Conform art. 179 lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, autoritatea contractanta poate solicita operatorilor economici interesați de participarea la procedura sa faca dovada capacitatii lor tehnica si profesionala, prin prezentarea lucrărilor realizate în cursul unei perioade care acopera cel mult ultimii 5 ani, însoțita de certificate de buna execuție pentru lucrările cele mai importante.

De asemenea, prevederi referitoare la modul de formulare a criteriilor de calificare se găsesc si la nivelul Instrucțiunii nr. 2/2017 privind aplicarea prevederilor art. 178 si art 179 lit. a) b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice emisa de A.N.A.P. Astfel, conform prevederilor art. 5 alin. (1) din actul normativ anterior menționat, autoritatea contractanta nu poate solicita demonstrarea experienței similare prin execuția de lucrari/prestarea de servicii identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publica pentru a nu se restrânge competiția.

Conform art. 3 alin. (2) din Instrucțiunea A.N.A.P. nr. 2/2017, autoritatea contractanta trebuie sa precizeze urmatoarele informații cu privire la criteriile de calificare:

a) ce înțelege prin produse/servicii/lucrari similare cu cele care fac obiectul viitorului contract de achiziție publica;

b) care este plafonul valoric/cantitativ si numărul de contracte prin care se poate atinge acest plafon.

La alin. (3) al aceluiași art. se precizeaza ca nivelul impus pentru experiența similara nu poate fi mai mare decât valoarea estimata a contractului de achiziție publica ce urmeaza sa fie atribuit.

La art. 11 alin. (3) din Instrucțiunea A.N.A.P. nr. 2/2017 se mentioneaza faptul ca cerințele de calificare se vor formula facându-se referire la lucrări duse la bun sfârșit în cadrul perioadei de 5 ani. Prin aceasta sintagma se înțelege:

a.a) lucrări recepționate pe obiecte, care sunt însoțite de proces-verbal de recepție întocmit în conformitate cu prevederile legale si tehnice din domeniul din care face parte obiectul contractului; sau

a.b) lucrări recepționate însoțite de proces-verbal la terminarea lucrărilor; sau lucrări recepționate însoțite de proces-verbal de recepție finala.

La art. 13 din Instrucțiunea A.N.A.P. nr. 2/2017 se precizeaza ca autoritatea contractanta poate opta între mai multe modalitati de calcularea a termenului stabilit pentru dovedire experienței similare, printre variantele menționate la lit. b) din art. anterior menționat, se numara si cea conform careia numărul de ani aferenți experienței similare se calculeaza prin raportare la data-limita de depunere a ofertelor stabilita de autoritatea contractanta în anunțul de participare.

- Considerente de fapt

Autoritatea contractanta a introdus aceasta cerință întrucât, în acest mod, operatorii economici care vor participa la procedura pot dovedi capacitatea tehnica si profesionala.

Prin solicitarea referitoare la dovedirea experienței similare, beneficiarul își poate forma convingerea ca ofertantul are experiența necesara pentru a putea sa asigure derularea în condiții optime a unui contract de aceeași amploare si având același specific cu cel vizat de obiectul achiziției. De asemenea, ofertantul își va dovedi astfel capabilitatea de a gestiona proiecte similare ca dimensiune financiara.

Achizitorul a decis sa limiteze numărul de contracte care pot fi prezentate pentru dovedirea experienței similare ținând cont de prevederile art. 3 alin. (2) lit. b) din Instrucțiunea A.N.A.P. nr. 2/2017. De asemenea, la stabilirea numărului de contracte care pot fi depuse pentru dovedirea experienței similare, autoritatea contractanta a avut în vedere faptul ca nivelul de complexitate al acestora trebuie sa fie apropiat de cel al prezentei procedurii. Prin urmare, daca autoritatea contractanta ar fi permis depunerea unui număr foarte mare de contracte de valori mici, acestea nu ar fi fost reprezentative pentru dovedirea experienței similare.

Astfel, este posibil ca un operator economic sa fi realizat, în ultimii 5 ani, un număr mare de contracte cu un grad foarte scăzut de complexitate (de exemplu, contracte de plombări sau podețe de acces la proprietăți), care, din punct de vedere al valorii, se situeaza peste pragul valoric stabilit de autoritatea contractanta. Or, este evident ca, indiferent de numărul de contracte care au ca obiect plombarea unor drumuri (chiar si din clasa tehnica IV sau dintr-o clasa superioara), acestea nu vor avea același nivel de complexitate cu cel al prezentei proceduri, nici din perspectiva lucrărilor executate si nici din cea a serviciilor de proiectare prestate.

Prin stabilirea unui număr de maxim de 3 contracte ce pot fi depuse pentru dovedirea experienței similare achizitorul se asigura ca fiecare dintre acestea are o valoare suficient de mare pentru a nu cuprinde doar activitati foarte simple precum plombarea drumurilor sau de execuție podețe de acces. In masura în care un operator economic (sau, dupa caz, un grup de operatori economici), demonstrează faptul ca a mai finalizat unul sau mai multe contracte similare cu cel care face obiectul prezentei proceduri, atât din punct de vedere al obiectului cat si al complexității, autoritatea contractanta poate forma convingerea ca acesta a mai realizat proiecte tehnice care au fost implementate cu succes precum si lucrările cuprinse în acestea.

Având în vedere modul de redactare a cerinței de calificare, nu se mai impune formularea unor criterii referitoare la personalul si utilajele de care dispune ofertantul, întrucât, pentru finalizarea în bune condiții a unui proiect similar, acesta a trebuit sa disponibilizeze, în orice forma permisa de lege, ingineri cu pregătirea si vechimea necesara pentru realizarea proiectului tehnic, utilaje si muncitori calificați pentru realizarea lucrărilor în sine.

Temei legal

Temeiul legal al acestei cerințe este reprezentat de prevederile art. 178 alin (1) coroborat cu art. 179 lit. a) din Legea 98/2016 privind achizițiile publice.

Conform acestor texte de lege, autoritatea contractanta are dreptul de a stabili prin documentele achiziției cerințe privind capacitatea tehnica si profesionala care sunt necesare si adecvate pentru a se asigura ca operatorii economici dețin resursele umane tehnice si experiența necesare pentru a executa contractul de achiziție publica/acordul cadru la un standard de calitate corespunzător.

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 că ceea ce solicită, în realitate, autoritatea contractantă nu este probarea unei experiențe similare, prin care trebuie să se înțeleagă o experiență asemănătoare, analogă, ci a unei experiențe identice.

Or, 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 urmărește execuția unui pod rutier, iar criteriul de calificare privind experiența similară vizează probarea efectuării de lucrări vizând infrastructura rutieră.

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.

Consiliul apreciază pertinente argumentele contestatorului, reținând că podul reprezintă o lucrare de artă/lucrare de geniu civil, care, conform STAS 5626-1992 Poduri, invocat și depus de contestator, reprezintă o construcție care susține o cale de transport deasupra unui obstacol, lăsând un spațiu liber pentru asigurarea continuității obstacolului traversat.

În privința căii de transport susținute, conform același normativ, aceasta poate fi rutieră ori feroviară.

Prin urmare, în opinia Consiliului, experiența acumulată în construcția de poduri, indiferent de calea de rulare, reprezintă experiență similară.

De altfel, însăși autoritatea contractantă admite că podurile feroviare pot fi considerate comparabile dacă prezintă cel puțin structura constructivă a podului ce urmează a fi construit în situația de față, or, aceasta este liberă să impună la nivelul criteriului de calificare acest nivel de complexitate.

Interdicția autorității contractante de a solicita o experiență identică și, totodată, de a o accepta pe cea similară și chiar superioară este statuată și de art. 5 alin. (1) și (2) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, emisă și în aplicarea dispozițiilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) 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 parcuri auto, respectiv lucrări de terasamente, suprastructură, marcaje și indicatoare pentru parcuri, precum și amenajare pentru scurgerea apelor.

Solicitarea unei experiențe similare, iar nu identice, este de natură a facilita accesul la licitație a mai multor operatori economici în scopul asigurării unei concurențe reale, o astfel de participare fiind în interesul 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. Respectiv, lăsat în forma actuală, criteriul de calificare privind experiența similară permite participarea la procedură doar a operatorilor economici specializați în lucrări de poduri având cale de rulare rutieră, deși aceste lucrări pot fi realizate și de operatori economici cu experiență în lucrări de poduri având cale de rulare feroviară.

Cât privește acceptarea drept experiență superioară a unor lucrări privind infrastructura aeroportuară, Consiliul nu achiesează susținerilor contestatorului, câtă vreme acesta nu probează nicăieri caracterul superior al acestor tipuri de lucrări în raport cu cele ce urmează a fi executate. Or, în acest context, aplicabile devin dispozițiile art. 249 din Codul de procedură civilă, în conformitate cu care Cel ce face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile prevăzute de lege. Altfel spus, o simplă afirmație nu este suficientă pentru a forma convingerea Consiliului într-un anumit sens, fără o demonstrație care să probeze dincolo de orice dubiu temeinicia afirmației avansate.

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

Următoarea critică din contestație vizează o presupusă necorelare între cerințele fișei de date – cap. IV.4.1 – *Modul de prezentare al propunerii tehnice* și caietului de sarcini, pe de o parte, și formularele aflate în documentația de atribuire.

Susține contestatorul, în argumentare, că, potrivit fișei de date, propunerea tehnică trebuie să respecte cerințele din caietul de sarcini, că acest ultim înscris are un caracter nestructurat, cerințele activității de proiectare amestecându-se cu cerințele activității de execuție, până la confuzie.

De asemenea, susține contestatorul că propunerea tehnică a proiectantului nu este corelată cu înscrisul *Formular cadru – Propunere tehnică proiectare* și nu se înțelege care va fi forma finală în care se va prezenta propunerea tehnică, adică dacă cerințele din caietul de sarcini și formular se cumulează sau cerințele din caietul de sarcini se sintetizează cu ajutorul formularului cadru.

Analizând caietul de sarcini, Consiliul constată că la pct. 8 – *Propunerea tehnică* (pag. 5), se regăsesc următoarele informații cu relevanță în soluționare:

Pentru partea de proiectare și asistență tehnică

-se va utiliza completa și detalia formularul de propunere tehnică de proiectare atașat în cadrul documentației procedurii.

Pentru partea de execuție lucrări: (...)

De asemenea, anexat documentației de atribuire, se regăsește înscrisul denumit *Formular-cadru Propunere Tehnică proiectare*.

Corelând aceste informații, Consiliul reține că autoritatea contractantă a impus în sarcina ofertanților, pentru partea de proiectare, obligația de a prezenta formularul-cadru propunere tehnică proiectare, iar pentru partea de execuție de lucrări, propunere tehnică separată din care să rezulte îndeplinirea cerințelor subsumate acestui punct al caietului de sarcini.

Formularele corespunzătoare părții de execuție, indicate și de contestator, evident că vor face parte din propunerea tehnică aferentă execuției.

Se impune sublinierea că misiunea care revine ofertanților este aceea de a întocmi oferta cu respectarea întocmai a documentației de atribuire, sens în care reglementează art. 75 din Legea nr. 98/2016 – **Ofertantul depune oferta în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției (...)**,

după cum, corelativ, în concordanță cu prevederile art. 127 alin. (1) lit. f) din H.G. nr. 395/2016, comisiei de evaluare îi revine misiunea de a se raporta la același reper (documentația de atribuire) în etapa de evaluare a propunerilor tehnice primite.

Relevantă în context prezintă și dispozițiile art. 137 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016, în conformitate cu care comisia de evaluare respinge, ca neconformă, oferta care nu respectă cerințele caietului de sarcini, de unde rezultă că o ofertă nu poate fi respinsă pentru îndeplinirea unor cerințe stabilite în mod netransparent. Cu alte cuvinte, nicio ofertă nu poate fi respinsă pentru cerințe care nu se regăsesc explicit stabilite la

nivelul documentației de atribuire, un atare comportament fiind cenzurabil de către Consiliu/instanța de judecată.

Cât privește utilizarea neadecvată a noțiunii de *antreprenor* în anumite paragrafe ale caietului de sarcini, care ar fi de natură a crea confuzii în privința debitorului obligațiilor impuse, în sensul în care cerințele nu ar fi parte a propunerii tehnice, Consiliul apreciază critica ca fiind întemeiată.

Astfel, din verificarea prevederilor caietului de sarcini, elocvente în demonstrarea temeiniciei criticii analizate sunt prevederile pct. 12 – *Managementul traficului*, conform cărora:

-Antreprenorul va prezenta planul de management al traficului aplicat la lucrare în vederea analizării condițiilor de închidere a circulației și de instruire a restricțiilor de circulație în vederea executării de lucrări în zona drumului public și/sau pentru protejarea drumului. **Antreprenorul va prezenta informații detaliate privind proiectul de management propus**, care să fie executate în condiții de trafic și că poate furniza toate semnalizările, personalul adecvat, susține costurile etc., necesare pentru garantarea siguranței publicului în timpul lucrărilor de construcție, fiind obligatoriu de indicat:

-memoriul de prezentare a lucrărilor și tehnologiilor de execuție și măsurile destinate desfășurării traficului rutier în condiții de siguranță;

-schemele de semnalizare a zonei de drum în lucru, adaptate la situația concretă din teren;

-analiza fazelor de execuție d.p.d.v al siguranței circulației și fazele de semaforizare, precum și modul de organizare și supraveghere a circulației;

-analiza traseelor de circulație în cazul devierii traficului și schița cu rutele ocolitoare propuse, cu precizarea categoriilor funcționale și administrativ-teritoriale ale drumurilor de pe aceste rute, completată cu semnalizarea de orientare pentru traficul rutier deviat.

-ofertanții au obligația să ia toate măsurile, pe cheltuiala proprie, pentru semnalizarea rutieră în scopul desfășurării traficului auto și pietonal în condiții de siguranță (inclusiv marcaj provizoriu) pe durata execuției lucrărilor;

-ofertanții au obligația de a procura și de a întreține pe cheltuiala proprie toate dispozitivele de iluminare, protecție, îngrădire, alarmă și pază, când și unde sunt necesare sau au fost solicitate de către achizitor sau de către alte autorități competente, în scopul protejării lucrărilor sau al asigurării confortului riveranilor, inclusiv piloții de circulație și de a asigura pe cheltuiala lor semnalizarea rutieră pentru asigurarea continuității circulației în timpul executării lucrărilor cu indicatoare metalice;

dar și cele ale pct. 16 – *Personalul, materialele și utilajele Antreprenorului (aduse pe teren)*, printre care se regăsește cea având conținutul:

-antreprenorul trebuie să facă dovada deținerii în proprietate sau închiriere a unui minim de dotări tehnice:

1. Repartizor mixturi asfaltice pentru carosabil – min. 1 buc
2. Autogreder – min. 1 buc;
3. Excavator – min. 1 buc; (...).

Data fiind obligația ofertanților de a face dovada îndeplinirii cerințelor documentației de atribuire la data limită de depunere a

ofertelor, pe de o parte, iar, pe de altă parte, împrejurarea că dobândirea calității de *antreprenor* de către ofertantul câștigător este ulterioară încheierii contractului de achiziției, Consiliul stabilește că se impune o revizuire a prevederilor caietului de sarcini din perspectiva invocată de contestator.

Trebuie avut în vedere de către autoritatea contractantă că dovada deținerii utilajelor minim impuse ulterior încheierii contractului, dovadă cerută *antreprenorului*, este lipsită de orice relevanță și contravine legislației achizițiilor publice care pune la dispoziția autorităților contractante pârghii în scopul de a se asigura că *ofertantul* are capacitatea tehnică necesară pentru a executa contractul ce se dorește a fi încheiat.

O altă critică vizează dotarea tehnică minim solicitată, despre care contestatorul arată că este disproporționată întrucât impune deținerea în proprietate a unei stații de mixtură asfaltică.

În analiza temeiniciei acestei critici, Consiliul reține că cerința la care face contestatorul referire se regăsește la pct. 16 – *Personalul, materialele și utilajele Antreprenorului (aduse pe teren)* din caietul de sarcini, sub forma:

-antreprenorul trebuie să facă dovada deținerii în proprietate sau închiriere a unui minim de dotări tehnice: (...)

13. Stații de mixturi asfaltice complet automatizată pentru producerea mixturilor asfaltice prevăzute în proiect – în cazul în care nu are în proprietate o astfel de stație se va face dovada achiziționării de la o firmă specializată printr-un precontract, urmând ca în cazul în care oferta va fi declarată câștigătoare să prezinte contractul (în ambele cazuri se vor prezenta autorizația stației de mixturi, certificatul de conformitate a controlului producției în fabrică, autorizația laboratorului de grad II unde se vor face analizele).

O cerință similară se regăsește și în cazul stației de preparare beton din ciment, pe care contestatorul înțelege, de asemenea, să o critice.

Analizând cerința enunțată în integralitate, Consiliul constată că nu rezultă de nicăieri, în mod explicit, ceea ce susține autoritatea contractantă că ar fi solicitat, anume nu rezultă că ar fi solicitat, *fie ca antreprenorii să dețină o astfel de stație de preparat mixturi asfaltice, fie să prezinte dovada că va achiziționa acest material de la o unitate specializată în producerea acestuia.*

Din conținutul cerinței rezultă, într-adevăr, că s-a solicitat ca *antreprenorul* (corect fiind ofertantul în considerarea celor ce preced) să dețină în proprietate stația de mixturi asfaltice, într-o primă ipoteză, însă, într-o a doua ipoteză, s-a solicitat să se facă *dovada achiziționării de la o firmă specializată printr-un antecontract*, fără a se arăta că este vorba despre dovada achiziționării de *material* de la o firmă specializată.

Văzând apărările autorității contractante, care demonstrează că intenția sa reală a fost aceea de a permite participarea la procedură inclusiv a ofertanților care urmează a achiziționa materialul mixtură

asfaltică de la o firmă specializată, Consiliul stabilește că se impune remedierea cerinței criticate în acest sens, cu luarea în considerare a dispozițiilor art. 154 din Legea nr. 98/2016, potrivit cu care 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.

Aceleași considerente vor fi avute în vedere și în ceea ce privește cerința referitoare la stația de preparat beton de ciment, pe care autoritatea contractantă urmează, de asemenea, să o remedieze.

Întemeiată reține Consiliul a fi și critica contestatorului referitoare la solicitarea de prezentare a listelor de cantități, regăsită în caietul de sarcini, în contextul în care obiectul contractului ce se va încheia este constituit de *proiectare*, asistență tehnică și execuție lucrări.

Listele de cantități, cum corect susține contestatorul, vor fi întocmite în etapa de proiectare, fiind parte a proiectului tehnic de execuție, conform H.G. nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice.

Astfel fiind, autoritatea contractantă va remedia documentația de atribuire și din această perspectivă.

Următoarea critică din contestație, și ultima, este constituită de susținerea contestatorului conform căreia modelul de contract nu respectă dispozițiile art. 2 din H.G. nr. 1/2018 pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice.

În soluționare, văzând dispozițiile legale invocate de contestator, având conținutul:

Se aprobă condițiile generale și specifice, împreună cu modelul-cadru de acord contractual, pentru contractele de achiziție publică sau sectorială de lucrări care au ca obiect atât proiectarea, cât și execuția de lucrări și care sunt aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice, inclusiv fonduri nerambursabile și/sau rambursabile, a căror valoare totală estimată, conform prevederilor legale, este egală sau mai mare decât pragul valoric prevăzut de art. 7 alin. (1) [lit. a](#)) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, având cuprinsul prevăzut în anexa [nr. 2](#).,

dar și valoarea estimată a procedurii, de 29.787.761,52 lei, mai mare decât pragul valoric prevăzut la art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, Consiliul stabilește că este fără vreun dubiu că autoritatea contractantă avea obligația respectării prevederilor actului normativ invocat de contestator.

Or, modelul de contract, precum și prevederile caietului de sarcini la care face contestatorul referire, regăsite la pag. 18 – *Documente conforme cu execuția*, se abat de la prevederile H.G. nr. 1/2018, stabilind alte atribuții în sarcina supervisorului decât cele legale.

Astfel fiind, se impune o revizuire a documentației de atribuire, a caietului de sarcini și a modelului de contract, spre a fi puse în acord cu actul normativ la care face contestatorul referire, critica acestuia, pe cale de consecință, fiind întemeiată.

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 documentației de atribuire, în considerarea celor de mai sus, precum și publicarea în SEAP a măsurilor adoptate, în termen de 10 zile de la primirea prezentei, cu stabilirea unei noi date-limită de depunere a ofertelor care să asigure operatorilor economici interesați un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor în acord cu dispozițiile modificate ale documentației de atribuire și cu exigențele achiziției.

Capătul de cerere subsidiar privind anularea procedurii va fi respins, ca nefondat, dat fiind faptul că procedura de atribuire este suspendată în prezent astfel încât este posibilă implementarea măsurilor de remediere dispuse.

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 formulată de SRL, în contradictoriu cu, și dispune remedierea documentației de atribuire în sensul celor arătate în motivare și publicarea în SEAP a remedierilor intervenite, în termen de 10 zile de la primirea prezentei, cu stabilirea unei noi date-limită de depunere a ofertelor.

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

Obligatorie.

Împotriva prezentei 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, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.