

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 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. ...

Prin contestația nr. 85/10.01.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 1411/11.01.2022, formulată de ...SA, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., reprezentată legal prin Director ..., lider al asocierii ...SA - ...SRL, împotriva raportului procedurii de atribuire nr. 69/29.12.2021, emis de COMUNA ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în comuna ..., ..., în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „*PROIECTARE TEHNICĂ, DETALII DE EXECUȚIE, CAIETE DE SARCINI, ASISTENȚĂ TEHNICĂ DIN PARTEA PROIECTANTULUI PE PERIOADA DE DERULARE A LUCRĂRILOR, ÎNTOCMIREA DOCUMENTAȚIILOR NECESARE PENTRU OBTINEREA ACORDURILOR, AVIZELOR ȘI AUTORIZAȚIILOR ȘI EXECUȚIE LUCRĂRI PENTRU PROIECTUL „ALIMENTARE CU GAZE NATURALE ÎN COMUNELE ..., ..., JUDEȚUL ...”*”, s-au solicitat:

„1. Anularea Raportului Procedurii nr. 69 din 29.12.2021 emis de entitatea contractantă prin care oferta ...S.A. - ...S.R.L. a fost declarata necâștigătoare;

2. Anularea tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestei decizii, precum și a tuturor actelor subsecvente acesteia;

3. Anularea deciziei entității contractante prin care oferta depusă de ofertantul unic ... S.R.L. a fost declarată admisibilă și câștigătoare, a tuturor actelor entității care au stat la baza emiterii acestei decizii, precum și a tuturor actelor subsecvente acesteia;

4. Obligarea entității contractante la reevaluarea ofertei depusă de ofertantul unic ... S.R.L. de la etapa verificării admisibilității/conformității acesteia;

5. Anularea Raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestuia”.

Prin cererea de intervenție nr. 48/19.01.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 3226/19.01.2022, ... SRL, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI 1...,

reprezentată legal prin administrator ..., administrator ... și persoana împuternicită în cadrul procedurii de achiziție: ..., solicită:

„-admiterea cererii de intervenție, atât în principiu cât și pe fond, având în vedere faptul că, cererea de intervenție în discuție îmbracă elementele unei cereri formulate în condițiile precizate la art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 ...;

- respingerea ca neîntemeiată, a contestației formulată de SC ...SA în calitate de lider al asocierii SC ...SA - SC ...SRL;

- menținerea Raportului procedurii nr. 69 din data de 29.12.2021 emis de autoritatea contractantă, prin care oferta depusă de SC ... SRL a fost desemnată câștigătoare;

- menținerea tuturor actelor care au stat la baza emiterii deciziei autorității contractante, precum și a tuturor actelor subsecvente raportului procedurii;

- menținerea deciziei autorității contractante prin care oferta depusă de SC ... SRL a fost declarată admisibilă și câștigătoare și a tuturor actelor subsecvente care au stat la baza acestei decizii”.

Contestația va fi soluționată împreună cu cererea de intervenție, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și prevederile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă.

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 ...SA critică raportul procedurii de atribuire nr. 69/29.12.2021, emis de COMUNA ..., în calitate de autoritate contractantă, în procedura amintită, solicitând cele ante-menționate.

În fapt, contestatorul prezintă un scurt istoric cu privire la modul de desfășurare a procedurii de atribuire, precizând că, ulterior etapei de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă a transmis raportul procedurii nr. 69 din 29.12.2021, prin care i s-a adus la cunoștință că oferta societății sale a fost clasată pe locul 2, oferta câștigătoare fiind cea a societății ... SRL.

Într-o primă critică, autorul contestației susține că autoritatea contractantă a evaluat în mod greșit oferta ... SRL în ceea ce privește capacitatea tehnică și profesională.

Astfel, precizează contestatorul, ofertantul câștigător a făcut dovada îndeplinirii cerinței experienței similare bazându-se pe capacitatea terțului susținător ..., sens în care a prezentat o listă cu prestările de servicii de proiectare realizate de acesta, având ca beneficiar ..., după cum urmează:

-contractul 808/4510131477/01, din 13.05.2016, finalizat în 29.01.2021, în valoare de 3.123.184,10 lei, care se referă la „servicii de proiectare stație de control și măsurare a presiunii gazului pentru rețea de distribuție gaze Langenscheid – Siegwiesen”;

-contractul 808/4510111582/01, din 26.06.2015, finalizat în 2020, în valoare de 2.372.333,43 lei, care se refera la „servicii de proiectare și asistență tehnică stație de măsurare și reglare gaze cu sistem automat de odorizare cu punct injecție în container betonat pentru rețea de distribuție gaze în localitatea Marburg”.

Or, potrivit contestatorului, experiența menționată de ofertantul câștigător prin terțul susținător ... arată că acesta nu a fost implicat într-un *proiect tehnic de execuție pentru lucrări de construcții înființare și / sau extindere și / sau reabilitare și / sau de modernizare de rețele de gaze*, în cadrul căruia să fi desfășurat același tip de activități ca cele pe care urmează să le îndeplinească în contractul ce face obiectul prezentei proceduri de atribuire. Lucrările efectuate de acesta se referă strict la modernizarea unor stații de măsurare gaze, care nu este de natură a îndeplini cerințele documentației de atribuire, mai arată contestatorul.

Mai mult decât atât, subliniază contestatorul, în conformitate cu prevederile art. 182 alin. 2 din Legea nr. 98/2016, în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la experiența profesională relevantă, operatorul economic poate să se bazeze pe capacitatea terțului susținător doar atunci când acesta va desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări.

Se mai arată că, din analiza documentelor puse la dispoziție de autoritatea contractantă reiese faptul că ... nu este unul dintre subcontractanții ofertantului ... SRL, astfel încât nu este respectată cerința ca terțul susținător să execute efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care a acordat susținerea constând în experiență similară.

În cea de-a doua critică, contestatorul precizează că punctajul acordat șefului pe proiect al ofertantului ... SRL este eronat, proiectele invocate ca experiență similară neîndeplinind cerințele cumulative din documentația de atribuire, conform cărora punctajul maxim trebuia să rezulte din coordonarea pe o perioadă de 3 ani a serviciilor de proiectare având ca obiect proiectarea rețelelor de distribuție gaze naturale în localități, pentru o lungime cumulată a rețelelor de 100 km sau peste.

În susținere, contestatorul arată că pentru cele două persoane nominalizate de ofertantul câștigător, dl. ... Constantin Sori și dl. ..., acesta a prezentat o listă a lucrărilor de proiectare presupus coordonate de aceștia în lungime totală de 107,864 km, însoțită de o serie de recomandări de la autorități locale (Primării) care nu au menționat perioada executării și nici lungimea executată, astfel încât să se poată confirma cele menționate în lista de lucrări.

Potrivit contestatorului, aceste recomandări nu pot proba implicarea persoanelor nominalizate în realizarea de lucrări similare cu cele la care

se face referire în documentația de atribuire, prin urmare autoritatea contractantă nu trebuia să acorde ofertantului ... SRL, punctajul maxim.

Într-o ultimă critică, contestatorul susține că punctajul acordat managerului de proiect al ofertantului ... SRL este eronat, proiectele invocate ca experiență similară neîndeplinind cerințele cumulative din documentația de atribuire.

Astfel, menționează contestatorul, pentru persoana nominalizată de ofertantul câștigător, dl. ..., angajat al ... SRL (subcontractor), în oferta tehnică a fost prezentată o listă a lucrărilor ce însumează o lungime de 141,48 km, dar care, la fel ca în cazul șefului de proiect, nu este însoțită de mențiuni privind numărul contractului, perioada derulării acestuia, procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor sau de recepție parțială.

Prin urmare, susține contestatorul, autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit obligația legală de a realiza o analiză reală a informațiilor și documentelor furnizate de către ofertantul câștigător având în vedere că, în mod cert, acestea nu sunt de natura să dovedească punctajul acordat și capacitatea ofertantului de a îndeplini contractul.

Concluzionând, pentru toate considerentele expuse mai sus, contestatorul solicită admiterea contestației cu consecința anulării actelor nelegale emise de entitatea contractantă și dispunerea măsurilor de remediere solicitate în cuprinsul contestației.

În final, contestatorul solicită studierea dosarului cauzei, menționând că autoritatea contractantă a refuzat punerea la dispoziție a dosarului în format electronic și/sau efectuarea de fotocopii/copii xerox după documente din dosar.

În drept, se invocă prevederile Legii nr. 101/2016, ale Legii nr. 98/2016 și ale HG nr. 395/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa nr. 89/14.01.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 2667/17.01.2022, COMUNA ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației, depusă de ...SA, ca fiind nefondată.

Ulterior prezentării unui scurt istoric al procedurii, făcând referire inclusiv la modul în care s-a dat curs cererii de studiere a dosarului de achiziție la sediul său, autoritatea contractantă precizează argumentele în considerarea cărora, în opinia sa, criticile contestatorului sunt neîntemeiate:

Față de motivul invocat de contestator privitor la capacitatea tehnică și profesională a ofertantului ... SRL, autoritatea contractantă consideră că experiența menționată de ... SRL prin terțul susținător ..., demonstrează că acesta a fost implicat într-un proiect tehnic de execuție pentru lucrări de modernizare rețele de gaze, în conformitate cu cerința Fișei de date pct. III 1.3 unde, pentru îndeplinirea cerinței privind

capacitatea tehnică și/sau profesională, ofertanții trebuiau să prezinte o lista a serviciilor de proiectare prestate în ultimii 3 ani.

Conform autorității contractante, din analiza ofertei depuse de ... SRL, comisia de evaluare a constatat îndeplinirea acestei cerințe prin terțul susținător ..., fiind prezentate în acest sens două contracte, care indică faptul că au fost prestate servicii de proiectare pentru lucrări de modernizare de rețele de gaze, încadrându-se, astfel, în cerința prevăzută în documentația de atribuire.

Potrivit studiului de fezabilitate, mai arată autoritatea contractantă, investiția cuprinde inclusiv stație de reglare, măsurare gaze și, conform dispozițiilor art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și a angajamentului ferm privind susținerea tehnică și profesională a ofertantului, terțul susținător are capacitatea să presteze serviciile solicitate.

Referitor la cea de-a doua critică formulată de contestator, privitoare la punctajul acordat șefului de proiect al ofertantului ... SRL, autoritatea contractantă precizează că, pentru persoanele nominalizate de ofertant, a fost depusă lista cu lucrările similare, scrisori de recomandare și decizii de numire în funcție din partea angajatorului, iar, în urma analizei documentelor depuse, s-a constatat că domnul ..., în calitate de șef de proiect, a prestat servicii de proiectare pentru rețele de gaze cu o lungime totală de 107,86 Km, în perioada 2019-2021, iar domnul ...a proiectat, în calitate de șef de proiect, în perioada 2000-2002, un număr de 191,41 km rețele de gaz.

Față de critica contestatorului referitoare la punctajul acordat managerului de proiect al ofertantului ... SRL, autoritatea contractantă arată că pentru persoana nominalizată de ofertant a fost depusă lista cu lucrările similare, scrisori de recomandare și decizii de numire în funcție din partea angajatorului.

Subliniază autoritatea contractantă că, punctajul a fost atribuit, atât în cazul șefului de proiect, cât și în cazul managerului de proiect, în urma analizării documentelor suport relevante care atestă experiența specifică, respectiv deciziile de numire în funcție, unde se regăsesc denumirea investiției și lungimea realizată precum și recomandările emise de către beneficiari.

Ca mijloace de probă, autoritatea contractantă a înaintat, pe suport electronic, documentele relevante în soluționarea contestației.

Prin cererea de intervenție nr. 48/19.01.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 3226/19.01.2022, ... SRL solicită respingerea contestației ...SA, ca neîntemeiată, menținerea raportului procedurii și a actelor subsecvente acestuia și menținerea deciziei autorității contractante prin care oferta depusă de societatea sa a fost declarată admisibilă și câștigătoare.

Ulterior justificării interesului său de a interveni în prezenta cauză, față de prima critică formulată de contestator, referitoare la faptul că autoritatea contractantă a evaluat în mod greșit oferta în ceea ce

privește capacitatea tehnică și/sau profesională - experiența similară pentru servicii de proiectare, prin care face dovada cerinței prin terțul susținător ..., intervenientul precizează că a depus, în cadrul ofertei, două contracte implementate de terțul susținător ...:

-contract nr. 808/4510131477/01 din 13.05.2016, având ca obiect „Servicii de proiectare, asistență tehnică și supervizare lucrări de execuție pentru Stație de control și măsurarea presiunii gazului pentru rețea distribuție gaze Langenscheid-Siegbiesen”;

-contract nr. 808/4510111582/01 din 26.06.2015, având ca obiect „Servicii de proiectare, asistență tehnică și supervizare lucrări de execuție pentru Stație de măsurare și reglare gaze naturale incluzând sistem automat de odorizare cu punct de injective într-un container de beton pentru rețeaua de distribuție gaze Marburg”.

Cu privire la susținerea contestatorului conform căreia în cadrul celor două contracte nu s-au desfășurat același tip de activități sau activități cu un grad de complexitate mai ridicat, intervenientul susține că aceste contracte sunt similare obiectului procedurii, dar nu identice (același tip de activități).

Invocând prevederile Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017, precizează intervenientul că similaritatea obiectului contractului trebuie 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 acesta se încadrează. Contractele depuse de societatea sa, arată intervenientul, se referă la servicii de proiectare a unei stații de reglare și măsurare a presiunii gazului pentru rețea distribuție gaze și a unei stații de reglare și măsurare gaze naturale incluzând sistem automat de odorizare cu punct de injecție într-un container de beton pentru rețeaua de distribuție gaze. În continuare, intervenientul explică, din punct de vedere tehnic, ce înseamnă o stație de reglare și măsurare a presiunii gazului și cum se încadrează acest gen de servicii la categoria de servicii similare (servicii care au cel puțin aceeași complexitate cu cea solicitată de către autoritate și pentru care este nevoie de aceeași calificare), precizând, totodată, că societățile care pot presta servicii în acest domeniu sunt societățile autorizate în conformitate cu cerințele Ordinului nr. 98/2015, actualizat, și anume: Regulamentul pentru autorizarea operatorilor economici care desfășoară activități în domeniul gazelor naturale.

Așadar, potrivit intervenientului, terțul său susținător deține toate atestările/autorizațiile și reglementările impuse la nivel european, necesare desfășurării activității de proiectare, iar serviciile similare reprezintă servicii prestate de către un operator economic în conformitate cu autorizația pe care o deține, servicii care sunt de aceeași complexitate cu cea supusă procedurii de achiziție publică.

În altă ordine de idei, menționează intervenientul, în criticile formulate de contestator nu a reușit să identifice vreo dovadă sau argumentare a vreunei suspiciuni rezonabile care să justifice demersul de contestare în privința experienței similare, apreciind faptul că autorul contestației trebuia să motiveze și să argumenteze de ce nu consideră experiența similară prezentată, ca fiind relevantă.

Pentru motivele arătate mai sus, intervenientul consideră neîntemeiat capătul de cerere din cadrul contestației referitor la experiența similară.

Referitor la cea de-a doua critică din cadrul contestației, privitoare la faptul că punctajul acordat șefului de proiect este eronat, intervenientul face următoarele precizări:

- având în vedere nivelul ridicat de complexitate al contractului, societatea sa a considerat a fi necesar numirea unui șef de proiect suplimentar față de cel propus pentru obținerea punctajului maxim;

- referitor la faptul că recomandările autorităților locale nu au menționate perioada executării și lungimea executată, se arată că deciziile de numire și recomandările emise pentru dl. ...- șef de șantier propus pentru obținerea punctajului maxim, conțin toate elementele necesare îndeplinirii cerințelor autorității contracte;

- de asemenea, au fost depuse recomandări și lista cu lucrările de proiectare executate de dl. ..., în calitate de șef de proiect în perioada 2000-2002, în cadrul căreia se prevede atât titulatura proiectului și anul în care a ocupat funcția de șef de proiect, cât și lungimea rețelelor de gaze proiectate $L = 191,417$ km, la pag. 937-953, respectiv 963 din propunerea tehnică;

- persoanele care au fost desemnate pentru funcția de șef de proiect, îndeplinesc fiecare, separat, experiența specifică solicitată de autoritatea contractantă, ambele proiectând, cumulativ, rețele de gaze cu o lungime totală de: $L = 299,281$ km;

- conform fișei de date cap. II-2.5. - criterii de atribuire, recomandarea sau orice documente similare relevante prin care se face dovada îndeplinirii cerinței solicitate, sunt considerate de autoritatea contractantă documente-suport relevante.

Pentru motivele detaliate mai sus, intervenientul consideră neîntemeiată afirmația contestatorului conform căreia punctajul acordat șefului de proiect este eronat, proiectele invocate ca experiență similară, îndeplinind cerințele cumulative din documentația de atribuire.

Referitor la ultima critică din cadrul contestației, privitoare la faptul că punctajul acordat managerului de proiect este eronat, intervenientul face următoarele precizări:

- în cadrul propunerii tehnice a fost desemnat ca manager de proiect dl. ...pentru care au fost depuse scrisori de recomandare emise și semnate de către beneficiarii proiectelor, în cadrul cărora au fost

menționate atât titlul proiectului, lungimea rețelelor de gaze executate, cât și perioada în care acesta a ocupat funcția de manager de proiect;

-din recomandările emise și semnate de către beneficiarii proiectelor, reiese că dl. ...a fost desemnat manager de proiect pentru execuția proiectelor similare obiectului procedurii, însumând o lungime totală a rețelelor de gaze executate de $L=141,48$ km;

-conform fișei de date cap. II-2.5. - criterii de atribuire, recomandarea sau orice documente similare relevante prin care se face dovada îndeplinirii cerinței solicitate, sunt considerate de autoritatea contractantă documente-suport relevante.

Pentru motivele detaliate mai sus, intervenientul consideră neîntemeiată afirmația contestatorului conform căreia punctajul acordat managerului de proiect este eronat, proiectele invocate ca experiență similară, îndeplinind cerințele cumulative din documentația de atribuire.

Față de acuzațiile aduse prin intermediul contestației, intervenientul apreciază că societatea sa a depus o ofertă care întrunește toate cerințele autorității contractante, iar autoritatea contractantă a evaluat corect și complet oferta depusă, cu respectarea principiilor care guvernează achizițiile publice, principii prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Pentru considerentele expuse mai sus, intervenientul solicită respingerea contestației formulată de ...SA, ca neîntemeiată.

În drept, se invocă prevederile Legii nr. 98/2016, ale Legii nr. 101/2016, dispozițiile HG nr. 395/2016, precum și Instrucțiunile ANAP nr. 1/2016 și nr. 2/2017, dar și Codul de procedură civilă.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Ulterior studierii dosarului cauzei, ca răspuns la punctul de vedere al autorității contractante și la cererea de intervenție formulată de ...SRL, contestatorul transmite, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 4706/28.01.2022, *concluzii scrise*, prin care prezintă argumente de natură să susțină criticile din contestație și să combată apărările autorității și pe cele ale intervenientului.

Astfel, contestatorul arată că terțul susținător nu a fost implicat într-un proiect similar, întrucât modernizarea unor stații de măsurare nu implică lucrări de tipul celor solicitate prin documentația de atribuire, subliniind, totodată, faptul că terțul nu a efectuat proiectarea pentru rețelele de gaz care ar alimenta stația de reglare, măsurare, respectiv ieșirea din stație către consumatori. De asemenea, reiterează faptul că, în considerarea dispozițiilor art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, operatorul economic poate să se bazeze pe capacitatea terțului susținător doar atunci când acesta va desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respective clarificări.

Relativ la punctajul acordat șefului de proiect, contestatorul își menține criticile din contestație, arătând că acesta este unul eronat, sens în care, contrar celor precizate de autoritate și de intervenient, susține

că, pentru dl ..., cu titlu de exemplu și nu limitativ, recomandările de la pag. 1125, 1127 și 1129, pentru un total de 62,345 km, nu prevăd perioada în care acesta a ocupat poziția și sunt pentru Manager de proiect, poziție pentru care a fost nominalizată o altă persoană, căreia i se aplică un criteriu distinct.

Pe cale de consecință, contestatorul apreciază că aceste recomandări nu pot proba implicarea persoanelor menționate în realizarea de lucrări similare și nu trebuiau să determine autoritatea contractantă să acorde punctajul maxim.

În același sens, și cu privire la punctajul acordat managerului de proiect, contestatorul arată că, în referire la acesta, în propunerea tehnică a ofertantului a fost prezentată o listă a lucrărilor care nu este însoțită de mențiuni privind numărul contractului, perioada derulării acestuia, procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor sau de recepție parțială care să confirme executarea acestora, dar sunt prezentate recomandări ale unor autorități locale pe raza cărora se presupune că au fost executate acele lucrări care indică un număr de km, fără niciun alt element de identificare. Mai mult, subliniază că lucrările din anii 2020-2021 sunt pe raza a trei județe ..., , punându-se sub semnul întrebării posibilitatea reală de asigurare a managementului simultan și constant în toate aceste locații.

Precizând că documentele depuse în ofertă nu sunt ale autorităților locale, ele fiind pregătite de ofertant, întrucât au același conținut și au fost obținute în perioada 27-29 septembrie 2021, contestatorul consideră că, dat fiind caracterul incomplet al acestora, autoritatea contractantă trebuia să solicite clarificări ofertantului pentru a asigura tratament egal ambilor participanți la procedură.

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

COMUNA ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „*PROIECTARE TEHNICĂ, DETALII DE EXECUȚIE, CAIETE DE SARCINI, ASISTENȚĂ TEHNICĂ DIN PARTEA PROIECTANTULUI PE PERIOADA DE DERULARE A LUCRĂRILOR, ÎNTOCMIREA DOCUMENTAȚIILOR NECESARE PENTRU OBTINEREA ACORDURILOR, AVIZELOR ȘI AUTORIZAȚIILOR ȘI EXECUȚIE LUCRĂRI PENTRU PROIECTUL „ALIMENTARE CU GAZE NATURALE ÎN COMUNELE ..., ..., JUDEȚUL ...”*”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. C.../03.09.2021, la care a anexat documentația de atribuire, valoarea estimată fiind de 41.821.363,31 lei, fără TVA.

Potrivit documentului „Declarație de participare”, asociat anunțului de participare, în cadrul procedurii au fost primite 2 oferte, iar, ulterior evaluării, a fost întocmit raportul procedurii nr. 69/29.12.2021 în cuprinsul căruia s-a reținut modul de desfășurare al procedurii,

admisibilitatea acestora, precum și desemnarea ofertei depuse de SC ... SRL, câștigătoare a procedurii.

Nemulțumit de această decizie a autorității contractante, ...SA (consemnând cauțiunea aferentă, potrivit dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016) a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Față de cererea de intervenție formulată de ... SRL, văzând că aceasta are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, fiind ofertantul declarat câștigător, astfel cum rezultă din raportul procedurii nr. 69/29.12.2021, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, Consiliul o încuviințează, în principiu, ca cerere de intervenție în interesul autorității contractante. Intervenția formulată în cauză este în interesul autorității contractante, respectiv acela de respingere a contestației și menținere ca fiind legale a actelor întocmite de achizitoare, prin care a fost desemnată câștigătoare oferta sa.

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

Printr-o primă critică, contestatorul susține nelegalitatea deciziei de desemnare câștigătoare a ofertei ... SRL, prin raportare la îndeplinirea cerinței privind capacitatea tehnică și profesională stabilită de autoritatea contractantă prin fișa de date a achiziției, pct. III.1.3.a), respectiv „Ofertanții trebuie să prezinte o listă a prestărilor de servicii de proiectare realizate în cursul unei perioade care să facă dovada că în ultimii 3 ani împliniți la data termenului limită pentru depunerea ofertei, a prestat servicii similare în valoare cumulată de cel puțin 2.449.917,50 lei fără TVA la nivelul a cel puțin 1 contract, maxim 3 contracte. Prin servicii similare se înțelege servicii de proiectare pentru lucrări de construcții înființare și / sau extindere și / sau reabilitare și / sau de modernizare de rețele de gaze.”

Astfel, după cum se arată, pentru îndeplinirea cerinței indicată, ofertantul ... SRL a apelat la susținerea unui terț, în speță ..., situație față de care contestatorul susține, pe de o parte, încălcarea dispozițiilor art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, prin eludarea cerinței ca terțul susținător să execute efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care a acordat susținerea constând în experiența similară, iar, pe de altă parte, faptul că cele două contracte invocate de terț ca experiență similară nu demonstrează desfășurarea aceluiași tip de activități sau activități de un grad de complexitate mai ridicat decât cele care formează obiectul contractului supus achiziției, susținând că respectivele contracte se referă strict la modernizarea unor stații de măsurare gaze, iar modernizarea unor stații de măsurare nu implică *lucrări de construcții înființare și / sau extindere și / sau reabilitare și / sau de modernizare de rețele de gaze*.

Față modul în care prevederile legale invocate au fost respectate, autoritatea contractantă nu formulează nicio apărare, în timp ce intervenientul arată că terțul care îl susține în privința experienței

similare „nu trebuie să fie declarat subcontractant, deoarece terțul susținător nu va desfășura efectiv lucrări sau servicii în cadrul contractului”.

În raport cu problematica supusă dezbaterii, se constată incidența următoarelor dispoziții legale:

- Legea nr. 98/2016:

Art. 182. - (1) Operatorul economic are dreptul, dacă este cazul și în legătură cu un anumit contract de achiziție publică/acord-cadru, să invoce susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, indiferent de natura relațiilor juridice existente între operatorul economic și terțul/terții respectiv/respectivi.

(2) În ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 179 lit. g) sau la experiența profesională relevantă, operatorul economic poate să se bazeze pe capacitatea terțului susținător doar atunci când acesta va desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări.

(3) În cazul în care operatorul economic își demonstrează situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și/sau profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2), de către unul sau mai mulți terți, atunci **operatorul economic are obligația de a dovedi autorității contractante că a luat toate măsurile necesare pentru a avea acces în orice moment la resursele necesare, prezentând un angajament în acest sens din partea terțului/terților.**

(4) Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul/terții susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament.

Art. 183. - (1) Autoritatea contractantă verifică dacă terțul/terții care asigură susținerea în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și/sau profesională îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau nu se încadrează în motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167.

(2) Dacă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167, autoritatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b).

Art. 184. - În cazul în care un operator economic demonstrează îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară invocând susținerea unui/unor terț/terți, autoritatea contractantă solicită ca operatorul economic și terțul/terții susținător/susținători să răspundă în mod solidar pentru executarea contractului de achiziție publică/acordului- cadru. Răspunderea solidară a terțului/terților susținător/susținători se va angaja sub condiția neîndeplinirii de către acesta/aceștia a obligațiilor de susținere asumate prin angajament.

- HG nr. 395/2016:

Art. 48 (1) În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară, respectiv capacitatea tehnică și profesională, invocând suportul unui/unor

terț/terți, în condițiile Legii, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care se confirmă faptul că acesta va pune la dispoziția ofertantului/candidatului resursele invocate. Subcontractanții pe a căror capacitate ofertantul/candidatul se bazează pentru demonstrarea îndeplinirii anumitor criterii de calificare și selecție sunt considerați și terți susținători, caz în care acordul de subcontractare reprezintă, în același timp, și angajamentul ferm.

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere, ca probă a îndeplinirii criteriilor minime impuse în cadrul documentației de atribuire dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:

a) terțul/terții susținător(i) pot dovedi că dețin resursele invocate ca element de susținere a ofertantului/candidatului;

b) ofertantul/candidatul poate demonstra că va dispune efectiv de resursele entităților ce acordă susținerea, necesare pentru realizarea contractului, în cazul în care terțul susținător nu este declarat subcontractant.

Art. 50. - (1) În cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul executării contractului de achiziție publică/acordului-cadru, iar susținerea acordată de unul sau mai mulți terți vizează îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională, autoritatea contractantă va solicita ofertantului/candidatului ca prin actul încheiat cu terțul/terții susținător(i) să garanteze materializarea aspectelor ce fac obiectul respectivului angajament ferm. Prevederile contractuale dintre autoritatea contractantă și contractantul principal vor asigura că autoritatea contractantă poate aplica această obligație.

(2) Autoritatea contractantă va trebui, de asemenea, să includă în contract clauze specifice care să permită autorității contractante să urmărească orice pretenție la daune pe care contractantul ar putea să o aibă împotriva terțului/terților susținător/susținători pentru nerespectarea obligațiilor asumate prin angajamentul ferm, cum ar fi, dar fără a se limita la, printr-o cesiune a drepturilor contractantului către autoritatea contractantă, cu titlu de garanție.

Aplicând aceste dispoziții legale, Consiliul constată că experiența similară solicitată prin fișa de date a achiziției, reprezintă, în fapt, „experiența profesională relevantă” la care face referire și art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Relevanță prezintă și argumentele legiuitorului de modificare a prevederilor art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 prin O.U.G. nr. 107/2017, în Nota de fundamentare a acestui act normativ, modificarea art. 182 alin. (2) fiind justificată prin faptul că: „Se asigură transpunerea fidelă a art. 63, paragraful (1) din Directiva 24/2014/UE, clarificându-se în acest fel modalitatea concretă în care susținerea terțului poate fi luată în considerare în ceea ce privește cerința referitoare la experiență (Art. 182 alin. (2) din Legea nr. 98/2016). Abrogarea dispozițiilor art. 182 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora în cazul în care susținerea viza resurse netransferabile, angajamentul asigură autorității contractante îndeplinirea obligațiilor asumate prin acesta, în situația în care contractantul întâmpina dificultăți pe parcursul derulării contractului, având în vedere că pre-vederea nu se regăsește în textul directivei și devine inutilă în contextul modificării art. 182 alin. (2), respectiv asigurarea transpunerii fidele a art. 63, paragraful (1) din Directiva 2014/24/UE, clarificându-se în acest fel modalitatea concretă în care susținerea terțului poate fi luată în considerare în ceea ce privește cerința referitoare la experiență”.

Prevederile **art. 63** *Utilizarea capacităților altor entități*, din **Directiva 2014/24/UE** a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a **Directivei 2004/18/CE**, dispun următoarele:

„(1) În ceea ce privește criteriile referitoare la situația economică și financiară stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (3) și criteriile privind capacitatea tehnică și profesională stabilite în conformitate cu articolul 58 alineatul (4), un operator economic poate, dacă este cazul și pentru un anumit contract, să recurgă la capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a legăturilor pe care le are cu acestea. În ceea ce privește criteriile referitoare la calificările educaționale și profesionale stabilite la anexa XII partea II litera (f) sau la experiența profesională relevantă, operatorii economici pot, cu toate acestea, să se bazeze doar pe capacitățile altor entități **atunci când acestea din urmă vor desfășura activitățile sau serviciile pentru îndeplinirea cărora sunt necesare respectivele capacități.** (...)”.

În jurisprudența europeană, în diferite cauze, cu titlu de exemplu C-389/92 *Ballast Nedam Groep*[5], C-176/98[6] *Holst Italia Spa*, C-94/12[7] *Swm Costruzioni 2* și *Mannocchi Luigino*, C-314/01[8] *Siemens* și *ARGE Telekom*, au fost tratate întrebări preliminare privind susținerea unor terțe entități, fără a se răspunde, în concret, cum trebuie să acționeze o autoritate contractantă pentru a verifica punerea la dispoziție, de către terț, a experienței similare.

Însă, în cauza C-324/14 *Partner Apelski Dariusz* împotriva *Zarząd Oczyszczania Miasta*, cu participarea *Remondis sp. z o.o.*, *MR Road Servi-ce sp. z o.o.*, **CJUE** a dezlegat problema contribuției terțului în ofertare și a implicării lui în derularea contractului, pronunțându-se astfel:

„33. Potrivit unei jurisprudențe constante, articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18 recunosc dreptul oricărui operator economic de a menționa, pentru un contract determinat, capacitățile altor entități, indiferent de natura juridică a relațiilor dintre acesta și respectivele entități, cu condiția să se dovedească autorității contractante că candidatul sau ofertantul va dispune de mijloacele acestor entități care sunt necesare pentru executarea acestui contract (a se vedea în acest sens Hotărârea din 10 octombrie 2013, *Swm Costruzioni 2* și *Mannocchi Luigino*, C 94/12, EU:C:2013:646, punctele 29 și 33).

34. O asemenea interpretare este conformă cu obiectivul deschiderii achizițiilor publice spre o concurență cât mai extinsă posibil pe care îl urmăresc directivele în materie, nu numai în interesul operatorilor economici, ci și al autorităților contractante. În plus, aceasta este totodată de natură să faciliteze accesul întreprinderilor mici și mijlocii la contractele de achiziții publice, obiectiv spre care tinde de asemenea Directiva 2004/18, astfel cum se arată în considerentul (32) al acesteia (Hotărârea din 10 octombrie 2013, *Swm Costruzioni 2* și *Mannocchi Luigino*, C 94/12, EU:C:2013:646, punctul 34 și jurisprudența citată).

35. Rezultă că, ținând seama de importanța pe care o prezintă în cadrul reglementării Uniunii în materie de achiziții publice, dreptul consacrat la articolul 47 alineatul (2) și la articolul 48 alineatul (3) din directiva menționată constituie o normă generală de care

autoritățile contractante trebuie să țină seama atunci când își exercită competențele de verificare a aptitudinii ofertantului de a executa un contract determinat. (...)

37. În aceste împrejurări, trebuie precizat, în primul rând, că, deși este liber să stabilească legături cu entitățile ale căror capacități le menționează și să aleagă natura juridică a acestor legături, **ofertantul are totuși obligația să facă dovada că dispune efectiv de mijloacele acestora, care nu îi aparțin în mod exclusiv și care sunt necesare pentru executarea unui contract determinat** (a se vedea în acest sens Hotărârea din 2 decembrie 1999, Holst Italia, C 176/98, EU:C:1999:593, punctul 29 și jurisprudența citată).

38. Astfel, conform articolului 47 alineatul (2) și articolului 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18, **un ofertant nu poate menționa capacitățile altor entități pentru a îndeplini pur formal condițiile impuse de autoritatea contractantă (...)**

41. De asemenea, nu se poate exclude ca, în împrejurări deosebite, având în vedere natura și obiectivele unui contract determinat, capacitățile de care dispune o entitate terță și care sunt necesare pentru executarea unui contract determinat să nu poată fi transmise ofertantului. **În consecință, în astfel de împrejurări, ofertantul nu se poate prevala de respectivele capacități decât dacă entitatea terță participă direct și personal la executarea contractului în discuție.**

42. În speță, instanța de trimitere exprimă îndoieli cu privire la aspectul dacă capacitățile PUM pot fi transmise în mod valabil către Partener, în sensul că pot determina punerea la dispoziție a mijloacelor necesare pentru executarea contractului în discuție în litigiul principal, conform dispozițiilor articolului 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18, ținând seama de împrejurarea că o astfel de punere la dispoziție s-ar concretiza prin simpla exercitare a unor activități de consultanță și de formare, în lipsa oricărei participări directe a PUM la executarea acestui contract. (...)

Pentru aceste motive, Curtea (Camera întâi) declară:

1) Articolul 47 alineatul (2) și articolul 48 alineatul (3) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii coroborate cu articolul 44 alineatul (2) din această directivă trebuie interpretate în sensul că:

– recunosc dreptul oricărui operator economic de a menționa, pentru un contract determinat, capacitățile altor entități, indiferent de natura relațiilor dintre acesta și respectivele entități, **cu condiția să se dovedească autorității contractante că candidatul sau ofertantul va dispune efectiv de mijloacele respectivelor entități care sunt necesare pentru executarea acestui contract și**

– nu este exclus ca exercitarea dreptului menționat să poată fi limitată, în împrejurări speciale, având în vedere obiectul contractului în cauză, precum și finalitățile acestuia. Această situație se regăsește în special atunci când capacitățile de care dispune o entitate terță și care sunt necesare pentru executarea acestui contract nu pot fi transmise candidatului sau ofertantului, **astfel încât acesta din urmă se poate prevala de respectivele capacități numai dacă această entitate terță participă direct și personal la executarea acelui contract”.**

Din economia ideilor expuse, referitor la rolul terțului în ofertă, rezultă că:

- ofertantul nici nu ar putea fi admis să participe la procedură, fără capacitățile financiare și economice, precum și tehnice și/sau profesionale ale terțului, (idee regăsită și în cauza C-234/14[13]);

- ofertantul are obligația de a face dovada că dispune „efectiv” de mijloacele acestor organisme sau întreprinderi, care nu îi aparțin în mod exclusiv și care sunt necesare executării contractului;

- terțul, prin susținerea experienței similare, se obligă să execute părți din contract.

De esență este faptul că experiența similară nu este o resursă transmisibilă, întrucât demonstrează că beneficiarul respectivei experiențe a mai executat contracte de aceeași complexitate cu cel supus achiziției.

În concluzie, Consiliul apreciază că, pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară, ofertantul trebuie să prezinte și documente din partea terțului susținător din care să rezulte modul concret de îndeplinire a angajamentului de susținere, iar comisia de evaluare este ținută să verifice cele prezentate, având în vedere că dovada nu trebuie să rămână la nivel de angajament de susținere, terțul neavând numai atribuții declarative.

Aplicând considerațiile de ordin teoretic anterior expuse la speța pendinte, se reține că, prin fișa de date a achiziției, pct. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, s-a impus:

„...Operatorul economic va face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, următoarele informații și documente:...

c) în cazul susținerii experienței similare de către unul sau mai mulți terți, atunci se va prezenta un angajament ferm încheiat între ofertant și terțul susținător, cu respectarea prevederilor din Legea 98/2016. Terțul susținător va completa DUAE și odată cu DUAE va depune în SICAP și angajamentul de susținere (împreună cu documente anexe la angajament, transmise acestora de către terț/terții susținători, din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia/acestora).”

Angajamentul privind susținerea tehnică și profesională a ofertantului, semnat de ... (pag. 30 Documente de eligibilitate), cuprinde obligația terțului să pună la dispoziția ofertantului ... SRL, contractele de experiență similară cu obiectul contractului, în Anexa 1 la acest angajament fiind indicate cele două contracte privind serviciile de proiectare la care s-a făcut referire mai sus.

Însă, potrivit cerinței fișei de date, angajamentul de susținere trebuia însoțit și de documente transmise de terțul susținător ofertantului din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia, iar asemenea înscris/înscrisuri nu a/au putut fi identificat/e în dosarul achiziției și oferta transmise la dosarul cauzei de către autoritatea contractantă și nici nu au fost invocate de către intervenient sau achizitoare în apărările formulate.

În soluționare, se constată că, în cuprinsul procesului-verbal nr. 34/05.10.2021, comisia de evaluare a consemnat la pag. 24 a acestuia „2. Capacitatea tehnică și/sau profesională a operatorului economic susținută în conformitate cu art. 182 din Legea nr. 98/2016; Da terț susținător ... SRL” fără alte referiri la informații de tipul celor amintite mai sus.

Având în vedere faptul că, în speță, oferta ... SRL se sprijină pe experiența similară a unui terț, se impunea a fi analizată efectivitatea intervenirii acestei susțineri, conform cerințelor exprese ale fișei de date anterior citată.

Prin urmare, critica contestatorului, din acest punct de vedere, este apreciată de Consiliu ca întemeiată, autoritatea contractantă nefăcând o evaluare efectivă a realității și concludenței susținerii terțului, pentru capacitatea ofertantului, în raport cu tipul cerinței pentru care a înțeles să se implice în procedura de atribuire, întrucât modul de punere în practică a angajamentului de susținere, declarat de terțul susținător, nu relevă efectivitatea susținerii experienței similare, așa cum s-a solicitat prin documentația de atribuire.

Însă, aceste concluzii nu sunt în măsură să conducă la eliminarea automată din procedură a ofertei analizate, ci trebuie să facă obiectul clarificărilor, în conformitate cu dreptul conferit comisiilor de evaluare de prevederile art. 196 din Legea nr. 98/2016 „alin. (2) Înainte de atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu excepția situației contractelor subsecvente atribuite în executarea unui acord-cadru, autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE, cu excepția procedurilor desfășurate în mai multe etape când documentele justificative sunt solicitate înainte de transmiterea invitațiilor pentru etapa a doua către candidații selectați. (...) alin. (3) Autoritatea contractantă poate invita candidații/ofertanții să completeze sau să clarifice documentele prevăzute la alin. (1) sau (2).”

În sensul celor expuse anterior, este și practica națională, cu titlu de exemplu fiind reținute decizia CNSC nr. 2611/C5/2822/03.09.2018, decizia CNSC nr. 18/C1/2534,2723/07.01.2020, menținută de Curtea de Apel București prin Decizia civilă nr. 353/17.03.2020, decizia CNSC nr. 2178/C2/2254/30.09.2021, menținută de Curtea de Apel București prin Decizia civilă nr. 2366/11.11.2021.

Relativ la critica privind caracterul similar al contractelor invocate în demonstrarea cerinței în discuție, se reține că, în argumentare, contestatorul susține că, prin cele două contracte prezentate, terțul ... nu demonstrează desfășurarea aceluiași tip de activități sau activități de un grad de complexitate mai ridicat decât cele care formează obiectul contractului supus achiziției.

În acest context, Consiliul observă că, prin Anexa 1 la Angajamentul privind susținerea tehnică și profesională, terțul ... a prezentat următoarele două contracte:

-contractul nr. 808/4510131477/01, din 13.05.2016, finalizat în 29.01.2021, beneficiar ..., având ca obiect „*servicii de proiectare, asistență tehnică și supervizare lucrări de execuție Stație de control și măsurare a presiunii gazului pentru rețea de distribuție gaze Langenscheid – Siegwiesen*”;

-contractul nr. 808/4510111582/01, din 26.06.2015, finalizat în 2020, beneficiar ..., având ca obiect „servicii de proiectare, asistență tehnică și supervizare lucrări de execuție pentru Stație de măsurare și reglare gaze cu sistem automat de odorizare cu punct injecție în container betonat pentru rețea de distribuție gaze în localitatea Marburg cu un debit de 35000Nm³ la o presiune de 16 bar”.

Se mai constată că, în caietul de sarcini, pag. 5, se menționează, referitor la proiectare, faptul că soluția tehnică de alimentare cu gaze cuprinde următoarele obiecte și categorii de lucrări, expuse în sensul de curgere al gazelor:

- „a) record funcționând în regim de înaltă presiune;
- b) Stație de reglare-măsurare-predare gaze;
- c) Rețea de conducte distribuție stradală în regim de presiune medie (P_{max}=6bar)”.

De asemenea, se observă că, prin același caiet de sarcini s-a specificat:

„Alimentarea cu gaze a comunelor ..., ... va trebui să atingă următoarele obiective în concordanță cu varianta 1 din Studiul de Fezabilitate, recomandată:

- realizarea unei conducte de racord de înaltă presiune DN 100mm, în lungime de 1,60 km;

- montarea la limita administrativă a comunei ... a unui modul SRMP cu o capacitate tehnologică de 5.050,00 Nmc/h. Acest SRMP ar trebui să asigure gaze pentru comunele ..., Grăniceri și Pilu la o presiune de minim 6,00 bar;

- realizarea unei rețele de distribuție gaze naturale de medie presiune ce măsoară cumulat o lungime de 98,825 km și este realizată din țevi cu 82/90 diametrul nominal cuprins între 63 și 20 mm;

- realizarea unui număr de 2195 de racorduri individuale (la locuințe și obiectivele social culturale)

- refacerea prin aducerea la starea anterioară a traseului conductelor/racordurilor”.

Raportat la acest tip de lucrări, autoritatea contractantă a solicitat o experiență similară în valoare cumulată de cel puțin 2.449.917,50 lei fără TVA la nivelul a cel puțin 1 contract, maxim 3 contracte. Prin servicii similare înțelegându-se servicii de proiectare pentru lucrări de construcții înființare și / sau extindere și / sau reabilitare și / sau de modernizare de rețele de gaze.

Relevantă în soluționare va fi reținută și Instrucțiunea președintelui Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr. 2/2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu completările ulterioare, respectiv a prevederilor art. 191 și art. 192 lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, stabilește că 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/de 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 [art. 5 alin. (1)].

Prin urmare, pentru a fi acceptată, experiența prezentată trebuie să fie ori similară, ori superioară din punctul de vedere al complexității

lucrărilor supuse achiziției. Experiența similară nu înseamnă experiență identică, fiind suficient ca serviciile prestate să fi inclus categorii de servicii care urmează a fi efectuate în baza contractului supus licitației, iar nu toate categoriile de servicii și activități așa cum au fost ele stabilite la nivelul caietului de sarcini.

Acceptabilitatea ofertei, sub aspectul experienței similare, trebuie să rezulte din compararea complexității serviciilor anterior realizate cu complexitatea celor de atribuit, iar nu din rezultatul comparării mecanice a unor categorii de servicii, care ar trebui să fie identice, în sensul că toate categoriile de servicii de atribuit ar trebui să se regăsească în lista categoriilor serviciilor prestate anterior.

Practica Consiliului și a instanțelor de judecată este constantă pe aceeași linie, amintindu-se, cu titlu de exemplu, deciziile:

- Decizia ICCJ nr. 2145/23.05.2018, în care instanța a reținut că:

Experiența similară presupune caracterul asemănător cu cel al livrărilor și serviciilor presupuse de contractul ce urmează a fi atribuit, respectiv să existe elemente comune dar, în mod necesar, și elemente care le diferențiază, prin experiență similară neînțelegându-se experiență identică. Orice solicitare contrară este în contradicție cu spiritul și cu litera legislației în materie.

- Decizia Curții de Apel București nr.4484/03.10.2016, în care instanța a reținut:

Prin fișa de date ofertantul trebuia să facă dovada executării în ultimii 5 ani a unor lucrări similare cu cele care fac obiectul prezentei proceduri, asemănătoare, de același fel, de aceeași natură și nu identice conform legislației în vigoare la data depunerii ofertelor. (...) Astfel, susținerile din cadrul plângerii sunt neîntemeiate având în vedere că contestatorul înțelege prin lucrări similare lucrări identice. Referitor la critica precum că ar fi trebuit să prezinte lucrări similare de genul pardoseli rășini epoxidice, preluare condens, instalație hidranți, voce date etc, Curtea consideră că este neîntemeiată. Dacă autoritatea contractantă ar fi solicitat lucrări identice cu cele ce urmează a fi executate, ar fi încălcat legislația în vigoare la data depunerii ofertelor.

Așa cum rezultă atât din susținerile părților, cât și din probatoriul administrat, cele două contracte invocate ca experiență similară de către ... SRL au vizat *servicii de proiectare, asistență tehnică și supervizare lucrări de execuție Stație de control și măsurare a presiunii gazului pentru rețea de distribuție gaze*.

Cerința fișei de date face referire la experiență similară în *proiectarea unor lucrări de construcții înființare și / sau extindere și / sau reabilitare și / sau de modernizare de rețele de gaze*, tipologie în care contractele invocate ca experiență similară pot fi apreciate ca suficiente.

Ceea ce a solicitat autoritatea contractantă prin intermediul criteriului de calificare este demonstrarea experienței *similare*, similar, conform Dicționarului Explicativ al Limbi Române însemnând de aceeași natură, de același fel, asemănător, iar nu identic.

Astfel, nu pot fi reținute criticile contestatorului în sensul că experiența demonstrată prin cele două contracte enumerate mai sus nu

ar fi similară, în condițiile în care una dintre categoriile de lucrări supuse achiziției fac referire la o stație de reglare-măsurare-predare gaze, asemenea obiectelor celor două contracte. O interpretare conform celei dată de contestator, ar transforma experiența similară într-una identică.

Pe cale de consecință, având în vedere că legiuitorul a statuat asupra verificării experienței anterioare a ofertanților prin raportare la similaritate, nu la identitate, Consiliul constată caracterul neîntemeiat al susținerilor contestatorului, sub aspectul dezbătut.

În continuare, analizând criticile vizând punctajele acordate pentru șeful de proiect și managerul de proiect propuși de ofertantul ... SRL, Consiliul reține:

Potrivit criteriului de atribuire menționat prin fișa de date a achiziției, au fost stabiliți, ca factori de evaluare, pentru componenta tehnică, următorii factori:

* 2) **șef proiect – instalator autorizat ANRE PGD**, având ca Algoritm de calcul:

2.1. Pentru coordonarea pe o perioadă de 3 ani, indiferent de perioada în care a fost realizată, a serviciilor de proiectare având ca obiect proiectarea rețelelor de distribuție gaze naturale în localități, pentru o lungime cumulată a rețelelor de 100 km sau peste - 10 puncte;

2.2. Pentru coordonarea pe o perioadă de 3 ani, indiferent de perioada în care a fost realizată, a serviciilor de proiectare având ca obiect proiectarea rețelelor de distribuție gaze naturale în localități, cu o lungime cumulată între 60 km și 99,99 km - 5 puncte;

2.3. Pentru coordonarea pe o perioadă de 3 ani, indiferent de perioada în care a fost realizată, a serviciilor de proiectare având ca obiect proiectarea rețelelor de distribuție gaze naturale în localități, cu o lungime cumulată între 20 km și 59,99 km - 2,50 puncte;

2.4. Pentru coordonarea pe o perioadă de 3 ani, indiferent de perioada în care a fost realizată, a serviciilor de proiectare având ca obiect proiectarea rețelelor de distribuție gaze naturale în localități, cu o lungime cumulată mai mică de 20 km – 0 puncte.

Documentele-suport relevante care atestă experiența specifică pot fi fișa de post, contractul de muncă, recomandarea sau orice alte documente similare relevante prin care se face dovada îndeplinirii cerinței solicitate.

Anii solicitați în vederea dovedirii experienței solicitate vor fi calculați prin luarea în considerare a perioadei/perioadelor în care persoana respectivă a ocupat posturi/poziții de tipul celor mai sus menționate, prin prisma cărora a acumulat experiența solicitată.

* **Execuție EDSB – Experiența instalator autorizat tip EGD** având ca Algoritm de calcul: **3) Manager proiect/Coordonator proiect- Instalator autorizat ANRE EGD**;

3.1. Pentru coordonarea pe o perioadă de 3 ani, indiferent de perioada în care a fost realizată, a lucrărilor de investiții având ca obiect execuția rețelelor de distribuție gaze naturale în localități, pentru o lungime cumulată de 100 km sau peste - 10 puncte;

3.2. Pentru coordonarea pe o perioadă de 3 ani, indiferent de perioada în care a fost realizată, a lucrărilor de investiții având ca obiect execuția rețelelor de distribuție gaze naturale în localități, cu o lungime cumulată între 60 km și 99,99 km - 5 puncte;

3.3. Pentru coordonarea pe o perioadă de 3 ani, indiferent de perioada în care a fost realizată, a lucrărilor de investiții având ca obiect execuția rețelelor de distribuție gaze naturale în localități, cu o lungime cumulată între 20 km și 59,99 km – 2,5 puncte;

3.4. Pentru coordonarea pe o perioada de 3 ani, indiferent de perioada în care a fost realizată, a lucrărilor de investiții având ca obiect executiile de distribuție gaze naturale în localități, cu o lungime cumulată mai mică de 20 km – 0 puncte

Documentele-suport relevante care atestă experiența specifică pot fi fișa de post, contractul de muncă, recomandarea sau orice alte documente similare relevante prin care se face dovada îndeplinirii cerinței solicitate.

Anii solicitați în vederea dovedirii experienței solicitate vor fi calculați prin luarea în considerare a perioadei/perioadelor în care persoana respectivă a ocupat posturi/poziții de tipul celor mai sus menționate, prin prisma cărora a acumulat experiența solicitată.

Se constată că, potrivit informațiilor cuprinse în procesul-verbal nr. 43/17.05.2021 privind evaluarea propunerilor tehnice, pag. 49 și următoarele, în ceea ce privește oferta ... SRL, s-a reținut, față de factorul de evaluare Șef Proiect – Instalator autorizat ANRE PGD, că „Șeful de proiect nominalizat este ing. în calitate de șef de proiect în perioada 2000-2002 domnul ...a proiectat un număr de 191,417 km rețea de distribuție gaze naturale.

Informații din propunerea tehnică:

Documente suport:

- Lista cu lucrările de proiectare executate în calitate de șef proiect în perioada 2000-2002...
- recomandare.....

Justificarea comisiei de evaluare: Din documentele prezentate de ofertant în cadrul propunerii tehnice depuse, comisia de evaluare constată că, în calitate de șef de proiect în perioada 2000-2002, domnul ...a proiectat un număr de 191,417 km rețea de distribuție gaze naturale, fapt pentru care i s-a atribuit un număr de 10 puncte”.

În soluționare, Consiliul nu poate să nu remarce și faptul că, din argumentele prezentate de ... SRL, în cererea sa de intervenție, rezultă că acesta l-ar fi propus, ca șef de proiect pentru factorul de evaluare în discuție, pe dl. ..., însă, așa cum rezultă din actele întocmite de comisia de evaluare, membrii acesteia au luat în considerare, în acordarea punctajului pentru acest factor de evaluare, experiența dlui ing.

În acest context, fără ca acest demers să fie considerat o încălcare a principiului disponibilității, Consiliul apreciază că, fiind în prezența nominalizării în ofertă a două persoane pentru aceeași poziție - șef de proiect, comisia de evaluare trebuia să clarifice cu autorul ofertei - ... SRL, care dintre cei doi experți vor fi avuți în vedere în acordarea punctajului, acțiune care însă, din actele întocmite, nu rezultă a fi fost întreprinsă.

Cu toate acestea, pentru a da eficiență prezentului demers de contestare, Consiliul va proceda la analiza criticilor contestatorului, însă, raportându-se exclusiv la situația documentelor probante depuse în ofertă pentru dl. ing. ..., fiind lipsită de interes, la acest moment, pentru contestator, din punct de vedere al punctajului criticat, situația dlui

Astfel, se reține că, față de faptul că documentele probante depuse de ofertant nu sunt suficiente pentru demonstrarea experienței relevante, deoarece recomandările puse la dispoziție de beneficiari nu au menționat perioada executării și nici lungimea executată, autoritatea

contractantă se apără arătând că, în acordarea punctajului, au fost avute în vedere inclusiv deciziile de numire în funcție, care conțin și informațiile pretins lipsă, în timp ce intervenientul indică acest tip de documente – decizii de numire în funcție, doar în cazul dlui Puia, în privința inginerului punctat, dl. ..., făcând referire la informațiile regăsite în propunerea sa tehnică la paginile 937-953, respectiv 963.

Analizând conținutul respectivelor înscrisuri prin raportare la modul în care a fost formulată cerința fișei de date, Consiliul apreciază întemeiate susținerile contestatorului, sens în care reține că, deși tipul documentelor probante solicitate de autoritatea contractantă nu a fost unul limitativ, totuși înscrisurile înaintate de ofertanți trebuiau să conțină informațiile relevante în acordarea punctajului.

Astfel, pentru experiența dlui ing. ..., ... SRL a depus, la pag. 963, *Lista cu lucrările de proiectare executate de acest expert, în calitate de șef de proiecte, în perioada 2000-2002*, în care sunt indicate 5 lucrări, cu un total proiectat de 191,417 km. Cu toate astea, recomandările regăsite la pag. 937-953 a propunerii tehnice nu evidențiază și lungimea executată în cadrul respectivelor contracte, drept care existența doar a Listei de la pag. 963 apare insuficientă pentru demonstrarea componentei cantitative a factorului de evaluare, fiind necesară obținerea de documente care să confirme faptul că, în respectivele contracte, indicate ca experiență similară, ing. ...a proiectat rețele de gaze având lungimea declarată.

Date fiind cele anterior expuse, pentru restabilirea legalității procedurii, Consiliul apreciază că se impune reluarea procesului de evaluare a ofertei ... SRL, prin clarificarea, în primul rând a expertului care urmează a fi avut în vedere pentru acordarea punctajului aferent factorului de evaluare *șef proiect – instalator autorizat ANRE PGD*, iar, ulterior, în funcție de răspunsul primit din partea ofertantului, verificarea documentelor probante, necesare stabilirii experienței similare, având în vedere inclusiv considerentele anterior expuse.

Un asemenea demers este în acord și susținut de dispozițiile art. 209 din Legea nr. 98/2016 coroborate cu cele ale art. 134 din HG nr. 395/2016, mai cu seamă că, din informațiile relevante ale propunerii tehnice, astfel cum au fost acestea indicate de intervenient, regăsite la pag. 194, rezultă, în concret, doar că, pentru poziția Șef de proiect au fost propuse două persoane – dl. ing. ... și dl. ing. ..., iar nu și care dintre acești doi experți trebuie avuți în vedere la calculul punctajului aferent factorului de evaluare în discuție.

Relativ la situația punctajului corespunzător factorului de evaluare privind managerul de proiect, se reține că, pentru această poziție, a fost nominalizat și punctat dl. ing. ..., pentru care, în cadrul propunerii tehnice, au fost depuse, începând cu pagina 1023, Scrisori de recomandare, care au precizat denumirea contractului și lungimea

executată, alături de decizii de numire în funcție, din care, coroborat, se pot obține informațiile necesare.

Reiterează Consiliul faptul că documentele-suport relevante care atestă experiența specifică nu au fost limitate de autoritatea contractantă, conform descrierii factorului de evaluare, astfel că, sub acest aspect, criticile contestatorului apar neîntemeiate.

Față de cele expuse, Consiliul reține că se impune reluarea evaluării ofertei ... SRL, în ceea ce privește situația susținerii primită de ofertant în privința experienței similare, precum și analiza documentelor relevante pentru acordarea punctajului aferent factorului de evaluare *șef proiect – instalator autorizat ANRE PGD*, conform considerentelor enunțate mai sus.

Analiza actului atacat al autorității contractante, din punctul de vedere al legalității și temeiniciei, s-a efectuat prin prisma motivelor invocate de contestator, în acord cu principiul disponibilității care guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului [art. 9 alin. (2) C. proc. civ. - obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților].

Criticile formulate pe calea concluziilor scrise, care nu s-au regăsit și în cuprinsul contestației, vor fi respinse, ca inadmisibile, în considerarea dispozițiilor art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, potrivit căroră: „Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia.”

Luând în considerare cele ce preced, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de ...SA, în contradictoriu cu COMUNA ..., în calitate de autoritate contractantă, va anula raportul procedurii nr. 69/29.12.2021, în partea care privește admisibilitatea ofertei desemnată câștigătoare și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei amintite, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea deciziei.

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă, Consiliul va respinge cererea de intervenție formulată de ... SRL

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 contestația formulată de ...SA, în contradictoriu cu COMUNA ..., în calitate de autoritate contractantă. Anulează raportul procedurii nr. 69/29.12.2021, în partea care privește admisibilitatea ofertei desemnată

câștigătoare. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei amintite, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare, în termen de 15 zile de la primirea deciziei.

Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție formulată de ... SRL și o respinge.

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.

...