

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

DECIZIE

Nr. 979/C1/595

Data: 02.05.2023

Prin contestația nr. 101/08.03.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 12136/08.03.2023, formulată de SC SRL în calitate de lider al asocierii formată din SC SRL – SC SRL – SC SRL, cu sediul în Municipiul, ..., județul, având cod unic de înregistrare, înmatriculată la Oficiul pentru Registrul Comerțului sub nr., reprezentată legal de, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 246960/21.02.2023 și a raportului procedurii nr. 243023/20.02.2023 emise de către autoritatea contractantă, cu sediul în, ..., jud., în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Proiectare și execuție: Centrul rezidențial de îngrijire și asistență socială pentru persoane vârstnice (Cămin pentru persoane vârstnice) str. Calea Baciului nr. 18 din municipiul”, cod CPV: 45215212-6, s-a solicitat: anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 246960/21.02.2023; anularea raportului procedurii nr. 243023/20.02.2023; obligarea autorității contractante la continuarea/ reluarea procedurii prin reevaluarea ofertei depuse și stabilirea rezultatului procedurii, conform prevederilor legale aplicabile în materia achizițiilor publice.

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

În fapt, raportat la cerința din documentația de atribuire, respectiv secțiunea III.1.3.a) capacitatea tehnică și/sau profesională, contestatorul precizează că în toată documentația de atribuire toate referirile descrierile și cerințele fac mențiune doar asupra certificării verzi ale clădirii conform normelor tehnice BREEAM, precum și a obligativității cuprinderii în cadrul proiectului tehnic ca toate materialele să fie

certificate prin sistemul internațional EPD Environmental Product Declaration, ceea ce rezultă indubitabil că scopul primordial și obiectivul principal al autorității este acela de a avea la sfârșit o clădire verde, fără costuri mari de administrare și eficiență din punct de vedere energetic.

Arată că singurul motiv de respingere, așa cum rezultă din adresa nr. 246960 din 21.02.2023, este neîndeplinirea criteriului privind experiența similară, mai exact pe considerentul că în baza contractului invocat a fost executată o clădire de birouri și nu una având funcția de clădire rezidențială sau socială însă subliniază că oferta depusă

îndeplinește toate cerințele din documentația de atribuire, prezenta asociere dispunând de toată capacitatea tehnică, financiară și de experiența necesară îndeplinirii scopului principal al autorității contractante.

Analizând, din punct de vedere al dispozițiilor legale, cerința de calificare privind experiența similară din cuprinsul fișei de date a achiziției, dar și a categoriilor de construcții care fac parte din categoria de importanță C, contestatorul precizează următoarele:

În fișa de date solicitarea privind experiența similară este formulată astfel: „Ofertantul trebuie să furnizeze dovada finalizării execuției în ultimii 5 ani, raportați la data limită de depunere a ofertelor, a unei construcții similare în cadrul unui contract de tip proiectare și execuție. Prin construcție similară, se înțelege clădire nouă, cel puțin din categoria de importanță C (în conformitate cu prevederile Hotărârii Guvernului nr. 766/1997), cu funcțiuni rezidențiale (de locuit), certificată ca clădire verde conform standardului BREEAM (Building Research Establishment's Environmental Assessment Method) sau alt standard echivalent (de ex. LEED - Leadership in Energy & Environmental Design). Exemple de clădire din categoria de importanță C, cu funcțiuni rezidențiale: - clădiri sociale (cămine persoane vârstnice/ copii, cu regim rezidențial), clădiri de locuințe cu mai mult de două niveluri, clădiri din domeniul educațional (cămine școlare), clădiri turistice, alte tipuri de clădiri cu funcțiuni rezidențiale obișnuite”.

Luând pe rând cerințele privind construcția se poate constata că sunt trei la număr respectiv: să fie din categoria de importanță C, cu funcție rezidențială, și certificată BREEAM. Dacă referitor la cerința privind categoria de importanță C și certificarea BREEAM nu sunt obiecțiuni, comisia de evaluare constatând că sunt îndeplinite condițiile, singurul aspect discutabil este cea privind destinația construcției și anume să fie rezidențială.

Referitor la acest aspect arată că tot în fișa de date se arată cu titlu exemplificativ ca: „Exemple de clădire din categoria de importanță C, cu funcțiuni rezidențiale: - clădiri sociale (cămine persoane vârstnice/ copii, cu regim rezidențial), clădiri de locuințe cu mai mult de două niveluri, clădiri din domeniul educațional (cămine școlare), clădiri turistice, alte tipuri de clădiri cu funcțiuni rezidențiale obișnuite”.

Astfel, se constată că acestea se împart în trei categorii: civile, industriale și agrozootehnice. Construcțiile civile la rândul lor se împart în două categorii: de locuit și social-culturale; în categoria clădirilor social-culturale intră construcții precum unitățile de învățământ, ocrotire a sănătății, clădiri de cult, săli de spectacole, săli de expoziții supermagazine, depozite și altele.

Pornind de la această clasificare se poate constata că autoritatea contractantă a menționat la nivelul fișei de date a achiziției, când a indicat exemplele de clădiri din categoria de importanță C și clădiri social-culturale, incluzând chiar și clădirile turistice. Ori clădirile de birou se încadrează în categoriile de clădiri rezidențiale enumerate cu titlu exemplificativ în fișa de date a achiziției, un prim aspect pentru care consideră că decizia comisiei de evaluare nu este legală și fondată.

În continuare, contestatorul arată că un alt aspect, este modalitatea de formulare a criteriului privind experiența similară.

Astfel prin fișa de date se solicită: „Ofertantul trebuie să furnizeze dovada finalizării execuției în ultimii 5 ani, raportați la data limita de depunere a ofertelor, a unei construcții similare în cadrul unui contract de tip proiectare și execuție. Prin construcție similară, se înțelege clădire nouă, cel puțin din categoria de importanță C (în conformitate cu prevederile Hotărârii Guvernului nr. 766/1997)”.

Făcând referire la prevederile HG nr. 766/1997 la anexa 3, art. 6: menționează că, categoriile de importanță care se stabilesc pentru construcții sunt:

- construcții de importanță excepțională (A);
- construcții de importanță deosebită (B);
- construcții de importanță normală (C);
- construcții de importanță redusă (D).

Raportat la cele mai sus precizate, contestatorul susține că niciunde în cuprinsul HG nr. 766/1997 nu se găsește o altă clasificare a construcțiilor, iar în documentația de atribuire nu se indică nici un alt act Normativ.

Contestatorul menționează că, clădirea propusă ca și experiența similară este o clădire complexa din categoria de importanță C, care are o suprafață utilă de app 3000 mp, unde își desfășoară activitatea 250 de persoane într-un interval orar de 16 ore. Clădirea dispune de spații de birouri, spații comune de desfășurare a timpului liber, de spații comune de servit masa, de 6-7 băi pe fiecare nivel, de bucătărie, terase, recepție intrare, sală multifuncțională, sala fitness, grădină, spațiu verde amenajat, parcări, adăpost ALA. Toate instalațiile electrice, sanitare, termice și materialele folosite au fost proiectate și executate la cel mai înalt nivel de calitate, obținându-se în acest sens și certificarea de clădire verde conform standardelor BREEAM, astfel că prezenta asocierie are capacitatea tehnică, experiența necesară să proiecteze și să execute o clădire de capacitate mult redusă față de imobilul prezentat în propunerea tehnică.

Arată că solicitarea suplimentară a autorității contractante de a avea funcțiuni rezidențiale (de locuit) nu poate să constituie din punct de vedere tehnic niciun plus al experienței similare și cu atât mai puțin al capacității tehnice de proiectare și execuție. Partea de locuit nu poate reprezenta o componentă esențială în proiectarea și construcția unei clădiri și nu definește în niciun fel nivelul de experiență a vreunui operator economic în domeniul lucrărilor de construcții, iar conform normelor tehnice de certificare BREEAM nu există nicio diferență între tipurile de clădiri din categoria C, ci este doar un element de dotare a spațiilor cu mobilier specific.

Referitor la răspunsul autorității contractante de la pct. 11 din adresa nr. 19953/805/09.01.2023 reprezentând clarificări la documentația de atribuire, prin care nu se acceptă modificarea cerinței de calificare privind experiența similară solicitată de un operator economic interesat, contestatorul arată că aceste clarificări se refera la posibilitatea unui operator economic de a defalca cerința în ce privește demonstrarea experienței similare prin cel puțin două contracte distincte: separat pentru servicii de proiectare (prin cel puțin două sau mai multe contracte) și separat pentru execuție lucrări (prin cel puțin

două sau mai multe contracte) sau de a fi acceptată demonstrarea experienței similare prin contracte de proiectare și separat de execuție lucrări pentru clădiri noi încadrate cel puțin în categoria de importanță C, având amenajări exterioare spații verzi, atât în domeniul construcției civile cât și industriale, și în niciun caz autoritatea nu a răspuns concret dacă se accepta că experiența similară o clădire complexă de birouri din categoria de importanță C (în conformitate cu prevederile Hotărârii Guvernului nr. 766/1997) certificată BREEAM.

Raportat la prevederile caietului de sarcini, arată că se poate constata cu ușurință că „scopul asigurator al cerinței privind experiența similară” este cel de a obține la sfârșitul contractului „(...) un Centru rezidențial de îngrijire și asistență socială pentru persoane vârstnice” (Cămin pentru persoane vârstnice), pe str. Calea Baciuita nr. 18 din municipiul, cu obținerea post execuție a autorizațiilor legale necesare funcționării și a certificării verde standard BREEAM nivel minim „Very Good” sau „superior conform propunerii tehnice a Antreprenorului” și nicidecum așa cum se arată în comunicarea rezultatului procedurii nr. 246960/20.02.2023.

Astfel, precizează că partea de locuit nu este detaliată în caietul de sarcini, nefiind evidențiată în niciun fel și din punct de vedere tehnic nu sunt diferențe majore în partea de proiectare și execuție dintre o clădire de birouri care cuprinde toate funcțiunile prevăzute și solicitate și o clădire rezidențială, adică imobilul propus ca și experiență similară, care cuprinde absolut toate funcțiunile (cu o capacitate superioară) necesare și solicitate pentru obiectivul de investiții în cauză.

Precizează de asemenea că autoritatea contractantă nu i-a solicitat clarificări.

În ceea ce privește decizia comisiei de evaluare, consideră că nu are la bază un temei juridic temeinic justificat și nu demonstrează buna credință și dorința de a întreprinde toate demersurile necesare realizării investiției propuse,

În ce privește mențiunea comisiei de evaluare referitoare la neîndeplinirea cifrei de afaceri, contestatorul consideră că acesta nu constituie un motiv de descalificare/respingere a ofertei asocierii.

Prin adresa nr. 308799/15.03.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 17533/31.03.2023, autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, solicitând respingerea ca nefondată a acesteia.

Preliminar, precizează că adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 246960/21.02.2023 a fost publicată în SEAP la data de 27.02.2023.

Pe fondul cauzei, precizează că a decis respingerea ca inacceptabilă a ofertei contestatorului, în temeiul art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/ 2016, deoarece nu îndeplinește criteriul de calificare privind executarea unei construcții similare cu funcțiuni rezidențiale (de locuit), stabilite prin documentația de atribuire.

În acest sens, face trimitere la secțiunea III. 1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din anunțul de participare și fișa de date a achiziției, arătând că pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței, ofertantul

a menționat în DUAE-ul asociațiilor SC SRL și SC SRL, contractul de Proiectare și execuție nr. 11 din 10.05.2019: „Imobil de birouri cu regim de înălțime 2s+p+5e+r, împrejmuire, amenajări exterioare”, lucrări recepționate conform Proces Verbal de Recepție nr. 456440/06.08.2021, clădirea fiind certificată BREEAM BIU0000161-1.0 din 20.10.2022. De asemenea, se menționează că nu exista diferențieri la certificarea BREEAM între tipuri de clădiri.

Autoritatea contractantă precizează că cerința se consideră neîndeplinită, deoarece construcția clădirii de birouri prezentată ca experiență similară nu are funcțiuni rezidențiale (de locuit), precum în mod clar este definită construcția similară în anunțul de participare și fișa de date a achiziției.

Arată că prin construcție similară, se înțelege „clădire nouă, cel puțin din categoria de importanță C (în conformitate cu prevederile Hotărârii Guvernului nr. 766/1997), cu funcțiuni rezidențiale (de locuit), certificată ca clădire verde conform standardului BREEAM (Building Research Establishment's Environmental Assessment Method) sau alt standard echivalent (de ex. LEED - Leadership in Energy & Environmental Design)”. Și în raport cu exemplificarea din cadrul cerinței „Exemple de clădire din categoria de importanță C, cu funcțiuni rezidențiale: - clădiri sociale (cămine persoane vârstnice/copii, cu regim rezidențial), clădiri de locuințe cu mai mult de două niveluri, clădiri din domeniul educațional (cămine școlare), clădiri turistice, alte tipuri de clădiri cu funcțiuni rezidențiale obișnuite”, se observă scopul locativ al construcției solicitate ca experiență similară, neavând relevanță mențiunea ofertatului din DUAE precum că „nu exista diferențieri la certificarea BREEAM între tipuri de clădiri” deoarece:

1. Pe de o parte, în acest stadiu al achiziției, cerința trebuie îndeplinită conform solicitărilor clare și explicite din anunțul de participare și fișa de date a achiziției, eventuale modificări ale acesteia trebuind să facă obiectul solicitărilor de clarificări din perioada de depunere a ofertelor, adresate în termenul legal menționat în documentația de atribuire, și/sau contestării cerinței conform prevederilor Legii nr. 101/2016. Prin necontestarea cerinței și depunerea ofertei, ofertantul și-a însușit cerința întocmai precum este formulată în documentația de atribuire, fără a mai putea face obiectul modificării/ completării/ interpretării, indiferent de argumentele sau justificările prezentate de ofertant.

Arată că în acest stadiu al achiziției, acceptarea de către autoritatea contractantă a unei oferte ce prezintă experiența similară pentru construcția unei clădiri fără funcțiuni rezidențiale (de locuit), ar crea premisele încălcării principiului tratamentului egal ce guvernează achizițiile publice, deoarece, în situația eliminării condiționalității ca

construcția să aibă funcțiuni rezidențiale, exista posibilitatea ca și alți operatori economici să depună ofertă.

În acest sens, consideră că prezintă relevanță și răspunsul autorității contractante de la pct. 11 din adresa nr. 19953/805/09.01.2023 reprezentând clarificări la documentația de atribuire, prin care nu se acceptă modificarea cerinței de calificare privind experiența similară solicitată de un operator economic interesat, dar și solicitările ulterioare de modificare a cerinței transmise în afara termenului legal de către operatorii economici interesați;

2. Pe de altă parte, scopul asigurator al cerinței privind experiența similară în construcții cu funcțiuni rezidențiale (de locuit), nu este în condiționalitate directă cu certificarea BREEAM sau echivalentă a clădirii, cerința prezentând un cumul de patru caracteristici obligatorii privind analiza similitudinii construcției, respectiv clădire nouă, cel puțin din categoria de importanță C, cu funcțiuni rezidențiale (de locuit), certificată ca, clădire verde conform standardului BREEAM sau alt standard echivalent.

Astfel, precizează că pentru îndeplinirea cerinței, trebuie îndeplinite toate cele patru caracteristici menționate, fără ca îndeplinirea unei caracteristici să o excludă pe alta.

În concluzie, menționează că ofertatul nu a făcut dovada, potrivit cerințelor exprese ale documentației de atribuire, că îndeplinește cerința de calificare privind executarea de lucrări de tipul specificat.

Subsecvent motivului de respingere prezentat anterior, fără a fi un motiv de respingere, arată că se pune în vedere ofertantului și îndeplinirea criteriului de calificare privind cifra de afaceri medie specifică în construcții de clădiri (domeniul de activitate care face obiectului contractului), ce ar fi făcut obiectul solicitării de clarificări în sensul prezentării de dovezi constând în „bilanțuri contabile sau extrase de bilanț sau balanțe analitice sau rapoarte de audit financiar sau alte documente emise de organisme specializate care confirmă nivelul cifrei de afaceri înscris în DUAЕ și din care să rezulte analitic cifra de afaceri în domeniul construcțiilor de clădiri”, având în vedere domeniul principal de activitate al asociatului SC SRL (prestarea de servicii de proiectare) și al asociatului SC SRL (dezvoltare/promovare imobiliară).

Având în vedere și toate considerentele expuse anterior, autoritatea contractantă solicită Consiliului să respingă ca nefondată contestația și să dispună menținerea deciziei de anulare a procedurii.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 19823/12.04.2023, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, în copie.

Prin adresa nr. 122/14.03.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 13401/14.03.2023, SC SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208971743/1, tranzacția nr. 314922061/25757570 din 13.03.2023 eliberată de CEC Bank Sucursala, în cuantum de 600.000,00 lei.

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

..... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Proiectare și execuție: Centrul rezidențial de

îngrijire și asistență socială pentru persoane vârstnice (Cămin pentru persoane vârstnice) str. Calea Baciului nr. 18 din municipiul, cod CPV: 45215212-6, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare nr. /09.12.2022, conform căruia valoarea estimată a procedurii este de 29.387.060,75 lei. Conform documentației de atribuire anexată anunțului, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Prin contestația care face obiectul prezentei, SC SRL este nemulțumit de modalitatea în care i-a fost evaluat oferta de către

autoritatea contractantă, motiv pentru care Consiliul va soluționa contestația, luând în considerare documentația de atribuire, prevederile legale și susținerile părților.

În acest sens, Consiliul reține că un prim aspect criticat de SC SRL îl constituie faptul că oferta sa a fost respinsă deoarece nu ar îndeplini cerința de calificare privind experiența similară, stabilită la punctul III.1.3 din anunțul de participare astfel: „1.) Pentru contractele de achiziție de lucrări: executarea de lucrări de tipul specificat. Ofertantul trebuie să furnizeze dovada finalizării execuției în ultimii 5 ani, raportați la data limita de depunere a ofertelor, a unei construcții similare în cadrul unui contract de tip proiectare și execuție.

Prin construcție similară, se înțelege clădire nouă, cel puțin din categoria de importanță C (în conformitate cu prevederile Hotărârii Guvernului nr. 766/1997), cu funcțiuni rezidențiale (de locuit), certificată ca clădire verde conform standardului BREEAM (Building Research Establishment's Environmental Assessment Method) sau alt standard echivalent (de ex. LEED - Leadership in Energy & Environmental Design).

Exemple de clădire din categoria de importanță C, cu funcțiuni rezidențiale: - clădiri sociale (cămine persoane vârstnice/ copii, cu regim rezidențial), clădiri de locuințe cu mai mult de două niveluri, clădiri din domeniul educațional (cămine școlare), clădiri turistice, alte tipuri de clădiri cu funcțiuni rezidențiale obișnuite.

Nota: În cazul decalării termenului limită de depunere a ofertelor, termenul de raportare a experienței similare se extinde cu perioada de timp aferentă decalării, urmând a fi considerată îndeplinită cerința pentru toți operatorii care au prezentat dovada finalizării contractului de experiență similară în intervalul de timp nou rezultat.

Conform prevederilor art. 185 din Legea nr. 98/2016, în cazul în care mai mulți operatori economici participă în comun la procedura de atribuire, îndeplinirea criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului, iar autoritatea contractantă solicită ca aceștia să răspundă în mod solidar pentru executarea contractului de achiziție publică. - Se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile ce descriu nivelul lor de experiență, prin raportare la contractul executat în trecut, corespunzător cerințelor autorității contractante.

La nivelul DUAE trebuie precizate cel puțin următoarele informații: numărul și data contractului invocat drept experiență similară, obiectul contractului, perioade de execuție - data de început - data de finalizare, tipul/categoriile de servicii și lucrări, valoarea fără TVA, beneficiarul, data și numărul documentului de recepție, data și numărul certificării

verde BREAM sau echivalent precum și după caz ponderea și/sau activitățile pentru care a fost responsabil.

Asociatul/asociații nominalizați va/vor prezenta distinct DUAE în care se vor cuprinde informațiile solicitate.”

Față de cele de mai sus, Consiliul va reține incidența următoarelor prevederi legale în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire:

- art. 29 alin. (1) din HG nr. 395/2016 „*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 HG nr. 395/2016 „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor criterii minime de calificare, care:

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

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

- art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 „Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAЕ, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:

a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la art. 164, 165 și 167;

b) îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă;

c) dacă este cazul, îndeplinește criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi.”

- art. 196 alin. (2) Legea nr. 98/2016 „Înainte de atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu excepția situației contractelor subsecvente atribuite în executarea unui acord-cadru, autoritatea contractantă, în termen de o zi lucrătoare de la momentul stabilirii ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, respectiv în termen de o zi lucrătoare de la emiterea avizului conform, în situația în care documentația este supusă controlului ex-ante conform Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 98/2017 privind funcția de control ex-ante al procesului de atribuire a contractelor/acordurilor-cadru de achiziție publică, a contractelor/acordurilor-cadru sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 186/2018, cu modificările și completările ulterioare, solicită acestuia să prezinte documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAЕ, cu excepția procedurilor desfășurate în mai multe etape, când documentele justificative sunt solicitate înainte de transmiterea invitațiilor pentru etapa a doua către candidații selectați, acordând ofertantului/candidatului un termen de

până la 7 zile lucrătoare pentru a răspunde la solicitarea de clarificare, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă. Acest termen poate fi prelungit la solicitarea justificată a ofertantului/candidatului, cu cel mult 3 zile lucrătoare”.

Din interpretarea cerințelor documentației de atribuire și a normelor juridice anterior citate, Consiliul va reține că scopul criteriilor de calificare este de a demonstra potențialul tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care ar trebui să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini

contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare și nu de a restricționa participarea la procedură prin impunerea unor cerințe pe care doar anumiți operatori economici le pot îndeplini.

Consiliul reține că, prin necontestarea în termenul legal, prevederile anterior menționate ale documentației de atribuire au devenit obligatorii atât pentru ofertanți, cât și pentru comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 133 alin. (1) din HG nr. 394/2016. Având în vedere faptul că necesitatea entității contractante astfel cum a fost precizată în documentația de atribuire constă în proiectarea, execuția și punerea în funcțiune a unui obiectiv de investiții, Consiliul va reține că operatorii economici participanți aveau obligația să demonstreze că, anterior, în cadrul altor contracte au executat lucrări de **construcții similare în cadrul unui contract de tip proiectare și execuție**, cu cele care fac obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Prin urmare, rolul acestei cerințe este dovedirea faptului că operatorii economici participanți au experiență, au executat lucrări de construcții de aceeași natură cu cele care urmează a fi executat în urma încheierii contractului care face obiectul acestei proceduri, că aceștia au cunoștințele/experiența și capacitatea necesară derulării unui astfel de contract și că au finalizat astfel de contracte.

Din analiza dosarului cauzei, se reține că SC SRL a completat în DUAE (pag. 824, vol. 3 al dosarului cauzei) următoarele informații:

- Descriere: ctr. Proiectare și execuție nr. 11 din 10.05.2019 – „Imobil de birouri cu regim de înălțime 2S+P+5E+R împrejmuire, amenajări exterioare”, proces verbal de recepție 456440/06.08.2021 în calitate de executant seria și numărul certificat BREEAM – BIU0000161-1.0 din 20.10.2022 adresa imobil Napoca str. Brâncuși nr. 57-59 (nu există diferențieri la certificarea BREEAM între tipuri de clădiri), valoarea 20.097.659,68 RON.

Rolul cerinței de calificare privind experiența similară, astfel cum a fost formulată de către autoritatea contractantă în anunțul de participare, este dovedirea faptului că operatorii economici participanți au experiență în domeniul lucrărilor de construcții **similare** cu ceea ce urmează a fi executat în urma încheierii contractului care face obiectul acestei proceduri, că aceștia au cunoștințele/ experiența și capacitatea necesară derulării unui astfel de contract și că au finalizat astfel de contracte. Având în vedere faptul că necesitatea autorității contractante astfel cum a fost precizată în documentația de atribuire constă în proiectarea și execuția unei clădiri, Consiliul va reține că operatorii

economici participanți aveau obligația să demonstreze că au executat astfel de construcții în cadrul cărora s-au regăsit lucrări similare (și nu identice) sau superioare cu cele din contractul care urmează a fi atribuit.

De asemenea, autoritatea contractantă nu poate impune ofertanților ca experiența similară prezentată să fie identică cu obiectul procedurii de atribuire în discuție, în acest sens fiind și precizările art. 5 alin. (1) din Instrucțiunea **ANAP nr. 2/2017** potrivit căroră: *„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” iar definirea „construcție similară, se înțelege clădire nouă, cel puțin din categoria de importanță C (în conformitate cu prevederile Hotărârii Guvernului nr. 766/1997), cu funcțiuni rezidențiale (de locuit), certificată ca clădire verde conform standardului BREEAM (Building Research Establishment’s Environmental Assessment Method) sau alt standard echivalent (de ex. LEED - Leadership in Energy & Environmental Design)”.

Prin urmare, Consiliul reține că enumerarea celor câteva exemple în cadrul cerinței de calificare din anunțul de participare simplificat are ca scop doar simpla indicare/caracterizare a unor clădiri care s-ar încadra în cerința privind experiența similară, fără ca lista acestor tipuri/categorii de clădiri să poată fi considerată exhaustivă sau limitativă, ci exemplificativă, scopul fiind ca potențialii ofertanți să se raporteze la un reper comun în identificarea unor lucrărilor similare.

Consiliul reține că, în definirea construcției similare pe care o va accepta ca și experiență similară, autoritatea contractantă a ales să se raporteze la categoria de importanță C - construcții de importanță normală, definită potrivit art. 6 din HG nr. 766/1997 ca fiind construcții cu caracteristici și funcțiuni obișnuite a căror neîndeplinire nu implică riscuri majore pentru societate și natură.

Rezultă că aceasta a dorit să experiența similară constând în executarea de lucrări la construcții cu caracteristici și funcțiuni obișnuite a căror neîndeplinire nu implică riscuri majore pentru societate și natură iar exemplele indicate în cadrul documentației au un simplu rol orientativ pentru ofertați, cu atât mai mult cu cât autoritatea contractantă în cadrul exemplelor indicate a ținut cont de tipurile de construcții, de caracteristicile și funcțiunile obișnuite ale acestora de riscurile pe care le implică în societate și natură și de faptul că respectivele construcții implică aglomerări umane.

În acest sens, Consiliul reține că vechea reglementare, respectiv HG nr. 261/1994 anterioară reglementării prin HG nr. 766/1997 prevedea în anexa 2a exemplificări pentru o mai bună înțelegere a clasificării categoriilor de construcții după categorii de importanță, astfel:

„I. Categoria de importanță A - Construcții de importanță excepțională

1. Construcții cu funcțiuni deosebit de importante, a căror neîndeplinire implică riscuri majore pentru societate și natură, pe zone foarte extinse.

Exemple: reactoare nucleare, baraje înalte sau amplasate pe terenuri dificile, cu zone intens populate în aval.

2. Construcții cu caracter de unicat, cu valoare deosebită de patrimoniu.

Exemple: ansambluri și clădiri de cult sau alte monumente de arhitectură propuse pentru a fi înscrise în patrimoniul cultural mondial.

II. Categoria de importanță B - Construcții de importanță deosebită

1. Construcții cu funcții importante, a căror neîndeplinire implică riscuri majore pentru societate și natură, pe zone limitate.

Exemple: construcții din industria chimică; căi ferate, șosele, poduri, porturi și aeroporturi de interes național; baraje pentru acumulări mari

de apă; **construcții social-culturale cu aglomerări mari de oameni;** stații de emisie de radio și televiziune.

2. Construcții cu valoare deosebită de patrimoniu sau care adăpostesc asemenea valori.

Exemple: monumente de arhitectură, situri istorice, muzee, arhive și biblioteci de importanță națională

III. Categoria de importanță C - Construcții de importanță normală

1. Construcții cu funcții obișnuite, a căror neîndeplinire nu implică riscuri majore pentru societate și natură.

Exemple: clădiri de locuințe cu mai mult de două niveluri; construcții industriale și agrozootehnice curente; construcții social-culturale care nu intră în categoriile de importanță A și B.

2. Construcții cu caracteristici și funcțiuni obișnuite, dar cu valori de patrimoniu.

Exemple: clădiri de cult; muzee de importanță locală.

IV. Categoria de importanță D - Clădiri de importanță redusă

Construcții cu funcții obișnuite, a căror neîndeplinire afectează un număr redus de oameni.

Exemple: clădiri de locuințe parter sau parter și un etaj; dependințe gospodărești; construcții provizorii”.

Totodată se reține că răspunsul nr. 11 din adresa nr. 19953/805/09.01.2023 de răspuns consolidat la solicitările de clarificări formulate de operatorii economici interesați și întrebarea aferentă nu au avut ca obiect exemplele enumerate de autoritatea contractantă în continuarea cerinței de calificare privind experiența similară, ci au avut ca obiect alte aspecte referitoare la modalitatea de demonstrare a experienței similare, respectiv:

- defalcarea contractului de tip proiectare și execuție în contracte care să fi avut ca obiect separat proiectarea și separat execuția de lucrări,
- eliminarea cerinței de certificare ca și clădire verde a construcției prezentate drept experiență similară

și

- completarea cerinței în sensul acceptării ca experiență similară a amenajărilor exterioare spații verzi,

autoritatea contractantă precizând prin răspunsul său că nu modifică cerința, indicând, în acest sens, instrucțiunea ANAP nr. 2/2017 anterior menționată.

Din descrierea contractului propus de ofertant ca și experiență similară, în cadrul DUAЕ reiese explicit faptul că SC SRL a executat lucrări de construcții civile a unei clădiri care se încadrează în

categoria de importanță C astfel cum este aceasta definită prin Hotărârea Guvernului nr. 766/1997 motiv pentru care, Consiliul reține că autoritatea contractantă respins în mod eronat oferta depusă de contestator, prin raportare exclusiv la exemplele menționate în anunțul de participare, ignorând în totalitate faptul că exemplele oferite au avut ca scop doar înțelegerea cerinței de calificare a de către operatorii economici interesați.

Consiliul subliniază că documentația de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatorie atât pentru

operatorii economici participanți la procedură, care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru entitatea contractantă, **aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de atribuire să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu cât și prevederile propriei documentații de atribuire**, care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

La punctul 39 din Hotărârea pronunțată în cauza **C-27/15, CJUE** a reținut că: „Astfel, conform unei jurisprudențe constante a Curții, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei **autorități contractante** îi revine sarcina **de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși lea stabilit** (a se vedea în special Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell’Adda, C42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43)” iar la punctul 42 din aceeași hotărâre a reiterat că „astfel cum sa amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă are obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși lea stabilit” și a precizat că „**această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură**”.

Cauza Cartiera dell’Adda SpA vs. CEM Ambiente SpA (C-42/13) considerentul 44: „Astfel, pe de o parte, principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Aceasta implică **formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini**, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea Comisia/CAS Succhi di

Frutta, C- 496/99 P, EU:C:2004:236, punctele 108-111)”.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți, astfel cum a fost prevăzut în anunțul de participare, astfel cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că, prin formalismul excesiv de care a dat dovadă în evaluarea ofertei contestatorului, autoritatea contractantă a respins oferta contestatorului, încălcându-și propria documentația de atribuire prin raportare exclusiv la o listă exemplificativă și pe cale de

consecință, criticile contestatorului privind nelegalitatea evaluării proprii sale oferte sunt fondate.

În ceea ce privește solicitarea contestatorului de a obliga autoritatea contractantă să accepte cifra de afaceri medie, Consiliul nu se va pronunța asupra acesteia având în vedere că, în cadrul comunicării rezultatului nr. 246960/21.02.2023 acesta nu a constituit motiv de respingere a ofertei contestatorului, aspect subliniat de către autoritatea contractantă prin punctul de vedere.

Conform principiului disponibilității statuat la art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, limitele contestației sunt determinate de societatea contestatoare care a stabilit obiectul acesteia, adică ceea ce pretinde, cu încadrarea în dispozițiile art. 2 alin. (1) din aceeași normă juridică, Completul de soluționare fiind ținut de contestația primită și neputându-și depăși limitele deoarece obligația sa este de a se pronunța numai cu privire la ceea ce s-a cerut, acest fapt constituind garanția aplicării principiului disponibilității.

În speță, SC SRL a investit Consiliul cu analiza legalității motivelor de respingere a ofertei sale, printre care nu se regăsește motivul referitor la cifra de afaceri medie.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu entitatea contractantă, va anula raportul procedurii și actele subsecvente acestuia, și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei depuse de SC SRL, cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

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

DECIDE:

Admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă anulează raportul procedurii și actele subsecvente acestuia, și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei depuse de SC SRL, cu respectarea documentației de atribuire, a prevederilor legale și a motivării aferentă prezentei în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligatorie.

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

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

Consilier de soluționare
.....

PREȘEDINTE
.....

Consilier de soluționare
.....

Redactat practicaua deciziei
....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 15 (cincisprezece) pagini