

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

DECIZIE

Nr. ... / ... / ...

Data: ...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de ... SRL, cu sediul în ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată legal de domnul ... - administrator și convențional de ..., cu sediul în ..., unde care solicită comunicarea actelor de procedură, privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de furnizare a unui microbuz electric, cod CPV 34114400-3, cu data-limită inițială de depunere a ofertelor ..., anunț de participare nr. ..., organizată de ..., cu sediul ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea în parte a documentației de atribuire, obligarea autorității la remedierea acesteia, prelungirea termenului de depunere a ofertelor, precum și suspendarea licitației până la soluționarea contestației. Prin încheierea nr. ..., Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, respingându-l ca rămas fără obiect. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

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 operatorul economic ...SRL reclamă anumite prevederi din documentația de atribuire elaborată de autoritatea contractantă ... pentru licitația antemenționată, învederând în motivare că, în ceea ce privește experiența similară, cerința: *„Ofertantul trebuie să fi furnizat produse similare. Prin produse similare se înțelege: autobuze, microbuze, etc în ultimii 3 ani în valoare cumulată de cel puțin 1.200.000 lei, fără TVA, valoare care se poate demonstra prin însumarea valorilor utilajelor furnizate la nivelul a unuia sau mai multor contracte. Numărul de ani aferenți experienței similare se calculează prin raportare la data-limită de depunere a ofertelor stabilită de autoritatea*

contractantă anunțul de participare.” a fost modificată în urma unei solicitări de clarificare, prin răspunsul nr. 12491/ 10.11.2023, în sensul că „prin produse similare se înțelege autovehicule electrice pentru transport public de persoane”. Totodată, autoritatea a modificat și cerința de prezentare a certificatului de conformitate la livrarea microbuzului, în sensul prezentării de către ofertanți în propunerea tehnică a unui certificat de conformitate pentru același tip/variantă de vehicul cu cel oferat, din care să reiasă informații privind categoria din care face parte microbuzul (M2/M3 etc), numărul de locuri, dimensiuni și mase, tipul de motor.

Contestatoarea apreciază că au fost încălcate principiile statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu intenția de favorizare a anumitor operatori economici. În egală măsură, este restrictivă și, în consecință, nelegală, modificarea cerințelor. Se impune ca autoritatea să modifice cerința privind experiența similară în sensul de a fi considerate livrări de produse similare livrările de autovehicule de transport persoane, nu exclusiv „autovehicule electrice de transport public persoane”. Modificarea adusă prin răspunsul de clarificare este restrictivă, întrucât nu dă posibilitatea participării la procedură a operatorilor economici cu experiență vastă în livrarea de microbuze de transport și cu un portofoliu amplu de produse competitive (care, ținând cont de evoluția relativ recentă a pieței, și-au dezvoltat portofoliul de produse la vehiculele electrice). Scopul cerinței privind experiența similară este ca operatorii să dovedească experiență în livrarea de microbuze și în respectarea obligațiilor ce decurg din vânzarea bunurilor (mentenanță, asistență tehnică etc).

Documentația de atribuire conține prevederi contradictorii, de natură să creeze confuzii operatorilor economici interesați și premisele favorizării anumitor ofertanți, întrucât prezentarea documentelor de omologare la momentul depunerii ofertelor presupune ca microbuzul să existe deja pe stocul ofertantului la data ofertei, ceea ce, în mod evident, avantajează producătorii care le au în stoc (în speță, producătorul microbuzelor ..., furnizate de ...SRL). Certificatul de conformitate se emite după fabricarea produsului (fiind obligatorie includerea datei de fabricație).

Verificarea datelor tehnice: categoria din care face parte microbuzul, numărul de locuri, dimensiuni și mase, tipul de motor, se poate face și prin alte documente tehnice, nu neapărat prin certificatul de conformitate. Certificatul de conformitate și documentația de omologare trebuie acceptate la data livrării microbuzului.

În punctul său de vedere nr. ... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. ..., autoritatea contractantă susține în apărare că cerința privind experiența similară face parte din capitolul privind capacitatea

tehnică și profesională și a fost stabilită în conformitate cu art. 4 alin. (1) și (2) din Legea nr. 69/2016 privind achizițiile publice verzi. Cerința a fost justificată și explicată pe larg în caietul de sarcini, la pct. 3.5.3.1 - 3.5.3.6, despre care ...SRL a avut cunoștință. Argumentul că cerința ar fi restrictivă este nefondat. Autoritatea nu solicită ca posibili ofertanți să fi livrat anterior produse identice, cerința fiind ca posibili ofertanți să fi livrat produse similare. Cerința nu este și nu poate fi interpretată în sensul ca experiența anterioară să privească exclusiv livrarea de microbuze electrice, cum interpretează în mod eronat contestatoarea.

Pe de altă parte, achiziția nu presupune doar furnizarea unui microbuz electric, ci și instalare și punere și funcțiune, testare, instruire personal, garanție, asistență și suport tehnic, mentenanță preventivă și corectivă, asigurarea pieselor de schimb și a materialelor consumabile. Prin urmare, este necesară și chiar esențială experiența similară în termenii în care a fost definită. Evident, activitatea de instalare și punere în funcțiune, testare, instruire personal, garanție, asistență și suport tehnic, mentenanță preventivă și corectivă, asigurarea pieselor de schimb și a materialelor consumabile este diferită în cazul autovehiculelor electrice față de autovehiculele cu motoare termice. Practic, nu se poate minimiza contractul la simpla livrare a unui autovehicul electric de transport public persoane.

În ce privește solicitarea ca certificatul de conformitate să fie prezentat de către ofertant la data livrării microbuzului, autoritatea precizează că este de acord cu solicitarea, urmând ca printr-un răspuns consolidat să remedieze situația.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ..., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 15.10.2023, autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea procurării unui microbuz electric de transport persoane (19+1 locuri pe scaune) cu stație de încărcare lentă, estimat valoric la 1.230.675 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 15.10.2023, alături de anunțul de invitare la competiție. Ulterior consultării acestei documentații, astfel cum a fost revizuită prin răspunsul de clarificare nr. 12491/10.11.2023, considerând că cerințele experienței similare și prezentării în ofertă a certificatului de conformitate, impuse de autoritate, sunt restrictive și contravin dispozițiilor legale, ...SRL a atacat-o în termenul legal la Consiliu, prin contestația care formează obiectul prezentei cauze, premisă a controlului administrativ-jurisdicțional. Cauțiunea aferentă, în valoare de ... lei, a

fost constituită prin recipisa de consemnare nr. ..., emisă de ..., la data de

Asupra aspectelor sesizate de petentă, Consiliul constată că, în anunțul de participare, la pct. III.1.3) – „Capacitatea tehnică și profesională”, autoritatea a stabilit:

Cerinta 1: Ofertantul trebuie să fi furnizat produse similare **Prin produse similare se înțelege: autobuze, microbuze, etc** în ultimii 3 ani în valoare cumulata de cel puțin 1.200 000 lei fara TVA, valoare care se poate demonstra prin însumarea valorilor utilajelor furnizate la nivelul a unuia sau mai multor contracte. Numarul de ani aferenti experientei similare se calculeaza prin raportare la data-limita de depunere a ofertelor stabilita de autoritatea contractanta anuntul de participare.

Totodată, în caietul de sarcini, pag. 15, la pct. 4 – „Documentații ce trebuie furnizate Autorității/entității contractante în legătură cu produsul”, autoritatea a specificat:

Documentațiile pe care **Contractantul** trebuie să le livreze Autorității contractante în cadrul contractului sunt:

[...]

Certificat de conformitate

[...]

La 10.11.2023, organizatoarea a postat în SEAP răspunsul de clarificare nr. 12491/10.11.2023 (fișierul [.../00011] RASPUNS CONSOLIDAT LA SOL CLARIFICARI.pdf.p7s), prin care a amendat cele două clauze, după cum urmează:

ÎNTREBARE: d) Cerința din Fisa de date, Secțiunea II. 1.4 Descrierea succinta a contractului sau a achiziției/achizițiilor: Obiectul contractului este: Furnizarea unui microbuz electric ce va fi utilizat în scopuri comunitare, finantat prin Planul National de Redresare si Rezilienta, Componenta C10 - Fondul Local, investitia 1.1.1 - înnoirea parcului de vehicule destinate transportului public (achiziția de vehicule nepoluante)

Cerința din Fisa de date, Secțiunea III. 1.3.a) Capacitatea tehnica si/sau profesionala este urmatoarea:

Pentru contractele de achiziție de bunuri: executarea de livrări de tipul specificat: „Ofertantul trebuie să fi furnizat produse similare Prin produse similare se înțelege : autobuze, microbuze, etc în ultimii 3 ani în valoare cumulata de cel puțin 1.200 000 lei fara TVA, valoare care se poate demonstra prin însumarea valorilor utilajelor furnizate la nivelul a unuia sau mai multor contracte.”

Conform ORDINULUI pentru aprobarea Ghidului specific — Condiții de accesare a fondurilor europene aferente Planului național de redresare și reziliență în cadrul apelurilor de proiecte PNRR/2022/C10, componenta 10 — Fondul local*):

„Pentru toate investițiile aferente prezentului ghid, vă rugăm să luați în considerare criteriile UE de Achiziție Publică Verde (GPP) care au fost dezvoltate pentru a facilita includerea cerințelor ecologice în documentele de achiziție. Acestea sunt disponibile pe domenii. Documentele sunt disponibile și în limba română https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm. Precizăm că România se află în proces de a introduce sisteme de monitorizare a implementării GPP la nivel național prin stabilirea unor proceduri specifice care vor fi urmate pentru a colecta informație. Acestea se vor realiza după revizuirea Legii nr 69/2016 privind achizițiile publice verzi.” Conform Legii nr. 69/2016 privind achizițiile publice verzi - art. 4, alin (2):

(1) În scopul îndeplinirii ȋntelilor prevăzute la art. 3, autoritatea contractantă atribuie contracte de achiziție publică verde, stabilind, prin documentațiile de atribuire aferente, criterii privind protecția mediului, ce pot lua următoarea formă:

a) cel puțin un criteriu de calificare sau selecție de natura celor precizate la art. 176 lit.

d) și f) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, în măsura în care

respectivul criteriu privește abordarea pe care a avut-o operatorul economic în relație cu protecția mediului și este relevant pentru posibilitatea de îndeplinire a viitorului contract; și/sau (...)

(2) Atunci când stabilește un criteriu de natura celor prevăzute la alin. (1) lit. a), autoritatea contractantă urmărește să verifice potențialul tehnic și/sau profesional al operatorilor economici participanți la achiziția publică verde, motiv pentru care are obligația de a corela cerințele cu specificul, volumul și complexitatea produselor, serviciilor sau lucrărilor care urmează să fie furnizate, prestate ori executate.

Având în vedere prevederile legale mai sus menționate **va rugăm să precizați ca prin produse similare se înțelege autovehicule electrice pentru transport public de persoane.**

Răspuns: Se accepta cerința, prin produse similare se înțelege autovehicule electrice pentru transport public de persoane.

ÎNTREBARE: Solicitarea nr. 9: în caietul de sarcini, la cap. 4 Documentații ce trebuie furnizate Autorității/Entității contractante în legătură cu produsul, se solicită: „Documentații pe care Contractantul trebuie furnizate Autorității/Entității Contractante în legătură cu produsul: [...]

- Certificat de conformitate; [...]" Conform Ghidului specific — Condiții de accesare a fondurilor europene aferente Planului național de redresare și reziliență în cadrul apelurilor de proiecte PNRR/2022/C10, componenta 10, este obligatoriu ca: "Pentru toate investițiile aferente prezentului ghid, vă rugăm să luați în considerare criteriile UE de Achiziție Publică Verde (GPP) care au fost dezvoltate pentru a facilita includerea cerințelor ecologice în documentele de achiziție. Acestea sunt disponibile pe domenii. Documentele sunt disponibile și în limba română - https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm. În documentul numit Criteriile UE privind achizițiile publice verzi în domeniul transportului rutier nr. SWD(2021) 296 final se prevede la criteriul ST2. Performanța în ceea ce privește emisiile de poluanți atmosferici următoarele: " Vehiculele cu o masă de referință care depășește 2.610 kg trebuie să fie vehicule cu emisii zero, adică vehicule fără motor cu ardere internă ... măsurat în conformitate cu Regulamentul (CE) nr. 595/2009 al Parlamentului European. " iar modalitatea de verificare impusă de ghidul specific este: "Verificare: Ofertantul trebuie să furnizeze certificatul de conformitate al vehiculului." Diferența principală dintre omologarea unei mașini cu COC (Certificate of Conformity - Certificat de Conformitate) și omologarea individuală a unei mașini: COC (Certificate of Conformity): Un COC este un document emis de către producătorul mașinii și confirmă că vehiculul respectă standardele și specificațiile tehnice ale Uniunii Europene. COC-ul este valabil pentru toate vehiculele identice fabricate de același producător, în conformitate cu același model și aceleași specificații. Documentația COC este standardizată și emisă în toate țările Uniunii Europene, și conține informații detaliate despre vehicul, cum ar fi numărul de identificare al vehiculului (VIN), caracteristicile tehnice, nivelul de emisii, etc. COC-ul este acceptat în majoritatea țărilor europene și nu necesită proceduri de omologare suplimentare.

Omologare individuală: Omologarea individuală se aplică atunci când un vehicul nu are un COC, iar autovehiculul a fost creat artizanal. În acest caz, proprietarul vehiculului trebuie să obțină omologarea individuală, care presupune prezentarea mașinii autorităților competente pentru a verifica conformitatea vehiculului cu standardele și regulamentele în vigoare. Pentru a obține omologarea individuală, pot fi necesare diverse documente, cum ar fi documentația tehnică a vehiculului, certificate de testare, rapoarte de emisii, etc. Procesul de omologare individuală poate varia în funcție de țară și de regulamentele specifice, și poate implica inspecții tehnice, teste de emisii, adaptări ale vehiculului pentru a se conforma cu cerințele locale, etc. În concluzie, COC-ul este emis de producător și confirmă faptul că toate vehiculele din serie sunt conforme cu standardele UE. Pe când omologarea individuală este necesară atunci când nu există COC, mașina fiind creată artizanal și trebuie obținută pentru fiecare produs în parte.

Obținerea omologării individuale implică un proces mai complex de verificare, proces care nu garantează că autovehiculul va fi omologat, iar obținerea omologării individuale pentru primul vehicul nu atestă conformitatea cu reglementările europene a următoarelor vehicule modificate artizanal de către același carosier. Prin urmare, **vă rugăm să precizați dacă în vederea respectării cerințelor ghidului de finanțare, dar și pentru a exista**

certitudinea că microbuzul este conform și că respecte toate normele privind circulația pe drumurile publice, singura modalitate de îndeplinire a acestor cerințe fiind prin prezentarea de către ofertanți în propunerea tehnică a unui certificat de conformitate (COC) pentru același tip / variantă de vehicul cu cel ofertat, din care să reiasă informații privind categoria din care face microbuzul (M2 / M3 etc), numărul de locuri, dimensiuni și mase, tipul de motor, astfel încât autoritatea să nu riște să piardă sursa de finanțare din PNRR și să fie obligată să suporte achiziția din bugetul local.

Răspuns: În vederea respectării cerințelor ghidului de finanțare, dar și pentru a exista certitudinea că microbuzul este conform și că respecte toate normele privind circulația pe drumurile publice, singura modalitate de îndeplinire a acestor cerințe fiind prin prezentarea de către ofertanți în propunerea tehnică a unui certificat de conformitate (COC) pentru același tip / variantă de vehicul cu cel ofertat, din care să reiasă informații privind categoria din care face microbuzul (M2 / M3 etc), numărul de locuri, dimensiuni și mase, tipul de motor, astfel încât autoritatea să nu riște să piardă sursa de finanțare din PNRR și să fie obligată să suporte achiziția din bugetul local.

Observând că autoritatea organizatoare, prin punctul de vedere asupra contestației, a achiesat la solicitarea de aducere a certificatului de conformitate la momentul livrării microbuzului, asumându-și ca printr-un răspuns consolidat să remedieze situația, Consiliul va admite criticile reclamantei cu privire la prezentarea certificatului de conformitate la momentul livrării și va obliga autoritatea să posteze în SEAP o clarificare în sensul celor precizate la pct. III din punctul de vedere asupra contestației. Reclamanta face referire și la documentația de omologare, însă răspunsul de clarificare nr. 12491/ 10.11.2023 nu aduce nicio modificare în privința respectivei documentații, context în care nu se poate interveni acum și direct asupra documentației de atribuire postată în SEAP la 15.10.2023, contestația nr. ... fiind vădit tardivă împotriva documentației cunoscută de ...SRL cu aproximativ o lună înainte. Nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de documentația de atribuire, întrucât ele sunt tardive, raportat la expirarea cu mult timp înainte a termenului de contestare prescris de art. 8 din Legea nr. 101/2016 [alin. (2) atenționează că: *„În cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire.”*].

O altă critică formulată de către ...SRL ține de cerința de calificare constând în experiența prealabilă constând în furnizarea de produse similare, revizuită de autoritate prin răspunsul de clarificare în sensul că *„prin produse similare se înțelege autovehicule electrice pentru transport public de persoane”*. Din parcurgerea punctului său de vedere nr. ..., pct. 6, reiese că unitatea administrativ-teritorială pare să achieseze la opinia contestatoarei, declarând expres:

Autoritatea contractantă **nu solicita** ca posibili ofertanți să fi livrat anterior produse identice, cerința fiind ca posibili ofertanți să fi livrat produse similare. Cerința din caietul de sarcini **nu este și nu poate fi interpretată în sensul ca experiența anterioară să privească exclusiv livrarea de microbuze electrice**, astfel cum interpretează în mod eronat contestatoarea.

Această relaxare pe cale interpretativă anihilează, practic, definiția din răspunsul de clarificare că, „prin produse similare se înțelege autovehicule electrice pentru transport public de persoane”, din care rezultă că nu este acceptată drept experiență similară furnizarea de autovehicule pentru transport public de persoane cu alt gen de motorizare.

Poziția ... este contradictorie și prin prisma explicațiilor din același punct de vedere:

La pct. 33 din contestație, contestatoarea se prevalează de decizia CNSC nr. ..., în care s-ar fi reținut: *"având în vedere și caracterul contractului, de furnizare, experiența vizează furnizarea unor mașini, iar nu producerea acestora. Prin urmare, diferențele între ceea ce înseamnă furnizarea unui microbuz electric și furnizarea unui microbuz cu motor termic sunt minime, fiind evident că cine poate/stie să furnizeze o mașină clasică, poate/stie să furnizeze și o mașină electrică"*.

Susținem că nu raționamentul este pe deplin aplicabil în situația noastră, pentru că achiziția din prezenta speță nu presupune doar furnizarea unui microbuz electric, ci și instalare și punere și funcționare, testare, instruire personal, garanție, asistență și suport tehnic, mentenanță preventivă și corectivă, asigurarea pieselor de schimb și a materialelor consumabile.

Prin urmare, **este necesară și chiar esențială experiența similară, în termenii în care a fost definită. Evident că activitatea de instalare și punere și funcționare, testare, instruire personal, garanție, asistență și suport tehnic, mentenanță preventivă și corectivă, asigurarea pieselor de schimb și a materialelor consumabile este diferită în cazul autovehiculelor electrice față de autovehiculele cu motoare termice.**

Practic, **nu se poate minimaliza contractul la simpla livrare a unui autovehicul electric** de transport public persoane.

care intră în flagrant conflict cu cerința stabilită în anunțul de participare, cerință care limitează experiența la „simpla” furnizare de produse similare, constând în „autobuze, microbuze, etc”, deci nu acoperă în niciun fel serviciile de *„instalare și punere și funcționare, testare, instruire personal, garanție, asistență și suport tehnic, mentenanță preventivă și corectivă, asigurarea pieselor de schimb și a materialelor consumabile”*. O asemenea circumstanțiere – presupunând că voința reală a autorității era de a solicita și experiență în asemenea servicii – ar fi trebuit regăsită în anunț, nu în punctul de vedere asupra contestației. De notat că art. 178 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 admite și experiența adiacentă:

Art. 178. - (1) Autoritatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentele achiziției cerințe privind capacitatea tehnică și profesională care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dețin resursele umane și tehnice și experiența necesare pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru la un standard de calitate corespunzător.

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

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

Operând prin răspunsul precitat o schimbare a definiției „*prin produse similare se înțelege: autobuze, microbuze, etc*” din anunțul de participare, autoritatea nu doar că a restricționat condițiile de participare la licitație, ci a și încălcat dispozițiile exprese ale art. 55 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – „*În cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja existente în acesta, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, care trebuie să fie publicat nu mai târziu de 3 zile lucrătoare înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau solicitărilor de participare.*”, în speță nefiind publicat niciun anunț de tip erată de revizuire a definiției de mai sus.

Relevantă este 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, din care reținem:

Art. 5. - (1) **Nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de lucrări identice cu cele care fac obiectul contractului** de achiziție publică/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.

(2) Autoritatea/Entitatea contractantă va explicita similaritatea obiectului contractului într-o manieră care să reflecte categoriile/tipurile de produse/servicii/lucrări de o complexitate comparabilă cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează să fie atribuit, utilizând o descriere generală, raportată la sectorul/domeniul în care se încadrează acesta. Se vor evita formulările de tipul "ofertantul a executat/prestat lucrări/servicii similare celor prevăzute în contract ..." sau "a furnizat produse care se încadrează în categoria/clasa CPV XXXXX".

Exemplul nr. 1: Contract având ca obiect - Servicii de verificare și evaluare a cererilor de finanțare pentru programul operațional X aferent implementării fondurilor europene nerambursabile; CPV utilizat 79419000-4 - Servicii de consultanță în domeniul evaluării.

Practică defectuoasă: Formulare restrictivă a cerinței "prezențați experiență în activități de verificare și evaluare cereri de finanțare."

Bună practică: Demonstrați că ați mai prestat activități de consultanță/asistență tehnică în domeniul accesării finanțărilor nerambursabile sau similare acestora, cum ar fi: asistență tehnică în evaluarea proiectelor/cererilor de finanțare; asistență tehnică în elaborarea ghidului solicitantului pentru programele aferente implementării fondurilor europene nerambursabile; asistență tehnică privind elaborarea cererilor de finanțare; asistență tehnică în evaluarea cererilor de rambursare și altele asemenea.

Exemplul nr. 2: Contract având ca obiect - lucrări de amenajare parcare auto pe orizontală

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

Bună practică: demonstrați experiență în activități având ca obiect amenajarea teritoriului sau lucrări de geniu civil, cum ar fi lucrări de construire și/sau de modernizare și/sau de reabilitare de drumuri și/sau de străzi, sau lucrări pentru realizarea de parcări similare din punctul de vedere al complexității cu cea care face obiectul achiziției.

(3) **Experiența similară nu trebuie să fie solicitată și pentru activități secundare/accesorii**, indiferent de ponderea valorică a acestora în obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit, în condițiile în care acestea nu afectează indicatorii de performanță/nivelul calitativ ce caracterizează obiectul principal sau scopul respectivului contract.

Experiența similară *nu înseamnă experiență identică*, fiind suficient ca livrările efectuate anterior de către ofertanți să fi fost de autobuze, microbuze, alte autovehicule de transport public de persoane, indiferent de tipul de motorizare, nu doar electrică, livrarea constituind activitatea principală a contractului supus licitației, nicidecum ansamblul tuturor activităților descrise în caietul de sarcini.

Așadar, furnizările similare de care se prevalează contestatoarea și sunt prevăzute în anunțul de participare nu trebuie excluse din sfera experienței similare, cum nelegal a procedat autoritatea prin răspunsul de clarificare.

În sensul că experiența similară nu trebuie să însemne experiență identică s-au pronunțat nu doar curțile de apel, ci și Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, prin decizia nr. 2145 din 23 mai 2018 (<http://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=156276>), din care cităm:

Trecând la analiza caracterului restrictiv al criteriilor de calificare și selecție, Înalta Curte constată că instanța de fond a apreciat, raportat la cerințele referitoare la experiența similară a ofertanților, că mențiunea referitoare la dovedirea acestei experiențe (de implementare a unui sistem informatic integrat) strict "în domeniul sănătății sau al asigurărilor medicale" nu ar avea caracter restrictiv, contrar celor reținute prin Lista de verificare a achiziției publice și că justificările aduse de reclamant pentru stabilirea cerinței sunt pertinente și bazate pe complexitatea contractului și pe specificul acestuia.

Aceste susțineri ale instanței de fond sunt rezultatul unei greșite interpretări a prevederilor O.U.G. nr. 34/2006 în materie de criterii de selecție.

Limitarea dobândirii experienței similare la domeniul sănătății sau al asigurărilor medicale are caracter restrictiv și a fost de natură a îngreuna accesul la procedură și al altor posibili ofertanți, care ar fi putut dovedi o experiență similară, în implementarea unui sistem informatic integrat, iar nu identică, cum a pretins de reclamantul.

Scopul legislației în materia achizițiilor publice este de a asigura accesul cât mai multor operatori economici la procedurile de atribuire, de promovare a concurenței între aceștia și de garantare a tratamentului egal și nediscriminatoriu, în conformitate cu prevederile art. 2 din O.U.G. nr. 34/2006. Deși instituirea cerințelor de calificare este atributul autorității contractante, regula o constituie accesul nerestricționat al operatorilor economici la procedură. Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire prin introducerea unor cerințe minime de calificare care nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit sau care sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului (art. 8 din H.G. nr. 925/2006).

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, în special a prevederilor art. 188 alin. (1) și (2) din O.U.G. nr. 34/2006.

Stabilirea unor cerințe minime de calificare nejustificate și disproporționate, raportat la obiectul contractului, încalcă principiul utilizării eficiente a fondurilor publice (ca efect direct al restricționării accesului la procedură al operatorilor economici) și principiul proporționalității.

Specificul activităților medicale nu este un argument hotărâtor în impunerea criteriilor de selecție pentru atribuirea unui contract care se referă la implementarea unui sistem informatic integrat. **Cerința impusă cu privire la experiența identică excede celor strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului.**

De asemenea, instanța de fond a înlăturat și argumentele din Raportul asupra contestației care susțin, suplimentar, caracterul restrictiv al cerințelor, cu argumentul că s-a cerut demonstrarea executării a două contracte diferite, dar al căror obiect se suprapune parțial. Instanța de fond a arătat că, și în ipoteza suprapunerii parțiale, solicitarea celor două contracte a urmărit obiective diferite.

Împrejurarea că reclamantul, în calitate de autoritate contractantă, a solicitat în dovedirea experienței similare atât dovada prestării a cel puțin unui contract în domeniul sănătății sau al asigurărilor de sănătate ce a presupus implementarea unui sistem informatic integrat cuprinzând activitățile expres menționate, cât și dovada prestării a cel puțin unui contract ce a presupus implementarea unui sistem informatic pentru managementul activităților medicale în cadrul unui spital nu face decât să întărească **concluzia caracterului restrictiv al cerințelor referitoare la experiența similară, rezultat nu numai din pretinderea unei experiențe identice**, ci și din dublarea cerințelor pe anumite tipuri de activități.

[...]

În conformitate cu jurisprudența consolidată a ICCJ-SCAF, după adoptarea soluției de principiu din 24.11.2014, în reglementarea O.U.G. nr. 66/2011, aplicarea corecției financiare pentru recuperarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora nu este condiționată de existența unui prejudiciu asupra bugetului Uniunii Europene/fondurilor publice naționale (cu excepția situațiilor expres și limitativ prevăzute în anexa la ordonanța de urgență în care aplicarea corecției financiare este condiționată de existența prejudiciului).

Există o bogată practică judiciară pe tema caracterului restrictiv al cerinței experienței identice.

Inclusiv opiniile Agenției Naționale pentru Achiziții Publice sunt în această direcție (<https://achizitiipublice.gov.ro/questions/view/138/910>):

Ca regulă generală, toate cerințele privind capacitatea trebuie să aibă legătură directă și să fie proporționale cu obiectul contractului de achiziție publică. Apreciem că **cerința privind experiența nu trebuie să fie identică ci similară cu obiectul contractului și trebuie formulată astfel încât să nu genereze o restrângere a concurenței.**

A se vedea și exemplele regăsite în ultimul model al fișei de date a achiziției (versiunea 18 mai 2017) elaborat de Agenția Națională pentru Achiziții Publice (disponibil la adresa <http://anap.gov.ro/web/modele-fda/>), la pct. III.2.3.a) – *Capacitatea tehnică și/sau profesională*.

Elocvente sunt și considerentele Consiliului din decizia nr. ..., judicios invocată de către reclamantă:

Contrar susținerilor autorității contractante, Consiliul consideră că, de fapt, se solicită experiență identică și nu experiență similară.

De altfel, singurul argument din punctul de vedere în sensul că se solicită experiență similară și nu identică este dat de faptul că cerința vizează și furnizări „similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și al scopului”.

Având în vedere istoricul unor astfel de proceduri derulate pe parcursul anului 2023 în România, Consiliul constată participarea exclusivă, în calitate de ofertanți, a unor furnizori (dealeri) și nu a unor producători.

Având în vedere și caracterul contractului, de furnizare, experiența vizează furnizarea unor mașini și nu producerea acestora.

Prin urmare, diferențele între ceea ce înseamnă furnizarea unui microbuz electric și furnizarea unui microbuz cu motor termic sunt minime, fiind evident că cine poate/știe să furnizeze o mașină clasică (pe combustibil lichid) poate/știe să furnizeze și o mașină electrică.

De altfel, primii furnizori de mașini electrice au fost, evident, furnizorii de mașini clasice.

Nici astăzi, în cadrul dealerilor monomarcă, agenții de vânzări nu vând, în mod exclusiv, mașini electrice sau mașini clasice, ci ambele tipuri de mașini.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod restrictiv și nelegal autoritatea achizitoare a emis răspunsul de clarificare din adresa nr. 12491/10.11.2023: *„Se acceptă cerința, prin produse similare se înțelege autovehicule electrice pentru transport public de persoane.”*, care urmează a fi anulat de Consiliu, urmând ca autoritatea să conceapă și să posteze în SEAP un răspuns în acord cu cele reținute mai sus și cu dispozițiile legale. Este în interesul public și al autorității contractante, să propună contractul unui număr cât mai mare de concurenți. Astfel cum a precizat deja fosta Curte de Justiție a Comunităților Europene în Hotărârea din 23 decembrie 2009, CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, punctul 37, unul dintre obiectivele normelor Uniunii în materia achizițiilor publice este deschiderea spre o concurență cât mai extinsă posibil. Această deschidere spre concurență nu este avută în vedere doar în raport cu interesul Uniunii privind libera circulație a bunurilor și a serviciilor, ci și în raport cu interesul propriu al autorității contractante implicate, care dispune astfel de o alegere mai vastă cu privire la oferta cea mai avantajoasă economic și cea mai potrivită nevoilor autorității publice în cauză. Prin faptul că ar acorda potențialilor

ofertanți șansa de a prezenta oferte, autoritatea s-ar priva de această

posibilitate. Raționamentul este reiterat constant în jurisprudența Curții, exemple fiind Hotărârea Bayerischer Rundfunk și alții, C-337/06, EU:C:2007:786, punctul 39, și Hotărârea din 18 decembrie 2014, Data

Medical Service, C-568/13, EU:C:2014:2466, punctul 34.

Obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și normal 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 (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 2 iunie 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 36). Tribunalul de Primă Instanță, în Hotărârea din 12 martie 2008, cauza T-345/03, Evropaiki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE împotriva Comisiei Comunităților Europene, punctul 145, a statuat că principiul transparenței presupune ca toate *„toate informațiile tehnice relevante pentru buna înțelegere a anunțului de participare sau a caietului de sarcini să fie puse, de îndată ce este posibil, la dispoziția tuturor întreprinderilor participante la o procedură de atribuire a contractelor de achiziții publice, astfel încât, pe de o parte, să permită tuturor ofertanților mediu informați și care dau dovadă de o diligență normală să înțeleagă întinderea exactă a acestora și să le interpreteze în același fel și, pe de altă parte, să dea posibilitatea autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele ofertanților corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză”*.

Documentația de atribuire, în lumina definiției regăsite în Legea nr. 98/2016, reprezintă documentul achiziției care cuprinde cerințele, criteriile, regulile și alte informații necesare pentru a asigura operatorilor economici o *informare completă, corectă și explicită* cu privire la cerințe sau elemente ale achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, inclusiv specificațiile tehnice ori documentul descriptiv, condițiile contractuale propuse, formatele de prezentare a documentelor de către candidați/ofertanți, informațiile privind obligațiile generale aplicabile. Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire (art. 154 din legea achizițiilor).

Data fiind situația constatată, Consiliul urmează ca, în baza art. 26 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 101/2016, să admită contestația ...SRL nr. ..., în contradictoriu cu ..., să anuleze răspunsurile:

- Se acceptă cerința, prin produse similare se înțelege autovehicule electrice pentru transport public de persoane.

- În vederea respectării cerințelor ghidului de finanțare, dar și pentru a exista certitudinea că microbuzul este conform și că respectă toate normele privind circulația pe drumurile publice, singura modalitate de îndeplinire a acestor cerințe fiind prin prezentarea de către ofertanți în propunerea tehnică a unui certificat de conformitate (COC) pentru același tip / variantă de vehicul cu cel ofertat, din care să reiasă informații privind categoria din care face microbuzul (M2 / M3 etc), numărul de locuri, dimensiuni și mase, tipul de motor, astfel încât autoritatea să nu riște să piardă sursa de finanțare din PNRR și să fie obligată să suporte achiziția din bugetul local.

și să dispună obligarea autorității contractante să redacteze și să publice în SEAP noii răspunsuri, cum s-a arătat mai sus. Totodată, Consiliul va obliga autoritatea să stabilească o nouă dată-limită de depunere a

ofertelor, raportată la data postării în SEAP a respectivelor măsuri de remediere și în acord cu art. 153 din Legea nr. 98/2016.

Art. 1 alin. (4) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 statuează că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de realizare a achizițiilor, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci și a regulilor de furnizare a informațiilor necesare operatorilor economici pentru elaborarea ofertelor, vitale în lumina principiului transparenței.

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

Admite contestația ...SRL nr. ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., și anulează următoarele răspunsuri din adresa autorității nr. 12491/ 10.11.2023:

- Se acceptă cerința, prin produse similare se înțelege autovehicule electrice pentru transport public de persoane.

- În vederea respectării cerințelor ghidului de finanțare, dar și pentru a exista certitudinea că microbuzul este conform și că respectă toate normele privind circulația pe drumurile publice, singura modalitate de îndeplinire a acestor cerințe fiind prin prezentarea de către ofertanți în propunerea tehnică a unui certificat de conformitate (COC) pentru același tip / variantă de vehicul cu cel ofertat, din care să reiasă informații privind categoria din care face microbuzul (M2/M3 etc), numărul de locuri, dimensiuni și mase, tipul de motor, astfel încât autoritatea să nu riște să piardă sursa de finanțare din PNRR și să fie obligată să suporte achiziția din bugetul local.

Obligă autoritatea ca, în termen de cel mult unsprezece zile de la data primirii prezentei decizii, să redacteze noi răspunsuri de clarificare, potrivit considerentelor de mai sus, răspunsuri care vor fi aduse la cunoștința operatorilor economici prin publicarea lor în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, de îndată ce vor fi adoptate. Totodată, Consiliul obligă autoritatea contractantă să stabilească o nouă dată-limită de depunere a ofertelor, raportată la data postării în SEAP a respectivelor măsuri de remediere și în acord cu art. 153 din Legea nr. 98/2016.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată practicaua deciziei,
...

Redactată în patru exemplare, conține paisprezece pagini.