CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliu sub nr. ...../....., asocierea SC ..... SRL – SC ..... SRL, prin liderul de asociere SC ..... SRL, cu sediul în ....., județul ....., având adresa de corespondență la punctul de lucru din municipiul ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CIF RO ....., reprezentată legal de ....., în calitate de administrator, reprezentată convențional de ..., formulată împotriva adresei nr. 1347/17.04....., reprezentând rezultatul evaluării DUAE, emisă de ....., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ....., ..., în procedura simplificată, organizată în vederea încheierii unui contract de achiziție publică având ca obiect „Proiectare și execuție reabilitare străzi ....., ..., județul .....”, cu anunț de participare simplificat nr. ....., publicat în SEAP la data de ....., s-a solicitat Consiliului:

„• Anularea rezultatului procedurii având ca obiect Proiectare și execuție reabilitare străzi ....., ..., județul ....., consemnat în adresa nr. 1374/17.04..... și a actelor subsecvente și a răspunsului la notificarea prealabilă prin care a fost menținut;

• Anularea procesului-verbal în temeiul căruia oferta subscrisei a fost declarată inacceptabilă și a raportului procedurii sub același aspect;

• Obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei noastre;

• Obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezenta contestație constând în onorariu avocațial conform dovezilor anexate;

• Reluarea evaluării ofertelor și implicit, reevaluarea ofertei noastre”.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația FN (fără număr înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliu sub nr. ...../..... SC ..... SRL critică adresa nr. 1347/17.04....., reprezentând rezultatul procedurii de atribuire, emisă de ....., în calitate de autoritate contractantă, în procedura amintită, conform căreia oferta sa a fost declarată inacceptabilă, pe motiv că nu a justificat experiența similară.

În fapt, contestatoarea arată că după depunerea ofertelor, autoritatea contractantă a trecut la etapa evaluării DUAE-urilor depuse, solicitându-i să depună documentele care probează îndeplinirea cerinței privind experiența similară declarată în DUAE.

Cu toate că a respectat întocmai cele solicitate de către autoritatea contractantă și a depus documentele cerute, prin adresa nr. 1375/17.04....., oferta sa a fost respinsă ca fiind inacceptabilă, decizie pe care o consideră nelegală, raportat la prevederile art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu prevederile Cap. III 2.3. lit. a) din fișa de date a achiziției.

Cu privire la nelegalitatea deciziei de respingere a ofertei sale, pe de o parte, contestatoarea a menționează că, în speță, nu s-a justificat necesitatea depunerii documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, iar pe de altă parte, s-a derogat în mod expres de la dispozițiile art. 196 din Legea nr. 98/2016.

Pe fondul deciziei de excludere, contestatoarea consideră că, în mod greșit autoritatea contractantă a statuat că oferta sa nu ar îndeplini cerința experienței similare. În acest sens contestatoarea a făcut trimitere la prevederile fișei de date, Cap. III 2.3. și ale art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016, care prevăd obligația autorității contractante de a descrie, în mod explicit și corect, cerințele de calificare impuse, astfel că se poate observa că în cadrul justificării cerinței experienței similare, autoritatea contractantă a arătat posibilitatea și nu obligația de a se prezenta experiența în anumite domenii.

De asemenea, contestatoarea a învederat că autoritatea contractantă a omis faptul că rolul cerinței experienței similare și profesionale este de a dovedi că operatorii economici participanți au experiență în domeniul lucrărilor similare cu ceea ce urmează a fi realizat în urma încheierii contractului care face obiectul procedurii contestată, că au cunoștințele/experiența şi capacitatea necesară derulării unui astfel de contract.

Referitor la contractele încheiate cu ..., nr. 839/25.05.2016 și nr. 8/10.04.2014, care au ca obiect „Lucrări de rezistență și amenajări exterioare Parc Logistic TRC Cluj”, respectiv „Modernizarea drumurilor și platformelor în incinta Parc Logistic Transilvania”, contestatoarea a menționat că în decizia de excludere, autoritatea contractantă a

menționat în mod nejustificat că acestea *nu corespund cu serviciile similare stabilite prin fișa de date*.

Prima precizare care se impune, arată contestatoare, vizează faptul că decizia de excludere este nemotivată și inconsecventă, contractul fiind invocat pentru justificarea lucrărilor similare și nu a serviciilor similare cum se susține în rezultatul procedurii.

Contestatoarea precizează că în cadrul celor două contracte anterior menționate, au existat și lucrări de drum, acestea fiind, contrar celor susținute de autoritatea contractantă, similare cu lucrările de execuție drum comunal/vicinal, iar lucrările realizate în cadrul proiectului cuprind platforme cu structuri rutiere diferite şi lățimi variabile, în cadrul planului de situație și se poate observa că în interiorul parcului industrial s-a realizat un drum de incintă cu două benzi de circulație de 5,00 m, poziționate de o parte şi de alta a casei de poartă (intrare- ieșire), cu raze de curbură generoasă (20 m) pentru acces tiruri. În acest sens, contestatoarea a invocat Ordinul nr. 1297/2017 pentru aprobarea Normelor privind încadrarea în categorii a drumurilor de interes național, considerând că, *în conformitate cu NE 116-04 Normativ privind alcătuirea structurilor rutiere rigide și suple pentru străzi,* structura rutieră a drumurilor AX1, AX2 și a Drumului pietruit este *de tip SUPLU, similar sau chiar superior celui supus în cadrul drumului obiect al procedurii*.

SC ..... SRL a mai menționat că în cadrul procedurii de atribuire, pentru drumul ce se dorește a fi executat, sunt prevăzute 2 straturi rutiere - piatră 50 cm, mixtură asfaltică BA16-6 cm, iar în cadrul contractului propus ca experiență similară sunt 5 straturi pe drumurile AX1 şi AX2, respectiv 3 straturi pe drumul pietruit, precum și 5 straturi pentru rampele auto și platformele de andocare. În acest sens, contestatoarea a invocat Instrucțiunea nr. 2/2017 emisă de ANAP [art. 5 alin. (1)].

Contestatoarea a învederat că structura rutieră suplă este alcătuită dintr-un ansamblu de straturi realizate din materiale necoezive stabilizate mecanic sau/şi cu lianți hidrocarbonați, îmbrăcămintea şi stratul de bază fiind realizate din mixturi asfaltice, sau, în mod excepțional, din macadam bituminos sau din macadam (pietruire). Astfel, contestatoarea a considerat că realizarea lucrărilor de platforme industriale este mult mai pretențioasă decât realizarea unui drum local, deoarece aceasta implică respectarea cu strictețe a pantelor şi a cotelor din proiect, pentru a se dirija apele pluviale către gurile de scurgere, în vreme ce la un drum local pantele permit abateri întrucât scurgerea apelor se realizează transversal în șanțurile de colectare. De asemenea, contestatoarea arată că, potrivit art. 2 alin. (3) din OG nr. 43/1997, fac parte integrantă din drum (...): *trotuarele, (...), locurile de parcare, oprire și staționare, indicatoarele de semnalizare rutieră și alte dotări pentru siguranța circulației (...).*

Cu referire la lucrările de drum/parc logistic care include drum, contestatoarea a făcut trimitere la o cauză similară, respectiv la Decizia nr. 2344/..... a Curții de Apel Cluj, care a menținut o decizie a Consiliului.

Contestatoarea a precizat că scopul criteriilor minime de calificare trebuie să rămână verificarea potențialului tehnic al fiecărui operator de a îndeplini contractul și nu a abilității/oportunității de a încheia contracte pentru anumite categorii de drum. Modalitatea de interpretare a cerințelor de calificare trebuie să permită oricărui ofertant care demonstrează în concret, prin orice mijloc de probă că a executat lucrări similare accesul la procedura de achiziție publică.

Referitor la contractul nr. 75/27.04.2017, încheiat de societatea sa cu RADP CLUJ-NAPOCA, contestatoarea a menționat că acesta are ca obiect „Lucrări de întreținere și reparații a străzilor, aleilor trotuarelor și platformelor, de pe raza municipiului Cluj Napoca” – lot 16, astfel încât, în decizia de excludere autoritatea contractantă a susținut, în mod nejustificat că respectivul contract nu corespunde cu *serviciile similare* stabilite prin fișa de date a achiziției.

Contestatoarea a învederat faptul că, în conformitate cu prevederile art. 8 alin. (1) lit. c) din OG nr. 43/1997, străzile sunt o categorie a drumurilor locale, încadrându-se în categoriile indicate de autoritatea contractantă în fișa de date.

În privința tipurilor de lucrări ce au făcut obiectul acestui contract, contestatoarea a precizat că, deși acestea au fost denumite impropriu, lucrări de întreținere și reparații, așa cum rezultă din documentele tehnice anexate, în realitate au presupus în mare parte reparații capitale, lucrările executate în cadrul contractului sunt lucrări care au fost realizate în conformitate cu proiecte tehnice de execuție, care au impus desfacerea integrală a sistemului rutier existent atât carosabil cât și trotuar, precum și realizarea unui nou sistem rutier conform memoriilor tehnice atașate în răspunsul la clarificări. În continuarea susținerilor sale, SC ..... SRL a prezentat în detaliu acest lucru.

În ceea ce privește tipologia lucrărilor, contestatoarea a criticat autoritatea contractantă întrucât a ignorat faptul că însăși fișa de date prevede posibilitatea ofertării a „altor lucrări similare cu cele ce urmează a fi executate prin prezentul contract aferente drumurilor locale”. Față de acest aspect, contestatoarea a făcut trimitere la Dicționarul explicativ al limbii române pentru înțelesul dat cuvântului „similară”, precum și Notificarea nr. 528/2017 a ANAP.

În concluzie, contestatoarea a precizat că decizia autorității contractante de excludere a societății sale este fundamentată pe o evaluare deficitară și prematură a cerinței în cauză care a fost interpretată restrictiv și cu ignorarea scopului pentru care aceasta a fost prevăzută în fișa de date.

În probațiune, SC ..... SRL a indicat înscrisurile anexate contestației, precum și Expertiza tehnică, „prin care prin care expertul să stabilească dacă lucrările prezentate prin cele 3 contracte depuse pentru

justificarea experienței similare, pot fi considerate din punct de vedere tehnic „alte/lucrări similare” celor solicitate în fișa de date, fiind la fel sau mai complexe față de cele solicitate în documentație”.

În dovedire, contestatoarea SC ..... SRL a depus, în copie, un set de înscrisuri.

Autoritatea contractantă prin adresa nr. 1661/08.05....., înregistrată la CNSC sub nr. 18943/11.05....., a înaintat punctul de vedere și o copie a documentelor aflate în dosarului achiziției publice.

Prin punctul de vedere, autoritatea contractantă a menționat că rezultatul verificării DUAE pentru ofertantul asocierea SC ..... SRL - SC ..... SRL a fost adus la cunoștință acestuia prin transmiterea, prin intermediul SEAP, a informării nr. 1347/17.04....., document prin care cuprinde justificarea, pe larg, a motivelor pentru care oferta depusă a fost respinsă ca inacceptabilă în baza art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, aspect care a condus totodată la inacceptabilitatea ofertei depusă de către acesta.

Cu privire la analiza fondului contestației depusă de SC ..... SRL, autoritatea contractantă a precizat că în ceea ce privește primul aspect sesizat de către contestatoare, necesitatea justificării experienței similare a fost stabilită foarte clar încă de la solicitarea de clarificări nr. 1176/30.03....., iar având în vedere cele menționate în cadrul solicitării de clarificări, se poate înțelege foarte ușor care a fost motivul pentru care s-au solicitat contractele de experiență similară, respectiv pentru faptul că acestea nu respectau criteriul de calificare și selecție stabilit de către autoritatea contractantă în cadrul fișei de date.

Autoritatea contractantă a arătat că autoarea contestației face confuzie cu privire la motivul eliminării. Astfel, oferta contestatoarei a fost eliminată, deoarece nu îndeplinește criteriile de calificare și selecție, nu și pentru faptul că ofertantul nu a completat DUAE corespunzător, așa cum susține acesta. Formularul DUAE a fost completat corespunzător, doar că informațiile prezentate în cadrul acestuia nu îndeplinesc criteriile de calificare și selecție impuse de autoritatea contractantă în cadrul fișei de date, respectiv nu este îndeplinită cerința aferentă experienței similare pentru componenta de lucrări.

Cu privire la cel de-al doilea motiv invocat de contestatoare, autoritatea contractantă a menționat că întrucât a ales ca procedura să fie „procedură simplificată”, în conformitate cu prevederile art. 113 din Legea 98/2016, a decis să solicite criterii de calificare și selecție pentru operatorii interesați să participe la prezenta procedură. Criteriile de calificare și selecție aferente experienței similare au fost precizate în cadrul fișei de date *Cap. III.2.3 a) Capacitatea tehnică și/sau profesională* după cum urmează:

- Experiența similară pentru componenta de lucrări în valoare de minim 4.100.000 lei din maxim 3 contracte executate în ultimii 5 ani;

- Experiență similară pentru componenta de ”similară” în valoare de minim 50.000 lei din maxim 2 contracte executate în ultimii 3 ani.

Ținând cont de faptul că cele 3 contracte prezentate de contestatoare, având nr. 839/2505.2016 și nr. 8/10.04.2014 încheiate cu ..., respectiv nr. 75/27.04.2017 încheiat cu RADP Cluj Napoca, autoritatea contractantă a precizat că acestea nu reprezintă decât lucrări, care din punctul de vedere al comisiei nu sunt similare și nu pot fi încadrate în categoriile de drumuri stabilite în cadrul fișei de date. Execuția unor drumuri aferente unor parcuri logistice sau lucrări de întreținere (care sunt inferioare din punct de vedere tehnic celor ce vor fi executate în cadrul prezentei proceduri) nu demonstrează capacitatea, experiența și cunoștințele de a realiza contractul.

Cu privire la cele 2 contracte încheiate cu ..., autoritatea contractantă consideră că au fost comunicate, foarte clar, în adresa transmisă în data de 17.04....., motivele pentru care lucrările aferente celor două contracte nu pot fi luate în considerare, dar având în vedere contestația emisă, reiterează motivele. Astfel, în primul rând și cel mai important aspect este faptul că drumurile executate de către contestatoare în cadrul celor 2 contracte ”de experiență”, nu se încadrează în categoriile de drum impuse în fișa de date, respectiv drumurilor locale și/sau drumurilor comunale și/sau drumurilor județene și/sau drumurilor naționale și/sau drumurilor expres și/sau autostrăzi. Drumurile executate de către ofertant sunt aferente unui parc logistic și mai mult de atât, valoarea contractelor respective nu conțin doar drumuri ci în mare parte conțin platforme de parcare, andocare etc.

Cu privire la contractul încheiat între contestatoare și RADP Cluj Napoca, autoritatea contractantă a menționat că întrucât în cadrul procedurii se vor executa lucrări de modernizare a străzilor din localitățile aferente comunei Secaș în baza DALI-ului pus la dispoziție de către autoritatea contractantă, ofertanții trebuiau să prezinte o experiență similară privind lucrări de cel puțin aceeaşi anvergură și nu orice tipuri de lucrări.

Autoritatea contractantă a arătat că experiența prezentată de ofertant prin prisma celui de al treilea contract, nu reflectă similaritatea lucrărilor, deoarece în cadrul fișei de date, a fost precizat foarte clar tipurile de lucrări care vor fi luate în considerare precum și tipurile de drum care pot fi luate în considerare ca experiență similară. Astfel, potrivit cap. III.2.3.a) *Capacitatea tehnică și profesională*, din fișa de date, ofertanții pot prezenta o experiență similară privind lucrările și serviciile de proiectare în următoarele domenii: reabilitarea primară și/sau reparație capitală și/sau lucrări de execuție și/sau modernizare și/sau alte lucrări similare cu cele ce urmează a fi executate prin prezentul contract aferente drumurilor locale și/sau drumurilor comunale și/sau drumurilor județene și/sau drumurilor naționale și/sau drumurilor expres și/sau autostrăzi.

Mai mult de atât, autoritatea contractantă a precizat că, în situația în care lucrările de întreținere în fapt ar fi fost lucrări de reabilitare, singurele lucrări care ar putea fi considerate similare în baza memoriilor tehnice transmise sunt doar o parte din cele prezentate.

Având în vedere că pot fi luate în considerare, doar parțial, lucrări executate din cadrul Contractului nr. 75/27.04.2017 încheiat cu RADP Cluj precum și faptul că valoarea contractului integral este mai mică decât valoarea experienței similare solicitate de către autoritatea contractantă, ofertantul tot nu a reușit să facă dovada că a executat lucrări similare în cuantum de cel puțin 4.100.000 lei fără TVA.

Referitor la principiile statuate la art. 2 din Legea nr. 98/2016, respectiv, tratamentul egal și nediscriminarea, autoritatea contractantă a învederat că tocmai în situația în care nu considera oferta depusă de contestatoare ca neconformă și inacceptabilă, ar fi încălcat respectivele principii, deoarece ar fi creat un avantaj incorect în raport cu ceilalți ofertanți care au prezentat sursele de materiale și traseele sursă-șantier pentru principalele materiale care urmează a fi utilizate în execuția lucrărilor, îndeplinind astfel toate sarcinile statuate în cadrul documentației de atribuire și care au depus eforturi de a îndeplini cerințele menționate.

Autoritatea contractantă a precizat că legiuitorul a prevăzut la art. 160 din Legea nr. 98/2016, posibilitatea operatorilor economici care sunt interesați să depună oferte, de a formula o solicitare de clarificări în cazul în care apreciază că documentația de atribuire cuprinde mențiuni inexacte și neclare, în consecință ofertantul a avut posibilitatea de a solicita clarificări, față de mențiunile din fișa de date și din formulare. Pentru situația în care operatorul economic nu procedează ca atare, legiuitorul a instituit prezumția că documentația cuprinde mențiuni clare, operatorul economic asumându-și astfel obligația potrivit art. 75 din Legea nr. 98/2016 de a respecta întocmai documentația la momentul elaborării ofertei.

În finalul punctului de vedere, autoritatea contractantă a solicitat Consiliului respingerea cererii contestatoarei referitoare la plata cheltuielilor de judecată, pe motiv că notificarea prealabilă a fost emisă în data de 23.04..... iar factura aferentă serviciilor avocațiale a fost emisă în data de 18.04....., înainte de depunerea notificării prealabile, respingerea contestației SC ..... SRL, ca nefondată și neîntemeiată.

În drept, se invocă prevederile Legii nr. 98/2016, dispozițiile HG nr. 395/2016 și pe orice alte dispoziții legale incidente în cauză.

Analizând susținerile părților și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În vederea încheierii unui contract de achiziție publică având ca obiect „Proiectare și execuție reabilitare străzi ....., ..., județul .....”, ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ..... din ..... și a documentației de atribuire aferente.

Nemulțumită de adresa nr. 1347/17.04....., reprezentând rezultatul evaluării DUAE, SC ..... SRL – SC ..... SRL, prin liderul de asociere SC ..... SRL a înaintat contestația de față, (îndeplinind procedura notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând:

„• Anularea rezultatului procedurii având ca obiect Proiectare și execuție reabilitare străzi ....., ..., județul ....., consemnat în adresa nr. 1374/17.04..... și a actelor subsecvente și a răspunsului la notificarea prealabilă prin care a fost menținut;

• Anularea procesului-verbal în temeiul căruia oferta subscrisei a fost declarată inacceptabilă și a raportului procedurii sub același aspect;

• Obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei noastre;

• Obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezenta contestație constând în onorariu avocațial conform dovezilor anexate;

• Reluarea evaluării ofertelor și implicit, reevaluarea ofertei noastre”.

Analizând conținutul contestației, Consiliul constată că nemulțumirea contestatoarei vizează adresa nr. 1374/17.04....., privind analizarea documentelor prezentate în cadrul DUAE, considerând că motivele de inacceptabilitate legate de experiența similară a ofertei sale, invocate de autoritatea contractantă, nu se justifică, deoarece, în opinia sa, „decizia de excludere este fundamentată pe o evaluare deficitară, și prematură a cerinței în cauză care a fost interpretată restrictiv și cu ignorarea scopului pentru care aceasta a fost prevăzută în Fișa de date”.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de contestatoare, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date a achiziției, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de achiziție, la care se adaugă clarificările publicate în SEAP ce conțin eventuale modificări, ale căror cerințe au fost acceptate de operatorii economici participanți, prin faptul că au depus ofertă, drept pentru care toate prevederile documentației și-au consolidat forța obligatorie, atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru asocierea SC ..... SRL – SC ..... SRL, contestatoarea în cauză. Prin urmare, la acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la faptul că în etapa de verificare a DUAE nu este necesară depunerea documentelor ce probează cele menționate în cadrul Documentului European de Achiziție Unic - DUAE, Consiliul o apreciază ca fiind tardiv

notificată autorității contractante, motiv pentru care urmează a o respinge ca atare, pentru următoarele considerente:

Deși prin punctul 4 al cererii de clarificări nr. 1189/30.03....., membrii Comisiei de evaluare au solicitat asocierii ofertante să „prezinte cele trei contracte de experiență similară pentru ramura de lucrări", asocierea SC ..... SRL – SC ..... SRL nu a înțeles să formuleze o notificare prealabilă și ulterior o contestație împotriva acestei solicitări de clarificări, în cadrul termenelor stipulate de art. 6 alin. (1) lit. b) și art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, motiv pentru care s-a născut obligația asocierii contestatoare de a răspunde întocmai cererii de clarificări pe care autoritatea contractantă i-a transmis-o.

Criticarea acestui aspect s-a realizat însă de asocierea contestatoare abia prin notificarea prealabilă nr. 532, transmisă autorității contractante la data de 23.04..... (ca urmare a comunicării rezultatului etapei de verificare a DUAE). Prin urmare, în afara termenului legal stipulat de 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, care s-a împlinit la data de 04.04..... (inclusiv), respectiv „5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal" și anume solicitarea de clarificări nr. 1189/30.03.....

În acest context, Consiliul mai reține că, prin adresa nr. 425/03.04....., reprezentând răspunsul asocierii contestatoare la solicitarea de clarificări nr. 1189/30.03..... a autorității contractante, asocierea SC ..... SRL – SC ..... SRL a depus documentele solicitate de ..... „pentru a-și demonstra buna credință", achiesând astfel la solicitarea de clarificări pe care autoritatea contractantă i-a transmis-o.

În continuare, Consiliul reține că, potrivit fișei de date a achiziției, la cap. III.2.3. a) – *Capacitatea tehnică și/sau profesională,* în ceea ce privește îndeplinirea experienței similare*,* se consemnează:

„Ofertantul trebuie să fi executat lucrări similare în ultimii 5 ani în valoare cumulată de cel puțin 4.100.000 lei fără TVA valoare care se poate demonstra prin însumarea valorilor lucrărilor executate, la nivelul a minim 1 maxim 3 contracte care să fi inclus executarea de lucrări similare.

(...).

Ofertanții pot prezenta o experiență similară privind lucrările și serviciile de proiectare în următoarele domenii: reabilitarea primară și/sau reparație capitală și/sau lucrări de execuție și/sau modernizare și/sau alte lucrări similare cu cele ce urmează a fi executate prin prezentul contract aferente drumurilor locale și/sau drumurilor comunale și/sau drumurilor județene și/sau drumurilor naționale și/sau drumurilor expres și/sau autostrăzi (...)".

În sensul celor de mai sus reținute, Consiliul analizează critica contestatoarei referitoare la faptul că, *așa cum a fost stabilită cerința de calificare privind experiența similară, se înțelege că ofertanții sunt obligați să justifice executarea unor lucrări similare - „ofertanții trebuie", însă „lucrările NU trebuie să fie neapărat din domeniile și categoriile prezentate exemplificativ de autoritatea contractantă - „ofertanții pot prezenta"*.

În acest sens, Consiliul apreciază că, în mod eronat, contestatoarea susține că *„excluderea unui ofertant pe motiv că nu ar fi prezentat o experiență similară din domeniile pe care «ofertanții (n.n. le) pot prezenta» și nu au "obligația" de a le prezenta, este excesivă. (...) autoritatea contractantă nu poate opune cu succes ofertanților modalitatea defectuoasă în care a fost întocmită documentația de atribuire pentru a crea premisele artificiale ale descalificării acestora"*.

Or, analizând prevederile documentației de atribuire, Consiliul constată că autoritatea contractantă a menționat, în mod clar, în fișa de date a achiziției, tipurile de lucrări care pot fi luate în considerare de către membrii comisiei de evaluare, în prezenta procedură de atribuire, ca fiind lucrări similare, și anume: *„reabilitarea primară și/sau reparație capitală și/sau lucrări de execuție și/sau modernizare <u>și/sau alte lucrări similare cu cele ce urmează a fi executate prin prezentul contract aferente drumurilor locale și/sau drumurilor comunale și/sau drumurilor județene și/sau drumurilor naționale și/sau drumurilor expres și/sau autostrăzi (...)".</u>*

Consiliul are în vedere susținerile contestatoarei referitoare la faptul că „în cele două contracte încheiate cu SC Transilvania Construcții SA (…) au existat și lucrări de drum, acestea fiind similare cu lucrările de execuţie drum comunal/vicinal", precum și că realizarea lucrărilor de platforme industriale este mult mai pretențioasă decât realizarea unui drum local deoarece implică respectarea cu strictețe a pantelor și a cotelor din proiect, pentru a se dirija ape pluviale către gurile de scurgere, în vreme ce la un drum local pantele permit abateri întrucât scurgerea apelor se realizează transversal în șanțurile de colectare.

Cu toate acestea, Consiliul apreciază ca fiind întemeiată decizia autorității contractante de a nu lua în considerare Contractul nr. 839/25.05.2016 având ca obiect: „Lucrări de rezistență și amenajări exterioare Parc Logistic TRC Cluj" în valoare de 4.275.720,23 lei fără TVA și Contractul nr. 8/10.04.2014 având ca obiect: „Modernizare drumuri și platforme în Parc Logistic Transilvania" în valoare de 1.720.330,00 lei fără TVA, beneficiar fiind SC Transilvania Construcții SA, deoarece lucrările executate în cadrul acestor contracte nu se încadrează în lucrările aferente tipurilor de drumuri stabilite de către autoritatea contractantă ca fiind similare lucrărilor prezentei proceduri respectiv: *drumurilor locale și/sau drumurilor comunale și/sau drumurilor județene și/sau drumurilor naționale și/sau drumurilor expres și/sau autostrăzi*. Tipurile de drumuri menționate în fișa de date a achiziției sunt *drumuri*

publice, iar cele prezentate de către ofertant ca experiență similară sunt *drumuri de utilitate privată*.

Consiliul reține ca fiind relevante prevederile art. 3 lit. a) și b) din O.G. nr. 43/1997 privind regimul drumurilor, conform cărora drumurile se împart în:

- *"drumuri publice" – „drumuri de utilitate publică şi/sau de interes public destinate circulaţiei rutiere şi pietonale, în scopul satisfacerii cerinţelor generale de transport ale economiei, ale populaţiei şi de apărare a ţării; acestea sunt proprietate publică şi sunt întreţinute din fonduri publice, precum şi din alte surse legal constituite";*

- *„drumuri de utilitate private" – „drumuri destinate satisfacerii cerinţelor proprii de transport rutier şi pietonal spre obiective economice, forestiere, petroliere, miniere, agricole, energetice, industriale şi altele asemenea, de acces în incinte, ca şi cele din interiorul acestora, precum şi cele pentru organizările de şantier; ele sunt administrate de persoanele fizice sau juridice care le au în proprietate sau în administrare*".

În consecință, Consiliul apreciază că, date fiind prevederile documentației de atribuire, prin care autoritatea contractantă a precizat/detaliat sfera contractelor care pot fi prezentate de ofertați în prezenta procedură pentru demonstrarea experienței similare, Consiliul apreciază că, în mod corect, membrii comisiei de evaluare nu au considerat ca reprezentând lucrări similare pentru drumurile de utilitate privată, parcările, rampele, platformele etc. realizate de SC ..... SRL în cadrul celor două contracte încheiate cu SC Transilvania Construcții SA.

Având în vedere diferența de destinație a lucrărilor prezentate drept experiență similară, era în sarcina contestatoarei de a proba și că nivelul de complexitate al lor este cel puțin egal nivelului de complexitate al lucrărilor din viitorul contract de achiziție publică.

Nici din răspunsul de clarificare a ofertei și nici din contestație nu rezultă similaritatea de acest nivel, sub aspecte privind succesiunea etapelor, complexitatea fiecărei etape, limitări obiective în execuție (precum dirijări sau opriri ale traficului rutier, etc.) sau reguli de derulare a contractului în cauză.

În ceea ce privește Contractul nr. 75/27.07.2017 intitulat „Lucrări de întreținere și reparații a străzilor, aleilor, trotuarelor și platformelor de pe raza municipiului Cluj-Napoca - LOT 6", încheiat cu RADP Cluj Napoca, în referire la care asocierea contestatoare menționează că lucrările ce au făcut obiectul acestui contract, deși au fost denumite impropriu, lucrări de întreținere și reparații, în realitate, au presupus reparații realizate în conformitate cu proiecte tehnice de execuție, ce au impus desfacerea integrală a sistemului rutier existent (atât carosabil cât și trotuar), și realizarea unui nou sistem rutier conform memoriilor tehnice atașate în răspunsul la clarificări. Consiliul constată că valoarea realizată de SC ..... SRL din acest contract, astfel cum reiese din

DUAE, completat de asociatul SC ..... SRL, este de 2.939.502,59 lei fără TVA, fiind inferioară valorii menționate în fișa de date a achiziției, la punctul III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională – Ofertantul trebuie să fi executat lucrări similare în ultimii 5 ani în valoare cumulată de cel puțin 4.100.000 lei fără TVA valoare care se poate demonstra prin însumarea valorilor lucrărilor executate, la nivelul a minim 1 maxim 3 contracte care să fi inclus executarea de lucrări similar.

Față de această situație, Consiliul apreciază ca fiind lipsită de finalitate orice analiză în legătură cu acest contract, întrucât chiar și în ipoteza în care s-ar aprecia că lucrări executate în cadrul acestui contract ar putea fi luate în considerare ca experiență similară, caracterul ofertei asocierii contestatoare de ofertă inacceptabilă, conform dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, nu ar putea fi modificat, întrucât experiența similară prezentată de asocierea ofertantă pentru lucrări, nu atinge pragul de 4.100.000 lei fără TVA, impus prin documentația de atribuire.

În contextul aspectelor mai sus analizate, Consiliul constată că asocierea ofertantă SC ..... SRL – SC ..... SRL nu a respectat dispozițiile art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora: „Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...)".

În legătură cu acest aspect, Consiliul stabilește că, în cazul în care autoritatea contractantă ar fi acceptat luarea în considerare a celor trei contracte prezentate de această asociere, ar fi încălcat principiile tratamentului egal și al transparenței, statuate de art. 2 alin. (2) lit. b) și d) din Legea nr. 98/2016. În stabilirea acestei concluzii, Consiliul are în vedere faptul că unii operatori economici, nu au putut depune ofertă în cadrul acestei proceduri, ținuți fiind tocmai de cerința în discuție pe care autoritatea contractantă a menținut-o în cadrul documentației de atribuire. Prin urmare, așa cum operatorii economici sunt obligați să elaboreze oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, potrivit art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, așa și autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, este obligată să se conformeze art. 127 alin. (1) din același act normativ citat.

Cu privire la solicitarea contestatoarei de administrare a unei *Expertize tehnice în construcții*, Consiliul o va respinge ca neîntemeiată, întrucât, din probatoriul administrat la dosar de părți, Consiliul s-a edificat cu privire la soluția ce urmează a fi pronunțată.

Referirile contestatoarei la jurisprudenţa Consiliului/a instanțelor judecătorești nu pot fi reținute motivat de faptul că**,** pe de o parte, fiecare speță în parte are specificul său/particularități generate de modul diferit de întocmire a documentației de atribuire/o anumită conduită a părților și un probatoriu specific administrat în cauză, iar pe de altă parte, de faptul că, în dreptul românesc, precedentul judiciar nu constituie izvor de drept.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, contestația formulată de asocierea

SC ..... SRL – SC ..... SRL, prin liderul de asociere SC ..... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....., ca nefondată.

Pe cale de consecință, Consiliul va respinge capătul de cerere formulat de asocierea contestatoare referitor la obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de soluționare a contestației, în sumă de 3.098,66 lei, reprezentând: Redactare și semnare notificare prealabilă și contestație împotriva comunicărilor rezultatelor procedurilor: (...) ”Proiectare și execuție modernizare străzi ....., Jud. .....” – Adresa nr. 1347/17.04.....; redactare și semnare alte cereri în fața CNSC, întrucât contestația a fost respinsă, în speță nefiind incidente dispozițiile art. 453 alin. (1) din Codul de procedură civilă.

Pentru aceste motive,
în baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația formulată de asocierea SC ..... SRL – SC ..... SRL, prin liderul de asociere SC ..... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....., ca nefondată.

Respinge capătul de cerere formulat de asocierea contestatoare referitor la obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de soluționare a contestației, în sumă de 3.098,66 lei, ca nefondat.

Prezenta decizie este obligatorie, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
... **....** **...**

…