



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., depusă de SC SRL, în calitate de Lider al Asocierii SC SRL – SC SRL, cu sediul în, str. județul, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr., având Cod Unic de Înregistrare RO, reprezentată legal prin și convențional prin avocat cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură din , împotriva adresei nr. reprezentând Raportul procedurii, publicată în SICAP în data de de către cu sediul în, ..., județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Lucrări de modernizare Clinică Obstetrică Ginecologie, etaj 7”, cod CPV 45453000-7, s-a solicitat:

(a) anularea Adresei nr. („Raportul procedurii”) prin care oferta depusă de către Asocieria ,, a fost respinsă ca inacceptabilă, precum și a oricăror acte interne anterioare și/sau subsecvente și conexe acestora, emise de către autoritatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire cu privire la modalitatea de evaluare a ofertei contestatorului;

(b) obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, cu consecința stabilirii conformității și admisibilității ofertei Asocierii ,,,;

(c) obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea demersului judiciar.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cererii 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 SC SRL, reclamă adresa nr. („Raportul procedurii”) prin care oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, solicitând cele de mai sus.

În fapt, contestatorul susține că la data de , autoritatea contractantă a publicat în SEAP Anunțul de participare nr. pentru organizarea Procedurii de atribuire. Potrivit documentației de atribuire valoarea estimată totală a contractului este de 3.171.333,81 lei, criteriul de atribuire fiind prețul cel mai scăzut.

Se menționează că prin adresa nr. , autoritatea contractantă a solicitat clarificarea de către Asocieria ,,, a experienței similare declarate în cadrul ofertei privind următoarele tipuri de lucrări: (i) lucrări sistem de detecție, semnalizare și alarmare incendiu, (ii) lucrări instalații gaze medicale, și (iii) lucrări de instalații electrice interioare, curenți slabi.

Prin adresa nr. Asocieria ,,, a răspuns Solicitării de clarificare arătând în esență că:

(a) cerința de la pct. III.1.3.a) din Fișa de date prevede faptul că operatorii economici trebuie să demonstreze experiența similară prin raportare la obiectul achiziției, definit prin Fișa de date ca fiind: „*lucrări de modernizare clinică obstetrică ginecologie, etaj 7*”; totodată, contestatorul afirmă că codul CPV ales de către autoritatea contractantă este 45453000 - 7 ce este aferent lucrărilor de reparații generale și de renovare (rev. 2);

(b) din conținutul Fișei de date nu rezultă obligația de a prezenta contracte pentru experiența similară care să cuprindă integral și identic toate tipurile de lucrări ce urmează a fi executate, ci lucrări similare. Oricum, petentul subliniază că o astfel de interpretare a cerințelor Fișei de date conduce la concluzia că autoritatea contractantă ar fi elaborat documentația de atribuire prin solicitarea unei experiențe identice, iar nu similare, conduită nepermisă în raport de dispozițiile art. 5 din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017;

(c) cerința 1 de la pct. III.1.3.a) din Fișa de date este întru totul îndeplinită dat fiind că:

- Asocieria ,,, a depus un număr de 8 contracte care probează îndeplinirea cerinței privind experiența similară; obiectul acestor contracte este similar obiectului achiziției deoarece vizează executarea unor lucrări de reparații, reabilitări, instalații de iluminat, zugrăvit;

- SRL a depus un contract privind reabilitarea, modernizarea, dotarea și extinderea așezământului cultural care, de asemenea, probează îndeplinirea cerinței privind experiența similară;

(d) oricum, contestatorul învederează că (i) lucrările privind sistemul de detecție, semnalizare și alarmare incendiu, (ii) lucrările de instalații de gaze medicale și (iii) cele de instalații cureți slabi reprezintă o pondere minoră în raport de valoarea contractului, ce nu depășește 5% din devizul ofertei Asocierii ,,,. Prin urmare, chiar și în ipoteza în care s-ar considera că

prin Fișa de date s-a impus probarea experienței similare în raport de aceste lucrări (cerință inexistentă în Fișa de date și, în consecință, nescrisă) cerința privind experiența similară este îndeplinită deoarece valoarea acestor lucrări reprezintă un procent foarte mic din valoarea lucrărilor ce urmează a fi executate.

Contestatorul susține că în data de 20.08.2020, autoritatea contractantă a emis Raportul procedurii prin care oferta Asocierii ,, a fost respinsă ca inacceptabilă. Motivarea superficială a respingerii ofertei contestatorului vizează o pretinsă neîndeplinire a cerinței de experiență similară privind executarea următoarelor tipuri de lucrări: (i) lucrări sistem de detecție, semnalizare și alarmare incendiu, (ii) lucrări instalații gaze medicale, și (iii) lucrări de instalații electrice interioare, curenți slabi.

Se reține că autoritatea contractantă nu a transmis contestatorului o comunicare vizând rezultatul procedurii de atribuire (deși avea o obligație în acest sens în raport de dispozițiile art. 215 din Legea nr. 98/2016) prin care să argumenteze (a) motivul pentru care răspunsul la solicitarea de clarificare nu ar fi fost edificator față de îndeplinirea cerinței privind experiența similară și, prin urmare, deduce că ofertantul că nu ar fi fost luat în considerare la momentul evaluării ofertei sale; (b) motivul pentru care oferta contestatorului a fost respinsă, deși toate documentele care probau experiența similară se aflau la dispoziția autorității contractante și puteau fi analizate; (c) modalitatea proprie de interpretare a cerinței din Fișa de date privind experiența similară în corelație cu Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017.

În esență, autorul contestației apreciază că oferta sa a fost în mod abuziv respinsă dat fiind că:

- Asocieria ,, a probat îndeplinirea cerinței privind experiența similară;
- Autoritatea contractantă a ignorat prevederile exprese ale Fișei de date, ale Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017 și a dispus respingerea ofertei Asocierii ,, în baza unei cerințe nescrise; și
- măsura respingerii ofertei Asocierii ,, din procedura de atribuire încalcă principiul proporționalității dat fiind că valoarea lucrărilor pretins neprobate reprezintă un procent redus din valoarea totală a lucrărilor ce urmează a fi executate fără ca acestea să fie "similare".

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă a preferat să respingă oferta Asocierii ,, din procedura de atribuire în mod nelegal, abuziv, în baza unei cerințe nescrise, fără a evalua experiența similară prin raportare la prevederile Fișei de date și ale Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017 și, oricum, fără a verifica îndeplinirea cerinței în raport de documentele depuse de către Asocierie în cadrul ofertei sale și/sau în raport de răspunsul său la solicitarea de clarificare adresată în acest sens. Totodată, petentul apreciază că omisiunea autorității contractante de a transmite motivele concrete care au fundamentat respingerea ofertei sale denotă faptul că, în realitate, oferta Asocierii ,, nu a fost niciodată evaluată, fiind dispusă respingerea în baza unui motiv superficial, invocat drept pretext.

În acest context, autorul contestației opinează că se impune anularea actului a,,,t și reevaluarea ofertei Asocierii ,,, cu luarea în considerare a contactelor depuse pentru probarea experienței similare dat fiind că:

A. Asocierea ,,, a probat îndeplinirea cerinței privind experiența similară

Se menționează că prin cerința de la pct. III.1.3.a) din Fișa de date, autoritatea contractantă a stabilit că cerința privind experiența similară urmează a fi îndeplinită dacă sunt respectate următoarele condiții:

(a) prezentarea contractelor în care au fost executate lucrări similare (iar nu identice) cu cele care fac obiectul achiziției. Din analiza pct. II.1.1 din Fișa de date rezultă că obiectul achiziției sunt „*lucrările de modernizare clinică obstetrică ginecologie, etaj 7*”. Totodată, în Fișa de date a fost indicat și codul CPV nr. 45453000 - 7 - lucrări de reparații generale și de renovare (rev. 2);

(b) valoarea cumulată a contractelor prezentate să fie de cel puțin 3.000.000 lei fără TVA;

(c) contractele să fie executate în cursul unei perioade care acopere cel mult ultimii 3 ani (2017 - 2019) prin raportare la data limită de depunere a ofertelor.

A.1 Contestatorul subliniază că toate cerințele impuse de Fișa de date pentru probarea experienței similare au fost îndeplinite de către Asocierea ,,,

Autorul contestației apreciază relevante pentru probarea îndeplinirii cerinței privind experiența similară următoarele aspecte:

(a) în cadrul ofertei Asocierii ,,, au fost prezentate 9 contracte și documentele aferente care demonstrează executarea de lucrări similare celor ce fac obiectul achiziției (modernizare / reparații / renovare), respectiv:

- Contractul nr. având ca obiect reabilitare termină bloc de locuințe; valoarea contractului este de 238.962,31 lei;

- Contractul nr. 48226 din data de 31.10.2019 având ca obiect lucrări de reparații interioare (instalații sanitare, igienizare pereți tavane și instalații de iluminat, înlocuire tâmplărie de lemn cu tâmplărie de pvc și termopan, reparație instalație termică, aplicat linoleum antibacterian pe pardoseli pentru secția psihiatrie); valoarea contractului este de 852.212,48 lei;

- Contractul nr. 3p din data de 05.12.2019 având ca obiect executări lucrări de reabilitare platformă betonată auto în incinta CT Bus S.A.; valoarea contractului este de 373.722,74 lei;

- Contractul nr. 746 din data de 23.05.2019 având ca obiect reparații sediu; valoarea contractului este de 214.411,81;

- Contractul nr. 10/12 din data de 17.01.2017 având ca obiect reparație exterioară cu izolație termică și acoperiș clădire administrativă și laborator; valoarea contractului este de 2989.418,23 lei;

- Contractul nr. 234 din data de 03.11.2017 având ca obiect zugrăvit, înlocuit gresie și faianță atestație; valoarea contractului este de 164.763,27 lei;

- Contractul nr. 65 din data de 07.05.2018 având ca obiect lucrări de reparații și zugrăveli pentru palat administrativ; valoarea contractului este de 137.086,64 lei;
- Contractul nr. 10804 din data de 07.03.2019 având ca obiect reparații și amenajări la centrul de îngrijii paleative; valoarea contractului este de 204.666,11 lei;
- Contractul nr. 50 din data de 03.02.2018 având ca obiect reabilitarea, modernizarea, dotarea și extinderea așezământului cultural; valoarea contractului este de 899.810 lei.

Astfel, contestatorul învederează că, chiar din denumirea/obiectul contractelor depuse de către Asocieria ,, în cadrul ofertei se poate constata că activitățile prestate în cadrul celor două contracte sunt similare (aproape identice sau superioare) cu serviciile ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire, respectiv modernizare /reparații /renovare.

(b) valoarea contractelor impusă prin Fișa de date de cel puțin 3.000.000 lei fără TVA este depășită de valoarea contractelor depuse de către membrii Asocierii ,, pentru probarea experienței similare, valoarea cumulată a contractelor fiind de 3.374.963,36 lei;

(c) astfel cum rezultă chiar din momentul încheierii acestora, precum și din procesele verbale de recepție și din recomandările depuse de către Asocieria ,, contractele au fost executate în perioada 2017 - 2019, fiind, astfel respectată și cea de a 3-a condiție impusă prin Fișa de date.

A.2 Contestatorul arată că documentele prezentate în cadrul ofertei probează îndeplinirea cerințelor impuse prin Fișa de date, autoritatea contractantă având posibilitatea reală de a le verifica pentru a constata că oferta Asocierii ,, îndeplinește cerința privind experiența similară.

Contestatorul semnalează faptul că, fără a analiza în mod temeinic lucrările efectiv executate, documentele depuse în cadrul ofertei ,, și informațiile furnizate în cadrul DUAЕ depus pentru fiecare membru al Asocierii, autoritatea contractantă a considerat că nu ar fi îndeplinită experiența similară pentru următoarele tipuri de lucrări: (i) lucrări sistem de detecție, semnalizare și alarmare incendiu, (ii) lucrări instalații gaze medicale, și (iii) lucrări de instalații electrice interioare, curenți slabi. Suplimentar faptului că prin Fișa de date nu s-a impus o cerință în acest sens fiind, prin urmare, o clauză nescrisă, petentul afirmă că raționamentul prezentat de către autoritatea contractantă pentru a respinge oferta sa este netemeinic dat fiind că:

(a) Din contractele depuse și din informațiile furnizate de către Asocieria ,, rezultă în mod indubitabil îndeplinirea cerinței, astfel cum a fost prevăzută prin Fișa de date

Urmare a necontestării documentației de atribuire, aceasta a rămas obligatorie atât pentru ofertanți, cât și pentru autoritatea contractantă.

Prin urmare, petentul consideră că la momentul evaluării ofertelor, Spitalul avea obligația de a verifica îndeplinirea cerinței privind experiența similară prin raportare strict la mențiunile indicate în Fișa de date în acest sens. Totuși, autoritatea contractantă a eșuat în a înțelege propriile cerințe

și a adăugat în mod nepermis necesitatea de a proba executarea unor lucrări ce nu au fost niciodată menționate în cadrul Fișei de date pentru demonstrarea experienței similare.

Se afirmă de către petent faptul că Spitalul trebuia să procedeze strict la verificarea îndeplinirii cerinței privind experiența similară în raport de obiectul achiziției (definit în mod clar la pct. II.1.1 din Fișa de date ca fiind „lucrările de modernizare clinică obstetrică ginecologie, etaj 7”). Dacă ar fi procedat în mod corect și diligent, Autoritatea contractantă ar fi constatat că toate condițiile impuse prin Fișa de date pentru îndeplinirea experienței similare sunt îndeplinite de către Asocieria „...”, probe în acest fiind depuse la dosarul achiziției publice și, oricum, rezultă din simpla analiză a DUAЕ și a răspunsului la solicitarea de clarificare. Autoritatea contractantă, însă, a dispus măsura respingerii ofertei doar din perspectiva unui raționament nescris, netransparent și care, totodată, nu respectă principiul tratamentului egal deoarece (i) cerința de a proba experiența similară pentru lucrările indicate în Raportul procedurii de atribuire nu fost niciodată adusă la cunoștința participanților; (ii) cerința nefiind indicată în Fișa de date este o cerință nescrisă și, în consecință, nu se poate dispune respingerea ofertei în baza acesteia; (iii) dacă s-ar aplica raționamentul probării tuturor lucrărilor ce urmează a fi executate nu s-ar mai solicita probarea experienței similare, ci a unei experiențe identice (demers nepermis din perspectiva Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017); și (iv) oricum, lucrările invocate reprezintă un procent nesemnificativ din totalul lucrărilor ce urmează a fi executate, fiind disproporționată măsura respingerii în acest context.

(b) Chiar din denumirea (și obiectul) contractelor depuse de către Asocieria „...”, rezulta că au fost executate lucrări de instalații electrice, contrar afirmațiilor din raport

În primul rând, contestatorul susține că din simpla analiză a DUAЕ depus de către „...”, (și implicit al răspunsului la solicitarea de clarificare) se poate constata că în cadrul Contractului nr. 48226 din data de 31.10.2019 au fost executate lucrări de reparații interioare care includeau lucrări de instalații de iluminat, acestea fiind lucrări similare ce fac parte din categoria de instalații electrice interioare. Totuși, fără a verifica lucrările prestate în mod efectiv, Autoritatea contractantă a inclus această categorie de lucrări în cadrul celor pretins neprobate ca experiență similară. Conduita Autorității contractante denotă în viziunea petentului doar o superficialitate în evaluarea ofertei sale prin prisma faptului că din simpla analiză a listei contractelor se putea constata îndeplinirea acestei cerințe, oricum, nescrise.

În al doilea rând, contestatorul arată că la o simplă analiză a DUAЕ depus de către membrii Asocierii „...”, se poate constata că au fost depuse o serie de contracte care probează executarea unor lucrări de reparații interioare (Contractul nr. 48226 din data de 31.10.2019, Contractul nr. 746 din data de 23.05.2019, Contractul nr. 65 din data de 07.05.2018, Contractul nr. 10804 din data de 07.03.2019, Contractul nr. 50 din data de 03.02.2018). Prin urmare, constatând strict denumirea/obiectul contractelor, autoritatea contractantă avea posibilitatea de a solicita o clarificare expresă privind prestarea de lucrări de instalații electrice în cadrul

acestor contracte. Totuși, a preferat să formuleze o solicitare de clarificare generală al cărei răspuns, oricum, nu a fost analizat/luat în considerare anterior respingerii ofertei contestatorului din Procedura de atribuire.

(c) Contestatorul precizează că Euro-Audit SRL a indicat în mod expres deținerea atestatelor pentru lucrările de instalații electrice

Se afirmă că în cadrul secțiunii D.V) al DUAE depus de către Euro-Audit a fost indicată deținerea atestatelor ANRE B, C₁A și C₂B nr. 1185415 - Potrivit art. 8 din Ordinul nr. 45/2016 privind aprobarea Regulamentului pentru atestarea operatorilor economici care proiectează, execută și verifică instalații electrice („Ordinul nr. 45/2016”):

„(1) Atestatele emise de ANRE sunt: (...) e) Atestat de tip B - proiectare și executare de instalații electrice exterioare/interioare pentru incinte/construcții civile și industriale, bransamente aeriene și subterane, la tensiunea nominală de 0,4 kV; (...); l) Atestat de tip C₂B - executare de linii electrice, aeriene sau subterane, cu tensiuni nominale de 0,4 kV 110 kV, posturi de transformare cu tensiunea nominală superioară de cel mult 20 kV, stații de medie tensiune și 110 kV, precum și partea electrică de medie tensiune a stațiilor cu tensiuni nominale mai mari sau egale cu 110 kV; include competențele atestatelor de tip Be, Bi, C₂A, A₂ și A₁.”

Contestatorul face precizarea că Euro-Audit SRL a procedat la indicarea acestora din proprie inițiativă pentru a proba posibilitatea reală de executare a contractului, inclusiv din perspectiva deținerii tuturor avizelor necesare pentru executarea lucrărilor de instalații electrice.

Prin urmare, petentul consideră că autoritatea contractantă avea, pe de o parte, posibilitatea de a concluziona că Asocieria deține toate drepturile pentru a executa lucrările de instalații electrice și, în consecință, experiența similară pentru a desfășura o astfel de activitate, iar, pe de altă parte, putea solicita o clarificare, dacă se considera nelămurită. Totuși, autoritatea contractantă a respins oferta Asocierii ,,, considerând că nu a probat experiența similară în această categorie de lucrări, deși la o simplă analiză a documentelor aflate la dispoziția sa putea concluziona îndeplinirea cerinței (oricum impusă doar la momentul evaluării).

Se arată că deținerea atestatelor ANRE este relevantă din perspectiva faptului că Euro-Audit a fost atestat tocmai pentru a proiecta, executa, verifica instalații electrice, activitate pe care Autoritatea contractantă o reține ca nefiind probată de către Asocieria ,,,, deși aceste informații se aflau la dispoziția sa pe tot parcursul evaluării ofertelor.

Totodată, relevant în analiza netemeinicii raționamentului autorității contractante este în opinia contestatorului și faptul că, pentru niciunul dintre tipurile de lucrări pretins neprobate de către acesta pentru experiența similară, Spitalul nu a impus deținerea unor atestate/certificări/avize.

B. Contestatorul afirmă că decizia de respingere a ofertei ,,, se fundamentează pe o cerință nescrisă, rezultă din interpretarea extensivă a prevederilor Fișei de date

Se menționează de către petent că măsura dispusă de către autoritatea contractantă se bazează pe o cerință nescrisă rezultată din interpretarea extensivă a cerințelor impuse prin Fișa de date dat fiind că:

(a) Fișa de date nu prevede necesitatea de a proba experiența similară în raport de lucrările indicate de către autoritatea contractantă, respectiv:

- prin pct. III.1.3.a) [Capacitatea tehnică și/sau profesională] a Fișei de date s-a impus ca cerința privind experiența similară urmează a fi probată prin lista principalelor lucrări similare celor care fac obiectul achiziției;

- prin pct. II.1.1 din Fișa de date, obiectul achiziției a fost denumit ca fiind „lucrări de modernizare clinică obstetrică ginecologie, etaj 7”, autoritatea contractantă indicând codul CPV nr. 45453000 - 7 - lucrări de reparații generale și de renovare (rev. 2);

- din interpretarea coroborată a pct. III.1.3.a) și a pct. II.1.1 din Fișa de date rezultă că, pentru probarea experienței similare era necesară depunerea unei liste a contractelor prin care să se probeze executarea de lucrări de modernizare / reparații generale / renovare;

(b) Contestatorul face mențiunea că motivul pentru care oferta sa a fost respinsă din procedura de atribuire nu se subsumează cerințelor impuse prin Fișa de date pentru probarea experienței similare, respectiv:

- din motivarea extrem de superficială a respingerii ofertei Asocierii „„ se deduce faptul că autoritatea contractantă a considerat, în mod nejustificat, că petentul nu ar îndeplini cerința privind experiența similară din perspectiva următoarelor tipuri de lucrări: (i) lucrări sistem de detecție, semnalizare și alarmare incendiu, (ii) lucrări instalații gaze medicale, și (iii) lucrări de instalații electrice interioare, curenți slabi. Contestatorul semnalează că aceste lucrări au fost indicate doar în cadrul Caietului de sarcini, sub forma de secțiuni ale caietului, iar nu ca obiect al achiziției publice;

- lucrările pretins a fi neprobate de către Asocieria „„ în cadrul experienței similare: (1) nu au fost indicate în cadrul capitolului privind experiența similară din cuprinsul FDA; (2) nici măcar în Caietul de sarcini nu ca au fost indicate ca obiect al achiziției (fiind indicate strict ca subsecțiuni);

- în cadrul Fișei de date cele trei tipuri de lucrări au fost indicate doar pentru prezentarea propunerii tehnice, iar nu pentru probarea experienței similare. Or, cele două cerințe sunt diferite și independente, neputând fi interpretate în mod cumulativ, probarea îndeplinirii experienței similare nu se subsumează modalității de prezentare a propunerii tehnice;

(c) Înainte de depunerea ofertei, modalitatea de interpretare a cerinței privind experiența similară nu a fost cunoscută de către operatori economici interesați de procedura de achiziție, și deci nici interpretarea criteriului în mod extensiv (nu era și) nu este posibilă și legală.

Contestatorul susține că raționamentul autorității contractante ce interpretează extensiv și oportunist cerințele Fișei de date, considerând că prin oferta sa Asocieria „„ nu a făcut dovada experienței similare în

considerarea unei cerințe niciodată scrise este unitar sancționat atât în legislația națională, cât și în legislația europeană, sens în care, exemplificativ, solicită Consiliul să aibă în vedere (și) următoarele considerente relevante:

B.1 Autorul contestației afirmă că doar precizările explicite ale documentației de atribuire au caracter obligatoriu, Legiuitorul atribuind caracter obligatoriu doar precizărilor explicite ale documentației de atribuire, aspect confirmat de prevederile art. 30 alin. (6) al H.G. nr. 395/2016:

„Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise.”

Or, dacă o suplimentare a criteriilor de calificare nu produce efecte nici măcar dacă ea este inclusă în caietului de sarcini, *a fortiori*, contestatorul opinează că ea nu poate produce efecte dacă este introdusă de autoritatea contractantă la momentul evaluării ofertelor.

Se menționează că principiul legal *patere regulam quam ipse fecisti* implică faptul că autoritatea administrativă trebuie și ea să se supună modului în care și-a redactat propriile acte - într-o formulare a practicii judiciare:

„necontestarea documentației de atribuire în termenul legal echivalează cu acordul sau achiesarea părților la cerințele și specificațiile cuprinse în acesta, fiind obligatorie pentru părți și autoritatea contractantă.”

Autorul contestației precizează că instanțele judecătorești au confirmat în mod repetat această susținere în spețe cu o problemă judiciară realmente aproape identică cu cea din prezenta cauză (a se vedea jurisprudența Curții de Apel, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, Sentința civilă nr. 153/CA/28.09.2015 ce poate fi vizualizată prin accesarea următorului link: <http://rolii.ro/hotarari/589a2a84e49009ac35002177>:

„Petenta susține că oferta era inacceptabilă atât timp ca ofertantul nu a făcut dovada autorizării activității conform Legii 359/2004. Însă, aceasta cerință nu a fost cuprinsă în fisa de date a achiziției, iar autoritatea contractantă nu avea posibilitatea de a analiza condiții a căror îndeplinire nu a fost solicitată la inițierea procedurii de achiziție, în caz contrar ar fi fost o analiză abuzivă care ar fi vătămat toți participanții la procedură, ceea ce legislația achizițiilor publice nu permite. Astfel, în conformitate cu secțiunea a 3-a din OUG 34/2006 documentația de atribuire este realizată de autoritatea contractantă care are obligația de a stabili în documentația de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită”.

În concluzia celor de mai sus, contestatorul învederează că un ofertant nu poate fi în niciun context respins ca inacceptabil pentru un criteriu de calificare care nu este prevăzut explicit și literal în Fișa de date a procedurii de atribuire. Nici (i) pretinsa prioritate a legii, nici (ii) caracterul „notoriu” al

cerinței implicite nu permit autorității să depășească cu orice măsură, oricât de minimală, ceea ce a solicitat literal prin Fișa de date.

B.₂ Contestatorul afirmă că orice operațiune de deducere a unor cerințe de calificare implicite reprezintă o vătămare gravă a principiului fundamental al transparenței

Se arată că cerințele de calificare nu pot fi deduse, nici nu trebuie să depindă de modul în care sunt percepute, ameliorate sau agravate la un moment în timp de vreo entitate publică - un control jurisdicțional efectiv poate fi exercitat doar asupra unor criterii obiective, nu asupra unora care depinde de o marjă de apreciere a unei autorități contractante. Aceasta este rațiunea pentru care niciun grad de interpretare nu poate fi lăsat să existe în beneficiul autorității asupra unui criterii care definesc eligibilitatea unui ofertant - în caz contrar, riscul de arbitrar din partea acestora autorități anihilează dreptul fundamental la transparență, statuat în legislația națională în cadrul art. 2 alin. (2) lit. d) al Legii nr. 98/2016.

Pe de o parte, petentul susține că această realitate a fost aprobată în repetate rânduri de instanțele naționale, iar, pe de altă parte, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a pronunțat multiple decizii prin care a evocat încălcarea principiului transparenței printr-o conduită echivalentă cu cea din speță (Curtea de Apel Iasi, Secția contencios administrativ și fiscal, Decizia civilă nr. 224 din 17.03.2017 <http://rolii.ro/hotarari/58e69408e4900974fb000072>: „În ceea ce privește critica reclamantei referitoare la faptul că ofertantul nu deține autorizația pentru executarea lucrărilor de construcții a proiectelor utilitare pentru fluide, Curtea reține în primul rând că, dintr-o perspectivă pur formală, se remarcă faptul că prin fisa de date a achiziției autoritatea nu a impus expres participanților un anumit cod CAEN pentru a participa la procedură. Astfel, în opinia Curții, principiul egalității de tratament și obligația de transparență ar fi vădit încălcate în cazul în care un operator economic ar fi supus, cu ocazia evaluării, unor criterii care nu sunt expres stabilite prin fisa de date”).

• Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, Decizia civilă nr. 2211 din 21.05.2013 - <http://rolii.ro/hotarari/5897f50de49009e01e00115a>:

„Nici CNSC și nici instanța nu au abilitatea legală să adauge la cerințele de calificare enunțate de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, chiar dacă ar considera (desi nu au specializarea necesară să considere) că pentru buna derulare a contractului, respectiv pentru siguranța executării unei părți a lucrării pentru care s-a derulat procedura, autoritatea contractantă ar fi trebuit să impună cerințe minime obligatorii suplimentare.”).

Astfel, în cauza Enterprised Focused Solutions SRL (C-278/14), Curtea a statuat că:

„normele fundamentale și principiile generale ale Tratatului FUE, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care

îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat".

În același sens Curtea s-a pronunțat în cauza Medipac - Kazantzidis (C-6/05), unde a arătat în mod expres că obligația de transparență „interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț și care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte."

Relevantă în aceeași perspectivă este hotărârea pronunțată în cauza C- 359/93 Comisia Comunităților Europene vs. Regatul Țărilor de Jos, din care reiese că toate informațiile care, conform Directivei, sunt prevăzute a fi incluse într-un anunț, trebuie să fie completate în mod obligatoriu și necondiționat în anunțul de participare. Autorității contractante nu îi este acordată nicio marjă de apreciere în ceea ce privește utilitatea sau inutilitatea acestor informații. Or, potrivit art. 267 al TFUE, Curtea de Justiție a Uniunii Europene este interpretul actelor Uniunii, astfel încât modalitatea de aplicare a exigenței interpretării conforme a principiilor statuate de legislația unională îi revine acesteia.

În acest întreg context, petentul apreciază că principiul transparenței nu permite utilizarea unei prezumții de includere a unei cerințe în documentația de atribuire în condițiile în care toate cerințele de participare la o procedură concurențială (inclusiv cerințele minime de calificare privind experiența similară) trebuie menționate explicit, clar, complet și precis în anunțul de participare.

Urmare a tuturor celor de mai sus, contestatorul învederează că este un aspect deja dezlegat în practica instanței unionale că principiul transparenței oprește o autoritate contractantă de la a interpreta în orice mod o cerință de calificare - solicitarea Fișei de date se rezumă strict la referințele ei literale. O interpretare contrară încalcă atât principiul fundamental al transparenței, cât și forța obligatorie față de instanțele naționale a hotărârilor CJUE anterior citate. Atât la nivelul practicii naționale, cât și la nivelul celei comunitare este unitar sancționată conduita autorității care exclude ofertantul pe baza unei cerințe nescrise.

Concluzionând, contestatorul arată că:

- dat fiind că în cuprinsul Fișei de date nu au fost menționate lucrările indicate de către autoritatea contractantă în cadrul Raportului procedurii, cerința (impusă de Spital doar la momentul evaluării ofertei) față de care oferta sa a fost respinsă este o clauză nescrisă ce nu trebuia respectată de către Asocieria „„, la momentul depunerii ofertei și în raport de care nu se poate dispune respingerea ofertei sale;

- Spitalul a dispus, astfel, o măsură abuzivă ce se impune a fi restricționată prin admiterea prezentei contestații și reevaluarea ofertei sale cu luarea în considerare a contractelor depuse pentru probarea experienței similare ce respectă întru totul cerința impusă prin Fișa de date în acest sens.

C. Contestatorul susține că prin cerința Fișei de date s-a solicitat probarea executării de lucrări similare, iar nu identice. Autoritatea contractantă a aplicat în mod nepermis un raționament total diferit la momentul evaluării ofertei Asocierii ,,,

Se menționează că cerința privind experiența similară (prevăzută de Fișa de date) impune expres prezentarea unor lucrări similare celor ce fac obiectul achiziției. Cu toate acestea, din analiza motivului de respingere a ofertei Asocierii ,,, se constată că, în interpretarea autorității contractante de la momentul evaluării ofertelor, s-ar fi solicitat lucrări identice, respectiv ca ofertantul să probeze îndeplinirea tuturor lucrărilor ce urmează a fi executate, inclusiv cele care reprezintă o pondere nesemnificativă. Autorul contestației susține că raționamentul prezentat de către autoritatea contractantă pentru a dispune respingerea ofertei sale este netemeinic dat fiind că:

(a) Nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin executarea unor lucrări identice

Din economia art. 5 din Instrucțiunea ANAP nr. 2/201724 rezultă următoarele concluzii: (i) este interzisă solicitarea de a demonstra experiența similară prin execuția de lucrări identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publice; (ii) sunt permise lucrări similare sau superioare din punct de vedere al calității și/sau scopului; (iii) includerea posibilității de a proba prin lucrări similare are drept scop protejarea competiției prin permiterea oricărui participant de a demonstra posibilitatea ducerii la bun sfârșit contractul, chiar dacă nu a prestat lucrări identice, ci similare.

Contestatorul remarcă faptul că autoritatea contractantă a omis să analizeze prevederile Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017 și, la momentul evaluării ofertelor, în contradicție chiar cu prevederile Fișei de date, a concluzionat că este necesară îndeplinirea experienței similare în raport de toate lucrările ce urmează a fi executate. Interpretarea oferită de către Autoritate este greșită având în vedere că:

- în Fișa de date nu s-a impus ca experiența similară să se raporteze la toate tipurile de lucrări ce urmează a fi prestate. Totodată, nu s-a impus nici vreo sancțiune / interdicție în situația în care una dintre tipurile de lucrări nu au fost probate ca experiență similară. Prin urmare, contestatorul susține că pentru probarea experienței similare este necesară demonstrarea executării lucrărilor ce fac obiectul achiziției (modernizare / reparație / renovare), niciun alt tip de lucrare nu a fost inclus sau exclus din obligația de a fi probat;

- pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară este necesară probarea executării unui lucrări similare sau superioare celor ce fac obiectul achiziției, autoritatea contractantă neavând posibilitatea de a restricționa accesul doar participanților care au executat lucrări identice. Cu alte cuvinte, atât timp cât Asocierea ,,, a probat executarea lucrărilor de renovare, reparație, cerința privind experiența similară este îndeplinită. Oricum, cerința Fișei de date nu prevede în mod expres obligația de a proba experiența similară în raport de anumite lucrări, prin urmare, atât timp cât

90% din lucrările ce urmează a fi executate au fost probate, este indubitabilă demonstrarea capacității de executare a contractului;

- interpretarea autorității contractante de a fi probate absolut toate lucrările ce urmează a fi executate conduce la împrejurarea de a fi solicitate lucrări identice, iar nu similare, demers nepermis. Aspect ce rezultă și din exemplul oferit de ANAP:

Exemplul oferit de ANAP pentru aplicarea corectă a art. 5 din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017:

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

Practică defectuoasă prin formulare restrictivă a cerinței: prezența experiență în execuția de lucrări de amenajare parcuri auto, respectiv lucrări de terasamente, suprastructură, marcaje și indicatoare pentru parcuri, precum și amenajare pentru scurgerea apelor. 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 parcuri similare din punctul de vedere al complexității cu cea care face obiectul achiziției.”

(b) Se reține că Asocieria „„, prin experiența similară, a probat capacitatea de a îndeplini contractul în raport de complexitatea acestuia

Contestatorul face precizarea că scopul pentru care cerința privind experiența similară a fost impusă este în integralitate îndeplinit având în vedere că (i) Asocieria „, a executat lucrări de renovare / reparații / iluminat electric; (ii) codul CPV ales de către autoritatea contractantă fiind cel aferent lucrărilor de reparații generale și de renovare, lucrările executate sunt similare și/sau superioare celor ce urmează a fi executate în cadrul contractului; (iii) valoarea contractelor depuse depășește limita impusă de către autoritatea contractantă; (iv) toate condițiile impuse prin Fișa de date sunt într-un total respectate.

D. Contestatorul este de părere că măsura respingerii ofertei Asocierii „, încalcă principiul proporționalității

Se arată că principiul proporționalității (prevăzut atât de dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016²⁶, cât și de jurisprudența unională²⁷) impune ca actele autorității contractante să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite. Cu alte cuvinte, măsura respingerii ofertei din procedura de atribuire trebuie să fie proporțională cu pretinsa neregulă constatată în cadrul ofertei și să nu depășească ceea ce este necesar.

Or, petentul afirmă că, dacă am considera prin absurd că cerința Fișei de date ar impune îndeplinirea cerinței similare și pentru lucrările indicate în cadrul Raportului procedurii (deși acest exercițiu de imaginație nu relevă cerințele expres și limitativ prevăzute de documentația de atribuire), autoritatea contractantă tot nu a procedat în mod diligent, oferta Asocierii fiind respinsă cu încălcarea principiului proporționalității.

În acest sens, contestatorul apreciază relevante sunt următoarele aspecte:

D.₁ Autoritatea contractantă nu a analizat răspunsul Asocierii „„, la solicitarea de clarificare, ci a optat pentru respingerea pură și simplă a ofertei.

Contestatorul opinează că autoritatea contractantă a procedat în mod formal la clarificarea situației privind experiența similară deoarece (i) în cadrul Raportului procedurii a preluat strict constatarea transmisă odată cu solicitarea de clarificare; (ii) nu a arătat motivele pentru care oferta și răspunsul la clarificare au fost respinse. Cu alte cuvinte, deși a încercat să clarifice situația intervenită, în realitate, niciun demers al autorității contractante nu probează analiza efectivă a argumentelor prezentate în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificare.

Dacă principiul proporționalității ar fi fost respectat, petentul susține că autoritatea contractantă trebuia să (i) analizeze răspunsul oferit; și să (ii) solicite o nouă clarificare în cazul în care nu se simțea lămurită. Totuși, a preferat să dispună o măsură vădit disproporționată fără (a) a motiva în mod corespunzător respingerea argumentelor subscrisei; (b) a oferi Asocierii „„, posibilitatea de a proba îndeplinirea cerinței în raport de noua condiție, impusă strict la momentul evaluării ofertelor.

Or, dat fiind că cerința privind experiența similară s-a modificat (pe parcursul evaluării ofertelor) în raport de anumite lucrări ce nu au fost indicate în mod expres în cadrul documentației de atribuire, petentul semnalează că autoritatea contractantă avea posibilitatea de a solicita acoperirea acestei lacune printr-o clarificare clară, neechivocă.

Totuși, cu încălcarea principiului proporționalității, a preferat să respingă oferta contestatorului fără a încerca măcar să înțeleagă raționamentul prin care a probat experiența similară, precum și faptul că lucrările respective reprezintă o valoare insignifiantă în raport de valoarea totală a lucrărilor.

D.₂ Contestatorul afirmă că valoarea lucrărilor pretins neprobate este extrem de redusă față de valoarea totală a lucrărilor ce urmează a fi efectiv executate.

În primul rând, Asocierea remarcă faptul că lucrările pentru care Autoritatea contractantă a reținut că nu ar fi fost probată experiența similară reprezintă un procent nesemnificativ din valoarea totală a lucrărilor ce urmează a fi executate în cadrul contractului. Concret, din Centralizatorul cheltuielilor pe categorii de lucrări, pe obiecte depus de către Asocierea „„, în cadrul propunerii financiare rezultă că:

i. lucrările privind sistemul de detecție, semnalizare și alarmare incendiu reprezintă un procent de 1,6% din valoarea propunerii tehnice (48.962,33 lei/ 2.908. 848, 02 lei x 100);

ii. lucrările de instalații de gaze medicale reprezintă un procent de 2,17% din valoarea propunerii tehnice (63.370,54 lei/ 2.908.848,02 lei x 100); și

iii. lucrările de instalații cureți slabi reprezintă un procent de 5,12% din valoarea propunerii tehnice (149.006,67 lei/ 2.908.848, 02 lei x 100).

Astfel, contestatorul arată că, chiar dacă am parcurge raționamentul greșit al autorității contractante, rezultă că s-a dispus respingerea ofertei Asocierii ,, prin raportare la o pretinsă neîndeplinire a experienței similare pentru lucrări care, în mod cumulativ, nu depășesc 10% din totalul valorii lucrărilor ce urmează a fi executate. Cu alte cuvinte, chiar și în această situație, principiul proporționalității a fost încălcat dat fiind că oferta contestatorului a fost respinsă, deși a fost probată îndeplinirea experienței similare în raport de 90% din lucrările ce urmează a fi executate.

În al doilea rând, petentul reține că autoritatea contractantă a inclus în categoria lucrărilor pretins neprobate și lucrărilor de instalații electrice interioare. Totuși, astfel cum a arătat în mod detaliat supra, Asocierea învederează că a probat îndeplinirea cerinței în raport de acest tip de lucrări atât prin contractele depuse pentru demonstrarea experienței similare, cât și prin avizele deținute de către .

Contestatorul este de părere că prin includerea acestor lucrări în cadrul celor pretins neprobate, autoritatea contractantă a încercat inserarea prezumției de proporționalitate a măsurii dispuse; valoarea acestor lucrări este semnificativ mai mare (32%) decât a celorlalte 3 tipuri (10% în mod cumulativ). Însă, având în vedere că documentele justificative care probează îndeplinirea experienței similare includ aceste tipuri de lucrări, se constată modalitatea tendențioasă a autorității contractate de respingere a ofertei contestatorului.

În al treilea rând, contestatorul învederează că cerințele de calificare se stabilesc în corelare cu principiul proporționalității având drept scop obținerea unei confirmări din partea operatorilor economici privind capacitatea și experiența necesare pentru a gestiona și duce la bun sfârșit contractul ce urmează a fi atribuit. Or, prin probarea experienței similare în raport de 90% din lucrările ce urmează a fi executate, este indubitabil că scopul cerinței privind experiența similară a fost atins. Totodată, dacă cerințele trebuie dispuse în raport de principiul proporționalității, acesta trebuie, de asemenea, respectat și la momentul evaluării ofertei și, în consecință, la momentul dispunerii măsurii de respingere. Însă, autoritatea contractantă a eșuat în a înțelege că experiența pentru lucrările cu ponderea cea mai mare a fost probată și, în consecință, Asocierea ,, a demonstrat că poate duce la bun sfârșit contractul ce urmează a fi atribuit, fiind, astfel, atins scopul inserării acestei cerințe în Fișa de date.

D.₃ Contestatorul menționează că autoritatea contractantă a preferat să atribuie contractul unui ofertant cu o propunere financiară mult mai mare decât a sa.

Cu toate că o simplă analiză atentă și cuprinzătoare a documentelor depuse de către Asocierea ,, ar fi condus la concluzia îndeplinirii cerinței privind experiența similară, petentul remarcă faptul că Autoritatea a preferat să rămână în pasivitate și să nu depună diligențele necesare pentru a asigura respectarea principiilor legalității și proporționalității măsurii dispuse. Contestatorul subliniază că oferta a fost respinsă în mod abuziv, iar autoritatea contractantă a preferat să desemneze câștigătoare o ofertă

în valoare de 3.2162.644,39 lei (99.726% din valoarea estimată totală a contractului) cu 181.796,37 lei mai scumpă decât oferta Asocierii „„ (2.980.848,02 lei). Cu alte cuvinte, Spitalul a preferat să respingă oferta contestatorului în mod nejustificat și nefundamentat pentru a declara câștigătoare o ofertă a cărei propunere financiară este extrem de apropiată de valoarea estimată a contractului, deși criteriul de atribuire era prețul cel mai scăzut.

Contestatorul apreciază relevant în acest context este și faptul că criteriul de atribuire stabilit prin Fișa de date este prețul cel mai scăzut. Or, în acest context, singura modalitate prin care ofertantul Mira Electro COM putea fi declarat câștigător era cea a eliminării celorlalți participanți din procedura de atribuire. Cu alte cuvinte, petentul consideră că autoritatea contractantă a evaluat oferta sa prin includerea unei noi cerințe privind experiența similară tocmai pentru a putea atribui contractul ofertantului Mira Electro COM. Chiar și din această perspectivă se poate constata caracterul disproporționat al măsurii dispuse de către autoritatea contractantă care a preferat să atribue contractului ofertantului cu o propunere financiară mult mai mare decât a contestatorului, aplicând în mod cu totul nepermis o cerință ce nu a fost prevăzută de prevederile Fișei de date.

E. Contestatorul susține că autoritatea contractantă nu a motivat decizia de respingere a ofertei Asocierii „„

Se menționează că din Raportul procedurii nu rezultă niciun raționament al autorității contractante privind modalitatea în care Asocierea „„ a înțeles să probeze experiența similară coroborat cu răspunsul la clarificare prin care au fost indicate în mod expres prevederile Fișei de date și ale Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017. Totodată, nu se poate deduce nici motivul pentru care autoritatea contractantă a considerat neîndeplinită experiența similară din perspectiva lucrărilor de instalații electrice interioare atât timp cât executarea acestora rezultă în mod clar din contractele depuse în cadrul ofertei.

Contestatorul afirmă că, fără a analiza oferta și răspunsul la solicitarea de clarificare, autoritatea contractantă a dispus respingerea ofertei preluând în mod identic pretinsa neîndeplinire a condiției privind experiența similară din cadrul solicitării de clarificare. Or, în lipsa prezentării unui raționament pertinent și concludent, petentul consideră că este indubitabil faptul că oferta sa a fost respinsă din procedura de atribuire în mod nelegal și netemeinic deoarece Spitalul nu a procedat la evaluarea efectivă a ofertei sale. Contestatorul precizează că o motivare ulterioară a deciziei de respingere a ofertei sale (eventual prin reîndicarea pretinsei neîndeplinirii a cerinței privind experiența similară) nu poate echivala cu obligația de a evalua oferta anterior respingerii; obligație ce nu a fost îndeplinită de către autoritatea contractantă la momentul evaluării ofertei contestatorului.

Prin urmare, dat fiind că, suplimentar Raportului procedurii, autoritatea contractantă nu a mai transmis o informare privind motivele de respingere, contestatorul opinează că Spitalul și-a încălcat obligația prevăzută de art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 privind

informarea fiecărui ofertant despre „motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale”.

Se arată că în lipsa motivării, principiile transparenței și al asumării răspunderii, care ar trebui să guverneze orice procedură de atribuire, sunt în mod grav afectate, atât timp cât destinatarul actului nu este informat cu privire la motivele de fapt și de drept concrete care au stat la baza emiterii lui.

Autorul contestației învederează că motivarea reprezintă o cerință esențială de validitate a oricărui act administrativ; ea este o condiție de legalitate a actului extrinsecă, făcând obiectul unei aprecieri în concret, după natura acestuia și contextul adoptării sale. Obiectivul său este prezentarea într-un mod clar și neechivoc a raționamentului instituției emitente a actului. Motivarea îndeplinește o funcție de transparență a procedurilor administrative în profitul cetățenilor, care vor putea astfel să verifice dacă actul este sau nu întemeiat; în al doilea rând, aceasta permite instanței / consiliului să exercite controlul de legalitate asupra actelor contestate. Motivarea este, așadar, o formalitate substanțială a cărei absență sau insuficiență antrenează anularea actului și care, în cazul nostru concret, nu este nici măcar lacunară, ci complet inexistentă față de aspectele concrete pentru care oferta a fost respinsă. În acest sens s-a pronunțat o jurisprudență a instanțelor judecătorești, aplicând sancțiuni (Tribunalului Brașov, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, Sentința nr. 453/CA/29.05.2008, rămasă irevocabilă:

„[...] instanța va anula actul supus controlului său constatând că acesta nu este motivat, în condițiile în care motivarea reprezintă o obligație generală, aplicabilă oricărui act administrativ. Obligația de motivare joacă un rol deosebit de important, în special în cadrul controlului puterii discreționare. Exigența motivării permite reconstituirea raționamentului efectuat de autorul actului pentru a ajunge la adoptarea acestuia. Ea trebuie să figureze chiar în cuprinsul actului și să fie realizată de autorul său. A motiva implică a face cunoscute cu claritate elementele de fapt și de drept care permit înțelegerea deciziei și aprecierea legalității sale”).

Totodată, și jurisprudența CEJ impune obligația motivării (a se vedea Hotărârea Curții din 22.03.2001, Franța/Comisia C-17/99, Rec., p.I-2481, punctul 35 și Hotărârea Tribunalului din 12.11.2008, Evropaïki Dynamiki/Comisia, R-406/06,pct.47).

Având în vedere că (i) din conținutul Raportul procedurii nu se desprinde raționamentul autorității contractante ce a condus la respingerea ofertei; precum și (ii) faptul că Asocierea „„, nu a fost informată despre motivele concrete pentru care oferta sa și argumentele prezentate în cadrul răspunsului la clarificare au fost respinse, contestatorul apreciază că Spitalul nu a procedat la evaluarea temeinică și diligentă a ofertei sale, fiind necesară anularea actului a,,t și reevaluarea ofertei sale cu luarea în considerare a contractelor depuse pentru probarea experienței similare.

Prin adresa nr. înregistrată la Consiliu sub nr. , formulează punct de vedere la contestația depusă de SC SRL, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

Autoritatea contractantă susține că în urma Anunțului de participare nr. au depus oferte 3 operatori economici.

În urma proceselor verbale nr și privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAЕ și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare, comisia de evaluare a concluzionat că Asocieria SRL & SRL nu îndeplinește condițiile de calificare, oferta fiind declarată inacceptabilă, conform art. 137 alin 2 lit. b) din HG nr. 395/2016.

Având în vedere cele declarate în DUAЕ de către SC SRL, în calitate de lider al asocierii și SC SRL, în calitate de asociat, la partea IV C - Capacitatea tehnică și profesională, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului prin adresa nr. , să menționeze modalitatea de îndeplinire a cerinței „Ofertantul trebuie să demonstreze că a executat lucrări similare celor ce fac obiectul achiziției, respectiv "Lucrări sistem de detecție, semnalizare și alarmare incendiu. Lucrări instalații gaze medicale. Lucrări de instalații electrice interioare, curenți slabi" lucrări ce compun obiectul general al achiziției (chiar dacă ele nu au mai fost nominalizate încă o dată, în mod distinct, în cadrul cerinței privind experiența similară) și fără de care obiectul achiziției nu ar fi complet.

Autoritatea menționează, de asemenea că aceste lucrări ce trebuie realizate, erau evidențiate foarte clar în documentația de atribuire prin postarea în SEAP a caietelor de sarcini aferente acestor lucrări.

Concluzionând, autoritatea contractantă apreciază că este evident faptul că operatorul economic trebuie să facă dovada executării lucrărilor solicitate prin caietele de sarcini, deoarece acestea reprezintă obiectul achiziției.

Se arată că ofertantul LIDER al asocierii, a răspuns în data de 25.06.2020, prin postarea în SEAP a unui document semnat cu semnătură electronică extinsă, dar nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței privind executarea de lucrări similare, respectiv "*Lucrări sistem de detecție, semnalizare și alarmare incendiu, Lucrări instalații gaze medicale, Lucrări de instalații electrice interioare, curenți slabi*" ci a invocat faptul că autoritatea contractantă prin cerința privind "executarea de lucrări similare celor ce fac obiectul contractului" ar solicita, de fapt executarea de lucrări identice, ceea ce este complet eronat.

Pentru a susține ipoteza că autoritatea contractantă, prin această cerință ar impune executarea de lucrări identice ar însemna ca operatorii economici să prezinte experiența în executarea lucrărilor, identic cu cele din caietele de sarcini postate în SEAP, ori, autoritatea contractantă a solicitat să prezinte experiența doar în executarea lucrărilor ce compun lucrarea generală, neimpunând ca lucrările să fie obligatoriu de aceeași anvergură ca cele solicitate prin caietele de sarcini.

Subliniază Autoritatea că experiența în executarea acestor categorii de lucrări, respectiv "*Lucrări sistem de detecție, semnalizare și alarmare*

incendiu, Lucrări instalații gaze medicale, Lucrări de instalații electrice interioare, curenți slabi" este esențială deoarece nu pot fi executate decât de operatori economici care au mai executat astfel de lucrări.

Referitor la ideea invocată de contestatoare că valoarea acestor lucrări ar avea o pondere minoră (5% din valoarea contractului), autoritatea contractantă face mențiunea că este o subevaluare a acestora (pentru a minimiza importanța lor în totalul lucrărilor), valoarea reală a lucrărilor (conform devizului de lucrări întocmit de proiectant) fiind mai mare. Mai mult, indiferent de valoare acestor lucrări, Autoritatea subliniază că trebuie avut în vedere în primul rând, faptul că fără experiența în executarea lucrărilor menționate, autoritatea contractantă nu-și poate asuma riscul neîndeplinirii corespunzătoare a obiectului contractului.

Ținând cont de toate aspectele detaliate mai sus, autoritatea contractantă învederează că Asocieria SRL & SRL nu îndeplinește condițiile de calificare, oferta fiind declarată inacceptabilă, conform art. 137 alin 2 lit. b) din HG 395/2016.

În concluzie, luând în considerare toate argumentele de mai sus, autoritatea contractantă solicită Consiliului să respingă contestația formulată de către Asocieria SRL & SRL ca nefondată.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 38549/10.09.2020, SC SRL formulează Note scrise în replică față de punctul de vedere al autorității contractante, precizând următoarele:

Contestatorul susține că autoritatea contractantă nu a procedat la analiza contestației formulate, argumentele sale fiind complet ignorate.

Totodată, contestatorul remarcă faptul că prin punctul de vedere formulat în cauză, autoritatea contractantă menține susținerile nefondate și nelegale expuse prin actul a,,,t, fără a lua în considerare și/sau a analiza argumentele expuse de către ,, în conținutul contestației. Or, formularea unui punct de vedere în această etapă are drept scop expunerea considerentelor autorității asupra contestației, iar nu reluarea criticilor pentru care oferta ,, a fost respinsă din procedura de atribuire, demers pe care autoritatea contractantă omite să-l întreprindă. Concret, petentul semnalează faptul că punctul de vedere formulat nu este edificator față de contestația ,,,, ci pur și simplu o reluare a aspectelor invocate pentru respingerea, oricum, nemotivată a ofertei sale.

Contestatorul apreciază argumentele autorității contractante netemeinice și nelegale având în vedere că:

Prin cerința Fișei de date privind experiența similară nu au fost menționate lucrările indicate de către autoritatea contractantă; cerința pentru care oferta contestatorului a fost respinsă din procedura de atribuire fiind necrisă.

În primul rând, contestatorul subliniază că autoritatea contractantă, prin punctul de vedere formulat în cauză, recunoaște faptul că nu au fost menționate în Fișa de date la capitolul aferent experienței similare următoarele tipuri de lucrări: (i) lucrări sistem de detecție, semnalizare și alarmare incendiu, (ii) lucrări instalații gaze medicale, și (iii) lucrări de

instalații electrice interioare, curenți slabi. Totuși, autoritatea contractantă consideră că acestea ar fi trebuit probate prin raportare la existența caietelor de sarcini.

Se menționează că susținerea autorității contractante este contrazisă chiar de dispozițiile art. 30 alin. (6) al H.G. nr. 395/20164 care statuează în mod clar faptul că sunt clauze nescrise criteriile de calificare ce nu sunt prevăzute în anunțul de participare. Contestatorul observă faptul că autoritatea contractantă omite practic faptul că probarea experienței similare nu este o cerință ce echivalează cu îndeplinirea cerințelor minime privind conformitatea propunerii tehnice. Or, atât timp cât nu a procedat la indicarea pretenției obligații a ofertanților de a proba experiența similară și prin raportare la (i) lucrări sistem de detecție, semnalizare și alarmare incendiu, (ii) lucrări instalații gaze medicale, și (iii) lucrări de instalații electrice interioare, curenți slabi, petentul consideră că oferta sa a fost respinsă prin luarea în considerare a unei clauze nescrise. De asemenea, contestatorul susține că obligația autorității contractante de a analiza cerințele de calificare în raport de prevederile Fișei de date a fost statuată în jurisprudența națională și unională.

Totodată, contestatorul apreciază că criticile autorității contractante sunt contradictorii deoarece, pe de o parte, susține că ar fi trebuit probate toate tipurile de lucrări ce urmează a fi executate, iar, pe de altă parte, faptul că nu s-ar fi impus ca lucrările să fie de aceeași anvergură cu cele solicitate prin caietele de sarcini. Totuși, autoritatea contractantă a respins oferta contestatorului cu încălcarea propriei documentații de atribuire deoarece contractele depuse de către „„, pentru probarea experienței similare dovedesc îndeplinirea acestei cerințe fiind prestate lucrări superioare celor ce fac obiectul contractului. În acest sens, petentul arată că relevante sunt următoarele repere:

- obiectul achiziției sunt lucrările de modernizare clinică, iar în cadrul Fișei de date a fost indicat codul CPV nr. 45453000 - 7 - lucrări de reparații generale și de renovare (rev. 2);

- obiectul contractelor depuse de către „„, includ lucrări de modernizare, reparații interioare (instalații sanitare, igienizare pereți tavane și instalații de iluminat, înlocuire tâmplărie de lemn cu tâmplărie de pvc și termopan, reparație instalație termică, aplicat linoleum antibacterian pe pardoseli, reparații acoperiș), renovare, reabilitare termică, zugrăvit, înlocuire gresie și faianță, dotare și extindere;

- la o simplă analiză a obiectelor contractelor depuse de către „„, se poate constata că au fost executate lucrări similare celor ce fac obiectul achiziției, cerința privind experiența similară fiind, în consecință, îndeplinită.

În al doilea rând, contestatorul remarcă faptul că autoritatea contractantă susține că ar fi necesară probarea experienței similare în raport de lucrările indicate deoarece acestea nu ar putea fi executate decât de către operatori economici care anterior au mai prestat astfel de activități.; se arată că această afirmație nu este nici probată și nici motivată corespunzător, autoritatea contractantă limitându-se la a indica o constatare generală, neaplicabilă situației de fapt. Or, Spitalul are obligația

de a putea arăta în concret motivele pentru care a impus cerința privind experiența similară. Însă, susținerea Autorității nu fundamentează considerentele pentru care s-ar impune probarea experienței similare și în raport de aceste tipuri de lucrări. Cu alte cuvinte, contestatorul reține că nici prin intermediul punctului de vedere, autoritatea contractantă nu a putut demonstra pretinsa neîndeplinire de către ,, a cerințelor Fișei de date, ci s-a limitat la a menționa critici generale, simple supoziții în raport de situația concretă dedusă judecății.

Totodată, autorul contestației învederează că nici pretinsa imposibilitate a autorității contractante de a-și asuma riscul neîndeplinirii corespunzătoare a contractului nu este de natură a fundamenta obligația respectării unei cerințe nescrise atât timp cât, la momentul elaborării și publicării documentației de atribuire, executarea acestor tipuri de lucrări nu a fost relevantă și, în consecință, nu a fost indicată prin Fișa de date. Cu alte cuvinte, dacă Autoritatea considera necesară probarea experienței similare și prin intermediul acestor lucrări avea obligația de a indica acest aspect, în mod transparent și clar, în cadrul Fișei de date, iar nu să aplice această interpretare în faza de evaluare a ofertelor.

În al treilea rând, petentul semnalează faptul că autoritatea contractantă reia susținerea privind pretinsa lipsă de probare a experienței similare în raport de lucrările de instalații electrice, deși a arătat prin contestație că (i) acestea fac obiectul contractelor depuse; și că (ii) Euro-Audit deține toate avizele necesare în vederea executării acestor tipuri de lucrări. Contestatorul opinează că, chiar prin menținerea acestei critici prin punctul de vedere rezultă lipsa de diligență și omisiunea de a evalua în mod complet oferta sa.

Asocierea ,, susține că prin experiența similară, a probat capacitatea de a îndeplini contractul în raport de complexitatea acestuia.

Contestatorul afirmă că din analiza obiectului contractelor, a DUAE și a răspunsului la solicitarea de clarificare se constată că cerința de la pct. III.1.3.a) din Fișa de date este respectată de către Asocierea ,, dat fiind că:

- au fost prezentate contracte în care au fost executate lucrări similare cu cele care fac obiectul achiziției. ,, a depus în cadrul ofertei un număr de 9 contracte care probează executarea de lucrări de modernizare, reparații și renovare ce sunt similare celor ce fac obiectul achiziției;
- valoarea cumulată a contractelor prezentate este de 3.374.963,36 lei; valoarea excede valorii impuse prin Fișa de date (cel puțin 3.000.000 lei fără TVA);
- contractele au fost executate în perioada 2017 - 2019 fiind, astfel, respectată și cea de a 3-a condiție impusă prin Fișa de date.

Totodată, petentul arată că la o simplă analiză a DUAE depus de către membrii Asocierii ,, se poate constata că au fost depuse contracte care probează executarea unor lucrări de instalații electrice interioare. Prin urmare, constatând strict denumirea/obiectul contractelor, Autoritatea contractantă avea posibilitatea de a constata probarea experienței similare inclusiv în raport de lucrările de reparații interioare (lucrări de instalații

electrice interioare). Oricum, pentru a proba posibilitatea reală de executare a contractului, în cadrul secțiunii D.V) al DUAЕ depus de către Euro-Audit a fost indicată deținerea atestatelor ANRE B, C₁A și C₂B nr. 11854. Totuși, contestatorul remarcă faptul că prin punctul de vedere formulat, autoritatea contractantă reia în mod nejustificat o pretinsă neîndeplinire a cerinței privind experiența similară și în raport de acest tip de lucrări (cerință de altfel, oricum, nescrisă).

Cu alte cuvinte, contestatorul subliniază că Asociera ,, a probat îndeplinirea cerinței privind experiența similară, însă, autoritatea contractantă a dispus măsura respingerii ofertei doar din perspectiva unui raționament nescris, netransparent și care, totodată, nu respectă principiul tratamentului egal deoarece (i) cerința de a proba experiența similară pentru lucrările indicate în Raportul procedurii de atribuire nu a fost niciodată adusă la cunoștința participanților; (ii) cerința nefiind indicată în Fișa de date este o cerință nescrisă și, în consecință, nu se poate dispune respingerea ofertei în baza acesteia; (iii) dacă s-ar aplica raționamentul probării tuturor lucrărilor ce urmează a fi executate nu s-ar mai solicita probarea experienței similare, ci a unei experiențe identice.

Contestatorul precizează că nu s-a solicitat demonstrarea experienței similare prin executarea unor lucrări identice, această solicitare nefiind permisă.

Se arată că prin Fișa de date s-a impus în mod clar probarea executării unor lucrări similare. Totuși, în etapa de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă consideră că ar fi trebuit probate toate lucrările ce fac obiectul achiziției, astfel cum acestea au fost detaliate prin caietele de sarcini, deci lucrări identice. Totuși, niciuna dintre lucrările indicate de către autoritatea contractantă nu au fost menționate în cadrul cerinței privind experiența similară.

Or, dacă am considera că, pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară, ofertanții trebuie să probeze executarea tuturor lucrărilor prevăzute prin caietul de sarcini, contestatorul apreciază că s-ar ajunge la situația în care, de fapt, se solicită lucrări identice, demers restricționat prin prevederile Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017. Prin urmare, atât timp cât Asociera ,, a probat executarea lucrărilor de modernizare, renovare și reparație, cerința privind experiența similară este îndeplinită.

Cu alte cuvinte, petentul susține că interpretarea oferită de către autoritatea contractantă la momentul evaluării ofertei în sensul de a fi probate absolut toate lucrările ce urmează a fi executate conduce la împrejurarea de a fi solicitate lucrări identice, iar nu similare, demers nepermis, aspect ce rezultă și din exemplul oferit de ANAP.

Oricum, contestatorul arată că valoarea lucrărilor pretins neprobate de către Asociera ,, este extrem de redusă față de valoarea totală a lucrărilor ce urmează a fi efectiv executate, principiul proporționalității măsurii dispuse fiind încălcat.

Se reține că prin punctul de vedere formulat, autoritatea contractantă susține că Asociera ,, ar fi procedat la o subevaluare a valorii lucrărilor pentru care s-a considerat că cerința privind experiența similară nu ar fi

îndeplinită. Contestatorul remarcă faptul că autoritatea contractantă nu demonstrează / probează susținerea sa și, de altfel, nici nu ar avea cum dat fiind că lucrările, în mod cumulativ, nu depășesc 10% din totalul valorii lucrărilor ce urmează a fi executate, respectiv:

- lucrările privind sistemul de detecție, semnalizare și alarmare incendiu reprezintă un procent de 1,6% din valoarea propunerii tehnice (48.962,33 lei/ 2.908. 848, 02 lei x 100);
- lucrările de instalații de gaze medicale reprezintă un procent de 2,17% din valoarea propunerii tehnice (63.370,54 lei/ 2.908.848,02 lei x 100); și
- lucrările de instalații cureți slabi reprezintă un procent de 5,12% din valoarea propunerii tehnice (149.006,67 lei/ 2.908.848, 02 lei x 100).

Totodată, contestatorul opinează că principiul proporționalității a fost încălcat și prin raportare la următoarele aspecte:

- Autoritatea contractantă nu s-a edificat întru totul asupra situației ,,,, ci a preferat respingerea pură și simplă a ofertei, fără a analiza răspunsul său la solicitarea de clarificare adresată. Dacă ar fi procedat astfel, autoritatea contractantă ar fi înțeles că (i) este nescrisă cerința pentru care oferta contestatorului a fost respinsă; și (ii) prin solicitarea probării executării tuturor lucrărilor s-ar ajunge, de fapt, la impunerea cerinței privind experiența similară în raport de lucrări identice, demers nepermis. Însă, conduita Autorității contractante și motivul pentru oferta contestatorului a fost respinsă demonstrează că răspunsul său la solicitarea de clarificare nu a fost niciodată analizat, ci s-a procedat la solicitarea acestuia în mod formal;

- Autoritatea contractantă a preferat să desemneze câștigătoare o ofertă în valoare de 3.2162.644,39 lei (99.726% din valoarea estimată totală a contractului) cu 181.796,37 lei mai scumpă decât oferta contestatorului (2.980.848,02 lei). Cu alte cuvinte, Spitalul a preferat să respingă oferta contestatorului în mod nejustificat și nefundamentat pentru a declara câștigătoare o ofertă a cărui propunere financiară este extrem de apropiată de valoarea estimată a contractului, deși criteriul de atribuire era prețul cel mai scăzut.

Prin urmare, contestatorul apreciază că nu poate fi legală și temeinică:

- măsura respingerii ofertei sale ce a fost dispusă în baza unei cerințe nescrise și, în consecință, niciodată adusă la cunoștința ofertanților;
- măsura respingerii ofertei sale prin raportare la o pretinsă neprobare a executării unor lucrări în valoare de cel mult 10% din valoarea totală a contractului;
- decizia autorității contractantă de a evalua ofertele în mod diferit față de cerințele clar și expres prevăzute de Fișa de date urmare a unei modificări a noțiunii de „lucrări similare” în „lucrări identice”;
- omisiunea autorității contractante de a analiza în concret răspunsul ,,, la solicitarea de clarificare, precum și motivele reale prin care s-a demonstrat îndeplinirea cerinței privind experiența similară, prin raportare la:

- art. 30 alin. (6) al H.G. nr. 395/2016, prevederile Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017 și exemplele oferite în acest sens, jurisprudența incidentă și la principiul proporționalității necesar a fi respectat în materia achizițiilor publice, impunându-se, astfel, admiterea contestației, astfel cum a fost formulată, anularea actelor administrative contestate și obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, cu consecința stabilirii conformității și admisibilității ofertei Asocierii „„, precum și obligarea la plata cheltuielilor de judecată conform documentelor atașate prezentelor note scrise.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

În calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Lucrări de modernizare Clinică Obstetrică Ginecologie, etaj 7”, cod CPV 45453000-7. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. , criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

În raportul procedurii nr. , s-a consemnat depunerea a trei oferte, respingerea a 2 oferte, printre care și a contestatorului, precum și desemnarea ofertei depusă de Asocieria SC SRL ca fiind admisibilă și câștigătoarea procedurii cu o propunere financiară de 3.162.644,39 lei fără TVA.

Împotriva raportului procedurii nr. , SC SRL, în calitate de Lider al Asocierii SC SRL – SRL, a formulat contestația care formează obiectul dosarului nr. 1826/2020.

Din verificarea documentelor aflate la dosar, se reține că prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 40203/20.08.2020, autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință asocierii SC SRL – SC SRL că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă conform art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, deoarece acesta „nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței privind executarea de lucrări similare, respectiv lucrări sistem de detecție, semnalizare și alarmare incendiu, instalații gaze medicale și de instalații electrice interioare curenți slabi”.

Potrivit cap. III.1.2) - Capacitatea economica si financiară din fișa de date a achiziției, *„Pentru contractele de achizitie de lucrari: executarea de lucrari de tipul specificat. Lista principalelor lucrari similare celor care fac obiectul achizitiei efectuate in ultimii trei ani (calculati pana la data limita de depunere a ofertei - 2017, 2018, 2019) cu indicarea valorilor, datelor, perioadelor de executie si a beneficiarilor publici sau privati. Prin lista principalelor lucrari similare executate, ofertantul trebuie sa demonstreze ca a executat lucrari similare in valoare de minim 3.000.000 lei, fara TVA. Prin lista principalelor lucrari similare, ofertantul trebuie să demonstreze ca a efectuat lucrari similare cu o valoare cumulata de cel puțin 3.000.000 Lei (la nivelul unui contract sau mai multor contracte). Experiența similară se dovedește prin prezentarea de documente emise sau contrasemnate de beneficiari publici sau privati, cum ar fi certificat constatator/recomandare sau alte documente echivalente, pentru contractele prezentate in lista, din care sa rezulte lucrari similare celor ce fac obiectul contractului ce urmeaza a fi atribuit, valori, perioade de executie, beneficiari, precum si modul de*

indeplinire a contractului. Modalitatea de indeplinire: Se va completa DUAE de catre ofertanti (terti sustinatori, daca este cazul) cu informatiile ce descriu experienta la nivelul unui contract sau mai multor contracte."

De asemenea, se reține că potrivit fișei de date a achiziției, „II.1.2 Cod CPV Principal: Lucrari de reparatii generale si de renovare (Rev.2) II.1.3 Tip de contract: Lucrari Executarea, prin orice mijloace, a unei lucrari, conform cerintelor specificate de autoritatea contractantă”.

După cum rezultă din cele de mai sus, în fișa de date a achiziției a fost explicat ce se înțelege prin experiență similară iar potrivit legii, ofertanții sunt obligați să depună oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, potrivit dispozițiilor art. 75 din Legea nr. 98/2016, aceasta consolidându-și forța obligatorie prin publicarea în SEAP.

Văzând documentele de calificare depuse de asocierea SC SRL – SC SRL în vederea îndeplinirii cerinței vizând experiența similară, se reține că acesta a depus următoarele contracte însoțite de recomandări și procese verbale de recepție:

- contractul nr. 30745 din data de 03.10.2018 având ca obiect reabilitare termică bloc de locuințe str. Răsăritului nr. 9, Cernavodă, județul, în valoare de 238.962,31 lei;

- contractul nr. 48226 din data de 31.10.2019 având ca obiect lucrări de reparații interioare (instalații sanitare, igienizare pereți tavane și instalații de iluminat, înlocuire tâmplărie de lemn cu tâmplărie de pvc și termopan, reparație instalație termică, aplicat linoleum antibacterian pe pardoseli pentru secția psihiatrie) în valoare de 852.212,48 lei;

- contractul nr. 3p din data de 05.12.2019 având ca obiect executări lucrări de reabilitare platformă betonată auto în incinta CT Bus S.A., ..., în valoare de 373.722,74 lei;

- contractul nr. 746 din data de 23.05.2019 având ca obiect reparații sediu la SA București, în valoare de 214.411,81;

- contractul nr. 10/12 din data de 17.01.2017 având ca obiect reparație exterioară cu izolație termică și acoperiș clădire administrativă și laborator, beneficiar SC SA, ..., valoarea contractului fiind de 289.418,23 lei;

- contractul nr. 234 din data de 03.11.2017 având ca obiect zugrăvit, înlocuit gresie și faianță atestație, beneficiar SC SA, ... în valoare de 164.763,27 lei;

- contractul nr. 65 din data de 07.05.2018 având ca obiect lucrări de reparații și zugrăveli pentru palat administrativ bd. Tomis, beneficiar județul, valoarea contractului fiind de 137.086,64 lei;

- contractul nr. 10804 din data de 07.03.2019 având ca obiect reparații și amenajări la centrul de îngrijii paleative „Casa soarelui”, beneficiar în valoare de 204.666,11 lei;

- contractul nr. 50 din data de 03.02.2018 având ca obiect reabilitarea, modernizarea, dotarea și extinderea așezământului cultural comuna Brezoale județul Dâmbovița, beneficiar CNI, în valoare de 899.810 lei.

Valoarea cumulată a acestor contracte este de aproximativ 3.374.963,36 lei fără TVA (deci peste suma minimă stabilită prin fișa de

date a achiziției, de 3.000.000 lei fără TVA). Așa cum rezultă din documentele depuse de contestator, în cadrul acestor contracte au fost efectuate lucrări de reparații și reabilitare, renovare, modernizare, extindere a unor imobile având diverse destinații: spitale, clădiri administrative, sedii firme etc., perioadele aferente fiind în intervalul 2017 - 2019, așa cum prevedea fișa de date a achiziției.

Potrivit cerințelor din documentația de atribuire, experiența ofertantului trebuia să fie similară, nu identică, deoarece autoritatea contractantă a solicitat experiență similară/asemănătoare/de aceeași natură cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, respectiv *lucrari de reparații generale și de renovare*, iar contractele depuse de asociere îndeplinesc condițiile solicitate, inclusiv cu privire la suma totală și perioada de execuție.

Prin urmare, rezultă că asocierea SC SRL – SC SRL a îndeplinit cerința de calificare, astfel cum a fost prevăzută în fișa de date.

Autoritatea contractantă avea obligația de a verifica îndeplinirea cerinței privind experiența similară prin raportare strict la mențiunile indicate în fișa de date în acest sens, dar aceasta a adăugat în mod eronat, ca motiv de respingere a ofertei, necesitatea de a proba executarea unor lucrări ce nu au fost menționate în propria documentație (ca și cerință de probare a experienței similare).

Autoritatea contractantă nu poate analiza cerințe a căror îndeplinire nu au fost solicitate la inițierea procedurii de achiziție, aceasta având obligația legală de a stabili prin documentația de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită. În situația de față, niciuna dintre lucrările indicate de către autoritatea contractantă ca motiv de respingere a ofertei contestatorului nu a fost menționată în cadrul cerinței privind experiența similară.

Se reține că la cap. IV.4.1 - Modul de prezentare al propunerii tehnice din fișa de date a achiziției, se prevede că: *„Propunerea tehnica va fi redactată, și prezentată conform cerințelor minime din prezentul caiet de sarcini. (....)”*

Prin propunerea tehnica depusa, ofertantul are obligatia de a face dovada conformitatii lucrarii cu cerintele minime impuse prin caietul de sarcini. In cadrul propunerii tehnice, ofertantii vor prezenta informatiile si documentele prevazute la capitolul III din CAIETUL DE SARCINI ce demonstreaza indeplinirea cerintelor impuse prin acesta in vederea stabilirii echivalentei lucrarii ofertate cu specificatiile tehnice din Caietul de Sarcini, respectiv Proiectul tehnic (caiete de sarcini pentru lucrari de: arhitectura si rezistenta, instalatii electrice, instalatii electrice interioare - curenti slabi, sistem de detectie, semnalizare si alarmare incendiu, instalatii termice, ventilatie si climatizare, instalatii sanitare, instalatii gaze medicale, deviz general) intocmit de societatea SRL.”

În caietul de sarcini există cerințe tehnice în acest sens, respectiv o subsecțiune privind lucrări de instalații electrice, curenți slabi și sistem de detecție, semnalizare și alarmare incendiu, instalații gaze medicale și de instalații electrice interioare curenți slabi.

În cadrul fișei de date, cele trei tipuri de lucrări au fost indicate doar pentru prezentarea propunerii tehnice, iar nu pentru probarea experienței similare, cele două cerințe fiind diferite și independente iar verificarea îndeplinirii acestora va avea loc ulterior, în etapa de analiză a propunerilor tehnice.

Prin adresa nr. , autoritatea contractantă i-a cerut clarificări privind îndeplinirea cerinței de experiență similară, astfel: „...solicităm să ne menționați modalitatea de îndeplinire a cerinței „ofertantul trebuie să demonstreze că a executat lucrări similare – Lucrări sistem de detecție, semnalizare și alarmare incendiu, Lucrări instalații gaze medicale, Lucrări de instalații electrice interioare curenți slabi”, în răspuns ofertantul menționând că fișa de date a achiziției vorbește despre „lucrări similare” cu contractul ce urmează a fi atribuit și nu despre cele menționate de autoritate în adresa de clarificare, însă răspunsul său nu a fost luat în considerare.

În concluzie, Consiliul apreciază că în mod eronat autoritatea contractantă a respins ca inacceptabilă oferta depusă de asocieria SC SRL – SC SRL invocând cerințe nesolicitate din documentația de atribuire, criticile fiind întemeiate. Astfel, se impune reevaluarea ofertei depusă de asocieria SC SRL – SC SRL prin raportare la cerința privind experiența similară de la cap. III.1.2) - Capacitatea economică și financiară din fișa de date a achiziției.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu , va dispune anularea deciziei de respingere a ofertei depusă de asocieria SC SRL – SC SRL, anularea raportului procedurii nr. 40173/20.08.2020 în partea privind oferta depusă de asocieria menționată precum și a tuturor comunicărilor subsecvente acestuia.

În temeiul art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, va dispune continuarea procedurii după îndeplinirea dispozițiilor de mai sus, prin reevaluarea ofertei depusă de asocieria SC SRL – SC SRL conform motivării și desemnarea ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

Consiliul va respinge capătul de cerere privind cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea contestației, întrucât acestea nu au fost probate așa cum prevăd dispozițiile art. 26 alin. (9) teza a II a din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu

Dispune anularea deciziei de respingere a ofertei depusă de asocieria SC SRL – SC SRL, anularea raportului procedurii nr. 40173/20.08.2020 în partea privind oferta depusă de asocieria menționată precum și a tuturor comunicărilor subsecvente acestuia.

În temeiul art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, dispune continuarea procedurii după îndeplinirea dispozițiilor de mai sus, prin reevaluarea ofertei depusă de asocieria SC SRL – SC SRL conform motivării și desemnarea ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi a,,tă cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

.....