

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

DECIZIE

Nr. 153/C5/4263

Data: 21.01.2025

Prin contestația nr. 130645/06.12.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 79021/09.12.2024, formulată de SC SRL, cu sediul social în municipiul, înregistrată la Registrul Comerțului cu nr., având CUI RO 35049422, reprezentată legal de și convențional de către Mușat și Asociații S.p.a.r.l., cu sediul profesional în, B-dul Aviatorilor nr. 43, sector 1, sediu ales și pentru comunicarea actelor de procedură, împotriva documentației de atribuire elaborată de ORAȘUL (CONSILIUL LOCAL AL ORAȘULUI), cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul licitației deschise, organizată în vederea atribuirii contractului sectorial având ca obiect „PT, asistență tehnică din partea proiectantului și execuție «Extindere spital orășenesc cu un corp nou de clădire»”, anunț de participare nr. 1075698/26.11.2024, s-a solicitat admiterea contestației și, pe cale de consecință:

1) suspendarea procedurii de atribuire până la data soluționării contestației;

2) obligarea autorității contractante la modificarea în parte a documentației de atribuire și eliminarea/amendarea cerințelor/factorilor de evaluare nejustificate/-i și/sau nelegale/-i, astfel cum este detaliat în cuprinsul contestației:

(i) în tot cuprinsul documentației de atribuire unde se face referire la acestea și;

(ii) obligarea autorității contractante de a publica un anunț de tip erată prin care să aducă la cunoștința operatorilor economici modificările admise.

3) În toate cazurile, cu aplicarea prioritară a dreptului Uniunii Europene, precum și a tuturor prevederilor art. 58 din Directiva 2014/24, a principiului proporționalității și jurisprudenței CJUE obligatorii indicate în cuprinsul contestației.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

Prin Încheierea nr. 4008/C5/4263 din 12.12.2024, Consiliul a admis cererea de suspendare a procedurii formulată de SRL, în contestația depusă în contradictoriu cu ORAȘUL (CONSILIUL LOCAL AL ORAȘULUI).

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC SRL critică documentația de atribuire, susținând că autoritatea contractantă restrânge nejustificat competiția și numărul de potențiali ofertanți la procedură, încălcând prevederile legislației achizițiilor publice.

1. Contestatoarea reclamă faptul că cerința experienței similare privind execuția de lucrări pentru obiective de investiție ce conțin construcții cel puțin categoria A execuție/proiectare și execuție construcții noi și/sau consolidări și/sau reabilitări și/sau modernizări și/sau extinderi și/sau reparații capitale, Clasa I de importanță, conform normativ P100/2013, din cadrul documentației de atribuire, este restrictivă și nelegală.

Menționează că, potrivit secțiunii III.1.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, din fișa de date, pag. 7:

„Ofertantul trebuie să demonstreze că a dus la bun sfârșit în ultimii 5 ani calculați până la data limită stabilită pentru depunerea ofertelor, lucrări similare în valoare cumulată de cel puțin 118.264.455 lei, fără TVA lei, în cadrul a maxim 3 contracte, dintre care cel puțin unul să fie de tipul «proiectare și execuție».

Lucrări similare achizitorul înțelege execuție lucrări pentru obiective de investiție ce conțin construcții cel puțin categoria A (execuție/proiectare și execuție construcții noi și/sau consolidări și/sau reabilitări și/sau modernizări și/sau extinderi și/sau reparații capitale)

Lucrări de construcții de categoria de importanță A - Importanță excepțională, în conformitate cu prevederile H.G. nr. 766/1997, pentru aprobarea unor regulamente privind calitatea în construcții, cu modificările și completările ulterioare, Clasa I de importanță, conform normativ P100/2013. Prin construcții din categoria de importanță A se înțelege: «Construcții cu funcțiuni deosebit de importante, a căror neîndeplinire implică riscuri majore pentru societate și natură, pe zone foarte extinse».

Prin construcții Clasa I de importanță, se înțelege: „Clădiri având funcțiuni esențiale pentru care păstrarea integrității pe durata cutremurelor este vitală pentru protecția civilă, cum sunt:

a) Spitale și alte clădiri din sistemul de sănătate, care sunt dotate cu servicii de urgență/ambulanță și secții de chirurgie”.

Petenta susține că, prin cerința ca ofertanții să demonstreze că, în ultimii 5 ani, au prestat servicii similare în valoare cumulată de cel puțin 118.264.455 lei, fără TVA, în cadrul a maxim 3 contracte, având ca obiect spitale și alte clădiri din sistemul de sănătate, care sunt dotate cu servicii de urgență/ambulanță și secții de chirurgie încadrate în categoria A de importanță și clasa I, se solicită, în realitate, prezentarea unei experiențe identice, iar nu similare, restrângându-se în mod nejustificat competiția și încălcându-se principiile generale din legislația achizițiilor publice.

În opinia sa, cerința de experiență similară în forma actuală, formată din toate cele 3 (trei) atribute cumulative:

(i) experiența în servicii de proiectare și/sau lucrări ce vizează *„Spitale și alte clădiri din sistemul de sănătate, care sunt dotate cu servicii de urgență/ambulanță și secții de chirurgie”* și

(ii) care se încadrează în categoria A de importanță și

(iii) care se încadrează în clasa I

este vădit restrictivă și nu poate conduce decât la scopul evident al autorității contractante de a permite participarea la procedură doar a unui număr extrem de limitat de operatori economici care ar putea îndeplini aceste cerințe. Aceasta cu atât mai mult cu cât, prin raportare la perioada de referință stabilită prin documentația de atribuire pentru această cerință (*„în ultimii 5 ani”*), în România nici măcar nu a fost realizat un număr mare de unități spitalicești care să se și încadreze în categoria A de importanță și în clasa I. În realitate, este vorba despre un număr chiar mic de astfel de contracte ce au fost atribuite doar unor anumiți operatori economici din piață.

Contestatoarea mai arată că, având în vedere faptul că se solicită experiență similară în servicii de proiectare având ca obiect construcții încadrate în categoria de importanță A, clasa I, devine cu atât mai excesivă particularizarea prin raportare la destinația de unitate de spital și alte clădiri din sistemul de sănătate, care la rândul său este particularizată prin necesitatea ca aceste unități spitalicești să fi fost dotate cu servicii de urgență/ambulanță și secții de chirurgie. Or, experiența similară presupune similaritatea cu obiectul procedurii din punct de vedere al complexității și/sau scopului, indiferent de destinația construcțiilor și/sau de dotările clădirii.

Susține că cerința, astfel cum este formulată, are caracter extrem de restrictiv și arbitrar, contrar prevederilor Instrucțiunii A.N.A.P. nr. 2/2017 unde se stipulează expres faptul că nu este permisă solicitarea de experiență similară Identică în demonstrarea capacității tehnice și profesionale:

-art. 1 „Autoritatea/entitatea contractantă are dreptul de a solicita, atât prin anunțul de participare/de participare simplificat, cât și prin

documentația de atribuire, ca operatorul economic care participă la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru să facă dovada capacității sale tehnice și profesionale referitoare la experiența în implementarea unui/unor contract/contracte similar/similare atât ca tip și complexitate, cât și din punctul de vedere al rezultatului/funcționalității urmărite prin scopul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce se atribuie prin respectiva procedură.

-Art. 5 (1) Nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de lucrări identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează a se atribui, pentru a nu se restrânge competiția, fiind necesar să fie permise și cele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului.

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

Astfel, capacitatea tehnică și profesională presupune o execuție similară/echivalentă cu obiectul procedurii din punct de vedere al complexității și/sau scopului urmărit, ori în cazul de față, autoritatea contractantă a formulat cerințe identice cu obiectul contractului, acestea fiind restrictive, excesive, prin raportare la solicitarea prezentării încadrării cel puțin în categoria de importanță A, clasa I.

Petenta apreciază că, și în ipoteza în care formulează cerința prin sintagma „*lucrări similare*”, în realitate autoritatea contractantă solicită servicii identice cu cele ce fac obiectul procedurii de atribuire - servicii ce privesc clădiri care să se încadreze exact în cele două categorii de importanță.

În susținere prezintă o expunere detaliată, reliefând ce reprezintă, din punctul de vedere al proiectării, încadrarea în clasa de importanță I:

Pentru fiecare proiect în parte, inginerul proiectant pentru specialitatea structură identifică datele de calcul specifice pe care le introduce în modelul de calcul. Aici sunt inserate caracteristici specifice ce țin de tipul structurii, zona seismică, încărcările specifice utile și permanente care se iau în calcul și se introduc în modelul de calcul.

La momentul alegerii clasei de importanță, inginerii au în vedere normativul P100-1/2019, cod de proiectare seismică partea I, prevederi de proiectare pentru clădiri. Or, conform normativului P100-1/2013, cu modificările și completările din 2019, capitolul 4.5.3., indiferent de clasa

de importanță și de expunere la cutremur a clădirii, metoda de referință pentru determinarea efectelor seismice este metoda calculului modal cu spectre de răspuns, aplicabilă în general tuturor tipurilor de clădiri.

Normativele P100-1/2013 și P100-1/2019 precizează că metodologia de calcul pentru construcții, indiferent de clasa de importanță, utilizează aceleași principii și metode (spre exemplu, metoda de calcul modal cu spectre de răspuns sau metoda forțelor seismice statice echivalente). Diferența constă în nivelul de hazard seismic luat în considerare și în factorul de importanță și expunere la cutremur.

Cerințele de proiectare pentru discipline precum instalații HVAC, sanitare, medicale și arhitectură rămân aceleași indiferent dacă clădirea este încadrată în clasa I sau II, iar complexitatea lucrărilor nu depinde de acest factor, iar cu atât mai puțin, capacitatea tehnică și profesională a operatorului economic.

În cazul disciplinelor non-structurale, precum arhitectura sau instalațiile, factorii de importanță seismică nu influențează metoda de lucru, ceea ce face cerința de experiență a operatorului economic exclusiv în categoria A, clasa de importanță I, lipsită de justificare.

Contestatoarea concluzionează că solicitarea deținerii experienței în servicii/lucrări ce vizează construcții încadrate în categoria de importanță A, clasa I, este nejustificată din mai multe perspective și creează o restricție excesivă care limitează participarea operatorilor economici eligibili. Practic, autoritatea contractantă solicită experiență identică cu obiectul contractului, fără ca această solicitare să îi aducă un avantaj, cu consecința îngrădirii concurenței.

Solicitarea experienței similare în servicii de proiectare a unor unități de spital încadrate în categoria de importanță A, clasa I, limitează accesul la procedură al operatorilor economici care au realizat proiecte similare ca nivel de complexitate, dar în alte categorii de importanță, cum ar fi categoria B, clasa II.

În al doilea rând, petenta reclamă faptul că cerința ca experiența similară „încadrată cel puțin în categoria de importanță A, clasa I”, conține un element disproporționat, deoarece categoria de importanță A, clasa I reprezintă deja nivelul maxim de cerință în domeniul construcțiilor.

În susținere, învederează faptul că autoritatea contractantă folosește expresia „cel puțin”, lăsând falsa impresie că implică existența unui nivel inferior, însă:

- Construcțiile din categoria de importanță A (definite de H.G. nr. 766/1997) și clasa I de importanță (conform normativului P100/2013) reprezintă cel mai înalt standard.

- Nu există niveluri superioare categoriilor menționate. Prin urmare, expresia „cel puțin” este lipsită de sens, pentru că nu există o scară superioară categoriei de importanță „A” și clasa I.

De asemenea, consideră că autoritatea contractantă, prin impunerea acestui cadru exclusiv și restrictiv, care impune un nivel maxim de cerințe ce poate fi luat în considerare ca experiență relevantă creează o situație în care operatorii economici trebuie să fie supracalificați pentru a participa la procedură, aspect care, pe lângă faptul că este nelegal, este și anticoncurențial.

Învederează faptul că, la nivel jurisprudențial, este cunoscut faptul că este excesivă impunerea unei cerințe de experiență identice cu obiectul contractului, aspect consacrat în mod explicit chiar de către CNSC, printr-o decizie asemănătoare rămasă definitivă prin respingerea ca nefondată a plângerii formulate de către Compania Națională de Investiții SA, în fața Curții de Apel

De asemenea, contestatoarea afirmă că autoritatea contractantă nu va obține niciun beneficiu tehnic din discriminarea operatorilor economici care au executat contracte având ca obiect clădiri încadrate în categoria de importanță B sau C, clasa I sau II, relevantă din punct de vedere al capacității profesionale sau de execuție, fiind complexitatea serviciilor/lucrărilor prestate/executate, iar nu încadrarea acestora într-o clasă de importanță.

Prin urmare, concluzionează că raportat la situația prezentei proceduri, este cu atât mai mult nejustificată impunerea unei astfel de condiții pentru a dovedi experiență similară în categoria de importanță A, clasa de importanță I.

Reclamă faptul că autoritatea contractantă ignoră scopul experienței similare, care este acela de a demonstra capacitatea tehnică a ofertantului, nu conformitatea absolută a lucrărilor anterioare cu specificațiile contractului actual, arătând că nicio normă legală sau reglementare din domeniul construcțiilor și/sau achizițiilor publice nu impune condiția de identitate absolută între lucrările anterioare și obiectul procedurii.

Din punct de vedere al concurenței între operatorii economici, învederează Consiliului faptul că această cerință, în conținutul său actual, este menită să restrângă în mod nejustificat participarea la procedură a operatorilor economici, care, deși au experiență similară din punct de vedere al execuției de construcții civile din categoria de importanță B sau C, nu ar putea participa la prezenta procedură, deoarece nu au experiență similară pentru execuție de lucrări pentru obiective de investiție ce conțin construcții cel puțin categoria A, Clasa I de importanță.

Prin urmare, petenta apreciază că autoritatea contractantă ar trebui să formuleze cerințele de calificare într-un mod proporțional și să permită operatorilor economici să demonstreze experiență relevantă și echivalentă din punct de vedere tehnic și funcțional. Cu atât mai mult cu cât, la nivel național, în România, nu au fost executate lucrări încadrate în categoria de importanță A, clasa I, ceea ce înseamnă că cerința devine

imposibil de îndeplinit în practică, limitând accesul la licitație și excluderea chiar a unor operatori care au capacitatea tehnică și profesională de a executa contractul.

În susținere prezintă următorul exemplu: O firmă cu experiență vastă în realizarea construcțiilor civile de mare complexitate, precum spitale, sedii administrative, clădiri de interes public sau alte lucrări esențiale din categoria B sau C, clasa I, este exclusă pentru că nu a avut ocazia să lucreze în categoria A, clasa I, care sunt foarte rar întâlnite (fiind construcții excepționale) pe piața națională.

Practic, arată contestatoarea, deși un operator economic are experiență similară în ceea ce privește execuția de construcții civile de o complexitate cel puțin echivalentă cu obiectul procedurii și deține întreaga capacitate tehnică/ economică/ profesională etc. necesară executării contractului, această experiență similară nu ar putea fi utilizată, din simplul fapt că, până la data prezentei proceduri, în ultimii 5 ani, nu a prestat și dus la bun sfârșit minim 3 proiecte dintr-o categorie de importanță „superioară” celei în cauză. Aceasta creează o barieră artificială pentru operatori, ignorând esența calificării: capacitatea reală de a executa lucrări de complexitate și standard similar.

Apreciază că modul în care este redactată această cerință este menită să reducă artificial concurența, putând fi îndeplinită de un număr limitat de operatori economici, contrar prevederilor art. 50 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

În susținere, face trimitere la considerentele deciziilor CNSC nr. 2027/C2/2004, nr. 1353/C3/1411/2022 și nr. 2096/C3/2325/2022, subliniind faptul că jurisprudența recentă confirmă raționamentul său, respectiv faptul că autoritatea contractantă ar trebui să aibă în vedere, în formularea cerințelor de experiență similară, complexitatea procedurilor operaționale ce urmează să facă obiectul Procedurii.

Petenta apreciază că este esențial să se acorde importanță calității și complexității experienței similare, nu doar încadrării formale în categoria A, clasa I, sens în care arată că operatorii economici care au realizat proiecte de mare complexitate, precum spitale, centre de urgență, clădiri administrative esențiale sau alte construcții civile de interes public, sunt perfect capabili să execute contractul, chiar dacă proiectele anterioare nu au fost încadrate în categoria specificată.

Susține că cerința de a demonstra experiență exclusiv în categoria A, clasa I este restrictivă și lipsită de proporționalitate, în special în coroborare cu necesitatea de a demonstra o atare experiență la nivelul ultimilor 5 (cinci) ani și ca experiența să fie în servicii de proiectare și/sau lucrări ce vizează spitale și alte clădiri din sistemul de sănătate, care sunt dotate cu servicii de urgență/ambulanță și secții de chirurgie.

În susținere, învederează modul în care alte autorități contractante au înțeles să formuleze cerințele de experiență similară în proceduri

pentru atribuirea contractelor ce au ca obiect proiectarea și execuția/ execuția unor unități de spital:

- Procedura având ca obiect „Proiectare și execuție la obiectivul de investiții «Extindere și modernizare spital orășenesc Brezoi, județul Vâlcea»”, conform anunțului de participare nr. [CN1075924]/03.12.2024:

„Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Pentru contractele de achiziție de servicii: executarea de servicii de tipul specificat

Modalitatea de îndeplinire:

Experiența similară.

Cerința nr. 2. Proiectare:

Operatorii economici vor face dovada ca au prestat servicii similare de proiectare care să privească lucrări de construire/reabilitare/modernizare/ extindere construcții civile, în ultimii 3 ani de la data limită de depunere a ofertelor, la nivelul a minimum un contract – a maxim 3 contracte în valoare cumulata de cel puțin 5.500.000,00 lei, fără TVA .

(...)

Modalități de îndeplinire:

Operatorii economici vor face dovada ca au prestat servicii similare de proiectare care să privească lucrări de construire/ reabilitare/modernizare/extindere construcții civile , în ultimii 3 ani de la data limita de depunere a ofertelor, la nivelul a minimum un contract - a maxim 3 contracte în valoare cumulata de cel puțin 5.500.000,00 lei, fără TVA .

Experiența similară trebuie să privească servicii similare de proiectare prestate în domeniul construcții civile sau al unor lucrări similare din punct de vedere al complexității superioare cu lucrările aferente contractului supus achiziției”.

- Procedura având ca obiect „Servicii de proiectare – faza PT și DDE, asistență tehnică din partea proiectantului și execuție lucrări în cadrul proiectului: „Îmbunătățirea serviciilor medicale prin construirea Spitalului Local Jibou cu deservirea populației din nord-estul Județului Sălaj”, conform anunțului de participare nr. [.....]/02.12.2024:

„Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Pentru contractele de achiziție de servicii: executarea de servicii de tipul specificat

Modalitatea de îndeplinire:

Ofertantul trebuie să facă dovada că a prestat, în ultimii 3 ani, calculați până la data limită de depunere a ofertelor, servicii de proiectare pentru clădiri (PT+DDE), în valoare cumulată de cel puțin 2.313.600 lei, fără TVA, în cadrul a maxim 3 contracte, din care cel puțin 1 contract să fie încadrat cel puțin la categoria de importanță deosebită (B)”.

- Procedura având ca obiect „Servicii de proiectare, verificare tehnică a proiectului, asistență tehnică din partea proiectantului, precum și execuția lucrărilor necesare pentru realizarea obiectivului de investiții «Creșterea eficienței energetice și a accesibilităților medicale prin extinderea Spitalului Municipal Caracal»”, conform anunțului de participare nr. [.....]/26.11.2024:

„Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Pentru contractele de achiziție de servicii: executarea de servicii de tipul specificat

Modalitatea de îndeplinire:

Ofertanții vor face dovada experienței similare, în conformitate cu prevederile art. 179, lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016.

a) Operatorii economici vor prezenta lista principalelor servicii similare celor ce fac obiectul contractului, însoțită de documente/certificări de buna execuție pentru cele mai importante servicii, prestate în ultimii 3 ani, cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publici sau privați. Prin servicii similare se înțelege servicii de elaborare și/sau actualizare și/sau revizuire de Studii de Fezabilitate și/sau DALI și/sau Proiecte Tehnice pentru lucrări de construcții civile (construcții noi/ consolidări/ reabilitări/ modernizări/ extinderi, reparații capitale), din categoria de importanță cel puțin B.”

- Procedura având ca obiect „Lucrări de construcții (pachet 2) obiectiv de investiții «Spital Regional de Urgență Cluj»”, conform anunțului de participare nr. [.....]/11.06.2024:

„Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Executarea de lucrări de tipul specificat

Modalitatea de îndeplinire:

Ofertanții trebuie să demonstreze că în ultimii 5 ani (calculați până la data limită de depunere a ofertelor) au dus la bun sfârșit lucrări similare în valoare cumulată de cel puțin 900.000.000,00 lei, fără TVA, în cadrul a maxim 5 contracte, din care cel puțin unul trebuie să fie pentru construcția unei noi unități de spital.

Note:

1. Prin lucrări similare cu cele care fac obiectul viitorului contract de achiziție publică se înțelege lucrări realizate în cadrul unor contracte de execuție lucrări și/sau proiectare și execuție lucrări având ca obiect lucrări de construcție nouă și/sau reabilitare și/sau modernizare și/sau extindere pentru clădiri încadrate cel puțin în clasa de importanță II, astfel cum sunt clasificate, sub aspectul funcțiunii esențiale și capacității proiectate a numărului de persoane din aria totală expusă, prin Normativul P100-1/2013 – Cod de proiectare seismică (Partea I – Prevederi de proiectare pentru clădiri)”.

- Procedura având ca obiect „Lucrări de construcții (Pachet 2) obiectiv de investiții „Spital Regional de Urgență Iași””, conform anunțului de participare nr. [.....]/05.02.2024:

„Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Pentru contractele de achiziție de lucrări: executarea de lucrări de tipul specificat

Modalitatea de îndeplinire:

Ofertantul (Operator Economic individual sau asociere de Operatori Economici) dovedește că a realizat în mod corespunzător, executate și duse la bun sfârșit, lucrări similare/comparabile de aceeași natură și complexitate, în ultimii 5 ani (calculați anterior/invers de la data limită inițială pentru depunerea ofertelor) în valoare de minim 1.250.000.000,00 lei fără TVA, calculată” cumulativ din cel mult 3 contracte, din care cel puțin unul trebuie să fie pentru construcția unei noi unități de spital.

1. prin «lucrări similare/comparabile de aceeași natură și complexitate” ofertanții vor înțelege lucrări de construcții clădiri încadrate cel puțin în clasa de importanță II și/sau construcția unei noi unități de spital».

Petenta menționează că, astfel cum rezultă din extrasele de mai sus, în alte proceduri similare, autoritățile contractante solicită experiență similară atât referitoare la execuția de lucrări, cât și referitoare la proiectarea de lucrări prin raportare la construcții civile în general sau la construcții încadrate în categoria de importanță B, clasa a II-a, în prezenta procedură autoritatea contractantă a decis în mod nejustificat să se raporteze la unități de spital, respectiv spitale și alte clădiri din sistemul de sănătate, care sunt dotate cu servicii de urgență/ambulanță și secții de chirurgie, încadrate în categoria A, clasa I.

În opinia sa, abordarea autorității contractante apare ca nejustificată prin raportare la obiectul contractului și pe deasupra și disproporționată, întrucât indiferent de puterea de apreciere ce aparține autorității contractante, totuși aceasta nu poate să treacă peste limitele impuse de principiile generale ale achizițiilor publice prevăzute în art. 2 din Legea nr. 98/2016, ce transpune prevederile Directivei 24/2014, deci inclusiv principiul proporționalității, dar și cele ale nediscriminării și egalității de tratament.

Având în vedere argumentele enunțate anterior, concluzionează că autoritatea contractantă impune o condiție excesivă care are ca efect selecția unor operatori supracalificați pentru obiectul procedurii, limitând nejustificat accesul altor operatori economici care au competențele profesionale și operaționale necesare îndeplinirii obiectului prezentului contract.

În al treilea rând, susține contestatoarea, cerința privind experiența în lucrări de categoria de importanță I este neclară și limitativă, având în

vedere că, în fișa de date, autoritatea contractantă oferă o interpretare restrânsă a acestei cerințe.

Astfel, apreciază că, prin lucrări de clasa I de importanță, autoritatea redă cu titlu exemplificativ că înțelege exclusiv anumite tipuri de clădiri, cum ar fi: *„spitale dotate cu servicii de urgență/ambulanță și secții de chirurgie sau alte clădiri esențiale pentru administrația publică, ordinea publică, apărarea și securitatea națională”*, exemplificare care limitează cerința de capacitate tehnică doar la lucrările efectuate asupra spitalelor, fiind omise nejustificat și alte categorii relevante de construcții încadrate în clasa de importanță I, așa cum rezultă din normativul P100/2013.

Arată că, în această interpretare strictă, cerința exclude în mod nejustificat alte tipuri de clădiri similare din punct de vedere al complexității și funcționalității, precum: școli, licee sau universități cu o capacitate de peste 250 de persoane; aziluri, grădinițe sau creșe care deserveșc mai mult de 100 de persoane; săli de spectacole, expoziții sau conferințe, cu o capacitate de peste 200 de persoane; clădiri rezidențiale sau comerciale multietajate, cu o capacitate de peste 300 de persoane ori centre comerciale (mall-uri) care deserveșc peste 1000 de persoane; infrastructuri critice, precum stații de pompieri, sedii de poliție, penitenciare sau centre de coordonare a situațiilor de urgență; clădiri multietajate cu înălțimi de peste 28 m, incluzând utilizări comerciale, administrative sau de locuit.

În opinia sa, această interpretare rigidă limitează competiția și restrânge în mod nejustificat accesul operatorilor economici cu experiență relevantă în alte tipuri de construcții încadrate în clasa de importanță I, care prezintă cerințe tehnice similare, fără a compromite standardele de calitate și siguranță.

Petenta afirmă că, în vederea asigurării unei competiții reale și a obținerii unui raport optim între calitate și costuri, este necesară modificarea acestei cerințe pentru a permite operatorilor economici să utilizeze experiența similară, bazată pe complexitate și relevanță, indiferent de încadrarea formală a proiectelor anterioare.

Având în vedere argumentele enunțate anterior, apreciază că autoritatea contractantă impune un cumul de condiții excesive care au ca efect selecția unor operatori supracalificați pentru obiectul procedurii, limitând nejustificat accesul altor operatori economici care au competențele profesionale și operaționale necesare îndeplinirii obiectului prezentului contract.

În consecință, solicită achizitoarei remedierea cerinței de experiență similară sau, după caz, obligarea de către Consiliu la atare remediere, pe fiecare din cele două teze ale cerinței de experiență similară, conform celor indicate infra.

Concluzie 1: Solicită Consiliului să dispună obligarea autorității contractante la luarea măsurilor de remediere, respectiv la eliminarea categoriei de importanță A, clasa de importanță I, din cadrul sintagmei:

„Lucrări similare: execuție lucrări pentru obiective de investiție ce conțin construcții cel puțin categoria A (execuție/proiectare și execuție construcții noi și/sau consolidări și/sau reabilitări și/sau modernizări și/sau extinderi și/sau reparații capitale). Lucrări de construcții de categoria de importanță A - Importanță excepțională, în conformitate cu prevederile HG nr. 766/1997, pentru aprobarea unor regulamente privind calitatea în construcții, cu modificările și completările ulterioare, Clasa I de importanță, conform normativ P100/2013”.

Din cerința de experiență similară pentru execuție lucrări de tipul specificat din secțiunea III.1.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” a fișei de date, având în vedere caracterul restrictiv, excesiv, nelegal și nejustificat al formulării actuale a cerinței și înlocuirea sa după cum urmează:

„Lucrări similare: execuție lucrări pentru obiective de investiție ce conțin construcții categoria B (execuție/proiectare și execuție construcții noi și/sau consolidări și/sau reabilitări și/sau modernizări și/sau extinderi și/sau reparații capitale). Lucrări de construcții de categoria de importanță B - Clasa I sau II de importanță, conform normativ P100/2013. Cel puțin un contract să fi avut ca obiect unitate spitalicească”.

Concluzie 2: În continuare, raportat la partea a 2-a a aceleiași cerințe de experiență similară, solicită Consiliului să dispună obligarea autorității contractante la luarea măsurilor de remediere, respectiv la eliminarea sintagmei:

„Prin construcții Clasa I de importanță, se înțelege: «Clădiri având funcțiuni esențiale pentru care păstrarea integrității pe durata cutremurelor este vitala pentru protecția civilă, cum sunt: a)Spitale si alte clădiri din sistemul de sănătate, care sunt dotate cu servicii de urgenta/ambulanta și secții de chirurgie”

Din cadrul cerinței de experiență similară pentru execuție lucrări de tipul specificat din secțiunea III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională a fișei de date, având în vedere caracterul restrictiv, excesiv, nelegal și nejustificat al formulării actuale a cerinței și completarea interpretării categoriilor de construcții considerate similare din punct de vedere al complexității și funcționalității potrivit P100/2013, după cum urmează:

„Școli, licee sau universități cu o capacitate de peste 250 de persoane; Aziluri, grădinițe sau creșe care deserveșc mai mult de 100 de persoane; Săli de spectacole, expoziții sau conferințe, cu o capacitate de peste 200 de persoane; Clădiri rezidențiale sau comerciale multietajate, cu o capacitate de peste 300 de persoane ori centre comerciale (mall-uri) care deserveșc peste 1000 de persoane; Infrastructuri critice, precum stații de pompieri, sedii de poliție, penitenciare sau centre de coordonare a situațiilor de urgență; Clădiri multietajate cu înălțimi de peste 28 m, incluzând utilizări comerciale, administrative sau de locuit”.

2. SRL reclamă faptul că cerința din fișa de date a Factorului de evaluare nr. 3 conduce la o interpretare restrictivă a documentației de atribuire, respectiv la o restrângere nejustificată a concurenței. Astfel, consideră că Factorul de evaluare din algoritmul de calcul privind experiența similară a expertului cheie Manager de proiect și experiența în ocuparea unei poziții Șef/coordonator/director proiect concretizată în proiecte similare asupra unor construcții civile cu încadrarea în categoria de importanță A, este restrictiv și nejustificat

Menționează că experiența potrivit factorului de evaluare 3, experiența specifică în obiectul contractului a experților cheie, utilizați la cap. II.2.5 din fișa de date (Anexa nr. 1) și detaliată la pag. 48-49 din caietul de sarcini (Anexa nr. 2), este următoarea:

„Descriere:

Manager de proiect (contract) - pentru experiența constând în implicarea pe o poziție similară (șef/ coordonator/director de contract sau adjunct) în 5 sau mai multe proiecte/ contracte ce presupun execuție de lucrări similare și/ sau proiectare și execuție de lucrări similare celor din caietul de sarcini (respectiv construcție/modernizare/reabilitare/ consolidare construcții civile categoria minim A conform H.G. nr. 766/ 1997) a persoanei propuse se acordă 10 puncte.

Șef/coordonator/director proiect - pentru experiența constând în implicarea pe o poziție similară (Coordonator Proiect și/sau Director Proiect și/sau Manager Proiect și/sau Adjunct Coordonator Proiect și/sau Adjunct Director Proiect și/sau Adjunct Manager Proiect) în 5 sau mai multe proiecte /contracte ce presupun proiectare de lucrări similare si/ sau proiectare și execuție de lucrări similare celor din caietul de sarcini, (respectiv construcție/modernizare/reabilitare/consolidare construcții civile categoria minim A conform H.G. nr. 766/ 1997) a persoanei propuse se acordă 10 puncte”.

„Algoritm de calcul:

a) pentru experiența constând în implicarea pe o poziție similară (șef/ coordonator/ director de contract sau adjunct) în 2 proiecte/ contracte ce presupun execuție de lucrări similare si/ sau proiectare și execuție de lucrări similare celor din caietul de sarcini (respectiv construcție/ modernizare/reabilitare/ consolidare construcții civile categoria minim A conf. HG nr. 766/ 1997) a persoanei propuse se acorda 2 puncte;

b) pentru experiența constând în implicarea pe o poziție similară (șef/ coordonator/ director de contract sau adjunct) în 3 proiecte/ contracte ce presupun execuție de lucrări similare si/ sau proiectare și execuție de lucrări similare celor din caietul de sarcini (respectiv construcție/ modernizare/reabilitare/consolidare construcții civile categoria minim A conf. HG nr. 766/ 1997) a persoanei propuse se acordă 4 puncte;

c) pentru experiența constând în implicarea pe o poziție similară (șef/ coordonator/ director de contract sau adjunct) în 4 proiecte/ contracte ce presupun execuție de lucrări similare si/ sau proiectare și execuție de lucrări similare celor din caietul de sarcini (respectiv construcție / modernizare / reabilitare / consolidare construcții civile categoria minim A conf. HG nr. 766/ 1997) a persoanei propuse se acordă 7 puncte;

d) pentru experiența constând în implicarea pe o poziție similară (șef/ coordonator/ director de contract sau adjunct) în 5 sau mai multe proiecte/ contracte ce presupun execuție de lucrări similare si/ sau proiectare si execuție de lucrări similare celor din caietul de sarcini (respectiv construcție / modernizare / reabilitare / consolidare construcții civile categoria minim A conf. HG nr. 766/1997) a persoanei propuse se acordă 10 puncte;”.

Același algoritm și punctaj de aplică și pentru Șef/coordonator/director proiect.

Petenta precizează că, astfel cum este redată, această cerință, prin coroborarea fișei de date cu cerințele din caietul de sarcini, impune drept criterii minime de experiență similară a celor doi experți punctați, următoarele:

1. Pentru calificare și pentru a se depune o ofertă conformă cu cerințele minime ale fișei de date este necesară participarea Managerului de proiect și a Șefului de proiect la realizarea unui proiect similar reprezentând o cerință minimă de conformitate, și nu se acordă punctaj suplimentar. Solicitarea de experiență este identică cu obiectul contractului: lucrări similare și/sau proiectare și execuție de lucrări similare celor din caietul de sarcini (respectiv construcție/modernizare/reabilitare/consolidare construcții civile categoria minim A conform H.G. nr. 766/1997);

2. Pentru punctare, respectiv pentru acordarea punctajului complet aferent Factorului de evaluare nr. 2 din fișa de date, conform algoritmului de calcul pentru demonstrarea experienței specifice în obiectul contractului, este necesară prezentarea suplimentară, pe lângă contractul necesar pentru cerința minimă de calificare menționată la punctul 1, a încă minim 4 (patru) proiecte de experiență similară (identică) pentru Managerului de proiect și Șeful de proiect.

În ceea ce privește criteriile de calificare și conformitate, contestatoarea susține că autoritatea contractantă impune criterii extrem de restrictive de calificare și conformitate, ceea ce împiedică accesul ofertanților la această procedură și nu permite o concurență reală, fapt contrar scopului Legii nr. 98/2016 și al Directivei 24/2014.

Totodată, menționează că, în ceea ce privește factorii de evaluare, Legea nr. 98/2016 prevede următoarele în art. 189:

„(1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată.

(2) În sensul alin. (1), factorii de evaluare utilizați de autoritatea contractantă trebuie să asigure o concurență reală între operatorii economici și să fie însoțiți de prevederi care să permită verificarea efectivă a informațiilor furnizate de către ofertanți, în scopul aplicării factorilor de evaluare[...].”.

În opinia contestatoarei, această modalitate de solicitare a factorilor de evaluare este vădit excesivă și restrictivă, în România numărul experților cheie ce pot îndeplini o asemenea cerință fiind extrem de redus.

Astfel, în opinia sa, devine cu adevărat nejustificată abordarea autorității contractante de a impune factori de evaluare disproporționați și discriminatorii.

Contestatoarea susține că, și în ipoteza în care ar putea fi demonstrată experiența similară minimă necesară pentru calificare a personalului cheie solicitat prin depunerea a câte un contract de experiență similară (respectiv construcție/modernizare/reabilitare/consolidare construcții civile categoria minim A conform H.G. nr. 766/ 1997), Managerului de proiect și Șeful de proiect solicitați, oferta operatorului economic nu ar putea să primească un punctaj mai mare de 80 de puncte.

Concluzionează că, prin alegerea acestor factori de evaluare, extrem de restrictivi, ce reprezintă 20% din punctajul total, autoritatea contractantă nu asigură o concurență reală a tuturor operatorilor economici, chiar și în contextul în care operatorul economic ofertant ar veni cu cel mai bun preț.

Învederează Consiliului faptul că experiența relevantă a celor doi experți punctați poate fi demonstrată și prin implicarea în proiecte similare ca și complexitate, fără a fi necesar să fie exclusiv construcții civile minim A. Competențele esențiale pentru aceste roluri, în gestionarea proiectelor, înțelegerea cerințelor, coordonarea și supervizarea execuției, pot fi dobândite și prin participarea la alte tipuri de construcții civile, dar de complexitate similară (nu identică).

În ceea ce privește dovedirea experienței experților punctați, petenta susține că nu este obligatoriu ca aceste persoane să fi executat contracte identice, fiind suficientă prezentarea unor contracte comparabile din punct de vedere al complexității, care să fi presupus lucrări de construcții civile încadrate în altă categorie de importanță, de exemplu B, respectiv care includ activități cu caracter intelectual ce au ca rezultat identificarea, elaborarea și dezvoltarea soluției tehnice ce stă la baza implementării respectivelor contracte, atât timp cât acestea sunt relevante și suficient de complexe.

În același context, subliniază faptul că mulți experți calificați și competenți ar putea avea experiență valoroasă din proiecte comparabile în complexitate, chiar dacă nu au participat în derularea unor contracte

ce au avut ca obiect construcții încadrate exclusiv în categoria de importanță A.

Prin urmare, conchide că impunerea experienței profesionale prin raportare la categoria de importanță A: - Construcții de importanță excepțională este excesivă, nefiind relevantă această clasificare a construcțiilor pentru dovedirea capacității profesionale.

Astfel, menționează că, în vechea reglementare a Regulamentului privind stabilirea categoriei de importanță a construcțiilor (HG nr. 261/1994) există și o listă exemplificativă a construcțiilor de importanță excepțională - Categoria de importanță A și anume:

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

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

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

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

În același sens, menționează că dispozițiile art. 7 din noul Regulamentul privind stabilirea categoriei de importanță a construcțiilor din 21.11.1997 aprobat prin HG nr. 766/1997 prevăd:

„Categoria de importanță se stabilește de către proiectant, la cererea investitorului, în cazul construcțiilor noi, sau a proprietarului, în cazul construcțiilor existente, atunci când este necesar, pentru lucrări de intervenții sau în alte cazuri”.

Prin urmare, arată contestatoarea, stabilirea categoriei de importanță A este un atribut al proiectantului și se face având în vedere funcțiunea deosebită sau nu a construcției.

Apreciază că, întrucât categoria de importanță A este stabilită prin prisma funcțiunii pe care o are spitalul, însă nu prin prisma caracteristicilor tehnice excepționale, condiționarea în cadrul experienței profesionale la această categorie specială și rară de importanță a construcției este restrictivă și excesivă. Această abordare restricționează în mod nefundamentat participarea la procedură a operatorilor economici care, deși dispun de întreaga capacitate tehnică, economică și profesională necesară realizării contractului, nu pot valorifica experiența lor profesională. Aceasta, deoarece contractele realizate anterior, de complexitate similară, nu sunt încadrate în categoria de importanță A, astfel eliminând fără temei competitori eligibili.

În opinia contestatoarei, solicitarea ca Managerul de proiect și Șeful de proiect, să dețină experiență profesională în contracte pentru construcții încadrate în categoria de importanță A, este restrictivă din mai multe perspective ce limitează participarea operatorilor economici

eligibili care au realizat proiecte similare ca nivel de complexitate, dar în alte categorii de importanță, cum ar fi categoria B sau C.

În al doilea rând, precizează că lucrările de categoria B includ spitale, teatre, sau centre comerciale care implică, de asemenea, complexitate tehnică ridicată și similară cu cea a unor lucrări de categoria A, diferența dintre construcțiile de categoria A și B este în mare măsură legată de impactul asupra societății și a mediului, așa cum rezultă din H.G. nr. 766/1997.

Categoriile de importanță se stabilesc în baza unei metodologii de punctare a fiecărei caracteristici specifice, rezultând încadrarea construcției în una dintre cele patru categorii definite de legislație, respectiv:

- Categoria A – construcții de importanță excepțională;
- Categoria B – construcții de importanță deosebită;
- Categoria C – construcții de importanță normală;
- Categoria D – construcții de importanță redusă.

Categoria A include, construcții cu funcțiuni extrem de importante fără de care societatea și natura ar fi în pericol, aici fiind incluse centralele nucleare, barajele, clădiri unicate cu valoare de patrimoniu, ansambluri și clădiri de culte sau monumente de arhitectură propuse pentru a fi incluse în patrimoniul cultural internațional.

Categoria B include, construcții având funcțiuni importante pentru societate și mediu incluzând cai ferate, drumuri, poduri, porturi, aeroporturi, baraje de acumulare de apă, clădiri socio-culturale cu aglomerări mari de oameni, stații de emisie radio și televiziune, monumente de arhitectură, situri istorice, muzee, arhive, biblioteci naționale, sedii ale inspectoratelor de poliție, pompieri, salvare.

Cu alte cuvinte, arată contestatoarea, construcția unui spital regional (categoria B) implică gestionarea unor cerințe complexe de siguranță, echipamente specializate, și coordonare între specialiști, similare cu cele ale unui spital central (categoria A), context în care, atât pentru categoria B, cât și pentru A, managerul și șeful de proiect trebuie să demonstreze cunoașterea legislației (HG nr. 766/1997, Legea nr. 10/1995 etc.), precum și a proceselor administrative și de avizare.

Spre exemplu, menționează că o clădire de importanță B, are cerințe similare de proiectare și execuție pentru disciplinele de proiectare, dar este exclusă de la evaluare doar din cauza încadrării în altă categorie de importanță, ceea ce nu afectează calitatea sau relevanța experienței respective.

În opinia contestatoarei, având în vedere că, astfel cum a arătat anterior, categoria de importanță a construcției nu influențează în mod direct complexitatea tehnică a acesteia, iar cerințele tehnice pentru categoriile A și B sunt similare sau chiar identice în anumite aspecte, ar fi mai adecvat să se solicite experiență în proiecte de categoria B.

Susține că acest criteriu este mai rezonabil, având în vedere frecvența mai mare a lucrărilor din această categorie și caracterul lor comparabil din punct de vedere tehnic cu lucrările din categoria A. O astfel de ajustare ar permite accesul unui număr mai mare de operatori economici, stimulând o competiție mai largă și echitabilă, fără a compromite standardele de calitate și siguranță ale lucrărilor.

În același sens, menționează că categoria de importanță A este o categorie de construcții de importanță excepțională, fiind destinată în special construcțiilor cu un impact excepțional și funcțiuni critice, astfel cum este exemplificat anterior. Or o atare categorie pentru cerința de experiență similară nu este necesar a fi impusă în cazul documentației de atribuire, atât drept criteriu de calificare, cât și factor de evaluare pentru toți experții solicitați, cu atât mai puțin pentru o procedură având ca obiect proiectarea și execuția unui spital de mici dimensiuni (indiferent de destinația sa viitoare).

Dat fiind caracterul excepțional, consideră că este cu atât mai nejustificată și restrictivă solicitarea experienței identice la nivel de (cel puțin) 5 (cinci) contracte, astfel cum a explicat în prezenta contestație.

Petenta susține că această condiție de a prezenta experiență exclusiv în categoria de importanță A, este excesivă și disproporționată în raport cu scopul și necesitățile reale ale proiectului, având în vedere că experiența în construcții de categoria B este la fel de relevantă și valoroasă pentru îndeplinirea cu succes a rolului de Manager de proiect sau Șef de proiect.

De asemenea, consideră că experiența profesională în ocuparea unei poziții prin prisma căreia persoana desemnată a avut responsabilități și sarcini similare celor din prezenta documentație de atribuire al cărui obiect se regăsesc lucrări de construire/extindere/reabilitare/modernizare clădiri cel puțin din categoria de importanță A, nu reflectă competențele și capacitățile reale ale Managerilor de proiect sau ale Șefului de proiect.

Astfel, susține că Solicitarea prezentării experienței profesionale încadrate în categoria de importanță A, pentru Managerul de proiect și a Șefului de proiect, a căror experiență se punctează astfel cum a fost solicitat prin documentația de atribuire, nu poate să constituie din punct de vedere tehnic niciun plus al experienței solicitate.

În opinia contestatoarei, pentru a permite participarea unui număr mai mare de operatori economici și a asigura o competiție corectă, cerința ar trebui să fie relaxată la categoria de importanță B, aceasta fiind suficientă pentru a asigura competența necesară în realizarea proiectului.

Susține că este esențială identificarea unei echipe bine pregătite și cu o experiență semnificativă în managementul contractelor, indiferent de categoria de importanță a proiectelor anterioare.

Prin urmare, apreciază că autoritatea contractantă caută un Manager de proiect cu o implicare managerială eficientă, capabil să asigure un dialog continuu și o organizare eficientă.

Învederează faptul că raționamentul este validat și de modul în care alte autorități contractante au înțeles să formuleze cerințele de experiență similară în proceduri pentru atribuirea contractelor ce au ca obiect proiectarea și execuția unor unități de spital.

În alte proiecte similare, precum spitalele regionale din România, autoritățile au adoptat o abordare mai flexibilă și echitabilă, adaptată scopului de a permite participarea unui număr cât mai mare de ofertanți și de a stimula competiția.

În acest sens face trimitere la documentația de atribuire aferentă procedurilor având ca obiect:

- Lucrări de construcții (Pachet 1) obiectiv de investiții „Spital Regional de Urgență Cluj” ;
- Proiectare și execuție pentru realizarea obiectivului de investiții „Construire Spital Clinic De Pneumoftiziologie și Boli Infecțioase, Brașov”;
- Proiectare și execuție la obiectivul de investiții „Extindere și modernizare Spital Orășenesc Brezoi județul Vâlcea” ;
- „Servicii de proiectare, verificare tehnică a proiectului, asistență tehnică din partea proiectantului, precum și execuția lucrărilor necesare pentru realizarea obiectivului de investiții „Creșterea eficienței energetice și a accesibilităților medicale prin extinderea Spitalului Municipal Caracal”.

Contestatoarea reiterează faptul că, autoritatea contractantă solicită, pentru obținerea punctajului maxim, pentru cei doi factori de evaluare referitori la experții cheie (ce au o pondere de 20% din total), respectiv pentru obținerea unui punctaj competitiv, nu mai puțin de 5 (cinci) proiecte încadrate în categoria A.

Așadar, învederează Consiliului, în mod similar Secțiunii 4.1. supra, faptul că această cerință, în forma ei actuală, este în măsură să restrângă în mod nejustificat participarea la procedură a operatorilor economici, care, deși dețin personal specializat, iar aceștia au experiență similară din punct de vedere al proiectelor similare asupra unor construcții civile cu încadrarea în categoria de importanță B, nu ar putea participa la procedura de atribuire, deoarece nu ar deține experiență similară pentru construcții civile cel puțin din categoria de importanță A.

În acest sens, face trimitere la jurisprudența în materie.

De asemenea, petenta învederează Consiliului faptul că argumentele de ordin jurisprudențial, prezentate în secțiunea precedentă, sunt aplicabile și în cadrul acestei secțiuni, dat fiind faptul că efectul unor astfel de cerințe în documentația de atribuire poate conduce în mod decisiv la o denaturare a concurenței.

Prin urmare, solicitarea experienței în proiecte de o anumită categorie de importanță pentru Managerul de proiect și pentru Șeful de

proiect, nu este un indicator relevant al calității sau eficienței executării proiectului. Important este ca personalul implicat să dețină competențe și experiență tehnică adecvată pentru natura și complexitatea specifică a proiectului, nu neapărat experiență în lucrări clasificate într-o anumită categorie de importanță. Acest lucru asigură că personalul poate răspunde eficient cerințelor proiectului, respectând în același timp standardele de calitate și siguranță necesare, indiferent de categoria de importanță a construcției.

Nu în ultimul rând, învederează Consiliului tendința autorităților contractante de a impune cerințe restrictive și superioare necesităților reale ale proiectului, A.N.A.P. sancționând însă atare conduite. Într-o procedură ce se derulează simultan cu prezenta, având ca obiect „Proiectare și execuție pentru realizarea obiectivului «Construire corp clădire pentru secțiile de boli infecțioase, pneumologie și psihiatrie din cadrul Spitalului Municipal de Urgență Elena Beldiman Bârlad»” A.N.A.P. a emis Avizul condiționat nr. 18640/22.11/2024/DGEDACMISP:

„Instrucțiuni către ofertanți sect. II.2.5), III.1.3.a) Strategia de contractare

15. În fapt: la cerința de experiență similară pentru proiectare există aspecte care trebuie corectate/completate/modificate. Astfel:

1. definiția experienței profesionale a experților proiectanți utilizați ca factori de evaluare (secțiunea II.2.5, caiet de sarcini) prin care se solicită „încadrate în categoria A de importanță conform H.G. nr. 766/1997 și clasa I conform P100/1- 2013” poate conduce la restricționarea participării operatorului economic la procedura de atribuire. Justificările înscrise nu susțin această cerință.

2. în justificarea cerinței privind experiența în prestări servicii proiectare de la pag. 66 se face referire la „lucrările realizate în cadrul unor contracte de execuție lucrări și/sau proiectare și execuție lucrări având ca obiect lucrări de construcție nouă și/sau reabilitare și/sau modernizare și/sau extindere pentru clădiri încadrate cel puțin în clasa de importanță I”.

Totodată definiția similarității serviciilor poate avea ca rezultat restrângerea participării operatorilor economici la procedura de achiziție.

Măsura de remediere: 1. completați în strategia de contractare argumente din care să reiasă motivul pentru care se solicită în mod obligatoriu ca experții să aibă experiență profesională în contracte care au inclus servicii de proiectare «pentru unități spitalicești încadrate în categoria A de importanță conform HGR nr. 766/1997 și clasa I» și nu se accepta ca experiența profesională specifică participarea la proiectarea altor categorii de construcții și/sau categorii de importanță/clase seismice, evidențiind aspecte specifice cu privire la competențele minime pe care expertul trebuie să le dețină pentru atingerea scopului contractului. În atare situație, în cadrul factorului de evaluare ar putea fi punctată experiența experților de exemplu în proiectarea unor obiective

de complexitate similară/superioară celui care face obiectul procedurii de atribuire.

În lipsa unor argumente concrete reconsiderați cerința astfel încât să nu se restricționeze.

2. corectați justificările înscrise în strategie făcând referire la servicii de proiectare și la contracte de proiectare și/sau proiectare și execuție lucrări.

Reanalizați și argumentați suplimentar la nivelul strategiei de contractare menținerea condiționării «unități de spital încadrate în categoria A (H.G. nr. 766/1997) și clasa I (P100/1-2013)», astfel încât cerința să nu conducă la restrângerea concurenței.

În drept: art. 9 alin. (4) lit. f) din H.G. nr. 394/2016 cu modificările și completările ulterioare.”

Petenta subliniază faptul că toate aceste aspecte, sesizate de societatea sa, cât și de A.N.A.P, țin cont de realitatea pieței naționale din România, unde numărul de proiecte de categoria A este extrem de limitat (cu atât mai mult a celor de unitate spitalicească), cerința autorității contractante ca experții cheie să fi participat la realizarea a minim 5 (cinci) astfel de proiecte specifice (pentru a putea obține un punctaj competitiv) este în mod clar restrictivă, disproporționată și contrară principiilor care guvernează achizițiile publice.

Învederând faptul că în România nu au fost executate/modernizate sau reabilitate substanțial foarte multe clădiri de categoria A, iar probabilitatea ca un expert să fi participat la realizarea specifică a 5 (cinci) astfel de proiecte este extrem de redusă. Această realitate a pieței locale limitează și mai drastic numărul de potențiali ofertanți care ar putea îndeplini criteriul impus.

Concluzionând, solicită Consiliului obligarea autorității contractante la luarea măsurilor de remediere, respectiv la eliminarea sintagmei „asupra unor construcții cel puțin din categoria de importanță a construcțiilor A” din cadrul cerinței de experiență similară pentru personalul solicitat în cadrul documentației de atribuire, având în vedere caracterul restrictiv, excesiv și nejustificat al formulării actuale și înlocuirea cu sintagma „asupra unor construcții din categoria C de importanță a construcțiilor, iar cel puțin unui contract de importanță de categoria B”.

3. Contestatoarea apreciază că restrângerea categoriei documentelor justificative ce pot fi prezentate de operatorii economici pentru dovedirea experienței experților în cadrul factorului de evaluare „Experiență profesională specifică experților” este nelegală și nejustificată.

Reclamă faptul că autoritatea contractantă nu a avut în vedere, în elaborarea documentației de atribuire, principiul proportionalității reglementat la nivel național de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016, iar la nivelul legislației europene de art. 18 alin. (1) din

Directiva 2014/24/UE, ceea ce conduce la vădita nelegalitate și netemeinicie a anumitor cerințe vădit restrictive.

Menționează că, în cadrul caietului de sarcini, sunt redată de către autoritatea contractantă, cu titlu exemplificativ următoarele documente justificative prin care operatorii economici pot dovedi experiența celor doi experți pentru care se acorda punctaj (Manager de proiect și Șef de proiect):

„Pentru demonstrarea experienței se vor prezenta dar fără a se limita:

- documente relevante (fisa de post/contractul de munca/referințe/recomandări de la beneficiari finali/procese verbale sau orice alte documente similare din care să rezulte informațiile solicitate de autoritatea contractantă).

Orice necorelare, omisiune ori neconformitate constatată în privința documentelor ofertei, în raport cu documentația de atribuire, caietul de sarcini ori cu prevederile legislației în vigoare va putea conduce la respingerea ofertei. Prin urmare, în cazul lipsei unui document aferent propunerii tehnice și/sau completarea greșită a unui document ori ne reprezentarea acestuia în forma solicitată sunt incidente prevederile de mai sus.”

Astfel, arată contestatoarea, sub sancțiunea respingerii ofertei ca fiind neconformă, autoritatea contractantă limitează modalitatea de a demonstra experiența profesională a celor doi experți prin sintagma recomandări de la „beneficiarii finali”.

Învederează faptul că astfel după cum rezultă din conținutul Instrucțiunii A.N.A.P. nr. 1/2017, documentele-suport relevante care atestă experiența specifică și care trebuie să fie acceptate de comisia de evaluare pot fi: fișa de post, contractul de munca, recomandarea sau orice alte documente similare din care rezultă informațiile solicitate de autoritatea contractantă.

Petenta consideră că solicitarea, pentru dovedirea experienței avute de experți în procedurile anterioare, de recomandări de la beneficiarul final, cu consecință respingerii ofertei, este un act excesiv, fiind suficient, potrivit Instrucțiunii A.N.A.P. nr. 1/2017, orice document care face proba experienței profesionale, inclusiv recomandările interne din cadrul proiectelor din portofoliul companiei (angajator și/sau beneficiar direct) care le-a dus la bun sfârșit.

În opinia sa, în mod evident, conform Instrucțiunii A.N.A.P. nr. 1/2017, autoritatea ar fi trebuit să permită operatorilor economici ca, în susținerea proiectelor/contractelor similare depuse pentru a demonstra experiență similară, să prezinte orice document relevant asemănător celor menționate supra. Or, prin mențiunea expresă, recomandări de la beneficiari finali autoritatea contractantă încalcă prevederile exprese ale Instrucțiunii A.N.A.P. nr. 1/2017, întrucât limitează recomandările ce emană doar de la beneficiarii finali.

Astfel, arată contestatoarea, achizitoarea nu numai că a impus, dar nici nu are dreptul să impună, în cazul factorului de evaluare „Experiență profesională specifică experților”, prezentarea a unor recomandări semnate exclusiv de beneficiari finali, astfel cum a fost subliniat și de către A.N.A.P. în repetate rânduri în avizele conform condiționate emise, acest lucru reieșind din cuprinsul documentului intitulat „cele mai frecvente neconformități identificate în cadrul documentațiilor de atribuire aferente contractelor de execuție de lucrări standard și de proiectare și execuție lucrări în activitatea de control ex ante, înscrise în avizele conform condiționate emise” :

- „În ceea ce privește factorul de evaluare privind experții: 4). În Nota existentă în algoritmul de calcul, eliminați solicitarea documentelor doveditoare pentru studii, respectiv: «Copii de pe diplome de studii/ diplome de absolvire/certificate de absolvire, etc. prin care să dovedească pregătirea profesională solicitată»”, având în vedere că avantajul care face obiectul factorului de evaluare vizează doar experiență specifică, iar cerințele de studii și documentele doveditoare trebuie să se regăsească numai la nivelul caietului de sarcini. Completați documentele doveditoare pentru experiență specifică și cu mențiunea că ele pot fi emise de beneficiar/angajator. (a se vedea obs de la caietul de sarcini).”

- „Cerințele referitoare la cei doi experți utilizați ca factori de evaluare: Ref. la documentele ce pot fi prezentate pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței minime și pentru experiență utilizată ca factor de evaluare (recomandare/document constatator emis de beneficiar), acestea sunt limitate la documente emise de beneficiar – nu se respectă prevederile art. 12 lit. a), nota (iv), notă exemplificativă de la art. 9 alin. (7) din Instrucțiunea ANAP nr. 1/2017; Corecți.”

- „Referitor la factorii de evaluare privind experții: 1. documentele doveditoare nu se vor limita doar la cele emise de beneficiar; se vor accepta și cele de la angajator conform Nota exemplificativă de la art.9, alin.(7) din Instrucțiunea ANAP nr. 1/2017.”

Mai mult, arată contestatoarea, într-o cazuistică similară recentă, în procedura de atribuire identificată în SEAP sub nr. [...], în exercitarea atribuțiilor privind controlul ex-ante al documentației de atribuire, A.N.A.P. a emis Avizul conform condiționat A.N.A.P. nr. 13204/23.08.2023/....., prin care a indicat că autoritatea contractantă care a inițiat această licitație trebuie să corecteze modalitatea prin care poate fi dovedită experiență specifică solicitată pentru factorul de evaluare „Experiența profesională a Managerului de proiect”, deoarece modalitatea inițială în care era prevăzută cerința în documentația de atribuire nu permitea demonstrarea experienței similare prin documente precum fișa de post, contractul de muncă, recomandarea sau orice alte documente similare. În documentația de atribuire inițială, era prevăzut ca experiență specifică în vederea obținerii

punctajului trebuie dovedită cu documente eliberate și semnate de beneficiarii finali ai contractelor de lucrări, fiind o limitare vădită a documentelor de experiență similară ce pot fi depuse de către operatorii economici.

În procedura administrativ-jurisdicțională din fața Consiliului, însăși autoritatea contractantă a achiesat, prin punctul de vedere, asupra necesității remedierii cerinței restrictive. Prin Decizia CNSC nr. 2483/C1/2671/2679 din 23.10.2023, Consiliul confirmă că nu este permisă o atare cerință excesivă, respectiv că nu este necesar a se solicita recomandări din partea beneficiarului final al lucrărilor.

Prin urmare, petenta solicită Consiliului să dispună obligarea autorității contractante la modificarea cerinței din caietul de sarcini, referitoare la documente justificative prin care operatorii economici pot dovedi experiența celor doi experți pentru care se acordă punctaj (Manager de proiect și Șef de proiect) în sensul instrucțiunii A.N.A.P. și al caracterului permisiv al documentelor probate, respectiv:

„Pentru demonstrarea experienței se vor prezenta, dar fără a se limita: documente relevante (fișa de post/contractul de munca/referințe/recomandări emise de beneficiari (finali, privați, direcți)/angajatori/procese verbale sau orice alte documente similare din care sa rezulte informațiile solicitate de autoritatea contractanta).”

4. Cerința din fișa de date cap. III.2.2) conduce la o putere nelimitată de apreciere a autorității contractante asupra anulabilității procedurii și asupra rezilierii contractului.

Referitor la cap.III.2.2) din fișa de date, Executarea contractului este supusa altor condiții speciale, cu privire la:

„Contractul se va semna și va intra în vigoare doar în urma aprobării finanțării proiectului. Prezenta condiție operează un termen de 12 luni de la data finalizării procedurii. În cazul prelungii, autoritatea contractantă va notifica operatorul economic câștigător și termenul se va prelungi dacă acesta este de acord.

Autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a anula procedura în cazul respingerii finanțării.

Autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a rezilia contractul în cazul respingerii finanțării.”

Contestatoarea susține că această condiție este vădit arbitrară, întrucât permite autorității contractante o libertate aproape nelimitată de derulare a procedurii de atribuire.

Apreciază că introducerea acestei condiții are un rol de „rezervă” care să îi poată permite achizitoarei anularea procedurii de atribuire în mod artificial, conferindu-i un drept de alegere de a încheia sau nu contractul.

Invocând prevederile art. 145 și art. 146 din H.G. nr. 395/2016, petenta afirmă că, în condițiile date, ofertanții sunt puși în situația de a depune eforturi financiare, tehnice și de garantare pentru a-și întocmi o

oferta cât mai bună, urmăresc și previzionează câștigarea procedurii și încheierea contractului, pentru a putea fi expuși ulterior la o situație de genul aceleia în care o autoritate nu este suficient de diligentă și nu reușește să finalizeze procedura de achiziție, prezenta clauză producându-și astfel efectele și contractul de achiziție publică nemaiputându-se semna.

Mai mult de atât, arată contestatoarea, condiția suspensivă nu poate viza derularea unei proceduri de atribuire, ci ar trebui să vizeze doar aprobarea finanțării, în cazul în care proiectul ar fi fost finanțat din fonduri ale Uniunii Europene. Or, în prezentul caz, autoritatea contractantă nu are dreptul de a derula procedura de achiziție doar pentru consultarea pieței, inițierea de proceduri de achiziții publice fictive fiind în contradicție cu normele și principiile ce guvernează procedurile de achiziție publică.

Prin urmare, consideră că având în vedere faptul că ofertanții întreprind eforturi pentru câștigarea procedurii de achiziție, o clauză complet arbitrară în documentația de atribuire este excesivă și contrară echității și obiectivității care ar trebui să guverneze procedurile de achiziții publice. O astfel de prevedere în fișa de date poate conduce la o practică vătămătoare în care autoritatea contractantă (sau alte autorități contractante, în general), sub subterfugiul unui clauze suspensive, să inițieze derularea unei proceduri de achiziții publice fictive care pot fi anulate pentru orice neglijență a autorității.

Mai arată petenta că, în extrema în care procedura se referă la un proiect finanțat din fonduri ale Uniunii Europene, iar sursa de finanțare pentru contractul licitat nu este asigurată la momentul lansării procedurii, autoritatea contractantă ar fi putut să insereze o astfel de clauză în cuprinsul fișei de date și a anunțului de participare, astfel încât operatorii economici să aibă cunoștință despre nivelul de risc aferent sursei de finanțare. Precizează că, în situația dată, aceasta clauză nu se regăsește nici în cuprinsul fișei de date și nici în cuprinsul anunțului de participare, mai mult de atât, la secțiunea II.2.13 din fișa de date, cu privire la „Informațiile despre fondurile Uniunii Europene” se precizează că achiziția nu se refera la un proiect finanțat din fonduri ale Uniunii Europene.

Prin urmare, contestatoarea apreciază că nu se justifică existența unei clauze suspensive, în situația în care sursa de finanțare nu este asigurată din Fonduri Europene.

Subliniază faptul că, potrivit art. 12 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, „valoarea estimată a achiziției se determină înainte de inițierea procedurii de atribuire și este valabilă la momentul inițierii procedurii de atribuire”, iar, potrivit art. 11 alin. 3) din HG nr. 395/2016 „Strategia anuală de achiziție publică se realizează în ultimul trimestru al anului anterior anului căruia îi corespund procesele de achiziție publică

cuprinse în aceasta, și se aprobă de către conducătorul autorității contractante”.

Conchide că, prin raportare la normele juridice de mai sus, rezultă că fondurile necesare derulării contractului de achiziție publică aferent ar fi trebuit prevăzute încă de la finele anului 2023, atunci când autoritatea contractantă a aprobat bugetul anului curent, 2024. În aceste condiții, autoritatea contractantă nu este în măsură să se prevaleze de o posibilă „lipsă a finanțării”, care să conducă la anularea de drept a procedurii.

În susținere, făcând trimitere la decizia CNSC nr. 2967/C6/2023, la decizia nr. 976/2017, emisă de către Curtea de Apel Iași - Secția de contencios administrativ și fiscal, răspunsul ANAP la speța nr. 298 din instrumentul Biblioteca de spețe de pe site-ul ANAP, care a stabilit următoarele:

„Totodată, aducem în discuție nota introdusă la nivelul capitolului III.1.4 din cadrul modelului de Fișa de date, publicată prin Notificarea nr. 258/2017, prin intermediul căreia s-a urmărit atenționarea autorităților contractante în raport cu:

- utilizarea dreptului de suspendare a încheierii contractului de achiziție publică, în condiții care nu au corespondent în legislația în domeniul achizițiilor publice, și care, în contextul prevederilor art. 143 coroborat cu art. 145 din H.G. nr. 395/2016, pot afecta indirect nivelul competiției și/sau pot conduce la denaturarea în mod artificial a rezultatului procedurii de atribuire a unui contract de achiziție publică;*

- utilizarea în mod eronat/impropriu a unei clauze suspensive, având în vedere faptul că aceasta nu operează în derularea contractului de achiziție publică drept o condiție în vederea îndeplinirii unei obligații, și în raport cu care ambele părți și-au exprimat voința, ci într-un sens în care numai autoritatea contractantă poate face recurs la aceasta.*

În concluzie, deși legislația în domeniul achizițiilor publice nu condiționează inițierea și derularea unei proceduri de atribuire de asigurarea fondurilor necesare derulării contractului și nu interzice expres încheierea unui contract de achiziție publică cu clauză suspensivă (suspendarea execuției contractului) sau introducerea în cadrul documentației de atribuire a unei condiții suspensive (suspendarea încheierii contractului), suntem de opinie că prevederea nejustificată, pentru toate procedurile de atribuire, a unei astfel de clauze/condiții, poate fi considerată o încălcare a prevederilor art. 143 coroborat cu art. 145 din H.G. nr. 395/2016 și/sau a prevederilor legislației privind finanțele publice.”

Prin urmare, petenta solicită Consiliului să dispună obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței întregului punct. 2.2 din cuprinsul cap.III.2) Condiții referitoare la contract prin care se instituie o condiție specială în sensul în care „Contractul se va semna și va intra în vigoare doar în urma aprobării finanțării proiectului. Prezenta condiție operează un termen de 12 luni de la data finalizării procedurii. În cazul

prelungii, autoritatea contractantă va notifica operatorul economic câștigător și termenul se va prelungi dacă acesta este de acord. Autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a anula procedura în cazul respingerii finanțării. Autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a rezilia contractul în cazul respingerii finanțării”.

5. Cerințele de participare criticate pe calea prezentei contestații, suplimentar criticilor învederate mai sus, încalcă prevederile europene, impunându-se aplicarea prioritară a dreptului Uniunii Europene

Preliminar, petenta învederează Consiliului faptul că principiul priorității dreptului Uniunii Europene este consacrat expres de prevederile art. 148 (2) din Constituție, potrivit cărora *„ca urmare a aderării, prevederile tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, precum și celelalte reglementări comunitare cu caracter obligatoriu, au prioritate față de dispozițiile contrare din legile interne, cu respectarea prevederilor actului de aderare.”*

În mod similar, face trimitere la dispozițiile art. 4 Cod civ. și art. 3 Cod proc. civ.

În concret, arată contestatoarea, incumbă autorităților naționale obligația de a interpreta dreptul intern pe cât posibil în conformitate cu dreptul Uniunii Europene sau chiar de a înlătura aplicarea unei norme interne în măsură în care aceasta este incompatibilă cu legislația europeană.

Învederează, astfel, Consiliului prevederile articolului 58 „Criterii de selecție” din Directiva 2014/24, care prevăd expres următoarele:

„(1) Criteriile de selecție se pot referi la: (a) capacitatea de exercitare a activității profesionale; (b) situația economică și financiară; (c) capacitatea tehnică și profesională.

Autoritățile contractante pot impune operatorilor economici doar criteriile menționate la alineatele (2), (3) și (4) drept cerințe de participare. Autoritățile contractante limitează eventualele cerințe de participare la cele care sunt adecvate pentru a garanta ca un candidat sau ofertant are capacitatea juridică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul care urmează să fie atribuit. Toate cerințele trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului și să fie proporționale cu acesta. (...)

(4) În ceea ce privește capacitatea tehnică și profesională, autoritățile contractante pot impune cerințe care să asigure faptul că operatorii economici dețin experiență și resursele umane și tehnice necesare pentru a executa contractul la un standard de calitate corespunzător.

Autoritățile contractante pot impune, în special, că operatorii economici să aibă un nivel suficient de experiență demonstrată prin referințe adecvate din cadrul contractelor executate în trecut. O autoritate contractantă poate presupune ca un operator economic nu deține capacitățile profesionale necesare în cazul în care autoritatea

contractantă a constatat ca operatorul economic se afla într-o situație de conflict de interese care ar putea afecta, în mod negativ, executarea contractului. (...)”.

Astfel, autorității contractante îi este recunoscut de către legiuitorul european o largă putere de apreciere cu ocazia stabilirii criteriilor de participare, fapt demonstrat în special de utilizarea recurentă a verbului „a putea” la art. 58 din Directiva 2014/24.

Conform acestui articol, autoritatea contractantă beneficiază de o marja de apreciere pentru definirea condițiilor de participare la o procedură de atribuire a unui contract pe care le consideră ca având legătură și fiind proporționale cu obiectul contractului și de natură să garanteze că un ofertant dispune de capacitatea necesară pentru executarea contractului care urmează să fie atribuit.

Mai precis, arată petenta, potrivit alineatului (4) al articolului menționat, autoritatea contractantă apreciază în mod liber condițiile de participare pe care le consideră proprii, din punctul său de vedere, pentru a garanta îndeosebi executarea contractului la un nivel de calitate pe care îl estimează ca fiind adecvat.

Ca o observație generală, contestatoarea menționează că scopul Directivei este de deschidere spre concurență, iar tendința de a induce interpretarea reglementărilor în sensul impunerii unor cerințe restrictive în ceea ce privește invocarea experienței similare a operatorilor economici, ar restrânge nejustificat și artificial concurența, fără a aduce avantaje autorităților contractante în implementarea contractelor de achiziție publică.

Apreciază că, pentru interpretarea dispozițiilor dreptului Uniunii Europene, trebuie să se țină seamă nu numai de modalitatea de formulare a acestora, ci și de contextul lor și de obiectivele urmărite de reglementarea din care fac parte.

În acest sens, arată că jurisprudența CJUE a statuat constant necesitatea respectării economiei generale a unei prevederi în raport de reglementarea din care face parte, deci inclusiv a principiului deschiderii spre concurență a Directivei 2014/24.

Prin urmare, ... SRL solicită Consiliului să dispună obligarea autorității contractante la luarea măsurilor de remediere a cerințelor restrictive contestate, în sensul explicitat mai sus, cu aplicarea priorității a dreptului Uniunii Europene, precum și a prevederilor art. 58 din Directiva 2014/24, a principiului proporționalității și, nu în ultimul rând, a jurisprudenței obligatorii a CJUE referite în contestație.

Pentru toate argumentele învederate anterior, petenta solicită Consiliului să dispună admiterea contestației, astfel cum a fost formulată și motivată.

În drept, au fost invocate: Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice; Legea nr. 101/2016, Instrucțiunea ANAP nr. 1/2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 179 lit. g) și art. 187 alin. (8) lit. a) din Legea

nr. 98/2016 privind achizițiile publice, respectiv a art. 192 lit. g) și a art. 209 alin. (8) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale („Instrucțiunea ANAP nr. 1/2017”) și toate celelalte acte normative indicate și/sau citate în contestație.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 24438/11.12.2024, înregistrat la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 79993/11.12.2024, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației depuse de către SRL pentru următoarele considerente:

I. Situația de fapt

1., în calitate de autoritate contractantă, a publicat în SEAP anunțul de participare nr. /26.11.2024 având ca obiect procedura de achiziție mai sus menționată, împreună cu documentația de atribuire conținând inclusiv caietul de sarcini și fișe tehnice pentru echipamentele care fac obiectul procedurii;

2. Achiziția presupune încheierea unui contract cu obiectul descris în caietul de sarcini, respectiv Proiect tehnic, asistență tehnică din partea proiectantului și execuție „Extindere spital orășenesc cu un corp nou de clădire”, având următoarele încadrări stabilite de către proiectant prin SF:

(i) Categoria A - IMPORTANTĂ EXCEPȚIONALĂ, (conf. HG nr. 766/1997)

(ii) Clasa I importanță (conf. Normativ P100/2013)

(iii) Gradul I de rezistență la foc al clădirii (conf. Normativ P118/1999)

(iv) Risc mic de incendiu al clădirii (conf. Normativ P118/1999)

3. La data de 06.12.2024, ... SRL a depus la CNSC contestație împotriva documentației autorității contractante, publicată în SEAP

II. Argumentație

Referitor la afirmația contestatoarei conform căreia „*Cerința experienței similare privind execuția de lucrări pentru obiective de investiție ce conțin construcții cel puțin categoria A execuție/proiectare și execuție construcții noi și/sau consolidări și/sau reabilitări și/sau modernizări și/sau extinderi și/sau reparații capitale, Clasa I de importanță, conform normativ P100/2013, din cadrul documentației de atribuire, este restrictivă și nelegală*”, autoritatea contractantă precizează faptul că, dintr-o regretabilă eroare, la momentul încărcării în SEAP textul cu privire la cerința de experiență similară nu a fost preluat integral.

Așa cum achizitoarea a menționat și mai sus, aceasta își asumă publicarea imediată a unei clarificări din oficiu automată pentru actualizarea textului din cadrul cerinței III.1.3.a) unde nu a fost preluat integral în SEAP, respectiv în loc de textul „*Prin construcții Clasa I de importanță, se înțelege: „Clădiri având funcțiuni esențiale pentru care*

păstrarea integrității pe durata cutremurelor este vitală pentru protecția civilă, cum sunt: a) Spitale și alte clădiri din sistemul de sănătate, care sunt dotate cu servicii de urgență/ambulanta și secții de chirurgie” se va citi textul „Prin construcții Clasa I de importanță, se înțelege: Clădiri cu funcțiuni esențiale, a căror integritate pe durata cutremurelor este vitală pentru protecția civilă:

- (a) Spitale și alte clădiri din sistemul de sănătate cu servicii de urgență și săli de operație;*
- (b) Stații de pompieri, sedii de poliție și garaje de vehicule ale serviciilor de urgență de diferite tipuri;*
- (c) Stații de producere și distribuție a energiei și/sau care asigură servicii esențiale pentru celelalte categorii de construcții;*
- (d) Clădiri care conțin gaze toxice, explozivi și alte substanțe periculoase;*
- (e) Centre de comunicații și coordonare a situațiilor de urgență;*
- (f) Adăposturi pentru situații de urgență;*
- (g) Clădiri cu funcțiuni esențiale pentru administrația publică;*
- (h) Clădiri cu funcțiuni esențiale pentru ordinea publică, apărarea și securitatea națională;*
- (i) Clădiri foarte înalte, indiferent de funcțiune (clădiri cu înălțimea totală supradetallată de 45 m sau mai mult);*
- și alte clădiri de aceeași natură”*

Astfel, se poate observa că cerința se referă la orice experiență similară ce a vizat clădiri încadrate în aceeași clasă și categorie de importanță, nefiind o experiență identică, ci SIMILARĂ.

Contestatoarea nu prezintă date concrete privind afirmația „**ESENȚIAL:** Aceasta cu atât mai mult cu cât, prin raportare la perioada de referință stabilită prin documentația de atribuire pentru această cerință („în ultimii 5 ani”), în România nici măcar nu a fost realizat un număr mare de unități spitalicești care să se și încadreze în categoria A de importanță și în clasa I. În realitate, este vorba despre un număr chiar mic de astfel de contracte ce au fost atribuite doar unor anumiți operatori economici din piață.”.

Totodată, susține achizițioarea, ținând cont de clarificarea din oficiu publicată, această afirmație își pierde relevanța.

Totodată achizițioarea amintește că, fiind procedură de licitație deschisă, anunțul de participare este publicat în JOUE cu nr. 719056-2024, experiența similară cu care un posibil operator economic interesat de participare la procedură nefiind limitată la România. Autoritatea contractantă a procedat corect în stabilirea experienței similare solicitate, bazându-se pe datele din studiu de fezabilitate elaborat de către proiectantul general SRL, cu respectarea tuturor prevederilor din domeniul legislației achizițiilor publice în vigoare. Cu privire la exemplele furnizate de către contestatoare din SEAP, faptul că alte autorități au decis solicitarea cerinței cu privire la experiența similară

prin prezentarea de lucrări similare încadrate în clasa II de importanță se datorează încadrării proiectelor respective în această clasă/categorie de lucrări.

În susținerea celor afirmate, achizitoarea a inserat exemple, la paginile 5 - 8 din punctul de vedere.

După cum se poate observa, în exemplele invocate de către contestatoare nu exista dreptul legal de a solicita o experiență similară pentru operatorii economici sau experții solicitați superioară categoriei de importanță B, clasa I sau II.

Referitor la afirmația contestatoarei conform căreia *„Cerința din fișa de date a Factorului de evaluare nr. 3 conduce la o interpretare restrictivă a documentației de atribuire, respectiv la o restrângere nejustificată a concurenței. Factorul de evaluare din Algoritmul de calcul privind experiența similară a expertului cheie Manager de proiect și experiența în ocuparea unei poziții Șef/coordonator/director proiect concretizată în proiecte similare asupra unor construcții civile cu încadrarea în categoria de importanță A, este restrictiv și nejustificat”*, autoritatea contractantă precizează faptul că, pe aceeași justificare ca cea de mai sus, cu privire la modalitatea de stabilire a experienței similare, a fost stabilită și experiența similară ce trebuie solicitată experților cheie ce fac obiectul factorilor de evaluare.

Autoritatea contractantă consideră că, contestatoarea este rău intenționată având în vedere că nu deține experiența similară/experti cheie, după cum precizează în cadrul contestației: *„...oferta operatorului economic nu ar putea să primească un punctaj mai mare de 80 de puncte. Prin alegerea acestor factori de evaluare, extrem de restrictivi, ce reprezintă 20% din punctajul total, Autoritatea contractantă nu asigură o concurență reală...”*. Autoritatea contractantă stabilește criteriile privind experiența similară și factorii de evaluare în funcție de necesitățile acesteia, toate acestea fiind temeinic justificate în cadrul strategiei de contractare.

Experții solicitați vor fi implicați inclusiv în faza de proiectare, astfel încât trebuie să aibă experiență similară relevantă pentru construcții ce fac parte din categoria A/clasa I de importanță, așa cum rezultă și din avizul condiționat invocat de către contestatoare: *„...În atare situație, în cadrul factorului de evaluare ar putea fi punctată experiența experților de exemplu în proiectarea unor obiective de complexitate similară/superioară celui care face obiectul procedurii de atribuire...”*

Autoritatea contractantă subliniază faptul că își menține cerințele formulate în cadrul documentației de atribuire cu privire la experți, având în vedere că toate cerințele au fost stabilite în baza prevederilor legislației achizițiilor publice în vigoare precum și în baza încadrării proiectului ce face obiectul prezentei proceduri de către proiectant în clasa A de importanță, categoria I.

Referitor la afirmația contestatoarei conform căreia „Restrângerea categoriei documentelor justificative ce pot fi prezentate de operatorii economici pentru dovedirea experienței experților în cadrul factorului de evaluare „Experiență profesională specifică experților” este nelegală și nejustificată”, autoritatea contractantă precizează că exprimarea a fost foarte clară respectiv: *„documente relevante (fișa de post/contractul de muncă/referințe/recomandări de la beneficiari finali/procese verbale sau orice alte documente similare din care sa rezulte informațiile solicitate de autoritatea contractantă).”*

Prin sintagma *„orice alte documente similare”* autoritatea a dorit să lărgască cadrul de aplicare și să accepte inclusiv recomandări de orice tip și orice alte documente din care să reiasă experiența similară a experților.

Pentru celeritate, autoritatea contractantă va publica o clarificare din oficiu prin care să clarifice acest aspect prin formularea *„documente relevante (fișa de post/contractul de muncă/referințe/recomandări/procese verbale sau orice alte documente similare din care să rezulte informațiile solicitate de autoritatea contractantă)”*

Referitor la afirmația contestatoarei conform căreia *„cerința din fișa de date cap.III.2.2) conduce la o putere nelimitată de apreciere a autorității contractante asupra anulabilității procedurii și asupra rezilierii contractului*, autoritatea contractantă învederează Consiliului faptul că, cu privire la această clauză suspensivă trebuie consultată speța nr. 1184 din biblioteca de spețe ANAP.

Așa cum achizițarea a mai menționat în cadrul prezentului punct de vedere acest proiect se va depune pentru obținerea finanțării în cadrul programului de finanțare PNIIUS (care nu reprezintă fonduri europene, ci fonduri de la bugetul de stat), iar una din condițiile pentru obținerea a maxim 10 puncte este:

- Proiectul are contractul de execuție lucrări semnat - 10 puncte;
- Proiectul a derulat procedura de achiziție publică pentru execuție lucrări dar nu a semnat contractul de execuție lucrări - 7 puncte;
- Proiectul are inițiată procedura de achiziție publică pentru execuție lucrări/proiectare tehnică și execuție lucrări prin publicarea în SICAP a anunțului de participare la licitație - 5 puncte;
- Proiectul are inițiată procedura de achiziție publică pentru proiectare tehnică prin publicarea în SICAP a anunțului de participare la licitație - 3 puncte;
- Proiectul NU are inițiată procedura de achiziție publică pentru proiectare tehnică și/sau executare lucrări prin publicarea în SICAP a anunțului de participare la licitație - 0 puncte;

Astfel, clauza suspensivă din fișa de date respectă toate prevederile legale în vigoare și este utilizată cu o justificare coerentă: *„Programul National de investiții în infrastructura unităților spitalicești (PNIIUS). În situația în care nu se va obține finanțare, se aplica clauza suspensivă (nu*

se va încheia contractul de lucrări cu ofertantul declarat câștigător)”, achizitoarea subliniază faptul că autoritatea contractantă nu va avea posibilitatea semnării contractului ce rezultă din prezenta procedură de achiziție dacă nu obține finanțarea.

Pentru celeritate, autoritatea contractantă va actualiza secțiunea din fișa de date prin care va stabili un termen maxim de 12 luni de la încheierea procedurii pentru semnarea contractului, în cazul obținerii finanțării.

Față de aceste aspecte, inclusiv luarea de măsuri de remediere parțiale, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate de SRL.

Prin adresa nr. 130759/20.12.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 82431/23.12.2024, contestatoarea a transmis „Concluzii scrise” reiterând argumentele din contestație.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că SC SRL, a transmis recipisa de consemnare nr. 210841502/1, eliberată de CEC BANK Sucursala Victoria, la data de 09.12.2024, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 220.000,00 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. 4263/2024.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

Autoritatea contractantă ORAȘUL (CONSILIUL LOCAL AL ORAȘULUI), a organizat o licitația deschisă în vederea atribuirii contractului sectorial având ca obiect „PT, asistență tehnică din partea proiectantului și execuție «Extindere spital orășenesc cu un corp nou de clădire»”, inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 1075698/26.11.2024, valoarea estimată a procedurii fiind de 142.789.511,40. lei.

Ca urmare a publicării documentației de atribuire, a formulat contestația în analiză SRL, criticând o serie de prevederi ale acesteia, pe care le consideră restrictive.

Contestatoarea reclamă faptul că cerința experienței similare privind execuția de lucrări pentru obiective de investiție ce conțin construcții cel puțin categoria A execuție/proiectare și execuție construcții noi și/sau consolidări și/sau reabilitări și/sau modernizări și/sau extinderi și/sau reparații capitale, Clasa I de importanță, conform normativ P100/2013, din cadrul documentației de atribuire, este restrictivă și nelegală.

Consiliul reține că potrivit secțiunii III.1.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, din fișa de date, pag. 7: „Ofertantul trebuie să demonstreze că a dus la bun sfârșit în ultimii 5 ani calculați până la data limită stabilită pentru depunerea ofertelor, lucrări similare în valoare cumulată de cel puțin 118.264.455 lei, fără TVA lei, în cadrul a maxim 3

contracte, dintre care cel puțin unul să fie de tipul «proiectare și execuție».

Lucrări similare achizitorul înțelege execuție lucrări pentru obiective de investiție ce conțin construcții cel puțin categoria A (execuție/proiectare și execuție construcții noi și/sau consolidări și/sau reabilitări și/sau modernizări și/sau extinderi și/sau reparații capitale)

Lucrări de construcții de categoria de importanță A - Importanță excepțională, în conformitate cu prevederile H.G. nr. 766/1997, pentru aprobarea unor regulamente privind calitatea în construcții, cu modificările și completările ulterioare, Clasa I de importanță, conform normativ P100/2013. Prin construcții din categoria de importanță A se înțelege: «Construcții cu funcțiuni deosebit de importante, a căror neîndeplinire implică riscuri majore pentru societate și natură, pe zone foarte extinse».

Prin construcții Clasa I de importanță, se înțelege: „Clădiri având funcțiuni esențiale pentru care păstrarea integrității pe durata cutremurelor este vitală pentru protecția civilă, cum sunt:

- a) Spitale și alte clădiri din sistemul de sănătate, care sunt dotate cu servicii de urgență/ambulanță și secții de chirurgie”.

După depunerea contestației, autoritatea contractantă, invocând disfuncții ale sistemului SEAP, a acceptat publicarea imediată a unei clarificări din oficiu automată pentru actualizarea textului din cadrul cerinței III.1.3.a) unde nu a fost preluat integral în SEAP, respectiv în loc de textul „Prin construcții Clasa I de importanță, se înțelege: „Clădiri având funcțiuni esențiale pentru care păstrarea integrității pe durata cutremurelor este vitală pentru protecția civilă, cum sunt: a) Spitale și alte clădiri din sistemul de sănătate, care sunt dotate cu servicii de urgență/ambulanta și secții de chirurgie” se va citi textul „Prin construcții Clasa I de importanță, se înțelege: Clădiri cu funcțiuni esențiale, a căror integritate pe durata cutremurelor este vitală pentru protecția civilă:

- (a) Spitale și alte clădiri din sistemul de sănătate cu servicii de urgență și săli de operație;
- (b) Stații de pompieri, sedii de poliție și garaje de vehicule ale serviciilor de urgență de diferite tipuri;
- (c) Stații de producere și distribuție a energiei și/sau care asigură servicii esențiale pentru celelalte categorii de construcții;
- (d) Clădiri care conțin gaze toxice, explozivi și alte substanțe periculoase;
- (e) Centre de comunicații și coordonare a situațiilor de urgență;
- (f) Adăposturi pentru situații de urgență;
- (g) Clădiri cu funcțiuni esențiale pentru administrația publică;
- (h) Clădiri cu funcțiuni esențiale pentru ordinea publică, apărarea și securitatea națională;
- (i) Clădiri foarte înalte, indiferent de funcțiune (clădiri cu înălțimea totală supradetronată de 45 m sau mai mult);

- *și alte clădiri de aceeași natură*”

Astfel, autoritatea apreciază că se poate observa că cerința se referă la orice experiență similară ce a vizat clădiri încadrate în aceeași clasă și categorie de importanță, nefiind o experiență identică, ci SIMILARĂ.

În replică, societatea contestatoare arată că își menține criticile, deoarece argumentele sale au în vedere clasa și categoria de importanță pentru clădirile prezentate ca și experiență similară, considerând că această manieră de redactare a cerințelor are efect restrictiv, fiind puține clădiri de acest gen ridicate în perioada de referință, iar gradul de complexitate al clădirii care se dorește a se realiza nu impune supracalificare, așa cum se solicită în documentația de atribuire.

Consiliul reține că societatea contestatoare își motivează pertinent și concludent criticile, cerința de experiență similară în forma sa modificată experiența în servicii de proiectare și/sau lucrări ce vizează lucrări care se încadrează în categoria A de importanță și în clasa I de importanță.

Consiliul reține ca valide argumentele contestatoarei conform căroră din punctul de vedere al proiectării, la încadrarea în clasa de importanță I, pentru fiecare proiect în parte, inginerul proiectant pentru specialitatea structură identifică datele de calcul specifice pe care le introduce în modelul de calcul. Aici sunt inserate caracteristici specifice ce țin de tipul structurii, zona seismică, încărcările specifice utile și permanente care se iau în calcul și se introduc în modelul de calcul. La momentul alegerii clasei de importanță, inginerii au în vedere normativul P100-1/2019, cod de proiectare seismică partea I, prevederi de proiectare pentru clădiri. Or, conform normativului P100-1/2013, cu modificările și completările din 2019, capitolul 4.5.3., indiferent de clasa de importanță și de expunere la cutremur a clădirii, metoda de referință pentru determinarea efectelor seismice este metoda calculului modal cu spectre de răspuns, aplicabilă în general tuturor tipurilor de clădiri. Normativele P100-1/2013 și P100-1/2019 precizează că metodologia de calcul pentru construcții, indiferent de clasa de importanță, utilizează aceleași principii și metode (spre exemplu, metoda de calcul modal cu spectre de răspuns sau metoda forțelor seismice statice echivalente). Diferența constă în nivelul de hazard seismic luat în considerare și în factorul de importanță și expunere la cutremur. Cerințele de proiectare pentru discipline precum instalații HVAC, sanitare, medicale și arhitectură rămân aceleași indiferent dacă clădirea este încadrată în clasa I sau II, iar complexitatea lucrărilor nu depinde de acest factor, iar cu atât mai puțin, capacitatea tehnică și profesională a operatorului economic.

Astfel, este justificată critica contestatoarei, nefiind nimic mai complicat de realizat decât realizarea unor construcții din categoria de importanță A (definite de H.G. nr. 766/1997) și clasa I de importanță

(conform normativului P100/2013), acesta reprezentând cel mai înalt standard.

Prin urmare, expresia „cel puțin” arată că documentația a fost modificată pe parcurs, fără a se ține seama că nu există niveluri superioare categoriilor menționate.

Consiliul are în vedere că exemplele furnizate de contestatoare sunt concludente, în niciuna din procedurile ce au ca obiect execuția de spitale menționate în contestație nesolicitându-se realizarea unor construcții din categoria de importanță A și clasa I de importanță, nici chiar pentru spitale regionale, cum sunt:

-„Lucrări de construcții (pachet 2) obiectiv de investiții «Spital Regional de Urgență Cluj»”, conform anunțului de participare nr. [.....]/11.06.2024:

„Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Executarea de lucrări de tipul specificat

Modalitatea de îndeplinire:

Ofertanții trebuie să demonstreze că în ultimii 5 ani (calculați până la data limită de depunere a ofertelor) au dus la bun sfârșit lucrări similare în valoare cumulată de cel puțin 900.000.000,00 lei, fără TVA, în cadrul a maxim 5 contracte, din care cel puțin unul trebuie să fie pentru construcția unei noi unități de spital.

Note:

1. Prin lucrări similare cu cele care fac obiectul viitorului contract de achiziție publică se înțelege lucrări realizate în cadrul unor contracte de execuție lucrări și/sau proiectare și execuție lucrări având ca obiect lucrări de construcție nouă și/sau reabilitare și/sau modernizare și/sau extindere pentru clădiri încadrate **cel puțin în clasa de importanță II**, astfel cum sunt clasificate, sub aspectul funcțiunii esențiale și capacității proiectate a numărului de persoane din aria totală expusă, prin Normativul P100-1/2013 – Cod de proiectare seismică (Partea I – Prevederi de proiectare pentru clădiri)”.

- Procedura având ca obiect „Lucrări de construcții (Pachet 2) obiectiv de investiții „Spital Regional de Urgență Iași””, conform anunțului de participare nr. [.....]/05.02.2024:

„Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Pentru contractele de achiziție de lucrări: executarea de lucrări de tipul specificat;

Modalitatea de îndeplinire:

Ofertantul (Operator Economic individual sau asociere de Operatori Economici) dovedește că a realizat în mod corespunzător, executate și duse la bun sfârșit, lucrări similare/comparabile de aceeași natură și complexitate, în ultimii 5 ani (calculați anterior/invers de la data limită inițială pentru depunerea ofertelor) în valoare de minim

1.250.000.000,00 lei fără TVA, calculată” cumulativ din cel mult 3 contracte, din care cel puțin unul trebuie să fie pentru construcția unei noi unități de spital.

1. prin «lucrări similare/comparabile de aceeași natură și complexitate” ofertanții vor înțelege lucrări de construcții clădiri încadrate **cel puțin în clasa de importanță II** și/sau construcția unei noi unități de spital»”.

Consiliul reține ca relevantă Hotărârea de Guvern nr. 261 din 8 iunie 1994 pentru aprobarea unor regulamente elaborate în temeiul [art. 35 și 36 din Ordonanța Guvernului nr. 2/1994](#) privind calitatea în construcții, care stabilește următoarele:

CATEGORII DE IMPORTANȚA A CONSTRUCȚIILOR

- Lista exemplificativă-

I. Categoria de importanța A - Construcții de importanța excepțională

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

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

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

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

II. Categoria de importanță B - Construcții de importanță deosebită

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

*Exemple: construcții din industria chimică; căi ferate, șosele, poduri, porturi și aeroporturi **de interes național**; baraje pentru acumulări mari de apă; **construcții social - culturale cu aglomerări mari de oameni**; stații de emisie de radio și televiziune.*

2. Construcții de valoare deosebită de patrimoniu sau care adapostesc asemenea valori.

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

Astfel, Consiliul are în vedere că solicitarea contestatoarei referitoare la acceptarea și a categoriei de importanță B este rezonabilă, astfel că va fi admisă critica, neexistând niciun motiv a limita competiția prin introducerea unor cerințe ce pot fi satisfăcute de un număr mic de operatori.

Consiliul reține că lucrarea a cărei atribuire se urmărește nu poate fi calificată ca fiind de importanță excepțională, deoarece se adresează unei comunități nici. Nu este un spital de importanță națională sau strategică, nu se impune realizarea unei lucrări cu funcții deosebite, nu

oferă servicii pentru un număr mare de pacienți, chiar documentația arătând că va avea 140 paturi.

Similar, și în ceea ce privește Clasa de importanță, Consiliul reține că Normativul P100/2013 stabilește următoarele:

Clasa de importanță I Tipuri de clădiri - Clădiri cu funcțiuni esențiale, a căror integritate pe durata cutremurelor este vitală pentru protecția civilă: stațiile de pompieri și sediile poliției; spitale și alte construcții aferente serviciilor sanitare care sunt dotate cu secții de chirurgie și de urgență; clădirile instituțiilor cu responsabilitate în gestionarea situațiilor de urgență, în apărarea și securitatea națională; stațiile de producere și distribuție a energiei și/sau care asigură servicii esențiale pentru celelalte categorii de clădiri menționate aici; garajele de vehicule ale serviciilor de urgență de diferite categorii; rezervoare de apă și stații de pompare esențiale pentru situații de urgență; clădiri care conțin gaze toxice, explozivi și alte substanțe periculoase.

Clasa de importanță II Tipuri de clădiri - Clădiri a căror rezistență seismică este importantă sub aspectul consecințelor asociate cu prăbușirea sau avarierea gravă: • clădiri de locuit și publice având peste 400 persoane în aria totală expusă • **spitale, altele decât cele din clasa I, și instituții medicale cu o capacitate de peste 150 persoane în aria totală expusă** • penitenciare • aziluri de bătrâni, creșe • școli cu diferite grade, cu o capacitate de peste 200 de persoane în aria totală expusă • auditorii, săli de conferințe, de spectacole cu capacități de peste 200 de persoane • clădirile din patrimoniul național, muzee etc.

Conform documentației de atribuire, unitatea care se atribuie prin procedura de față are 140 paturi, astfel că cerința încadrării în clasa de importanță II este suficientă.

Consiliul nu poate reține ca valid nici argumentul autorității potrivit căruia s-ar impune o proiectare mai riguroasă, fiind o zonă seismică și dată fiind situația apelor subterane, deoarece nu dificultatea realizării unei structuri dă clasa și categoria de importanță a clădirilor, ci numărul persoanelor deservite sau care ar fi vătămate în ipoteza prăbușirii sau avariilor.

Prin urmare, Consiliul va admite critica și va dispune prin acceptarea experienței similare și prin prezentarea de clădiri de categoria de importanță B și clasa de importanță II, cu modificarea corespunzătoare a documentației de atribuire.

În ceea ce privește cea de-a doua critică referitoare la algoritmul de punctare al Factorului de evaluare nr. 3 experiența specifică în obiectul contractului a experților cheie, utilizați la cap. II.2.5 din fișa de date (Anexa nr. 1) și detaliată la pag. 48-49 din caietul de sarcini (Anexa nr. 2):

„Descriere:

Manager de proiect (contract) - pentru experiența constând în implicarea pe o poziție similară (șef/ coordonator/director de contract sau adjunct) în 5 sau mai multe proiecte/ contracte ce presupun execuție de lucrări similare și/ sau proiectare și execuție de lucrări similare celor din caietul de sarcini (respectiv construcție/modernizare/reabilitare/consolidare construcții civile **categoria minim A** conform H.G. nr. 766/ 1997) a persoanei propuse se acordă 10 puncte.

Șef/coordonator/director proiect - pentru experiența constând în implicarea pe o poziție similară (Coordonator Proiect și/sau Director Proiect și/sau Manager Proiect și/sau Adjunct Coordonator Proiect și/sau Adjunct Director Proiect și/sau Adjunct Manager Proiect) în 5 sau mai multe proiecte /contracte ce presupun proiectare de lucrări similare și/ sau proiectare și execuție de lucrări similare celor din caietul de sarcini, (respectiv construcție/modernizare/reabilitare/consolidare construcții civile **categoria minim A** conform H.G. nr. 766/ 1997) a persoanei propuse se acordă 10 puncte”.

„Algoritm de calcul:

a) pentru experiența constând în implicarea pe o poziție similară (șef/ coordonator/ director de contract sau adjunct) în 2 proiecte/ contracte ce presupun execuție de lucrări similare și/ sau proiectare și execuție de lucrări similare celor din caietul de sarcini (respectiv construcție/ modernizare/reabilitare/ consolidare construcții civile **categoria minim A** conf. HG nr. 766/ 1997) a persoanei propuse se acorda 2 puncte;

b) pentru experiența constând în implicarea pe o poziție similară (șef/ coordonator/ director de contract sau adjunct) în 3 proiecte/ contracte ce presupun execuție de lucrări similare și/ sau proiectare și execuție de lucrări similare celor din caietul de sarcini (respectiv construcție/ modernizare/reabilitare/consolidare construcții civile **categoria minim A** conf. HG nr. 766/ 1997) a persoanei propuse se acordă 4 puncte;

c) pentru experiența constând în implicarea pe o poziție similară (șef/ coordonator/ director de contract sau adjunct) în 4 proiecte/ contracte ce presupun execuție de lucrări similare și/ sau proiectare și execuție de lucrări similare celor din caietul de sarcini (respectiv construcție / modernizare / reabilitare / consolidare construcții civile categoria **minim A** conf. HG nr. 766/ 1997) a persoanei propuse se acordă 7 puncte;

d) pentru experiența constând în implicarea pe o poziție similară (șef/ coordonator/ director de contract sau adjunct) în 5 sau mai multe proiecte/ contracte ce presupun execuție de lucrări similare și/ sau proiectare și execuție de lucrări similare celor din caietul de sarcini (respectiv construcție / modernizare / reabilitare / consolidare construcții civile **categoria minim A** conf. HG nr. 766/1997) a persoanei propuse se acordă 10 puncte;”.

Același algoritm și punctaj de aplică și pentru Șef/coordonator/director proiect.

Contestatoarea mai arată că, prin alegerea acestor factori de evaluare, extrem de restrictivi, ce reprezintă 20% din punctajul total, autoritatea contractantă nu asigură o concurență reală a tuturor operatorilor economici, chiar și în contextul în care operatorul economic ofertant ar veni cu cel mai bun preț, fiind suficientă prezentarea unor contracte comparabile din punct de vedere al complexității, care să fi presupus lucrări de construcții civile încadrate în altă categorie de importanță, de exemplu B, respectiv care includ activități cu caracter intelectual ce au ca rezultat identificarea, elaborarea și dezvoltarea soluției tehnice ce stă la baza implementării respectivelor contracte, atât timp cât acestea sunt relevante și suficient de complexe.

Consiliul reține că modificarea subfactorilor de evaluare se impune din perspectiva modificării cerinței privind experiența similară. Astfel, în condițiile în care Consiliul a stabilit că solicitarea experienței similare prin prezentarea unor clădiri încadrate în categoria de importanță A este excesivă, modificând cerința prin acceptarea și a categoriei de importanță B, nu poate rămâne în cadrul subfactorilor de evaluare experiența specifică a experților prin prezentarea doar a unor lucrări de categoria A, deoarece ar lipsi de efecte aplicarea acestui factor.

Astfel, potrivit art. 188 din Legea nr. 98/2016, „(1) *Factorii de evaluare prevăzuți la art. 187 alin. (4) **au legătură directă cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru atunci când se referă în orice mod la produsele, serviciile sau lucrările care urmează a fi furnizate/prestate/executate în temeiul contractului de achiziție publică/acordului-cadru și în orice stadiu al ciclului lor de viață, chiar dacă acești factori nu fac parte din substanța materială a produselor, serviciilor sau lucrărilor respective***”.

Prin urmare, Consiliul reține necesitatea înlocuirii sintagmei „minim A”, care, oricum, este incorectă, fiind cea mai înaltă categorie, în „minim B.”

Consiliul mai reține că este întemeiată și critica contestatoarei referitoare la modul de demonstrare a experienței specifice, „Pentru demonstrarea experienței se vor prezenta, dar fără a se limita:

- documente relevante (fișa de post/contractul de muncă/referințe/**recomandări de la beneficiari finali**/procese verbale sau orice alte documente similare din care să rezulte informațiile solicitate de autoritatea contractantă).

Orice necorelare, omisiune ori neconformitate constatată în privința documentelor ofertei, în raport cu documentația de atribuire, caietul de sarcini ori cu prevederile legislației în vigoare va putea conduce la respingerea ofertei. Prin urmare, în cazul lipsei unui document aferent propunerii tehnice și/sau completarea greșită a unui document ori

neprezentarea acestuia în forma solicitată sunt incidente prevederile de mai sus.”

Astfel, arată contestatoarea, sub sancțiunea respingerii ofertei ca fiind neconformă, autoritatea contractantă limitează modalitatea de a demonstra experiența profesională a celor doi experți prin sintagma recomandări de la „beneficiarii finali”.

Consiliul are în vedere că argumentele contestatoarei sunt pertinente, practica acceptând și recomandări de la beneficiarii intermediari, respectiv de la angajatori, antreprenori generali sau subantreprenori, urmând a fi modificată cerința, în sensul că recomandările pot fi emise de beneficiar/angajator, respectiv:

„Pentru demonstrarea experienței se vor prezenta, dar fără a se limita: documente relevante (fișa de post/contractul de muncă/referințe/recomandări emise de beneficiari (finali, privați, direcți)/angajatori/procese verbale sau orice alte documente similare din care să rezulte informațiile solicitate de autoritatea contractantă).”

În ceea ce privește critica formulată de contestatoare referitoare la faptul că prevederea din fișa de date cap. III.2.2) conduce la o putere nelimitată de apreciere a autorității contractante asupra anulabilității procedurii și asupra rezilierii contractului.

Referitor la cap. III.2.2) din fișa de date, Executarea contractului, se prevăd următoarele:

„Contractul se va semna și va intra în vigoare doar în urma aprobării finanțării proiectului. Prezenta condiție operează un termen de 12 luni de la data finalizării procedurii. În cazul prelungii, autoritatea contractantă va notifica operatorul economic câștigător și termenul se va prelungi dacă acesta este de acord.

Autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a anula procedura în cazul respingerii finanțării.

Autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a rezilia contractul în cazul respingerii finanțării.”

Contestatoarea susține că această condiție este vădit arbitrară, întrucât permite autorității contractante o libertate aproape nelimitată de derulare a procedurii de atribuire.

Apreciază că introducerea acestei condiții are un rol de „rezervă” care să îi poată permite achiziției anularea procedurii de atribuire în mod artificial, conferindu-i un drept de alegere de a încheia sau nu contractul.

Invocând prevederile art. 145 și art. 146 din H.G. nr. 395/2016, petenta afirmă că, în condițiile date, ofertanții sunt puși în situația de a depune eforturi financiare, tehnice și de garantare pentru a-și întocmi o oferta cât mai bună, urmăresc și previzionează câștigarea procedurii și încheierea contractului, pentru a putea fi expuși ulterior la o situație de genul aceleia în care o autoritate nu este suficient de diligentă și nu reușește să finalizeze procedura de achiziție, prezenta clauză

producându-și astfel efectele și contractul de achiziție publică nemaiputându-se semna.

Prin urmare, petenta solicită Consiliului să dispună obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței întregului punct. 2.2 din cuprinsul cap.III.2) Condiții referitoare la contract prin care se instituie o condiție specială în sensul în care „Contractul se va semna și va intra în vigoare doar în urma aprobării finanțării proiectului. Prezenta condiție operează un termen de 12 luni de la data finalizării procedurii. În cazul prelungii, autoritatea contractantă va notifica operatorul economic câștigător și termenul se va prelungi dacă acesta este de acord. Autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a anula procedura în cazul respingerii finanțării. Autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a rezilia contractul în cazul respingerii finanțării”.

Prin clarificarea din oficiu, autoritatea contractantă a arătat că „Contractul se va semna și va intra în vigoare în termen de 12 luni de la încheierea procedurii”.

În concluziile scrise, contestatoarea se arată nemulțumită de modalitatea în care autoritatea contractantă a modificat cerința, susținând că, în realitate, se menține clauza suspensivă, ce oferă autorității contractante dreptul de a anula procedura/rezilia contractul în cazul respingerii finanțării.

Consiliul reține că pentru acest proiect se dorește finanțarea prin Programul National de investiții în infrastructura unităților spitalicești (PNIIUS), program care permite semnarea contractului înaintea existenței finanțării, acordându-se punctaj mai mare, după cum rezultă din prevederile Ghidului de finanțare, citate de autoritatea contractantă. Și acest program funcționează similar celor cu finanțare europeană, deci există aceeași rațiune pentru care practica a acceptat condițiile suspensive și rezolutorii din conținutul documentațiilor de atribuire.

Prin urmare, operatorii își asumă riscul depunerii de oferte în cadrul acestei procedurii, fiind informați în acest sens, prin documentația de atribuire. Autoritatea contractantă nu are o putere nelimitată, așa cum susține operatorul economic, ci executarea este condiționată de obținerea finanțării, esențială pentru derularea contractului.

Este neîndoielnic că autoritatea contractantă dorește obținerea acestei finanțări, dar există și un risc de a nu o obține, situație în care nu va fi posibilă realizarea contractului, în condițiile în care nu există alte fonduri disponibile, valoarea estimată a procedurii fiind importantă, greu de procurat din alte surse.

Astfel, clauza suspensivă/condiția rezolatorie din fișa de date este utilizată cu o justificare coerentă: *„Programul National de investiții în infrastructura unităților spitalicești (PNIIUS). În situația în care nu se va obține finanțare, se aplica clauza suspensivă (nu se va încheia contractul de lucrări cu ofertantul declarat câștigător)”*, critica formulată de contestatoare urmând a fi respinsă ca nefondată.

Având în vedere cele constatate, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite în parte contestația formulată de SC SRL, în contradictoriu cu ORAȘUL (CONSILIUL LOCAL AL ORAȘULUI) și va dispune, astfel cum rezultă din motivarea prezentei.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată critica formulată de contestatoare referitoare la eliminarea din cap.III.2) din Fișa de date, condiții referitoare la contract, a condiției suspensive/rezolutorii.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, admite în parte contestația formulată de SC SRL, în contradictoriu cu ORAȘUL (CONSILIUL LOCAL AL ORAȘULUI) și dispune, astfel cum rezultă din motivarea prezentei.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată critica formulată de contestatoare referitoare la eliminarea din cap.III.2) din Fișa de date, condiții referitoare la contract, a condiției suspensive/rezolutorii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.