

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. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 2634/19.03.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 16766/19.04.2024, formulată de ... SA, cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin director general ..., împotriva răspunsurilor la clarificări aferente documentației procedurii simplificate organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect *Servicii proiectare, asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada de execuție și execuția lucrărilor de construcții și instalații pentru obiectivul de investiții: Extindere rețea de distribuție gaze naturale în satele ...*, cod CPV 45231221-0 Lucrări de construcții de conducte de alimentare cu gaz (Rev.2), de COMUNA ... (PRIMĂRIA COMUNEI ...), cu sediul în ..., str. Principală nr. 148, județul Vaslui, în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat obligarea autorității contractante la a revizui fișa de date, parte integrantă din documentația de atribuire, în așa fel încât aceasta să țină cont de toate prevederile legale aplicabile obiectului procedurii de achiziție publică și împiedicarea acesteia de a crea avantaje pentru operatori economici care nu au experiența necesară pentru ducerea la bun sfârșit a lucrărilor care fac obiectul acestei proceduri.

**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 ... SA critică răspunsuri la clarificări aferente documentației de atribuire, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea arată că, în conformitate cu răspunsul (la solicitări de clarificări) nr. 1376/12.03.2024, un operator economic a solicitat modificarea unor cerințe/criterii din fișa de date, după cum urmează:

› Reducerea numărului de contracte prevăzut la Cap. II.2.5. Criterii de atribuire din Fișa de date - Experiența personalului cheie - Manager de contract

/proiect de la 10 la 7 contracte și experiența să fie recunoscută și pentru contracte /programe, proiecte în domeniul construcție nouă/sau modernizare si/sau reabilitare si/sau lărgire pentru infrastructură de transport rutier/construcții rutiere și drumuri, categ. C.

> Referitor la Cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională. 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, ca "Operatorii economici care depun oferta trebuie să facă dovada că în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 5 ani (perioada ce se calculează de la data limită de depunere a ofertelor) au executat și dus la bun sfârșit, lucrări de natură și complexitate similară sau superioare contractului, în valoare cumulată de minimum 6.941.452,82 lei fără TVA la nivelul a maxim 2 contracte. Prin lucrări de natură și complexitate similare sau superioare contractului ce urmează a fi atribuit se înțelege proiecte/ contracte de execuție lucrări construcție și/sau modernizare si/sau reabilitare lucrări de drumuri si/sau construcție odori similare sau superioare față de cele care fac obiectul prezentei proceduri sau lucrări de categ. C.

> Eliminarea cerinței din Cap. III.1.2) Capacitatea economică și financiară privind dovada accesului sau disponibilitatea mijloacelor financiare suficiente pentru a realiza un cash-flow de execuție a lucrării, realist, corect și corelat cu graficul de execuție propus, cu echipamentele deținute, cu personalul alocat, cu resursele financiare proprii, suplimentar față de obligațiile contractuale în desfășurare. Valoarea înscrisă în documentele de confirmare a fondurilor va fi de minim 3.650.961,56 lei, și va fi valabilă pentru o perioadă de 6 luni

> Referitor la Cap. III.1.2) Capacitatea economică și financiară -Informații și/sau nivel(uri) minime necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate: Cifra de afaceri medie anuală: Modalitatea de îndeplinire: Media cifrei de afaceri generale(anuale) pentru ultimele 3 exerciții financiare încheiate Ofertantul (Operatorul Economic individual sau oricare membru al asocierii) trebuie să dovedească o medie a cifrei de afaceri generale (anuale) în cuantum de minim 14.603.846,24 lei, pentru ultimele 3 exerciții financiare încheiate, acceptarea pentru o medie a cifrei de afaceri generale (anuale) în cuantum de minim 8.800.000,00 lei pentru ultimele exerciții financiare încheiate.

> Eliminarea cerințelor din Cap. II.2.5. Criterii de atribuire din Fișa de date - Experiența personalului cheie- privind Specialist SCADA și Izolator Certificat.

Potrivit răspunsului nr. 1377/12.03.2024 - Clarificare din oficiu - COMUNA ... modifică fișa de date, fără vreo motivare prealabilă, după cum urmează:

– elimină din fișa de date, cap. II.2.5. Criterii de atribuire - Experiența personalului cheie, cerințele privind experiența specialistului SCADA și a șefului de șantier;

– modifică cerința din cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, în sensul solicitat de operatorul economic interesat "Operatorii economici care depun oferta trebuie să facă dovada că în

cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 5 ani (perioadă ce se calculează de la data limite de depunere a ofertelor) au executat și dus la bun sfârșit, lucrări de natură și complexitate similare sau superioare contractului, în valoare cumulată de minimum 6.941.452,82 lei fara TVA la nivelul a maxim 2 contracte, cu introducerea precizării că "Prin lucrări de natură / complexitate similare sau superioare contractului ce urmează a fi atribuit se înțelege proiecte/ contracte de execuție lucrări construcție și/sau modernizare și/sau reabilitare lucrări de drumuri și/sau construcție poduri similare sau superioare față de cele care fac obiectul prezentei proceduri sau lucrări de categoria C.

- elimină cerința privind asigurarea de cash-flow pentru susținerea lucrărilor din Cap. III.1.2) Capacitatea economică și financiară.

- modifică Cap. III.1.2. Capacitatea economică și financiară. Cerința privind Media cifrei de afaceri generale (anuale) pentru ultimele 3 exerciții financiare încheiate, Operator Economic individual sau oricare membru al asocierii trebuie să dovedească o medie a cifrei de afaceri generale (anuale) în cuantum de minim 8.800.000,00 lei, pentru ultimele 3 exerciții financiare încheiate.

Față de cele arătate mai sus, contestatoarea, operator economic autorizat ANRE pentru desfășurarea de lucrări de tipul celor care fac obiectul prezentei proceduri simplificate, cu o vastă experiență în domeniul extinderilor rețelelor de distribuție a gazelor naturale, demonstrată prin ducerea la bun sfârșit a unor lucrări de acest tip, atrage atenția cu privire la următoarele aspecte:

Modificarea cerințelor privind experiența personalului-cheie și acceptarea din partea unui operator economic, în susținerea experienței sale similare, a unor lucrărilor de construcții din domeniul modernizare și/sau reabilitare lucrări de drumuri și/sau construcție poduri, este inacceptabilă și nelegală. Nu se poate pune semnul egal între lucrările de modernizare/construire de drumuri și poduri și cele care vizează extinderea conductelor de gaz, având doar ca suport încadrarea acestora din urmă în categoria de construcții de categoria „C”, conform legislației în domeniul construcțiilor. Sectorul gazelor naturale este unul reglementat, cu un specific aparte, cu numeroase norme tehnice speciale, emise de către Autoritatea Națională de Reglementare în domeniul Energiei (ANRE).

Invocă art. 121 din Legea nr. 123/2012 și Ordinul ANRE nr. 89/2018.

Consideră că autoritatea contractantă omite, în mod intenționat, acest aspect al reglementărilor specifice sectorului de gaze naturale acceptând cuprinderea în cadrul experienței similare de lucrări de construire/modernizare drumuri și poduri care conduc la vătămarea tuturor operatorilor economici autorizați ANRE pentru execuția de lucrări care fac obiectul prezentei proceduri. Vătămarea se referă la crearea, în

mod artificial, a oportunității/avantajului pentru operatorii economici care nu dețin experiența necesară, de a depune o ofertă în cadrul acestei proceduri. Prin acceptarea unor operatori economici cu experiență în domeniul construcțiilor de obiective care nu fac parte din sectorul gazelor naturale (drumurile și podurile nu fac parte din acest sector), rezultatul evaluării ofertelor se denaturează.

Din punctul său de vedere, condiția inițială din fișa de date, cap. III.I.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională. Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate este cea corectă și nu poate fi extinsă spre alt tip de lucrări de construcții de categoria "C", decât cele care vizează obiectivele/sistemele din sectorul gazelor naturale.

Nu contestă că lucrările de extindere a rețelelor de gaze naturale sunt lucrări de construcție, în înțelesul legilor din domeniul construcțiilor, dar asimilarea lor cu lucrările de construcție/modernizare drumuri și poduri este absurdă.

Redă, în acest sens, art. 162 alin. (1) și art. 163 alin. (1) din Legea nr. 123/2012.

Față de celelalte aspecte modificate/eliminate din cuprinsul fișei de date arătate mai sus, apreciază că sunt cerințe/criterii pe care autoritatea contractantă le-a modificat/completat/eliminat fără o motivare prealabilă, pentru a facilita participarea operatorului economic în cauză. De exemplu, consideră că cerința inițială ca operatorul economic interesat să dispună de un cash-flow pentru susținerea lucrărilor, cerință prevăzută la cap. III.1.2) Capacitatea economică și financiară din fișa de date, și eliminată ulterior, era una pertinentă, raportată la complexitatea și obiectul contractului. La fel apreciază și referitor la cerința privind cifra de afaceri, modificată de achizitoare și, ulterior, eliminată complet prin clarificarea generată automat, în data de 15.03.2024, ora 09:38, conform SEAP.

De asemenea, consideră că pct. II.2.5 Criterii de atribuire - Cel mai bun raport calitate - pret, a fost modificat, în mod arbitrar, prin eliminarea subfactorului 4.4. Experiența-cheie a șefului de șantier, fără a primi vreo solicitare în acest sens. Având în vedere complexitatea lucrărilor, experiența în domeniu a șefului de șantier este primordială, fiind persoana care asigură organizarea muncii, monitorizarea și verificarea întregii activități la nivel de șantier, asigurând execuția, derularea și finalizarea lucrărilor conform proiectului, normelor și condițiilor de calitate, termenelor stabilite conform cerințelor contractuale.

Contestatoarea precizează că, în data de 15.03.2024, ora 09:38, respectiv 10:33, autoritatea contractantă publică în SEAP:

- Clarificarea generată automat ca urmare a modificărilor aduse documentației de atribuire;

- Răspunsul nr. 1463/15.03.2024, prin care se încălca și reglementări legale aplicabile procedurii. Autoritatea contractantă acceptă, la solicitarea unui operator economic, "ca o singură persoană să îndeplinească cele trei funcții, respectiv: RTE, verificador proiect, instalator autorizat", fiind încălcate astfel prevederile art. 16 din Hotărârea nr. 742/2018 privind modificarea HG nr. 925/1995.

Față de cele evocate mai sus, societatea contestatoare solicită obligarea autorității contractante la a revizui fișa de date, parte integrantă din documentația de atribuire, în așa fel încât aceasta să țină cont de toate prevederile legale aplicabile obiectului procedurii de achiziție publică și împiedicarea acestuia de a crea avantaje pentru operatori economici care nu au experiența necesară pentru ducerea la bun sfârșit a lucrărilor care fac obiectul acestei proceduri.

Prin adresa nr. 1718/01.04.2024, înregistrată la Consiliu cu nr. 20223/02.04.2024, UAT ... transmite punctul său de vedere, solicitând Consiliului ca, prin decizia ce o va pronunța, să dispună respingerea contestației formulată de contestatoare ca neîntemeiată și lipsită de obiect.

Astfel, achizitoarea arată că, la data de 21.03.2024, a luat măsura suspendării procedurii până la soluționarea contestației.

De asemenea, arată că, în data de 29.03.2024, a luat măsura remedierii documentației de atribuire, prin:

- > corecția modificărilor aduse prin clarificarea din oficiu automată din data de 13.03.2023, cu privire la cerința privind capacitatea tehnică și/sau profesională pentru experiența similară lucrări, prin publicarea clarificării din oficiu automată DF1204020;

- > corecția modificărilor aduse prin clarificarea din oficiu automată din data de 15.03.2023, cu privire la cerința privind capacitatea economică și financiară, cerința Asigurarea riscului profesional, prin publicarea clarificării din oficiu automată DF1204020.

Referitor la modificarea factorului de evaluare Experiența personalului cheie, prin eliminarea subfactorului Pt.4.3 experiența specialist SCADA, utilizat în cadrul criteriului de atribuire, achizitoarea precizează următoarele:

În principal, la modificarea factorului de evaluare a luat în considerare prevederile legale incidente. Autoritatea contractantă afirmă că a avut în vedere respectarea principiilor statuate de art. 2 alin. (2) lit. a), b), c) și e) din Legea nr.98/2016, raportat la specificul contractului și pentru asigurarea unui cadru concurențial legal și cât mai vast, oferind posibilitatea depunerii de oferte pentru cât mai mulți operatori economici. Astfel, potrivit documentației de atribuire, respectiv caiet de sarcini, capitol 13 Metodologia de evaluare a ofertelor prezentate, Cerințe privind personalul, litera A Personal cheie, autoritatea contractantă a solicitat accesul la serviciile unui specialist SCADA, cu experiență în proiectare instalații electrice/automatizare.

Având în vedere prevederile Instrucțiunii nr. 1/2017, art. 3 alin. (1), (3), (4) care instituie imposibilitatea stabilirii de criterii de calificare și selecție, respectiv imposibilitatea de stabilire ca factor de evaluare a personalului pentru care este necesară o autorizare pentru a putea să își desfășoare activitatea și faptul că specialistul SCADA, raportat la cerințele privind experiența specifică, trebuie să dețină autorizare ANRE pentru proiectare instalații electrice, a eliminat din cadrul factorilor de evaluare expertul cheie.

În subsidiar, arată că nu a extins cerințele de selecție, prin clarificările aduse documentației de atribuire, acest act fiind interzis și putând fi interpretat ca restrictiv de operatorii economici și nici nu a restrâns în niciun fel posibilitatea participării operatorilor economici la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică.

Terțiar, din parcurgerea contestației a observat că, în expunerea motivelor asupra acestui punct, contestatoarea nu a motivat în fapt și în drept, așa cum statuează art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016.

În accepțiunea autorității contractante, din parcurgerea motivării punctului criticat, singurul prejudiciu pe care contestatoarea l-ar putea acuza este posibilitatea neadjudecării contractului prin prisma depunerii de oferte de un număr cât mai mare de operatori economici.

Astfel, autoritatea contractantă consideră critica contestatoarei nejustificată și nefondată și solicită respingerea acesteia.

Referitor la modificarea factorului de evaluare Experiența personalului cheie, prin eliminarea subfactorului Subfactor Pt.4.4 experiența șef de șantier, utilizat în cadrul criteriului de atribuire, precizează următoarele:

În principal, la modificarea factorului de evaluare, a luat în considerare prevederile legale incidente și solicitările de clarificări transmise. A avut în vedere respectarea principiilor statuate de art. 2 alin. (2) lit. a), b), c) și e) din Legea nr. 98/2016, raportat la specificul contractului și pentru asigurarea unui cadru legal și cât mai vast, oferind posibilitatea depunerii de oferte pentru cât mai mulți operatori economici.

Având în vedere prevederile Instrucțiunii nr. 1/2017, art. 2 alin. (1), este recomandat să fie stabilit ca factor de evaluare, coordonatorul șefilor de șantier, raportat la complexitatea lucrărilor și în cazul în care obiectul acestuia impune prezența mai multor șefi de șantier dacă lucrările contractului se desfășoară simultan pe mai multe fronturi. În cadrul procedurii care face obiectul contestației, raportat la specificul contractului, lucrările nu se desfășoară pe mai multe fronturi, nefiind necesar mobilizarea mai multor șefi de șantier. Mai mult, autoritatea contractantă menționează că nu a eliminat din cadrul documentației de atribuire cerința privind accesul la serviciile expertului șef de șantier, ci doar l-a eliminat de la cerința privind criteriile de atribuire. Prin actul său, autoritatea contractantă afirmă că nu a extins cerințele de selecție,

prin clarificările aduse documentației de atribuire, acest act fiind interzis și putând fi interpretat ca restrictiv de operatorii economici și nici nu a restrâns în niciun fel posibilitatea participării operatorilor economici la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică.

În subsidiar, subliniază că atribuțiile șefului de șantier sunt mai mult de conducere, având un caracter organizatoric, asigurarea și răspunderea nivelului calitativ și cantitativ al lucrărilor executate revenind responsabililor tehnici cu execuția, experți pentru care operatorii economici ofertanți trebuie să dovedească că au acces la serviciile acestora.

Terțiar, din parcurgerea contestației a observat că, în expunerea motivelor asupra acestui punct, contestatoarea nu a motivat în fapt și în drept, așa cum statuează art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016, în ce măsură actul autorității contractante i-a încălcat un drept al său sau un interes legitim, neputându-se substitui „persoanei vătămate”, așa cum este aceasta definită la art. 3 alin. (1) lit. f) din Lege.

Astfel, consideră critica contestatoarei nejustificată, nefondată și solicită respingerea acesteia.

Referitor la punctul criticat cu privire la cerința privind capacitatea tehnică și/sau profesională, experiența similară, punctează următoarele:

A luat măsuri de remediere a documentației de atribuire cu privire la specificul/obiectul contractelor ce trebuie prezentate de operatorii economici pentru dovedirea îndeplinirii cerinței privind experiența similară, prin publicarea în SEAP a clarificări din oficiu automate din data de 29.03.2024.

Astfel, autoritatea consideră critica contestatoarei lipsită de obiect.

Referitor la punctul criticat cu privire la cerința privind capacitatea economică și financiară, asigurarea riscului profesional: a luat măsuri de remediere a documentației de atribuire cu privire la posibilitatea nominalizării/propunerii unui singur expert pentru pozițiile de responsabil tehnic cu execuția, verificator de proiecte și instalator autorizat, prin publicarea în SEAP a clarificări din oficiu automate din data de 29.03.2024.

Astfel, autoritatea contractanta consideră critica contestatoarei ca lipsită de obiect și solicită respingerea acesteia.

Referitor la punctul criticat cu privire la cerința privind capacitatea economică și financiară, asigurarea riscului profesional și cifra de afaceri, în principal, invocă prevederile art. 172 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 care instituie dreptul și nu obligația autorității contractante de a aplica criterii privind situația economică și/sau financiară. Din parcurgerea contestației a observat că, în expunerea motivelor asupra acestui punct, contestatoarea nu a motivat în fapt și în drept, așa cum statuează art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016 în ce măsură actul autorității contractante i-a încălcat un drept al său sau un interes legitim, neputându-se substitui „persoanei vătămate”, așa cum este aceasta definită la art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016.

Consideră critica contestatoarei ca neîntemeiată, nefondată și lipsită de obiect.

Prin adresa nr. 1718/01.04.2024, înregistrată la Consiliu cu nr. 20223/02.04.2024, autoritatea contractantă a transmis, prin e-mail, strategia de contractare.

Prin adresa nr. 3427/09.04.2024, înregistrată la Consiliu sub nr. 21861/09.04.2024, ... SA a transmis punctul său de vedere asupra măsurilor luate de autoritatea contractantă.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 21928/10.04.2024, autoritatea contractantă a transmis, prin intermediul serviciul poștal, documentele necesare soluționării cauzei.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

COMUNA ... (PRIMĂRIA COMUNEI ...), în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului *Servicii proiectare, asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada de execuție și execuția lucrărilor de construcții și instalații pentru obiectivul de investiții: Extindere rețea de distribuție gaze naturale în satele ...*, cod CPV 45231221-0 Lucrări de construcții de conducte de alimentare cu gaz (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. SCN.../23.02.2024, data limită de depunere a ofertelor fiind stabilită prin anunț pentru 22.03.2024, ora 15:00. Valoarea estimată a contractului este 7.301.923,12 lei, fără TVA. Procedura a fost suspendată.

Nemuțumită de răspunsurile la clarificări aferente documentației de atribuire, ... SA a înaintat contestația înregistrată la Consiliu cu nr. 16766/19.03.2024, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

În conformitate cu prevederile art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea ... SA a constituit cauțiunea în sumă de 35.000,00 lei, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 210067578/1 eliberată de CEC BANK, Sucursala Vaslui, la data de 21.03.2024.

Trecând la soluționarea contestației, Consiliul constată că, prin aceasta, sunt formulate critici împotriva răspunsului la clarificări nr. 1376/12.03.2024, răspunsul nr. 1377/12.03.2024 – clarificare din oficiu, clarificarea generală automată ca urmare a modificărilor aduse și răspunsul nr. 1463/15.03.2024.

Contestatoarea este nemulțumită de faptul că, prin răspunsul nr. 1377/12.03.2024 - Clarificare din oficiu, COMUNA ... modifică fișa de date, *fără vreo motivare prealabilă*, în privința următoarelor cerințe/criterii:

- elimină din fișa de date, cap. II.2.5. Criterii de atribuire - Experiența personalului cheie, cerințele privind experiența specialistului SCADA și a șefului de șantier;

- modifică cerința din cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, în sensul solicitat de operatorul economic interesat "Operatorii economici care depun oferta trebuie să facă dovada ca în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 5 ani (perioadă ce se calculează de la data limite de depunere a ofertelor) au executat și dus la bun sfârșit, lucrări de natură și complexitate similare sau superioare contractului, în valoare cumulată de minimum 6.941.452,82 lei fara TVA la nivelul a maxim 2 contracte, cu introducerea precizării că "Prin lucrări de natură / complexitate similare sau superioare contractului ce urmează a fi atribuit se înțelege proiecte/ contracte de execuție lucrări construcție și/sau modernizare și/sau reabilitare lucrări de drumuri și/sau construcție poduri similare sau superioare față de cele care fac obiectul prezentei proceduri sau lucrări de categoria C".

- elimină cerința privind asigurarea de cash-flow pentru susținerea lucrărilor din Cap. III.1.2) Capacitatea economică și financiară.

- modifică Cap. III.1.2. Capacitatea economică și financiară. Cerința privind Media cifrei de afaceri generale (anuale) pentru ultimele 3 exerciții financiare încheiate, Operator Economic individual sau oricare membru al asocierii trebuie să dovedească o medie a cifrei de afaceri generale (anuale) în cuantum de minim 8.800.000,00 lei, pentru ultimele 3 exerciții financiare încheiate.

Vizavi de faptul că nu a existat o motivare prealabilă a modificărilor efectuate, Consiliul reține că nu sunt indicate de operatorul economic dispozițiile legale care obligă achizițarea la această motivare prealabilă.

Se reține că, potrivit art. 160 alin. (1) - (3) din Legea nr. 98/2016 Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunțul de participare/simplificat/de concurs. (2) Autoritatea contractantă stabilește prin anunțul de participare/simplificat/ de concurs unul sau două termene-limită în care va răspunde în mod clar și complet tuturor solicitărilor de clarificare/informațiilor suplimentare, conform prevederilor normelor metodologice la prezenta lege. (3) Autoritatea contractantă are obligația de a publica răspunsurile însoțite de întrebările aferente la adresa de internet la care sunt disponibile documentele achiziției, indicată potrivit dispozițiilor art.

150 alin. (2), luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea operatorului economic care a solicitat clarificările sau informațiile suplimentare respective.

Așadar, obligația autorității contractante viza oferirea unor răspunsuri clare și complete la clarificări, însoțite de întrebările operatorilor economici, fără a se impune obligația motivării modificărilor efectuate.

Mai mult, în punctul său de vedere, autoritatea contractantă a adus explicații vizavi de modificările operate.

Consiliul constată că nici prin contestație, nici prin răspunsul nr. 3427/09.04.2024 la punctul de vedere al contestatoarei, ... SA nu aduce vreo argumentare în fapt și în drept vizavi de modificările operate în privința Experienței personalului cheie (specialistul SCADA și șeful de șantier) care a fost eliminată din cuprinsul factorilor de evaluare; cerinței privind asigurarea de cash-flow pentru susținerea lucrărilor din Cap. III.1.2) Capacitatea economică și financiară; cerinței privind Media cifrei de afaceri generale (anuale) pentru ultimele 3 exerciții financiare.

Nu au fost reliefate motivele pentru care aceste modificări mai permissive conduc la restricționarea participării la procedură a operatorului economic contestator sau care sunt prejudiciile care i s-au adus prin aceste modificări.

În lipsa unei motivări aferente, Consiliul nu se poate pronunța asupra modificărilor mai sus amintite.

În cuprinsul contestației, s-au expus pe larg, motivele pentru care s-a considerat nelegal modul de modificare a cerinței privind experiența similară a operatorului economic.

În privința acestei cerințe, se reține că, prin clarificarea nr. 1377/12.03.2024, s-au menționat următoarele:

Cerinta 1 : Pentru contractele de achizitie de lucrari: executarea de lucrari de tipul specificat

Ofertantul dovedește că a executat în mod corespunzător lucrări de aceeași natură și complexitate, respectiv **lucrari de construire /reabilitare/modernizare/ extindere rețele de conducte de distribuție/alimentare cu gaze naturale**, în ultimii 5 ani, a căror valoare a fost de minimum 6.941.452,81 lei fără TVA, reprezentând valoarea din cadrul unuia sau a două contracte.

Modificată astfel:

Operatorii economici care depun oferta trebuie să facă dovada ca în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 5 ani (perioadă ce se calculează de la data limite de depunere a ofertelor) au executat și dus la bun sfârșit, lucrări de natură și complexitate similare sau superioare contractului, în valoare cumulată de minimum 6.941.452,82 lei fara TVA la nivelul a maxim 2 contracte. **Prin lucrări de natură și complexitate similare sau superioare contractului ce urmează a fi atribuit se înțelege proiecte/contracte de execuție lucrări construcție și/sau modernizare și/sau reabilitare lucrări de drumuri si/sau constructie poduri similare sau superioare față de cele care fac obiectul prezentei proceduri sau lucrari de categoria C.**

Urmare depunerii contestației, prin clarificarea din oficiu, publicată în SEAP, în data de 01.04.2024, s-au adus următoarele modificări:

Operatorii economici care depun oferta trebuie să facă dovada ca în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 5 ani (perioadă ce se calculează de la data limită de depunere a ofertelor) au executat și dus la bun sfârșit, lucrări de construire/ reabilitare/modernizare/extindere rețele de conducte de distribuție/alimentare cu gaze naturale sau lucrări de construire/reabilitare/modernizare/extindere rețele de apă/ canalizare și/sau aducțiuni de apă și/sau rețele de fluide/lucrări de rețele tehnice edilitare supraterane/subterane sau lucrări de construcție nouă/modernizare/reabilitare/extindere infrastructură de transport rutier sau lucrări de construire/reabilitare/modernizare/extindere construcții civile, cel puțin din categoria de importanță C, în valoare de minimum 6.941.452,82 lei fara TVA, valoare calculate cumulativ la nivelul a minimum 1 contract - maximum 2 contracte.

În soluționarea criticilor aduse cerinței în discuție, Consiliul se va raporta la următoarele dispoziții legale privind achizițiile publice:

➤ din Legea nr. 98/2016:

- art. 172 alin. (1) Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criteriile de capacitate referitoare la:

- a) capacitatea de exercitare a activității profesionale;
- b) situația economică și financiară;
- c) capacitatea tehnică și profesională.

(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune operatorilor economici alte cerințe de capacitate privind participarea la procedura de atribuire față de cele prevăzute la alin. (1).

(3) Autoritatea contractantă stabilește numai cerințe de participare care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat/ofertant are capacitatea juridică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru care urmează să fie atribuit.

(4) Autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens.

(5) Toate cerințele privind capacitatea solicitate de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru și să fie proporționale prin raportare la obiectul acestuia.

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

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

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

- art. 179 Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente:

a) o listă a lucrărilor realizate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 5 ani, însoțită de certificate de bună execuție pentru lucrările cele mai importante; atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurență, autoritatea contractantă poate stabili că sunt luate în considerare lucrări relevante realizate cu mai mult de 5 ani în urmă;

➤ din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016:

- art. 29 alin. (1) Criteriile de calificare privind capacitatea au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.

- art. 31 alin. (1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor criterii minime de calificare, care:

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

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

Astfel, raportat la prevederile legale anterior menționate, Consiliul reține că documentația de atribuire trebuie să conțină toate informațiile necesare operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire cu privire la cerințele achiziției și modul de desfășurare a acesteia, iar prevederile documentației de atribuire nu trebuie să restricționeze, în mod nejustificat, participarea operatorilor economici interesați la procedura de atribuire.

Prin urmare, necesitatea sau oportunitatea lucrărilor care vor fi executate, precum și raportat la acestea criteriile de calificare impune în sarcina ofertanților, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile sale, însă îi revine acesteia obligația de a nu impune criterii prin care să limiteze sau să restricționeze accesul la procedură al operatorilor economici sau de natură a restrânge concurența între aceștia, întrucât s-ar aduce atingere principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică – nediscriminarea și tratamentul egal.

Pe de altă parte, Consiliul are în vedere că prevederile legale aplicabile în materia achizițiilor publice nu obligă autoritatea contractantă să accepte modificări ale criteriilor de calificare dacă nu corespund necesităților sale, astfel că acesta nu poate fi sancționată pentru refuzul de a nu aduce modificări acestora, atât timp cât îi satisfac interesele, achizitoarea fiind singura în măsură să-și stabilească modul în care va verifica potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia.

Așadar, modificarea sau cenzurarea criteriilor de calificare poate face obiectul contestării de către operatorii economici interesați în situația încălcării de către autoritate a ipotezelor date de art. 31 alin. (1) mai sus citate. Astfel, autoritatea contractantă nu are dreptul de a introduce criterii minime de calificare care ar conduce la restricționarea participării la procedură a operatorilor economici.

În altă ordine de idei, Consiliul nu poate sancționa autoritatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a impune criterii de calificare care permit participarea mai multor operatori economici la procedură, iar prin impunerea acestora, contestatoarea nu este împiedicată să participe la procedură.

Organul administrativ-jurisdicțional poate cenzura criteriile de calificare din documentația de atribuire, în măsura în care acestea restrâng concurența și împiedică participarea la procedură, ceea ce nu este cazul în speță, vizavi de autoarea contestației. Or, în condițiile în care organizatoarea procedurii a apreciat, în baza principiului asumării răspunderii, că, în raport de lucrările pe care urmărește să le achiziționeze, nu se impune limitarea participării la procedură la acei operatori economici care au experiență similară doar în contractele de lucrări de construire/reabilitare/modernizare/extindere rețele de conducte de *distribuție/alimentare cu gaze naturale*, cum dorește contestatoarea, acceptând, pentru demonstrarea capacității tehnice a ofertanților, și alte tipuri de contracte, nu se justifică modificarea cerinței.

Modul de redactare a cerinței nu o prejudiciază cu nimic pe autoarea contestației și nu o limitează sau împiedică în prezentarea unei oferte conforme care poate deveni oferta câștigătoare a procedurii.

O competiție mai largă în cadrul procedurii nu se poate considera că va afecta posibilitatea contestatoarei de a participa cu ofertă și de a deveni câștigătoare a procedurii.

Astfel fiind, Consiliul constată a fi nefondate criticile contestatoarei vizavi de cerința privind experiența similară.

În ceea ce privește cerința referitoare la cumularea calităților de RTE, verificador proiect și instalator autorizat, (Se acceptă și ca o singură

persoană să îndeplinească cele trei funcții, respectiv: RTE, verificador proiect, instalator autorizat), apreciată nelegală, aceasta a fost eliminată prin clarificarea din oficiu publicată în urma depunerii contestației. Astfel fiind, critica este rămasă fără obiect.

În considerarea celor prezentate, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația ... SA.

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

În temeiul art. 26 alin. (6) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... SA, în contradictoriu cu COMUNA ... (PRIMĂRIA COMUNEI ...).

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei 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, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...