



În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 15317/13.03.2024, formulată de SC ... SRL, cu sediul în comuna ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., CUI RO..., reprezentată legal prin ... - administrator și convențional prin ... - CABINET DE AVOCAT, cu sediul în ..., împotriva documentației de atribuire elaborată de COMUNA ..., cu sediul în comuna ..., str. ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate de atribuire a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „*Înființare sistem integrat de alimentare cu apă și canalizare menajeră în comuna ..., jud. ...*”, anunț de participare simplificat nr. .../07.03.2024, s-a solicitat:

- suspendarea procedurii de achiziție publică până la soluționarea prezentei contestații;
- obligarea autorității contractante să dispună măsuri de remediere în sensul modificării prevederilor documentației de atribuire contestate și a eliminării factorilor restrictivi și a cerințelor restrictive;
- dacă se constată că nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, anularea procedurii de atribuire;
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de judecarea contestației;
- acces la dosarul constituit la Consiliu.

Prin Încheierea nr. ... din 21.03.2024, Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea fondului contestației, pe care l-a respins ca nefondat.

**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 formulată de SC ... SRL, împotriva documentației de atribuire elaborată de Comuna ..., prin care se solicită adoptarea măsurilor de remediere precizate mai sus, conform argumentelor prezentate în contestație.

Contestatoarea prezintă motivele de fapt și de drept pentru care solicită modificarea documentației de atribuire, în sensul eliminării atât a factorilor de evaluare restrictivi, cât și a cerințelor restrictive, care sunt după cum urmează:

1. Cu referire la eliminarea factorului de evaluare nr. 3 care vizează *„Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate în parametrii calitativi solicitați (planul de management al calității lucrărilor) – pondere 30 %”*, solicită eliminarea acestui factor, având în vedere că:

a) Acest factor de evaluare cuprinde 3 subfactori de evaluare, care, totodată, reprezintă și cerințe de conformitate;

b) Mențiunea făcută în cadrul documentației de atribuire de către autoritatea contractantă cu privire la faptul că se vor acorda 30 puncte pentru factorul de evaluare în discuție ceea ce nu echivalează cu metodologia concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice. În baza algoritmului precizat de autoritate, niciunul dintre membrii comisiei de evaluare nu va putea să justifice punctajele acordate. Toate elementele de punctare trebuie să fie clare și cunoscute de ofertanți anterior depunerii și evaluării ofertelor, astfel încât să își poată elabora oferta pentru a obține punctajele maxime, pentru a fi desemnat câștigător;

c) În conformitate cu prevederile art. 189 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată, iar 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. Practic, un astfel de factor nu prezintă niciun fel de relevanță pentru procedură, neputându-se face vreo diferențiere între oferte, întrucât la evaluarea ofertei nu pot exista decât cele două cazuri limită, respectiv fie oferta este conformă și primește punctajul pentru acest factor de evaluare, fie

oferta este neconformă, caz în care nu se mai face o evaluare cu privire la factorii de evaluare.

Contestatoarea învederează că, așa cum reiese din prevederile actuale ale documentației de atribuire, orice ofertă care îndeplinește prevederile caietului de sarcini, este declarată admisibilă și primește punctaj maxim pentru cei 3 subfactori de evaluare ai factorului de evaluare *Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării ca lucrările sunt realizate în paramentrii calitativi solicitați (planul de management al calității lucrărilor) – Pondere 30 %*”.

În speță, prin stabilirea factorului de evaluare 3, autoritatea contractantă nu va beneficia de niciun avantaj real, deoarece toate ofertele tehnice, chiar și cele care vor avea caracteristici superioare celor minime solicitate, vor obține același punctaj, deoarece cele care nu îndeplinesc aceste cerințe tehnice sunt inadmisibile (deoarece nu îndeplinesc cerințele din caietul de sarcini). Așadar, acest factor nu va influența în niciun mod punctajul final al operatorilor economici participanți. În cazul în referință autoritatea contractantă nu a stabilit în documentație un algoritm de calcul concret pentru acest factor de evaluare, nu a specificat o modalitate corectă de evaluare și punctare a ofertelor, care să facă posibilă eventuala verificare a corectitudinii pentru care ofertele au primit anumite punctaje. Absența unui algoritm de punctare corect pentru respectivii subfactori de evaluare nu își găsește nicio justificare legală și permite acordarea în mod subiectiv și discreționar a punctajelor

Cu titlu de exemplu, indică informațiile cu privire la Factorul 3, indicate în caietul de sarcini, la pagina 48, astfel:

„Factorul de evaluare nr. 3: Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate în paramentrii calitativi solicitați (planul de management al calității lucrărilor) – Pondere 30 %

(...)

Subfactori:

3.1. Abordarea tehnică propusă pentru realizarea lucrărilor aferente contractului - se va analiza informația furnizată corespunzătoare din Planul Calității, Planul de Control a calității, Verificări și încercări (PCCVI) și Procedurile tehnice de execuție (PTE) din Propunerea Tehnică este adaptat la caracteristicile specific ale contractului de lucrări și corelat cu tehnologia de executare a lucrărilor și activitățile/etapele realizate, responsabilitățile pentru execuția/gestionarea/controlul calității și resursele utilizate sunt foarte bine definite (complete), Ofertantul demonstrând optimizarea resurselor (15 puncte);

este prezentat la modul general și nu reflectă caracteristicile specific ale contractului de lucrări, nefiind în totalitate corelat cu metodologia de executare a lucrărilor (7 puncte).

3.2. Organizarea propusă de ofertant pentru realizarea controlului calității în toate stadiile de execuție – se va analiza informația furnizată în Planul Calității și Personalul contractului din Propunerea tehnică (...)

3.3. Corelarea Graficului fizic de execuție a lucrării și Abordarea tehnică propusă pentru realizarea lucrărilor aferente contractului – se va analiza informația furnizată în graficul fizic de execuție a lucrării (fără valori), pe zile, luni, pe categorii de lucrări, Planul de Control a Calității, verificări și încercări (PCCVI) și Procedurile tehnice de execuție (PTE) – Propunere tehnică

$$PT = P1 + P2 + P3$$

unde: PT – punctajul total (maximum 100 puncte)”.

Cu titlu de exemplu, înserează un extras de la pagina 36 din caietul de sarcini, din care se poate constata că unul dintre subfactorii de evaluare indicați la factorul 3 respectiv subfactorii 3.3 și 3.1, reprezintă, de fapt, o cerință de conformitate.

De asemenea, arată că din informațiile existente la pagina 36 din caietul de sarcini rezultă că subfactorul de evaluare 3.2 din cadrul factorului de evaluare 3 reprezintă, de fapt, cerință de conformitate.

Din punct de vedere jurisprudențial, în sensul eliminării unui factor de evaluare care reprezintă și cerință de conformitate, indică Decizia CNSC nr. ... din 14.01.2021, Decizia CNSC nr. ... din 10.11.2023, rămasă definitivă prin nerecurare, Decizia CNSC nr. ... din 06.12.2023 - rămasă definitivă prin Hotărârea nr. ..., pronunțată de Curtea de Apel ..., în cadrul dosarului

2. Contestatorul solicită eliminarea factorului de evaluare nr. 2. care vizează *„Costul operațional total – calculat ca și cost operational anual maxim garantat înmulțit cu 25 – 15 %”*, pentru următoarele motive:

a) Pentru îndeplinirea acestui factor de evaluare sunt necesare costurile unitare;

b) Lipsa listelor de cantități implică și lipsa prețurile unitare, iar listele de cantități nu sunt disponibile în această etapă, având în vedere că listele de cantități fac parte din proiectul tehnic, iar în această etapă nu există un proiect tehnic, având în vedere că acest contract implică atât proiectare, cât și execuție. În concluzie, lipsa listelor de cantități implică și lipsa prețurilor unitare, iar, în lipsa prețurilor unitare nu pot fi efectuate calculele pentru acest factor de evaluare;

c) Cuprinsul caietului de sarcini, de la pagina 21 confirmă susținerile anterioare, în sensul că nu pot fi determinate și calculate consumurile, având în vedere că nu se indică tipul utilajelor și că nu este pus la dispoziția ofertanților Formularul 4 care reprezintă listele cu

cantitățile de utilaje și echipamente tehnologice, inclusiv dotări (formularul F4).

În conformitate cu prevederile art. 189 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată, iar 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.

Ori în lipsa listelor de cantități și a prețurilor unitare, calculele pentru acest factor de evaluare ar conduce la o libertate de apreciere nelimitată, ceea ce nu ar asigura un proces de evaluare obiectiv, aspect nepermis de art. 189 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016.

e) În subsidiar, în cazul în care se dispune menținerea cerinței, solicită obligarea autorității contractante să pună la dispoziție listele de utilaje (pompe), pentru componenta apă, cât și pentru componenta canal, cât și timpii de funcționare/zi pentru întocmirea ofertelor, având în vedere că timpii de funcționare trebuie să fie aceleași pentru toți ofertanții, raportat la faptul că toate utilajele au aceleași caracteristici tehnice (debit și înălțime de pompare) pentru toți ofertanții. Ceea ce trebuie să difere în funcție de fiecare ofertant este doar puterea electrică. În cazul în care nu se precizează timpii de funcționare, criteriul conduce la o libertate de apreciere nelimitată.

Pentru îndeplinirea acestui factor de evaluare sunt necesare costurile unitare, întrucât, fiind un contract de tip proiectare și execuție, în lipsa listelor de cantități nu pot fi efectuate calculele pentru factorul de evaluare nr. 2.

În concret, potrivit caietului de sarcini, la pagina 47, pentru a se calcula costurile de operare sunt necesare prețurile unitare.

În acest context, solicită să se aibă în vedere că în lipsa prețurilor unitare nu pot fi efectuate calculele pentru acest factor de evaluare, invocând în acest sens prevederile art. 12 din Hotărârea nr. 907/2016, privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice, astfel:

„(1) Proiectul tehnic de execuție constituie documentația prin care proiectantul dezvoltă, detaliază și, după caz, optimizează, prin propuneri tehnice, scenariul/opțiunea aprobat(ă) în cadrul studiului de fezabilitate/documentației de avizare a lucrărilor de intervenții; componenta tehnologică a soluției tehnice poate fi definitivată ori adaptată tehnologiilor adecvate aplicabile pentru realizarea obiectivului de investiții, la faza de proiectare - proiect tehnic de execuție, în

condițiile respectării indicatorilor tehnico-economici aprobați și a autorizației de construire/desființare.

(2) Proiectul tehnic de execuție conține părți scrise și părți desenate, necesare pentru execuția obiectivului de investiții.

(3) Părțile scrise cuprind date generale privind investiția, descrierea generală a lucrărilor, memorii tehnice pe specialități, caiete de sarcini, liste cu cantitățile de lucrări, graficul general de realizare a investiției.

(4) Părțile desenate cuprind planșe de ansamblu, precum și planșe aferente specialităților: planșe de arhitectură, de structură, de instalații, de utilaje și echipamente tehnologice, inclusiv planșe de dotări.

De asemenea, indică Hotărârea nr. 907/2016 unde, la anexa nr. 10 – proiect tehnic de execuție - conținut-cadru¹), se indică:

NOTĂ:

Formularele F1-F5, completate cu prețuri unitare și valori, devin formule pentru devizul ofertei și vor fi utilizate pentru întocmirea situațiilor de lucrări executate, în vederea decontării.

În considerarea celor prezentate anterior, contestatoarea concluzionează că, în lipsa cantităților și prețurilor unitare, nu poate fi impus un astfel de factor, iar în susținere indică Decizia CNSC nr. ... din 25.05.2020, rămasă definitivă prin nerecurare.

În contestație se arată că din cuprinsul caietului de sarcini, pagina 41, reiese că nu pot fi determinate și calculate consumurile, având în vedere că nu se indică tipul utilajelor. În acest sens, arată că listele cu cantitățile de utilaje și echipamente tehnologice, inclusiv dotări (formularul F4) nu sunt disponibile în această etapă, întrucât fac parte din proiectul tehnic de execuție, care nu există în aceasta etapă, având în vedere că acest contract este unul de proiectare și execuție.

De asemenea, arată că în Hotărârea nr. 907/2016, la Anexa nr. 10 – proiect tehnic de execuție - conținut-cadru), se indică:

V. Liste cu cantități de lucrări

Acest capitol va cuprinde toate elementele necesare cuantificării valorice a lucrărilor și conține:

a) centralizatorul cheltuielilor, pe obiectiv (formularul F1);

b) centralizatorul cheltuielilor pe categorii de lucrări, pe obiecte (formularul F2);

c) listele cu cantitățile de lucrări, pe categorii de lucrări (formularul F3);

d) listele cu cantitățile de utilaje și echipamente tehnologice, inclusiv dotări (formularul F4);

e) fișele tehnice ale utilajelor și echipamentelor tehnologice, inclusiv dotări (formularul F5);

f) listele cu cantități de lucrări pentru construcții provizorii OS (organizare de șantier) (Se poate utiliza formularul F3.).

În concluzie, în lipsa listelor de cantități și a prețurilor unitare, determinarea calculului pentru acestu factor de evaluare ar conduce la o libertate de apreciere nelimitată, ceea ce nu ar asigura un proces de

evaluare obiectiv, iar în conformitate cu prevederile art. 189 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată,

3. a) Cu referire la cerința privind capacitatea tehnică și/sau profesională pentru contractele de achiziție de lucrări: executarea de lucrări de tipul specificat, solicită eliminarea/modificarea cerinței restrictive prin care impune îndeplinirii cerinței privind capacitatea tehnică și/sau profesională în valoare de 18.600.000 lei fără TVA la nivelul unui contract, astfel încât demonstrarea experienței similare să se poată efectua la nivelul a *„minimum un contract - maximum a 3 contracte”*.

b) Cu referire la cerința privind capacitatea tehnică și/sau profesională pentru contractele de achiziție de servicii: executarea de servicii de tipul specificat, solicită eliminarea/modificarea cerinței restrictive prin care impune îndeplinirii cerinței privind capacitatea tehnică și/sau profesională în valoare cumulată de minimum 850.000 lei fără TVA la nivel unui contract, maxim două (2) contracte similare, astfel încât demonstrarea experienței similare să se poată efectua la nivelul a *„minimum un contract - maximum a 3 contracte”*.

c) Cu referire la cerința privind capacitatea tehnică și/sau profesională pentru contractele de achiziție de servicii: executarea de servicii de tipul specificat, solicită modificarea cerinței, astfel încât pentru serviciile de proiectare să poată fi luată în considerare ca experiență similară, profesională și cele care vizează proiectare infrastructură de fluide/gaze (rețele fluide sub presiune), având în vedere că acestea sunt superioare celor solicitate de autoritatea contractantă.

A. Cu referire la cerința privind capacitatea tehnică și/sau profesională pentru contractele de achiziție de lucrări, contestatoarea apreciază că acceptarea unui singur contract restricționează participarea la procedură a operatorilor economici, având în vedere că conținutul cerinței este contradictoriu, în sensul că, deși solicită îndeplinirea cerințe printr-un singur contract, totuși, impune condiția ca minimum un contract să fie rezultatul unei proceduri de achiziție publică atribuit de o autoritate publică centrală sau locală, ori de către un organism subordonat.

În conformitate cu prevederile art. 172 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, 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;

Acceptarea unui singur contract, autoritatea contractantă confirmă că cerințele documentației de atribuire nu sunt corelate. Atâta timp cât

consideră similare și lucrările de întreținere periodică și/sau reparații curente rețele canalizare și/sau rețele de apă/rețele de aducțiune apă, autoritatea contractantă nu poate impune ca dovedirea executării acestora să se facă printr-un singur contract, având în vedere că, de regulă, prin raportare a obiectul lucrărilor (întreținere periodică/reparații), aceste contracte au valori mici.

Prin răspunsul consolidat la clarificări, publicat în SEAP la data de 12.03.2023, autoritatea contractantă precizează că această cerință poate fi îndeplinită cu ajutorul terților sau asociațiilor, însă, acest răspuns nu înlătură caracterul restrictiv, având în vedere că cerința poate fi îndeplinită tot printr-un singur contract.

Autoritatea contractantă a mai organizat această procedură, fiind anulată pentru motivul că nu a fost depusă nicio ofertă conformă, iar pentru această cerință s-a impus dovedirea acesteia în valoare cumulată de minimum 18.500.000,00 lei fără TVA, la nivelul a maxim 3 contracte (...../02.06.2022);

✓ Pentru acceptarea îndeplinirii cerinței prin minimum un contract - maximum a 3 contracte” invocă faptul că procedurile care au obiect similar au valori de aproximativ 10.000.000 lei, iar cu titlu de exemplu indică procedura aferent anunțului nr. din 20.12.2023.

În susținere, indică dispozițiile art. 6 alin. (3) din Instrucțiunea nr. 2/2017, care prevede că, atunci când autoritatea contractantă solicită ca experiența similară să fie dovedită la nivelul unui contract, va prezenta, în strategia de contractare, constrângerea autorității privind îndeplinirea nivelului valoric impus doar la nivelul unui singur contract, având în vedere că această condiție poate fi limitativă în cazul operatorilor economici care pot îndeplini nivelul minim impus prin însumarea valorilor sau cantităților, după caz, ale produselor/serviciilor/lucrărilor furnizate/prestate/executate la nivelul a două sau mai multe contracte.

Totodată, indică normele statuate în cuprinsul art. 31 din HG nr. 395/2016, din interpretarea căroră rezultă că autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor criteriile 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.

Jurisprudențial, în susținere indică Decizia CNSC nr. ... din 07.02.2023, rămasă definitivă prin nerecurare.

Prin raportare la natura și complexitatea contractului, precum și la faptul că nu există o justificare a autorității contractante pentru care a solicitat ca experiența similară să fie demonstrată printr-un singur contract, dar și prin raportare la exemplul de bună practică din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, cu referire la demonstrarea experienței similare la nivelul a „minimum un contract - maximum a 3 contracte”,

solicită modificarea cerinței sub acest aspect, astfel încât dovedirea acesteia să se facă prin raportare la minim un contract – maxim trei contracte.

În sensul modificării cerinței privind experiența similară, invocă și dispozițiile art. 6 alin. (1), (3) și (4) din Instrucțiunea nr. 2/2017, astfel:

Art. 6. (1) *Autoritatea/Entitatea contractantă are următoarele variante de formulare a cerinței legate de numărul minim (un contract)/maxim de contracte, în relația cu un anumit nivel minim stabilit pentru experiența similară, excepția menționată la art. 3 alin. (4) fiind aplicabilă după caz: 27/04/2017 - Derogare prin Instrucțiuni 2/2017.*

a) *furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de lucrări a căror valoare a fost de minimum "X" lei (valoare ce nu depășește, ca regulă generală, valoarea estimată a contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit) la nivelul unui contract;*

b) *furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de lucrări a căror valoare cumulată a fost de minimum "X" lei (valoare ce nu depășește, ca regulă generală, valoarea estimată a contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit) la nivelul a maximum "X" contracte (număr stabilit de către autoritatea/entitatea contractantă);*

c) *furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de lucrări a căror valoare cumulată a fost de minimum "X" lei (valoare ce nu depășește, ca regulă generală, valoarea estimată a contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit) la nivelul unui număr de contracte lăsat la latitudinea operatorilor economici;*

d) *furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de lucrări a căror cantitate a fost de minimum "X" buc./km/mp etc. (cantitate ce nu depășește, ca regulă generală, cantitatea de produse/servicii/lucrări ce urmează a fi furnizate/prestate/executate prin contractul de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului- cadru ce va fi atribuit) la nivelul unui contract;*

e) *furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de lucrări a căror cantitate cumulată a fost de minimum "X" buc./km/mp etc. (cantitate ce nu depășește, ca regulă generală, cantitatea de produse/servicii/lucrări ce urmează a fi furnizate/prestate/executate prin contractul de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce va fi atribuit) la nivelul a maximum "X" contracte (număr stabilit de către autoritatea/entitatea contractantă);*

f) *furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de lucrări a căror cantitate cumulată a fost de minimum "X" buc./km/mp etc.*

(cantitate ce nu depășește, ca regulă generală, cantitatea de produse/servicii/lucrări ce urmează a fi furnizate/prestate/executate prin contractul de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce va fi atribuit) la nivelul unui număr de contracte lăsat la latitudinea operatorilor economici.

(3) În vederea posibilității de formulare a cerinței privind demonstrarea experienței similare conform alin. (1) lit. a), autoritatea/entitatea contractantă va prezenta, în strategia de contractare, constrângerea autorității privind îndeplinirea nivelului valoric impus doar la nivelul unui singur contract, având în vedere că această condiție poate fi limitativă în cazul operatorilor economici care pot îndeplini nivelul minim impus prin însumarea valorilor sau cantităților, după caz, ale produselor/serviciilor/lucrărilor furnizate/prestate/executate la nivelul a două sau mai multe contracte.

(4) În cazul în care nu există o justificare în acest sens, autoritatea/entitatea contractantă va permite demonstrarea îndeplinirii nivelului minim valoric impus prin prezentarea de informații/documente care atestă furnizarea/prestarea/execuția de produse/servicii/lucrări similare în valoare/cantitate cumulată de minim "X" lei, realizate în cadrul a cel mult "X" contracte, după caz, cu respectarea principiului proporționalității.

Jurisprudențial invocă Decizia CNSC nr. ... din 07.02.2023 și conchide că, prin raportare la natura și complexitatea contractului, precum și la faptul că nu există o justificare a autorității contractante pentru care a solicitat ca experiența similară să fie demonstrată printr-un singur contract, dar și prin raportare la exemplul de bună practică din Instrucțiunea 2/2017 a ANAP, se impunea modificarea cerinței sub acest aspect, respectiv dovedirea acesteia să se facă prin raportare la minim un contract – maxim trei contracte.

Cu referire la cerința privind capacitatea tehnică și/sau profesională pentru contractele de achiziție de servicii: executarea de servicii de tipul specificat, solicită eliminarea/modificarea cerinței restrictive prin care impune îndeplinirii cerinței privind capacitatea tehnică și/sau profesională în valoare cumulată de minimum 850.000 lei fără TVA la nivel unui contract, maxim două (2) contracte similare, astfel încât demonstrarea experienței similare să se poată efectua la nivelul a „*minimum un contract - maximum a 3 contracte*”.

Sușinerile privind eliminarea/modificarea cerinței sunt similare cu argumentele prezentate la punctul A, prin care a solicitat ca pentru capacitatea tehnică privind lucrările să poată fi îndeplinită prin maximum 3 contracte.

În susținerea eliminării/modificării acestei cerințe, precizează că autoritatea contractantă a mai organizat această procedură, fiind anulată pentru motivul că nu a fost depusă nicio ofertă conformă, iar pentru această cerință s-a impus dovedirea acesteia în valoare cumulată de

minimum 700.000,00 lei fără TVA, la nivelul a maxim 3 contracte (...../02.06.2022).

C. Cu referire la cerința privind capacitatea tehnică și/sau profesională pentru contractele de achiziție de servicii: executarea de servicii de tipul specificat, solicită modificarea cerinței, astfel încât pentru serviciile de proiectare, să poată fi luată în considerare ca experiență similară, profesională și lucrările de proiectare infrastructură de fluide/gaze (rețele fluide sub presiune), având în vedere faptul că acestea sunt superioare celor solicitate de autoritatea contractantă.

În acest sens, invocă prevederile art. 5 din Instrucțiunea nr. 2/2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu completările ulterioare, respectiv a prevederilor art. 191 și art. 192 lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, astfel: *(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”.*

4. De asemenea, solicită eliminarea cerinței prin care se impune ca în diagrama GANTT să prezinte succesiunea și inter-relaționarea tuturor activităților și subactivităților propuse de către ofertant în cadrul propunerii sale tehnice.

Contestatoarea face precizarea că, în lipsa listelor de cantități nu poate fi întocmit un grafic conform solicitării autorității contractante, motiv pentru care solicită eliminarea cerinței privind nivelul de detaliu al graficului GANTT.

Tot în susținere, contestatoarea indică Decizia CNSC cu nr. ... din 25.05.2020, rămasă definitivă prin nerecurare.

Concluzionând, aceasta arată că, prin stabilirea anumitor specificații tehnice autoritatea contractantă nu trebuie să încalce principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în aplicarea acestor principii, indicând dispozițiile art. 1 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Cu adresa nr. 944/19.03.2024, înregistrată la Consiliu sub nr. 16986/20.03.2024, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestația formulată de de SC ... SRL, prin care solicită respingerea acesteia ca neîntemeiată.

Preliminar, autoritatea contractantă detaliază modul în care s-a derulat dialogul instituțional cu SC ... SRL.

În acest sens arată că, la data de 11.03.2024, petenta a solicitat o serie de clarificări, după cum urmează:

- Încărcarea în SEAP a studiului de fezabilitate actualizat, a listelor de cantități și a fișelor tehnice ale utilajelor și echipamentelor necesare investiției;

- clarificări cu privire la durata contractului;

- modificarea cerinței privind experiența similară la trei contracte, atât la proiectare, cât și la execuție, pe motiv că cerința este restrictivă;

Autoritatea contractantă a răspuns în termen de o zi, după cum urmează:

- Studiul de fezabilitate actualizat era deja încărcat în documentația de atribuire; listele de cantități și fișele tehnice ale utilajelor nu se întocmesc la faza SF;

- durata contractului este de 33 luni, din care 3 luni proiectare și 30 luni execuție;

- experiența similară se stabilește și se justifică prin strategia de contractare și nu încalcă nicio prevedere din Legea 98/2016, acest criteriu nu este negociabil, iar ofertanții au posibilitatea, pentru îndeplinirea criteriului, să se asocieze sau să beneficieze de susținerea unui terț.

La data de 13.03.2024, petenta a revenit cu următoarele solicitări de clarificări:

- Experiența similară pentru proiectare să poată fi îndeplinită și prin servicii de proiectare pentru rețele de gaze;

- prezentarea listelor de utilaje care au stat la baza întocmirii prețurilor și timpilor de funcționare ai acestora pe zi, considerând că toate utilajele trebuie să aibă aceiași parametri, pentru a se întocmi o ofertă unitară.

Deși a formulat aceste solicitări de clarificări, ofertantul nu a mai așteptat răspunsul la aceste solicitări de clarificări (care a fost postat în SEAP la data 15.03.2024) și a depus contestația dedusă soluționării.

Autoritatea contractantă face precizarea că, prin răspunsul la aceste solicitări, au fost evidențiate următoarele aspecte:

- Experiența similară solicitată, respectiv experiența de proiectare în rețele de gaze este incompatibilă cu proiectarea de rețele edilitare de apă-canal;

- O ofertă unitară, prin utilizarea de echipamente și utilaje cu aceleași caracteristici tehnice, ar conduce la ofertarea aceluiași preț de 8 lei/mc apă epurată, calculat deja în studiul de fezabilitate.

În opinia autorității contractante, petenta, pe de o parte, nu a înțeles scopul acestei achiziții, iar pe de altă parte, nu a studiat cu atenție documentația de atribuire.

Aceasta învederează că scopul autorității contractante nu este acela de a restricționa concurența, ci de a da libertate operatorilor economici să oferteze echipamente și utilaje superioare din punct de vedere tehnic, fiabile și economice, care să asigure garanția unui preț unitar de apă epurată, inferior celui de 8 lei, pentru o perioadă de 25 ani. În condițiile în care ofertanții ar fi constrânși să folosească utilajele și echipamentele

prevăzute în SF cu titlu de exemplu, nu ar avea posibilitatea reducerii costurilor de exploatare.

Autoritatea contractantă își exprimă convingerea că acest lucru este cunoscut și înțeles de cei 4 ofertanți înscriși deja în procedură, cu excepția societății contestatoare.

De asemenea, arată că reducerea nivelului experienței similare la trei contracte, atât la proiectare, cât și la execuție, pe motiv că prevederile FDA ar fi restrictive, ar conduce la o diluare semnificativă a relevanței acestui criteriu.

În justificarea sa, autoritatea contractanta susține că a estimat faptul că, la un contract de o asemenea complexitate și anvergură, experiența similară prezintă o importanță deosebită atât ca desfășurare de personal și de utilaje, cât și ca resurse financiare și materiale. Din acest motiv, consideră că divizarea experienței similare în trei contracte transformă acest criteriu într-unul fără nicio relevanță.

Cu privire la experiența similară în rețele de gaze, se solicită introducerea unui criteriu de calificare care, în opinia autorității contractante este aberant și ilegal, întrucât lucrările de construcții de rețele de gaze nu sunt similare din niciun punct de vedere cu lucrările de rețele edilitare de apă-canal.

Cu referire la motivele contestației, aceasta arată următoarele:

În ceea ce privește criteriile de atribuire și factorii de evaluare, acestea țin de modul de întocmire a propunerii tehnice și au menirea de a oferi un bonus ofertelor conforme, neavând un caracter restrictiv.

De asemenea, precizează ca autoritatea contractantă a răspuns de fiecare dată în 24 de ore la toate solicitările de clarificări, chiar și celor depuse ulterior depunerii contestației, motiv pentru care solicită să se rețină că sub acest aspect nu a tergiversat în niciun fel răspunsul la solicitarea de clarificări, apreciind afirmația petentei ca fiind cel puțin tendențioasă.

Autoritatea contractantă mai arată că, în susținerile sale, petenta nu a putut să exemplifice care este legătura dintre spețele invocate și procedura de față, opinia sa cu privire la legalitatea sau ilegalitatea caracterului unei proceduri trebuind mai întâi statuată de o instanță competentă, în urma unor motivări pertinente.

Drept urmare, consideră că această opinie nu prezintă niciun fel de relevanță în raport cu procedura în cauză.

De asemenea, apreciază că interpretarea Deciziei 793/2014 este exhaustivă, întrucât pe de o parte, nu face referire la o speță similară, iar pe de altă parte în speța respectivă, la acea dată, era incident un alt act normativ, respectiv OUG nr. 34/2006 (abrogat) și nu Legea 101/2016, în vigoare în prezent.

În ceea ce privește factorul 3 de evaluare, consideră că nu se suprapune cu cerința din fișa de date cu privire la modul de întocmire a propunerii tehnice, în sensul că cerința respectivă se referă la existența unui Plan de management al calității, iar factorul de evaluare se referă la gradul de corelare al acestuia cu celelalte elemente ale propunerii tehnice.

Astfel, ofertanții pot întocmi un Plan de management al calității ce conține date și proceduri cu caracter general, pentru care oferta poate fi declarată conformă, dar va fi punctată în funcție de gradul de corelare al informațiilor din Planul calității cu graficul de execuție, cu metodologia de lucru și cu resursele propuse.

Din descrierea factorului de evaluare 3.2 rezultă că nu are legătură cu textul descriptiv invocat la capitolul VIII, care reprezintă o cerință de conformitate.

De asemenea, apreciază că invocarea Deciziei CNSC nr. 2647 este forțată întrucât, în speță, nu se punctează graficul Gantt, apreciind că intenția contestatoarei este de a induce în eroare Consiliul cu privire la o eventuală compatibilitate a jurisprudenței invocate.

Cu privire la experiența similară apreciază că petenta face o serie de presupuneri fără fundament, atât timp cât aceasta nu are cunoștință despre modul în care a fost justificată această cerință în strategia de contractare. Detaliile cu privire la tipul contractului se referă la o rețea publică de apă-canal, având în vedere atât anvergura investiției, cât și posibilitatea de verificare a modului în care a fost executată lucrarea respectivă.

De asemenea, autoritatea contractantă face precizarea că Instrucțiunea ANAP nr. 2, invocată în susținerea afirmațiilor sale, are caracter de recomandare și se referă la situații și contracte de o complexitate obișnuită.

În opinia sa, cerința autorității contractante nu poate fi considerată restrictivă atâta timp cât ofertanții au posibilitatea de a se asocia sau de a beneficia de prevederile art. 182 din Legea 98/2016, în vederea îndeplinirii cerinței.

2. În legătură cu criteriile de calificare și factorii de evaluare criticați, solicită respingerea cererii, având în subiectivitatea opiniei petentei, care consideră că singurele criterii acceptate sunt doar cele care o avantajează, orice alte criterii considerându-le ilegale sau restrictive.

Ca urmare a studierii dosarului la CNSC, contestatoarea a formulat concluzii scrise, depuse cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 19.074/28.03.2024, prin care solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată, prin reiterearea argumentelor în susținerea solicitărilor din contestație.

După depunerea contestației, de SC ... SRL a depus dovada constituirii cauțiunii în cuantum de ...,00 lei, prin recipisa de consemnare nr. ..., emisă de CEC BANK – Sucursala

Cauțiunea constituită se va restitui contestatoarei, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5) - (7) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată și completată.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

COMUNA ... a inițiat procedura simplificată de atribuire a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „*Înființare sistem integrat de alimentare cu apă și canalizare menajeră în comuna ..., jud. ...*”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. .../07.03.2024 și a documentației de atribuire aferente.

Valoarea estimată a contractului este de 19.511.750 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire a fost „*cel mai bun raport calitate preț*”.

Împotriva documentației de atribuire, SC ... SRL a formulat, în termen, prezenta contestație.

Prima critică pe care Consiliul o va analiza se referă la cerința de calificare privind experiența similară pentru execuția de lucrări, care este prezentată în fișa de date astfel:

„Modalitatea de indeplinire:

Pentru contractele de achiziție de lucrări: executarea de lucrări de tipul specificat ofertantul trebuie să facă dovada că a finalizat (dus la bun sfârșit) în ultimii 5 ani, impliniti la data termenului limita pentru depunerea ofertei, execuția unei construcții similare în cadrul unui contract de lucrări (și/sau contracte de proiectare și execuție lucrări), **la nivelul unui (1) contract**, rezultând astfel că operatorul economic în cauză a avut capacitatea de a gestiona construcția unui obiectiv de investiții similar pentru care a fost răspunzător de îndeplinirea indicatorilor de performanță și calitate. Cerința de calificare referitoare la experiența similară va fi considerată îndeplinită dacă ofertantul va face dovada că a finalizat (dus la bun sfârșit) în ultimii 5 ani, în mod corespunzător lucrări similare cu cele ce fac obiectul contractului, lucrări de aceeași natură și complexitate sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului, cu o valoare cumulată de minim 18.600.000,0 lei fără TVA, lucrări de rețele edilitare de apa-canal.

Lucrări similare: lucrări de modernizare și/sau reabilitare și/sau extindere și/sau construcție nouă, cu obiect proiectare și execuție și/sau execuție de lucrări de construire/ reabilitare/ modernizare/ extindere rețele de apa/ canalizare și/sau aducțiuni de apa și/sau conducte de refulare, cu condiția ca minimum un contract să fie rezultatul unei proceduri de achiziție publică atribuit de o autoritate publică centrală sau locală, ori de către un organism subordonat.”

Cu privire la această cerință, contestatorul solicită ca demonstrarea experienței similare să se poată efectua la nivelul a „minimum un contract - maximum 3 contracte”.

În susținere, contestatoarea arată că în condițiile în care sunt acceptate și contracte de întreținere periodică/reparații aceste contracte au valori mici.

Contestatoarea invocă prevederile Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017, despre care autoritatea contractantă susține că are rol de recomandare și se referă la contracte de complexitate obișnuită.

Cu privire la susținerea autorității contractante, potrivit căreia Instrucțiunea nr. 2/2017 este destinată contractelor de complexitate obișnuită, Consiliul are în vedere că în această instrucțiune sunt exemplificări atât cu privire la contracte de complexitate redusă, cât și ale unora de complexitate ridică, instrucțiunea fiind emisă, în aplicarea prevederilor art. 178 și art. 179 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 și art. 191 și art. 192 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016, nespecificându-se a fi destinată doar contractelor de o anumită complexitate.

În orice caz, având în vedere valoarea estimată a contractului, care permite aplicarea procedurii simplificate, cât și faptul că astfel de lucrări, de alimentare cu apă și canalizare, s-au efectuat sau sunt în curs de efectuare în sute sau chiar mii de localități din țară, unele mult mai mari decât comuna ..., contractul aferent acestei proceduri este, în ansamblu, de o complexitate scăzută.

De altfel, chiar în cuprinsul articolelor invocate de contestator se dau exemple de contracte cu grad ridicat de complexitate, așa cum sunt cele de proiectare a unor centre de date, spitale, clădiri multifuncționale etc.

Cu privire la rolul ANAP și dacă instrucțiunile emise de această instituție sunt obligatorii, Consiliul consideră necesar să citeze din cap. II – *Obiective și atribuții* al OUG nr. 13/2015, privind înființarea, organizarea și funcționarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice (ANAP):

„Art. 2. - Principalele obiective ale ANAP sunt elaborarea, promovarea și implementarea politicii în domeniul achizițiilor publice, **stabilirea și implementarea sistemului de verificare și control al aplicării unitare a dispozițiilor legale și procedurale în domeniul achizițiilor publice**, precum și monitorizarea funcționării eficiente a sistemului de achiziții publice.

Art. 3. - În vederea realizării obiectivelor prevăzute la art. 2, ANAP are următoarele atribuții:

a) elaborarea și implementarea Strategiei naționale în domeniul achizițiilor publice, în conformitate cu obligațiile asumate de Guvernul României și de Uniunea Europeană;

b) **elaborarea politicilor și a legislației în domeniul achizițiilor publice**, în conformitate cu legislația europeană și **asigurarea interpretărilor unitare în domeniu, pentru care are drept de inițiativă legislativă.**”

De asemenea, conform site-ului acestei instituții <https://anap.gov.ro>, Agenția Națională pentru Achiziții Publice:

„- **elaborează** politicile și **legislația în domeniul achizițiilor publice**, în concordanță cu legislația europeană;

- elaborează documente standard, formulare și modele-cadru, ghiduri, manuale și **alte instrumente operaționale cu rol de suport în aplicarea corectă și unitară a legislației în domeniul achizițiilor publice** și asigură diseminarea acestora;

- avizează proiectele de acte normative care au impact asupra activităților reglementate de legislația privind achizițiile publice.”

Totodată, Consiliul are în vedere definiția pentru „instrucțiune = indicație dată cuiva cu privire la îndeplinirea unui lucru” din dex on-line.

Având în vedere toate acestea, reiese că interpretările din instrucțiunile ANAP sunt cele legale și de care autoritățile contractante trebuie să țină seama atunci când întocmesc documentația de atribuire, respectiv în speța de față, atunci când întocmește cerințele de calificare.

Astfel, cu privire la cerința privind experiența similară pentru contracte de lucrări, Consiliul are în vedere prevederile art. 6 din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, act normativ publicat în Monitorul Oficial al României:

„(1) Autoritatea/Entitatea contractantă are următoarele variante de formulare a cerinței legate de numărul minim (un contract)/maxim de contracte, în relația cu un anumit nivel minim stabilit pentru experiența similară, excepția menționată la art. 3 alin. (4) fiind aplicabilă după caz:

a) furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de lucrări a căror valoare a fost de minimum "X" lei (valoare ce nu depășește, ca regulă generală, valoarea estimată a contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit) **la nivelul unui contract;**

b) furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de lucrări a căror valoare cumulată a fost de minimum "X" lei (valoare ce nu depășește, ca regulă generală, valoarea estimată a contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului- cadru ce urmează a fi atribuit) **la nivelul a maximum "X" contracte (număr stabilit de către autoritatea/entitatea contractantă);**

c) furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de lucrări a căror valoare cumulată a fost de minimum "X" lei (valoare ce nu depășește, ca regulă generală, valoarea estimată a contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit) **la nivelul unui număr de contracte lăsat la latitudinea operatorilor economici;**

(2) Prin excepție de la alin. (1), în cazul aplicării procedurii simplificate prevăzute la art. 113 din Legea nr. 98/2016, cu completările ulterioare, respectiv art. 126 din Legea nr. 99/2016, autoritatea/entitatea contractantă va formula cerința de calificare referitoare la experiența similară numai în variantele menționate la alin. (1) lit. b), c), e) sau f), având în vedere că în cazul acestui tip de

procedură de atribuire se poate invoca susținerea unei terțe părți pentru îndeplinirea plafonului aferent criteriului referitor la experiența similară doar pentru maximum 50% din nivelul acestuia.

(3) În vederea posibilității de formulare a cerinței privind demonstrarea experienței similare conform **alin. (1) lit. a), autoritatea/entitatea contractantă va prezenta, în strategia de contractare, constrângerea autorității privind îndeplinirea nivelului valoric impus doar la nivelul unui singur contract**, având în vedere că această condiție poate fi limitativă în cazul operatorilor economici care pot îndeplini nivelul minim impus prin însumarea valorilor sau cantităților, după caz, ale produselor/serviciilor/lucrărilor furnizate/prestate/executate la nivelul a două sau mai multe contracte.

Exemplu: **serviciile de proiectare aferente unor obiective de investiții cu grad ridicat de complexitate, cum ar fi: centre de date, spitale, clădiri multifuncționale etc.**

(4) **În cazul în care nu există o justificare în acest sens, autoritatea/entitatea contractantă va permite demonstrarea îndeplinirii nivelului minim valoric impus prin prezentarea de informații/documente care atestă furnizarea/prestarea/execuția de produse/servicii/lucrări similare în valoare/cantitate cumulată de minim "X" lei, realizate în cadrul a cel mult "X" contracte, după caz, cu respectarea principiului proporționalității."**

Nu vor fi avute în vedere prevederile alin. (2), întrucât acestea au devenit caduce, în urma abrogării prevederilor inițiale art. 113 alin. (12) din HG nr. 395/2016, având următorul text: „În cazul aplicării procedurii simplificate, operatorul economic poate să invoce susținerea unui/unor tert/terți pentru maximum 50% din cerința ce a fost stabilită în conformitate cu alin. (11) lit. c ", abrogat prin OUG nr. 107/22.12.2017.

Conform celorlalte prevederi ale Instrucțiunii nr. 2/2017, invocate mai sus, regula generală este ca experiența similară să poată fi dovedită la nivelul mai multor contracte. Doar în cazul unor contracte de complexitate deosebită, ceea ce nu este cazul contractului de față, pentru motive justificate temeinic, se poate accepta ca demonstrarea experienței similare să se facă obligatoriu la nivelul doar a unui singur contract.

Consiliul constată că în documentul Strategia de contractare nr. 840/11.03.2024, transmis de autoritatea contractantă la Consiliu, cerințele privind experiența similară pentru lucrări și pentru servicii sunt justificate astfel:

„Justificarea cerintelor mai sus menționate:

Nivelul cerintelor minime solicitate prin documentatia de atribuire, precum si documentele care probeaza îndeplinirea unor astfel de cerinte trebuie sa se limiteze numai la cele strict necesare pentru a asigura îndeplinirea în conditii optime a contractului respectiv, luand în considerare exigentele specifice impuse de valoarea, natura si complexitatea acestuia.

Astfel, avand în vedere specificul, volumul si importanta lucrarilor ce urmeaza a fi realizate autoritatea contractanta a considerat necesar ca, ofertantul caruia i se va

atribui contractul sa fie unul cu o experienta corespunzatoare derularii unui asemenea contract.

Tinand cont de gradul de tehnicitate presupus pentru îndeplinirea contractului în conditii optime, autoritatea contractanta a stabilit ca este necesar, pentru demonstrarea experientei similare în astfel de contracte, ca operatorii economici participanti sa faca dovada ca în ultimii 5 ani au executat și finalizat lucrări similare ca natură si complexitate cu **o valoare egala sau mai mare de 18.600.000,0 lei fara TVA la nivelul a maximum doua contracte similare**, respectiv servicii de proiectare in valoare de minim 850.000,0 lei fara TVA la nivelul a maxim 2 contracte similare.

Avand în vedere cele de mai sus, solicitarea unei experiente temeinice în domeniu este conforma cu reglementarile în vigoare în materie de achizitii publice si nu aduce atingere principiilor tratamentului egal si al nediscriminarii în conditiile în care, documentatia de atribuire le permite ofertantilor, care nu au derulat astfel de contracte, asocierea cu cei care dovedesc performanta solicitata în acest domeniu.

Valoarea astfel rezultata nu este de natura sa aduca atingere principiului proportionalitatii Consideram ca pentru asigurarea eficientizarii muncii depuse, atat la nivelul performantelor, cat si al productivitatii, în termeni de timp si, implicit, de costuri, este necesara îndeplinirea cerintelor minime privind experienta similara de specialitate, asa cum este aceasta specificata mai sus.

Tinand cont de gradul de tehnicitate presupus pentru îndeplinirea contractului în conditii optime, autoritatea contractanta a stabilit ca este necesar, pentru demonstrarea profesionalismului operatorilor economici în astfel de contracte, ca acestia sa prezinte documentele doveditoare din partea beneficiarilor acestuia pentru contractele prezentate în scopul probarii cerintei privind experienta similara, însoțite de procesele-verbale de receptie la terminarea lucrarilor sau orice alte documente relevante din care sa rezulte ca lucrarile propuse au fost duse la bun sfarsit, in situatia in care in urma evaluarii un ofertant se claseaza pe primul loc.

Solicitarea unor documente constatatoare este conforma cu reglementarile în vigoare în materie de achizitii publice si nu aduce atingere principiilor tratamentului egal si al nediscriminarii.”

Prin urmare, autoritatea contractantă nu numai că nu justifică în niciun fel cerința privind experiența similară **la nivelul unui singur contract**, ci prezintă justificarea îndeplinirii cerinței privind experiența similară pentru lucrări **la nivelul a două contracte**, situație în care, Instrucțiunea ANAP citată anterior nu prevedea o astfel de justificare.

Chiar și în situația în care s-ar invoca o eroare materială, în sensul unei erori de tehnoredactare a numărului de contracte, se constată că în strategia de contractare nu există motivată cerința ca experiența pentru lucrări să poată fi dovedită doar la nivelul unui singur contract

Mai mult, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu numai că nu și-a îndeplinit obligația prevăzută la art. 21 alin. (2) și (3) lit. b) din HG nr. 395/2016, de a publica în SEAP strategia de contractare, dar a inițiat procedura de atribuire fără ca la data inițierii acesteia (**07.03.2024**) acest document să fi fost întocmit și aprobat, documentul în cauză fiind înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 840, abia în data de **11.03.2024**, la 4 zile de la publicarea în SEAP a anunțului de

participare, așa cum rezultă din dosarul achiziției depus la Consiliu de autoritatea contractantă.

În această situație sunt incidente următoarele prevederi legale:

- art. 21 din HG nr. 395/2016 :

„(1) Autoritatea contractantă **poate iniția aplicarea procedurii de atribuire numai după ce au fost elaborate și aprobate documentația de atribuire și documentele suport.**

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare în SEAP, în zilele lucrătoare, documentația de atribuire împreună cu documentele-suport.

(3) Documentele-suport conțin:

a) declarația privind persoanele ce dețin funcții de decizie în cadrul autorității contractante, respectiv cele cu putere de reprezentare din partea furnizorilor de servicii auxiliare achiziției, precum și datele de identificare ale acestora;

b) strategia de contractare.

Importanța strategiei de contractare reiese și din prevederile art. 9 din HG nr. 395/2016, în conformitate cu care:

„(1) **Etapă de planificare**/pregătire a unui proces de achiziție publică se inițiază prin identificarea necesităților și elaborarea referatelor de necesitate și **se încheie cu aprobarea de către conducătorul autorității contractante/unității de achiziții centralizate a documentației de atribuire, inclusiv a documentelor-suport, precum și a strategiei de contractare pentru procedura respectivă.**

(2) Strategia de contractare este un document al fiecărei proceduri de achiziție publică cu o valoare estimată egală sau mai mare decât pragurile valorice stabilite la art. 7 [alin. \(5\)](#) din Lege, inițiată de autoritatea contractantă.

(3) **Prin intermediul strategiei de contractare se documentează deciziile din etapa de planificare/pregătire a achiziției în legătură cu:**

a) relația dintre obiectul, constrângerile asociate și complexitatea contractului, pe de o parte, și resursele disponibile la nivel de autoritate contractantă pentru derularea activităților din etapele procesului de achiziție publică, pe de altă parte;

b) procedura de atribuire aleasă, precum și modalitățile speciale de atribuire a contractului de achiziție publică asociate, dacă este cazul;

c) tipul de contract propus și modalitatea de implementare a acestuia;

d) mecanismele de plată în cadrul contractului, alocarea riscurilor în cadrul acestuia, măsuri de gestionare a acestora, stabilirea penalităților pentru neîndeplinirea sau îndeplinirea defectuoasă a obligațiilor contractuale;

e) justificările privind determinarea valorii estimate a contractului/acordului-cadru, precum și orice alte elemente legate de

obținerea de beneficii pentru autoritatea contractantă și/sau îndeplinirea obiectivelor comunicate la nivelul sectorului administrației publice în care activează autoritatea contractantă;

f) justificările privind alegerea procedurii de atribuire în situațiile prevăzute la art. 69 alin. (2) - (5) din Lege și, după caz, decizia de a reduce termenele în condițiile legii, decizia de a nu utiliza împărțirea pe loturi, **criteriile de calificare privind capacitatea** și, după caz, criteriile de selecție, criteriul de atribuire și factorii de evaluare utilizați.

Așadar, există prevedere legală privind documentarea cerințelor de calificare, așa cum este și cerința privind experiența similară, nu doar în Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, ci și în HG nr. 395/2016, document legislativ obligatoriu în achizițiile publice.

În acest caz, Instrucțiunea nr. ANAP nr. 2/2017 nu aduce ceva nou, ci doar interpretează prevederile art. 178 și art. 179 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016 și art. 191 și art. 192 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016.

Consiliul constată, așadar, că procedura de atribuire în cauză a fost inițiată fără respectarea prevederilor legale, iar cerința de calificare privind experiența similară pentru lucrări de 18.600.000, lei fără TVA, la nivelul unui singur contract este nelegală, nefiind justificată de autoritatea contractantă prin strategia de contractare, în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (1) lit. a) din Instrucțiunea nr. ANAP nr. 2/2017.

Nici măcar prin punctul de vedere, autoritatea contractantă nu justifică cerința ca experiența similară privind execuția de lucrări să fie dovedită la nivelul unui singur contract.

Având în vedere că procedura de atribuire nu a fost suspendată și nici nu a fost decalată data limită de depunere a ofertelor (25.03.2024), fiind depuse și deschise 4 oferte, Consiliul nu mai poate dispune, în această situație, vreo măsură de remediere.

Nemaifiind posibilă luarea vreunei măsuri de remediere, care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, iar procedura de atribuire neputând continua în aceste condiții de nelegale, Consiliul va face aplicarea prevederilor art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016 și va anula procedura de atribuire.

Cercetarea de către Consiliu a celorlalte aspecte reclamate de contestatoare este de prisos, ea neputând schimba situația procedurii, care își va păstra caracterul nelegal, indiferent de modul de soluționare a celorlalte critici.

În consecință, în temeiul art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă, COMUNA ... și va anula procedura de atribuire.

Referitor la solicitarea contestatoarei privind obligarea autorității contractante la plata de cheltuieli de judecată, Consiliul va reține că, potrivit art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, „Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Cuantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației”.

Consiliul constată că SC ... SRL nu a depus niciun document prin care să facă dovada acestor cheltuieli, motiv pentru care această solicitare va fi respinsă, ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă, COMUNA ... și anulează procedura de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

Redactată în 4 exemplare, conține 23 (douăzeci și trei) pagini.