



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 Consiliu sub nr. , formulată de SRL, cu sediul în, jud., având CUI RO și număr de înregistrare în Registrul Comerțului , reprezentată legal de și, cu sediul în str. , ..., jud., reprezentată legal de , având CUI RO și , ambii reprezentați legal prin Cabinet de avocat , având sediul procesual ales în, jud., privind procedura de licitație deschisă, online, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Servicii de proiectare și execuție lucrări la obiectivul de investiții - Bazin de înot și Echipare tehnico-edilărită în cartierul „„, cod CPV 45200000-9, de către, cu sediul în, ..., jud., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

„A. Anularea actului "Clarificări și măsuri de remediere" nr. emis de Mun. - Direcția tehnică - Serviciu Achiziții Publice, publicat în SEAP în 04.11.2022 în ceea ce privește modificările substanțiale aduse secțiunii III.1.3) - Capacitate tehnică și profesională din Fișa de date - forma din referitoare la cerința cumulativă ca experiența similară să conștea în proiectarea și execuția unor lucrări similare care reprezintă lucrări de construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară, cu un volum cumulat construit de minim 120.000 mc și care să fi avut în componență și lucrări de construcții și instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă”.

B. Anularea actului "Anunț de tip erată" nr. din , publicat în SEAP în data de , în ceea ce privește modificările substanțiale aduse secțiunii III.1.3) - Capacitate tehnică și profesională din Fișa de date - forma din , referitoare la cerința cumulativă ca experiența similară să conștea în

proiectarea si execuția unor lucrări similare care reprezintă lucrări de construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară, cu un volum cumulat construit de minim 120.000 mc și care să fi avut în componență si lucrări de construcții si instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică si/sau sportivă", cu consecința revenirii la criteriile impuse prin fișa de date la secțiunea III.1.3) - forma din , respectiv: „Ofertantul trebuie să demonstreze experiența în proiectarea si execuția unor lucrări similare în cadrul unui contract finalizat în ultimii 3 ani (pentru proiectare), 5 ani (pentru execuție cât si pentru contractele de proiectare si execuție), raportați la data-limită de depunere a ofertelor. (...). Lucrări similare reprezintă lucrări de construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat proiectat/construit de minim 120.000 mc. (...)Ofertantul trebuie să demonstreze experiență cu privire la lucrări de construcții și instalații finalizate în ultimii 5 ani raportați la data-limită de depunere a ofertelor care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/ sau sportivă."

C.Obligarea autorității contractante la adoptarea unei măsuri de remediere din conținutul căreia să reiasă revenirea la criteriile impuse prin fișa de date la secțiunea III.1.3) - capacitatea tehnică și profesională - Fișa de date forma din , respectiv: „Ofertantul trebuie să demonstreze experiența în proiectarea si execuția unor lucrări similare în cadrul unui contract finalizat în ultimii 3 ani (pentru proiectare), 5 ani (pentru execuție cât si pentru contractele de proiectare si execuție), raportați la data-limită de depunere a ofertelor. (...) Lucrări similare reprezintă lucrări de construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat proiectat/construit de minim 120.000 mc. (...) Ofertantul trebuie să demonstreze experiență cu privire la lucrări de construcții și instalații finalizate în ultimii 5 ani raportați la data- limită de depunere a ofertelor care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/ sau sportivă."

D.Obligarea autorității contractante, în temeiul art. 153 din Legea nr. 98/2016 și a art. 55 din HG nr. 395/2016:

1.În ipoteza în care Consiliul va aprecia modificările ca fiind substanțiale, la:

a)prelungirea termenului pentru depunerea ofertelor și, în consecință, modificarea actului "Anunț de tip erată" publicat în SEAP în în ceea ce privește termenul limită pentru primirea ofertelor/candidaturilor, a cererilor de participare sau a scrisorii de exprimare a interesului - secțiunea IV.2.2., respectiv în ceea ce privește condițiile de deschide a ofertelor - secțiunea IV.2.7 și stabilirea unui termen rezonabil pentru depunerea ofertelor;

b)modificarea actului "Anunț de tip erată" publicat în SEAP în în ceea ce privește termenul limită pentru primirea ofertelor/candidaturilor, a cererilor de participare sau a scrisorii de exprimare a interesului - secțiunea IV.2.2., respectiv în ceea ce privește condițiile de deschide a ofertelor - secțiunea IV.2.7, prin stabilirea unui nou termen pentru depunerea ofertelor, în sensul arătat la punctul D.1.a de mai sus.

2.În ipoteza în care Consiliul nu va aprecia modificările ca fiind substanțiale, la:

a)prelungirea perioadei pentru depunerea ofertelor și stabilirea unei un termen proporțional cu volumul și complexitatea informațiilor transmise prin clarificări, a informațiilor suplimentare și a modificărilor aduse documentelor achiziției prin actul "Anunț de tip erată" nr. , publicat în SEAP în data de , prin care s-a modificat secțiunea III.1.3) din fișa de date referitoare la capacitatea tehnică și profesională, în ceea ce privește modificările substanțiale aduse secțiunii III.1.3) - Capacitate tehnică și profesională din Fișa de date - forma din

și

b)în consecință, modificarea actului "Anunț de tip erată" publicat în SEAP în în ceea ce privește termenul limită pentru primirea ofertelor/candidaturilor, a cererilor de participare sau a scrisorii de exprimare a interesului - secțiunea IV.2.2., respectiv în ceea ce privește condițiile de deschidere a ofertelor - secțiunea IV.2.7, prin stabilirea unui nou termen pentru depunerea ofertelor, în sensul arătat la punctul D.2.a de mai sus.

E.În subsidiar, dacă se constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, să dispuneți anularea procedurii de atribuire;

(....) Cu cheltuieli de judecată”.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. , SRL, cu sediul în , jud., înregistrat la Registrul Comerțului sub , CUI reprezentată prin administrator , lider al Asocierii ,,,S.R.L. - ,,,S.R.L. - ,,, S.R.L., în calitate de ofertant desemnat câștigător, a formulat cerere de intervenție accesorie în interesul Municipiului, în temeiul prevederilor art. 17 alin. 3 din Legea nr. 101/2016 coroborate cu prevederile art. 61 alin. 3 din Noul Cod de Procedură Civilă, prin care a solicitat: admiterea cererii intervenție accesorie și respingerea contestației formulate de contestatoarele ,,,.

Prin Încheierea nr. , Consiliul s-a pronunțat asupra cererii de suspendare a procedurii din cuprinsul contestației formulate de ,,,SRL și, pe care a respins-o. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

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 ,,,SRL și reclamă documentația de atribuire de mai sus, considerând-o nelegală.

În fapt, contestatorul prezintă un scurt istoric al procedurii și arată că,

în data de a fost demarată procedura de atribuire în vederea încheierii unui contract de achiziție de lucrări - Servicii de proiectare și execuție lucrări la obiectivul de investiții - Bazin de înot și Echipare tehnico-edilitară în cartierul ,,, prin publicarea anunțului de participare publicat în SEAP

sub nr. (anexa 1), Valoarea totală estimată a contractului fiind de 127.014.505,50 lei.

Astfel, contestatorul arată că, în cuprinsul anunțului de atribuire, în secțiunea III.1.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, în ceea ce privește condiția experienței similare, se impunea ca: *"Ofertantul trebuie să demonstreze experiența în proiectarea și execuția unor lucrări similare în cadrul unui contract finalizat în ultimii 3 ani (pentru proiectare), 5 ani (pentru execuție, cât și pentru contractele de proiectare și execuție), raportați la data limită de depunere a ofertelor. (...) Lucrările similare reprezintă lucrări de construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat/proiectat/construit de minim 120.000 mc. (...) Capacitatea tehnică și/sau profesională a operatorului economic poate fi susținută în conformitate cu art. 182 din Legea nr. 98/2016 de către un terț susținător. Ofertantul trebuie să demonstreze experiență cu privire la lucrări de construcții și instalații finalizate în ultimii 5 ani raportați la data limită de depunere a ofertelor care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă".*

Se poate observa așadar că experiența similară se verifica prin două condiții distincte:

(a) experiență în proiectarea și execuția unor lucrări de construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat/proiectat/construit de minim 120.000 mc; și

(b) experiență cu privire la lucrări de construcții și instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă.

Această condiție a suferit modificări succesive, după cum contestatorii vor arăta în continuare, prin următoarele acte:

Anunț de tip erată (anexa 2),

Clarificări și măsuri de remediere nr. (anexa 3),

Anunț de tip erată (anexa 4):

II. A. Nelegalitatea modificării substanțiale a anunțului de participare

Actul din procedura atribuire	Conținutul cerinței legate de capacitatea tehnică și/sau profesională - desecțiunea III.1.3.a)
Anunțul de participare (fișa de date) din	Ofertantul trebuie să demonstreze experiența în proiectarea și execuția unor lucrări similare în cadrul unui contract finalizat în ultimii 3 ani (pentru proiectare), 5 ani (pentru execuție cât și pentru contractele de proiectare și execuție), raportați la data- limită de depunere a ofertelor. Lucrări similare reprezintă lucrări de construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat proiectat / construit de minim 120.000 mc. Ofertantul trebuie să demonstreze experiență cu privire la lucrări de construcții și instalații finalizate în ultimii 5 ani raportați la data-limită de depunere a ofertelor care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică si / sau sportivă.
Anunț de tip erată	Ofertantul trebuie sa facă dovada că a proiectat lucrari de tipul specificat in ultimii 3 ani, dupa cum urmeaza: - servicii de proiectare construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat proiectat /construit de minim 120.000 mc. Experienta similara se va indeplini dintr-un contract de proiectare. Ofertantul trebuie sa faca dovada ca a proiectat lucrari de tipul specificat in ultimii 3 ani, dupa cum urmeaza: - servicii de proiectare constructii si instalatii care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică si/sau sportivă. Ofertantul trebuie sa faca dovada executiei de lucrari de tipul specificat in ultimii 5 ani, dupa cum urmeaza: - executia de lucrari pentru construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat proiectat /construit de minim 120.000 mc. Ofertantul trebuie sa faca dovada executiei de lucrari de tipul specificat in ultimii 5 ani, dupa cum urmeaza: - executia de lucrari de constructii si instalatii care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică si/sau sportivă. Experienta similara se va indeplini dintr-un contract de executie.
Clarificări și măsuri de remediere nr.	Ofertantul trebuie să demonstreze experiența în proiectarea și execuția unor lucrări similare în cadrul unui contract finalizat în ultimii 3 ani (pentru proiectare), 5 ani (pentru execuție, cât și pentru

Analizând ultimele două acte menționate în tabelul de mai sus - clarificările și măsurile de remediere din , respectiv anunțul de tip erată - contestatorii consideră că, cele două condiții distincte din fișa de date din (anunț de participare) au fost modificate substanțial:

- dacă inițial ofertantul trebuia să dovedească experiență similară în proiectarea și execuția unor lucrări de construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat construit de minim 120.000 mc și, separat, experiență cu privire la lucrări de construcții și instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă, fără ca lucrările de construcții și instalații bazin să fie referitoare la un bazin cu un volum cumulat construit de 120.000 mc,

- după modificările autorității contractate, la acest moment ofertantul trebuie să dovedească experiență similară în proiectarea și edificarea unor lucrări de construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat construit de minim 120.000 mc și care să fi avut în componența și lucrări de construcții și instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă. În concluzie, ofertantul trebuie să dovedească experiență în proiectarea și edificarea unui bazin cu un volum cumulat construit de minim 120.000 mc.

Contestatorii arată că, conform art. 55 alin. (2) din HG nr. 395/2016, autorității contractante îi este interzis să aducă modificări substanțiale. Astfel, se încadrează în modificări substanțiale ipotezele în care modificările: *„afectează atât de mult elementele ce descriu contextul achiziției publice încât au ca efect schimbarea indicatorilor principali ce caracterizează rezultatul contractului ce urmează a fi atribuit, fapt ce afectează nivelul de competiție sau schimbă piața de profil la care se adresează”,* respectiv *„conduc la modificări substanțiale ale criteriilor de calificare și selecție, în sensul exinderii nivelului acestora sau introducerii unor noi, fapt ce determină restrângerea competiției sau favorizarea unor anumiți operatori economici”.*

În speță, contestatorii consideră că este vorba despre o modificare substanțială, având în vedere că criteriile de selecție s-au extins (fiind necesară dovedirea experienței similare în ceea ce privește proiectarea și execuția unui bazin cu o capacitate de 12.000 mc), restrângându-se competiția și favorizându-se anumiți operatori economici. Mai mult, acest aspect este, în opinia contestatorilor, cu atât mai evident cu cât, modificarea a avut loc ca urmare a unei solicitări de clarificări din partea unui alt operator economic care are intenția depunerii unei oferte.

Așadar, chiar dacă nu contestă dreptul autorității contractante de a stabili cerințele privind capacitatea tehnică și/sau profesională, raportat la prevederile art. 173, art. 178 și art. 179 din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 29 și art. 30 din HG nr. 395/2016, contestatorii consideră că acestea trebuie prevăzute în documentația de atribuire (anunțul de participare).

Astfel, se arată că potrivit art. 30 alin. (4) din HG nr. 395/2016: *„Criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/simplificat/de concurs”,* iar potrivit art. 20 alin. (2) din Normele metodologice de punere în aplicare

a Legii nr. 98/2016: *„Documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.”*

Mai mult, se arată că, potrivit art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016: *„Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise”.*

În speță, contestatorii consideră că, pe de o parte, modificarea criteriilor de calificare s-a realizat prin intermediul solicitărilor de clarificări și a răspunsului la acestea - clarificarea și măsurile de remediere din . Criteriile de calificare sau selecție trebuie prevăzute în documentația de atribuire de așa manieră încât să permită ofertanților să aibă o viziune foarte clară asupra nivelului de dificultate a proiectului și a capacităților tehnice, profesionale, financiare pe care trebuie să le îndeplinească pentru a putea participa la procedură. Deși solicitările de clarificări ar trebui să vizeze aspecte formale sau de confirmare a ceea ce s-a solicitat prin documentația de atribuire, contestatorii susțin că, în speță, prin răspunsul la aceste clarificări (formulate de SC ,,,,SRL) s-au impus cerințe care excedează documentației de atribuire. Tocmai de aceea, contestatorii apreciază nelegală practica autorității contractante de a utiliza procedura solicitărilor de clarificări pentru a aduce veritabile modificări la cerințele stabilite prin documentația de atribuire.

Totodată, se arată că, Jurisprudența CNSC este în același sens, sancționând faptul că s-a abuzat de procedura clarificărilor, tocmai pentru a se solicita documente de ordin tehnic ce nu erau cuprinse în documentația de atribuire: *„În speța, obiectul procedurii îl reprezintă un contract de lucrări de modernizare a unei centrale termice. Contestatorul a reclamat faptul că autoritatea contractantă a abuzat de dreptul ei de a solicita clarificări ofertanților, prin solicitarea de la contestator a unor documente de ordin tehnic ce nu erau cuprinse în documentația de atribuire. Consiliul a sancționat această conduită a autorității contractante și a reținut următoarele:*

«Referitor la lipsa imputată contestatorului constând în «ofertele echipamentelor pentru automatizare în care să se specifice tipul și modelul fiecărui echipament în parte (specificații și fise tehnice)», Consiliul reține că contestatoarea s-a conformat solicitării entității contractante de a transmite lista cu echipamente pentru instalația de automatizare și electrice conținând specificații și fise tehnice, inclusiv prin răspunsul nr. . În ceea ce privește faptul că contestatoarea nu a precizat «tipul și modelul» fiecărui echipament în parte, se reține că entitatea contractantă nu a stabilit o asemenea cerință prin documentația de atribuire, situație în care nu poate imputa nici contestatorului neîndeplinirea ei. Solicitățile de clarificări, după cum rezultă din conținutul art. 140 alin. 1 din HG nr. 394/2016, vizează aspecte formale sau de confirmare a ceea ce s-a solicitat prin documentația de atribuire, iar nu îndeplinirea unor cerințe ce exced documentației de atribuire»”.

Consiliul a considerat că nu este în conformitate cu normele legale și principiile în materie de achiziții publice ca autoritatea contractantă să disimuleze o modificare a criteriilor de calificare prin utilizarea solicitărilor de clarificări. O astfel de modificare contravine principiului transparenței și principiului tratamentului egal.

De asemenea, contestatorii consideră că același principiu se aplică și anunțului de tip erată din 06.11.2022, autoritatea modificând în mod substanțial criteriile de atribuire, în timpul procedurii, restrângând în mod discriminatoriu concurența.

B. Încălcarea principiilor aplicabile procedurilor de atribuire - art. 2 din Legea nr. 98/2016

Contestatorii consideră că, prin modificările aduse anunțului de participare prin Răspunsul la clarificări din , respectiv prin Anunțul de clarificări de tip erată din , au fost încălcate principiile care stau la baza procedurii de atribuire a contractelor de achiziție publică, enunțate de art. 2 din Legea nr. 98/2016. În concret, contestatorii susțin că au fost încălcate principiile care privesc:

1. nediscriminarea și tratamentul egal și respectiv
2. transparența și proporționalitatea.

B.1 Nerespectarea principiului nediscriminării și a principiului tratamentului egal

În acord cu jurisprudența instanțelor naționale (C.A., Decizia nr. („Cu referire la principiul tratamentului egal trebuie notat că acesta presupune ca fiecare potențial participant la procedură de atribuire a contractului de achiziție publică să cunoască în avans regulile și condițiile cărora trebuie să li se supună și să știe că fiecăruia i se vor aplica aceleași condiții. Așa cum rezultă din jurisprudența CJUE, cauza C-243/89, când pe parcursul derulării procedurii autoritatea contractantă schimbă cerințele și astfel permite unui participant să obțină avantaje în detrimentul celorlalți ofertanți este încălcat principiul tratamentului egal”, www.sintact.ro) și a celor de la nivel unional, se arată că, aceste principii sunt încălcate în măsura în care pe parcursul derulării procedurii de atribuire sunt aduse modificări cerințelor de participare la o procedură de atribuire, astfel încât să se confere un avantaj unui participant.

În situația de fapt dată, contestatorii arată că cele două principii au fost încălcate prin modificarea condițiilor privind capacitatea tehnică și/sau profesională, în sensul includerii unei cerințe noi, potrivit căreia experiența similară trebuie să rezulte dintr-un contract care privește proiectarea și execuția unei lucrări din categoria de importanță C sau superioară, cu un volum construit de minim 120.000mc și care să fi avut în componență și lucrări de construcții și instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă.

În opinia contestatorilor, această modificare conduce la încălcarea principiilor enunțate, de vreme ce fără un motiv obiectiv, se restrânge semnificativ posibilitatea operatorilor economici de a depune o ofertă, fiind foarte rare situațiile în care prin același contract, un operator să fi

executat/ proiectat o lucrare cu o capacitate de 120.000mc, care să privească un bazin cu destinație publică/sportivă.

Astfel, contestatorii susțin că, în urma acestei modificări, a fost favorizat acel operator economic care a și formulat de altfel solicitare de clarificări, urmată de contestația la CNSC din , prin care a solicitat modificarea condițiilor privind capacitatea tehnică, prin cumularea celor 3 condiții la care ar trebui să se raporteze experiența similară în executarea și proiectarea lucrărilor.

Așadar, contestatorul consideră că există indicii care relevă că autoritatea contractantă urmărește să favorizeze acest operator economic, având în vedere că după formularea contestației la , autoritatea contractantă a adus clarificări în , prin care menționează că aceste 3 condiții la care s-a făcut referire ar fi cumulative, urmate de emiterea unui anunț de tip erată, prin care modifică în mod substanțial anunțul de participare al procedurii, în sensul includerii celor 3 condiții cumulative privind experiența similară, fără a se aștepta soluționarea contestației de către CNSC, la doar o zi de la data introducerii.

Această practică a autorității este în contradicție cu principiul nediscriminării și principiul egalității, cu atât mai mult cu cât prin răspunsul consolidat nr. , la întrebarea nr. 1, care privea capacitatea tehnică și profesională, autoritatea a răspuns în mod neechivoc că pentru îndeplinirea acestei condiții pot fi depuse 3 contracte distincte care să releve experiența similară, fără a fi necesar ca prin același contract să fi fost executată și proiectată o lucrare cu o capacitate de 120.000 mc, care să privească și un bazin cu destinație publică și/sau sportivă. În opinia contestatorilor este evident că inserarea unei cerințe suplimentare a fost justificată de simplul fapt că în cadrul procedurii urma să participe un anumit operator economic, care ar fi avut posibilitatea de a câștiga procedura de licitație doar în măsura în care aceste 3 condiții erau prevăzute în mod cumulativ.

Ca urmare a încălcării acestor principii, se impune anularea actelor prin care a fost inserată această condiție suplimentară, în acest sens fiind și jurisprudența instanțelor de judecată(a se vedea C.A. Ploiești, Decizia nr. 1386/2009 din 10.oct.2009: *„Cu privire la acordarea unei marje de +/- 50 mm pentru rolele cuprinse în lotul 2 pozițiile 8,10 și 14 s-a apreciat ca fiind rezonabilă și fără influență asupra actului medical, iar acordarea acestei posibilități ar putea spori concurența. Prin admiterea contestației s-a creat posibilitatea pentru mai mulți ofertanți, să participe la procedura de atribuire a contractului, cu respectarea principiilor care guvernează achizițiile publice, în condițiile unui tratament egal și nediscriminatoriu, cu promovarea concurenței și utilizarea eficientă a fondurilor publice.”*), care au reținut că prin eliminarea unor condiții restrictive, se asigură respectarea principiilor privitoare la asigurarea unui tratament egal și nediscriminatoriu.

B.2. Nerespectarea principiului transparenței și al proporționalității

În opinia contestatorilor, aceste principii sunt încălcate în prezenta cauză, prin inserarea unor cerințe restrictive, care nu au vreo justificare obiectivă, și care conduc la restrângerea concurenței, prin limitarea

numărului de operatori economici care pot participa la procedura de atribuire. Din actele contestate nu rezultă care este rațiunea pentru care proiectul ar putea fi implementat doar de către un operator care a avut în derulare un contract de proiectare și/sau execuție privitor la o lucrare cu un volum de peste 120.000mc și care să privească un bazin cu destinație publică/sportivă.

Prin prisma principiului proporționalității, inclusiv un operator economic care a avut în derulare proiecte distincte, dintre care un contract privește proiectarea și executarea unei lucrări cu o capacitate mai mare de 120.000mc, respectiv un alt contract care privește edificarea unui bazin deschis publicului/sportiv, poate implementa proiectul pentru care a fost demarată procedura de achiziție, mai ales în contextul în care experiența similară nu trebuie dovedită prin lucrări identice celor care fac obiectul procedurii de atribuire, ci prin lucrări similare, după cum se va dezvolta într-o secțiune subsecventă.

În același sens este și practica judiciară în materie, instanțele reținând că nu pot fi inserate cerințe restrictive, pentru care nu există nicio justificare obiectivă (*a se vedea C.A. București, Decizia nr. 3030/2017 din 29-iun-2017*).

C. Denaturarea concurenței prin modalitatea de stabilire a criteriului experienței similare

Se arată că, potrivit art. 178 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă poate să impună ofertanților existența "unui nivel corespunzător de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut". Așadar, legea permite utilizarea experienței similare drept criteriu de calificare sau selecție (deoarece oferă posibilitatea de a aprecia dacă operatorii economici au mai îndeplinit în trecut cu succes sarcini asemănătoare), însă modul în care este cuantificată experiența de către autoritatea contractantă poate conduce la încălcări ale principiilor ce guvernează achizițiile publice (la care am făcut referire mai sus).

În primul rând, nu trebuie confundată experiența similară cu experiența identică, deoarece impunerea ca ofertanții să demonstreze experiență în exact același tip de contracte ar fi o condiționare excesiv de restrictivă ce ar încălca în mod flagrant principiul proporționalității. În sensul dat, în jurisprudență, s-a reținut că "(...) noțiunea de experiență similară nu poate fi considerată ca experiență identică (....)" Experiența similară presupune ca activitățile pe care ofertantul le prezintă pentru a verifica această condiție să aibă o legătură reală cu activitățile din contractul prefigurat.

În susținerea opiniei prezentate mai sus, conform căreia experiența similară nu trebuie interpretată drept experiență identică, s-a pronunțat și Curtea de Apel Pitești: *"În mod corect a reținut Consiliul că experiența similară pe care ofertantul trebuie să o demonstreze nu trebuie să facă referire la contracte care au ca obiect asistență tehnică pentru anumite tipuri de lucrări, ci să fie contracte de servicii de asistență tehnică, indiferent de domeniul/complexitatea lucrărilor ce urmează a fi*

supervizate/asistate" (Curtea de Apel Pitești, Decizia nr. 1540/2015 din 22 septembrie 2015, nepublicată).

Modalitatea de formulare a cerinței privind experiența similară în cadrul procedurii de achiziție publică pentru atribuirea unui contract de lucrări și modalitatea prin care operatorii economici, potențial participanți la procedură, pot dovedi îndeplinirea cerinței a fost analizată și de către ANAP, reținându-se că modul în care trebuie demonstrată experiența similară în cadrul procedurilor de atribuire a unor contracte de lucrări se face prin raportare la cerința concretă și explicația aferentă experienței similare, astfel cum au fost acestea formulate în cadrul documentației de atribuire de autoritatea contractantă. În plus, se reține că toate cerințele privind capacitatea trebuie să aibă legătură directă și să fie proporționale cu obiectul contractului de achiziție publică. Concluzia ANAP este în sensul că: *„Apreciem că cerința privind experiența nu trebuie să fie identică ci similară cu obiectul contractului și trebuie formulată astfel încât să nu genereze o restrângere a concurenței”*.

În același sens sunt și Instrucțiunile ANAP nr. 2/2017, care în art. 5 arată că, nu se poate impune ofertanților o experiență identică, ci doar una similară sau superioară din punct de vedere al complexității/scopului.

În speță, proiectarea și execuția unor lucrări de construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat construit de minim 120.000 mc, dar și edificarea unor bazine (chiar dacă nu de un volum cumulat de 120.000 mc) îndeplinește condiția experienței similare, fără a fi necesar fie dovedită o experiență identică (edificarea unor lucrări de construcții cu privire la un bazin cu un volum cumulat de 120.000 mc).

În al doilea rând, contestatorii consideră că se încalcă și prevederile art. 31 din HG nr. 395/2016, raportat la care criteriile de calificare trebuie să fie să aibă relevanță și să nu fie disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit.

În sensul dat, jurisprudența reține că *„Pentru a da eficiență principiului proporționalității, cerințele minime de calificare și selecție solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia (...)”*-Curtea de Apel București, *Sentința civilă nr. 3346/2013 din 1 noiembrie 2013, nepublicată*).

În speță, se poate observa că autoritatea publică a impus cerințe minime de calificare care nu sunt adaptate la specificul contractului - așa cum, de altfel, a stabilit și în documentația de atribuire, este suficientă stabilirea drept experiența similară proiectarea și edificarea unui bazin, fără a fi nevoie ca volumul acestuia să fie de 120.000 mc, din moment ce s-a impus această cerință a volumului în ceea ce privește proiectarea și execuția de clădiri - astfel că este afectată concurența și se limitează opțiunile viabile ale autorității, favorizându-se unii candidați (cum ar fi autorul solicitării de clarificări la care s-a răspuns în 04.11.2022) care

beneficiază pe această cale de șansa de a rămâne singur în cursa pentru atribuirea contractului.

În final, se arată că, prevederile art. 50 din HG nr. 395/2016 interzic expres afectarea concurenței prin modalitatea în care sunt stabilite criteriile de atribuire: „Art. 50 (1) *Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței. (2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici.*” În mod evident, contestatorii susține că, în speță, sunt favorizați acei operatori economici care au edificat bazine cu un volum de 120.000 mc, cu toate că cerința legată de experiența gestionării unei construcții de această amploare se verifică și prin dovedirea unei experiențe în proiectarea și execuția de lucrări de construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum de minim 12.000 mc, respectiv prin dovedirea unei experiențe similare în proiectarea și execuția de bazine (indiferent de volumul acestora).

În consecință, raportat la toate cele arătate mai sus, contestatorii consideră că actele atacate denaturează în mod nelegal concurența.

D.În continuare, contestatorii prezintă argumente referitor la prelungirea termenului pentru depunerea ofertelor.

Suplimentar, contestatorii arată faptul că pentru a participa la licitație au angajat cheltuieli și resurse, după cum sunt estimate astfel: 220 ore (orele în care inginerii au lucrat pe procedură) * 48 euro/h = 10.560 euro; la acestea se adaugă și prețul plătit pentru polița asigurare, respectiv 6.000 RON.

În drept: art. 2, 3, 4, 8, 9, 11, 16, 21, 22, 23, 26 din Legea nr. 101/2016; art. 2, 7, 153, 173, 178 din Legea nr. 98/2016; art. 29, 30, 31, 55 din HG nr. 395/2016.

În susținere, au fost anexate următoarele înscrisuri:

1. Anexa 1: Anunțul de participare publicat în SEAP sub nr. ;
2. Anexa 2: Anunț de tip erată ;
3. Anexa 3: Clarificări și măsuri de remediere nr. ;
4. Anexa 4: Anunț de tip erată ;
5. Anexa 5: Anunț de tip erată .
6. Anexa 6: Împuternicire avocațială.

Cu adresa nr. înregistrată la CNSC cu nr. autoritatea contractantă a formulat punct de vedere cu privire la contestația formulată de „„SRL și SRL, solicitând, în principal:

- respingerea, ca tardivă;
- în subsidiar, respingerea ca nefondată.

În motivarea contestației, SRL și susțin că:

A.A fost modificat în mod substanțial și nelegal anunțul de participare

B.Au fost încălcate principiile aplicabile procedurilor de atribuire - art. 2 din Legea nr. 98/2016

B.1.Nerespectarea principiului nediscriminării și a principiului tratamentului egal

B.2. Nerespectarea principiului transparenței și al proporționalității

C.A fost denaturată concurența prin modalitatea de stabilire a criteriului experienței similare

Față de cele solicitate de contestatorii, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca fiind tardivă, pe cale de excepție și, pe fond, ca fiind neintemeiată.

..... arată că, a publicat în SEAP anunțul de participare nr. , pentru atribuirea contractului având ca obiect "Servicii de proiectare si execuție de lucrări la obiectivul de investiții - BAZIN DE INOT SI ECHIPARE TEHNICO-EDILITARA IN CARTIERUL ,,,,".

Astfel, potrivit secțiunii III.1.3.a) - „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, din Fișa de date de la pag. 4 - 5, cerința privind experiența similară, avea următorul conținut:

"Ofertantul trebuie să demonstreze experiența în proiectarea și execuția unor lucrări similare în cadrul unui contract finalizat în ultimii 3 ani (pentru proiectare), 5 ani (pentru execuție cât și pentru contractele de proiectare și execuție), raportați la data-limită de depunere a ofertelor. Contractele pot fi de proiectare, de execuție sau de proiectare și execuție, în cazul în care contractele sunt de proiectare și respectiv execuție și nu proiectare și execuție, se vor putea prezenta 2 contracte separate.

Lucrări similare reprezintă lucrări de construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat proiectat/construit de minim 120.000 mc.

Lucrări duse la bun sfârșit în cadrul reprezintă:

- *lucrări proiectate/recepționate pe obiecte, care sunt însoțite de proces-verbal de recepție întocmit în conformitate cu prevederile legale și tehnice din domeniul din care face parte obiectul contractului; sau*

- *lucrări proiectate/recepționate însoțite de proces-verbal la terminarea lucrărilor; sau*

- *lucrări proiectate/recepționate însoțite de proces-verbal de recepție finală.*

Capacitatea tehnică și/sau profesională a operatorului economic poate fi susținută în conformitate cu Art. 182 din L 98/2016 de către un Terț susținător.

Ofertantul trebuie să demonstreze experiență cu privire la lucrări de construcții și instalații finalizate în ultimii 5 ani raportați la data-limită de depunere a ofertelor care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă.

•Lucrări duse la bun sfârșit în cadrul reprezintă:

- *lucrări recepționate pe obiecte, care sunt însoțite de proces-verbal de recepție întocmit în conformitate cu prevederile legale și tehnice din domeniul din care face parte obiectul contractului; sau*

- *lucrări recepționate însoțite de proces-verbal la terminarea lucrărilor; sau lucrări recepționate însoțite de proces-verbal de recepție finală."*

Astfel, autoritatea apreciază că, prin această cerință, așa cum a fost formulată, rezultă următoarele elemente de experiență similară:

TABEL 1

Element	Valori / Capacități	Număr Contracte
Proiectare clădiri din categoria de importanță C sau superioara	minim 120.000 mc proiectați	1 contract
Execuție Lucrări clădiri din categoria de importanță C sau superioara	minim 120.000 mc construiți	1 contract
Execuție Lucrări construcții și instalații	și / bazin cu destinație publică și / sau sportivă	Nu se specifică

SAU

TABEL 2

Element	Valori / Capacități	Număr Contracte
Proiectare și Execuție Lucrări clădiri din categoria de importanță C sau superioara	minim 120.000 mc proiectați și construiți	1 contract
Execuție Lucrări construcții și instalații	și / bazin cu destinație publică și / sau sportivă	Nu se specifică

În urma unor solicitări de clarificări, autoritatea contractantă precizează că a încărcat în SEAP, în data de răspunsul consolidat cu nr. și, în data de răspunsul consolidat cu nr. .

Astfel, prin răspunsurile consolidate, autoritatea contractantă a explicat cerința formulată privind experiența similară, după cum urmează:

1/1 "Cerința privind experiența similară, stabilită ca fiind relevantă în contextul contractului licitat, vizează probarea capacității ofertantului, pe de o parte de a proiecta iar pe de altă parte de a executa, lucrări privind clădiri din categoria de importanță C cu un anumit volum și complexitate. Cerința nu este fundamentată în raport cu indicatori de natură financiară. Având în vedere aspectele cantitative și privind complexitatea obiectivului de investiții urmărit cât și constrângerile, au fost stabilite următoarele criterii de relevanță. Cerințele trebuie să includă indicatori privind capacitățile fizice și nu financiare, având în vedere creșterea excesivă a prețurilor / costurilor în domeniul construcțiilor din ultima perioadă. Astfel, solicitarea unei experiențe similare în raport cu valoarea contractelor de proiectare și / sau execuție a fost eliminată ca fiind irelevantă deoarece în ultimii 5 ani, indicele de Cost Total în Construcții al INS ci crescut cu cca 72%; Dacă cerința poate fi îndeplinită prin mai multe contracte, atunci fiecare contract în parte poate fi relevant, orice altă abordare fiind una eronată ce conduce la prejudicii majore Beneficiarului cât și Antreprenorului. In speța de față, cerința privind experiența similară exprimată în capacități și nu financiar, este relevantă în contextul unui proiect (contract) similar. în alt caz, ce ar permite îndeplinirea cerinței prin două contracte, proiecte, respectiv ofertantul

poate demonstra o capacitate tehnică și profesională de a proiecta și executa 50% din clădirea ce face obiectul contractului licitat, devine irelevantă și implicit nejustificată. Nu există o legătură între experiența unui șantier mic/mediu (fie și repetată de „n” ori) și cea a unui șantier mare, aceasta nefiind una scalabilă în oricare dintre situații. O clădire mare nu se poate executa, sub niciun aspect, cu personalul, echipamentele, utilajele, procedurile, organizarea, logistica, materialele, etc. utilizate la o clădire mică/medie, perspectivele și experiența Proiectantului / Executantului fiind diferite integral în cele două ipostaze. Diferențele între un șantier mic/mediu și unul mare sunt fundamentale din toate perspectivele: de organizare, de logistică, de gabarite, de utilaje, de personal, de proceduri de execuție, proceduri de siguranță, de calitate, de mediu, etc. În speța analizată, permiterea îndeplinirii experienței similare prin 2 proiecte / contracte conduce la riscul de a califica Antreprenori ce au finalizat 2 proiecte mici/medii și care în fapt nu dețin vreo capacitate de proiectare și/sau execuție necesare investiției urmărite prin contractul licitat. Cu referire la proporționalitate, vă rugăm să observați că cerința vizează clădirea bazinului, fără a fi solicitate lucrări similare (complexe de altfel) referitoare la Sectorul 2 „Echiparea tehnico-edilitară”.

Totodată, cerința, așa cum este formulată, poate fi îndeplinită prin mai multe contracte după cum este detaliat în documentația de atribuire, astfel:

- 1 contract de proiectare clădiri categorie de importanță C cu capacitățile fizice minime menționate (distinct sau ca obiect inclus într-un contract de proiectare și execuție)
- 1 contract de execuție clădiri categorie de importanță C cu capacitățile fizice minime menționate (distinct sau ca obiect inclus într-un contract de proiectare și execuție)
- 1 contract de execuție lucrări pentru un bazin cu destinație publică/sportivă (distinct față de cele două contracte listate mai sus). Prin formularea acestei cerințe Autoritatea Contractantă nu a solicitat anumite capacități fizice minime cât nici experiență similară pentru proiectarea aferentă (dintr-o eroare) fapt pentru care cerința se va rezuma la execuția de lucrări pentru un bazin cu destinație publică / sportivă.

Precizăm că Autoritatea Contractantă va putea lua în considerare, prin asimilare, doar în mod justificat, mai multe contracte / contracte subsecvente ca fiind „1 contract” ce probează experiența similară, dacă aceste contracte sau contracte subsecvente, etc., vizează același șantier / proiect iar prin natura procedurilor de contractare ale respectivului Beneficiar au fost semnate mai multe contracte / contracte subsecvente. ”

2/2 "Cerința referitoare la experiența similară face referire la clădiri cu funcțiuni similare și de dimensiuni similare din perspectivă volumetrică, motiv pentru care se va considera îndeplinită cerința în cazul în care ofertantul prezintă cel puțin următoarele:

- 1 (un) contract de proiectare în care volumul proiectat privind clădiri din categoria de importanță C este de minim de 120.000 mc și © 1 (un) contract de execuție lucrări privind clădiri din categoria de importanță C de minim 120.000 mc și

- 1 (un) contract de execuție lucrări privind bazine cu destinație publică / sportivă. ”

6 "Cerința, așa cum este formulată, poate fi îndeplinită prin mai multe contracte după cum este detaliat în documentația de atribuire, astfel:

- 1 contract de proiectare clădiri categorie de importanță C cu capacitățile fizice minime menționate (distinct sau ca obiect inclus într-un contract de proiectare și execuție); Precizăm că Autoritatea Contractantă va putea lăua în considerare, prin asimilare, doar în mod justificat, mai multe contracte / contracte subsecvente ca fiind „1 contract” ce probează experiența similară, dacă aceste contracte sau contracte subsecvente, etc., vizează același șantier / proiect iar prin natura procedurilor de contractare ale respectivului Beneficiar au fost semnate mai multe contracte / contracte subsecvente.

- 1 contract de execuție clădiri categorie de importanță C cu capacitățile fizice minime menționate (distinct sau ca obiect inclus într-un contract de proiectare și execuție); Precizăm că Autoritatea Contractantă va putea lua în considerare, prin asimilare, doar în mod justificat, mai multe contracte / contracte subsecvente ca fiind „1 contract” ce probează experiența similară, dacă aceste contracte sau contracte subsecvente, etc., vizează același șantier / proiect iar prin natura procedurilor de contractare ale respectivului Beneficiar au fost semnate mai multe contracte / contracte subsecvente, (spre exemplu, cerința privind 1 (un) contract de execuție poate fi îndeplinită, în mod justificat, prin prezentarea mai multor contracte de execuție dacă acestea vizează același obiectiv de investiții iar datorită procedurilor de contractare ale respectivului Beneficiar/ Client, au fost semnate mai multe contracte pentru componente ale obiectivului de investiții)

- 1 contract de execuție lucrări pentru un bazin cu destinație publică / sportivă (distinct față de cele două contracte listate mai sus). Prin formularea acestei cerințe Autoritatea Contractantă nu a solicitat anumite capacități fizice minime cât nici experiență similară pentru proiectarea aferentă (dintr-o eroare) fapt pentru care cerința se va rezuma la execuția de lucrări pentru un bazin cu destinație publică / sportivă. Precizăm că Autoritatea Contractantă va putea lua în considerare, prin asimilare, doar în mod justificat, mai multe contracte / contracte subsecvente ca fiind „ 1 contract” ce probează experiența similară, dacă aceste contracte sau contracte subsecvente, etc., vizează același șantier / proiect iar prin natura procedurilor de contractare ale respectivului Beneficiar au fost semnate mai multe contracte / contracte subsecvente."

Răspunsurile consolidate au fost formulate cu luarea în considerare a celor detaliate anterior în TABEL 1 și TABEL 2 și sub interpretarea ca lucrările de execuție pentru un bazin cu destinație publică/sportivă pot fi demonstrate printr-un contract separat.

Autoritatea contractantă precizează că nu a considerat necesară publicarea unei erate cu privire la cerința vizând experiența similară deoarece nu a considerat că prin răspunsul la clarificări a modificat în vreun fel cerința inițială, aceasta rămânând aceeași, ci doar a explicat-o.

Totuși, ca urmare a contestației cu nr. , prin care s-a solicitat anularea în parte a răspunsului consolidat cu nr. (respectiv a clarificărilor 1/1 și 2/2) și a răspunsului consolidat cu nr. (respectiv a clarificării nr. 6), autoritatea contractantă arată că a luat măsuri de remediere și a publicat eratele cu nr. - de prelungire a termenului limită de depunere și - prin care s-au modificat cerințele secțiunii III. 1.3) „Capacitatea tehnică și profesională”, după cum urmează:

„1.) Pentru contractele de achiziție de lucrări: executarea de lucrări de tipul specificat

A) Ofertantul trebuie să facă dovada că a proiectat lucrări de tipul specificat în ultimii 3 ani, după cum urmează:

- servicii de proiectare construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat proiectat / construit de minim 120.000 mc.
Experiența similară se va îndeplini dintr-un contract de proiectare.

B) Ofertantul trebuie să facă dovada că a proiectat lucrări de tipul specificat în ultimii 3 ani, după cum urmează:

- servicii de proiectare construcții și instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și / sau sportivă.

Experiența similară se va îndeplini dintr-un contract de proiectare.

C) Ofertantul trebuie să facă dovada execuției de lucrări de tipul specificat în ultimii 5 ani, după cum urmează:

- execuția de lucrări pentru construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat proiectat/construit de minim 120.000 mc.

Experiența similară se va îndeplini dintr-un contract de execuție.

D) Ofertantul trebuie să facă dovada execuției de lucrări de tipul specificat în ultimii 5 ani, după cum urmează:

- execuția de lucrări de construcții și instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și / sau sportivă.

Experiența similară se va îndeplini dintr-un contract de execuție.

Lucrări duse la bun sfârșit în cadrul reprezintă:

- lucrări proiectate/recepționate pe obiecte, care sunt însoțite de proces-verbal de recepție întocmit în conformitate cu prevederile legale și tehnice din domeniul din care face parte obiectul contractului; sau

- lucrări proiectate/ recepționate însoțite de proces-verbal la terminarea lucrărilor; sau

- lucrări proiectate/ recepționate însoțite de proces-verbal de recepție finală.

Capacitatea tehnică și/ sau profesională a operatorului economic poate fi susținută în conformitate cu Art. 182 din L 98/2016 de către un Terț susținător.

- Completare DUAЕ conform art. 193 din Legea 98/2016. Ofertantului clasat pe primul loc în clasament i se vor solicita:

Lista cu principalele contracte de servicii din ultimii 3 ani/lista lucrări executate în ultimii 5 ani.. Ultimii 3/5 ani se calculează prin raportare la data limită de depunere a ofertelor stabilită de autoritatea contractantă prin anunțul de participare. Astfel, în concordanță cu prevederile art. 13, alin (2) din Instrucțiunea Președintelui ANAP nr. 2/2017, în cazul în care se decalculează termenul de depunere al ofertelor, se va extinde corespunzător (cu zilele de decalare) și perioada aferentă experienței similare.

Prestările de servicii / execuția de lucrări se confirmă prin prezentarea unor certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul privat beneficiar din care să rezulte: numărul și data contractului invocat drept experiență similară, obiectul contractului (se va preciza dacă este proiectare sau execuție), capacitatea proiectată/ executată, conform cerințelor de la pct A, B, C și D, beneficiarul, data și numărul documentului de recepție, precum și ponderea și/sau activitățile pentru care ofertantul a fost responsabil.

Autoritatea contractantă se poate adresa direct beneficiarului final cu o cerere pentru confirmarea experienței similare declarate.

La nivelul DUAЕ trebuie precizate informații cum ar fi: numărul și data contractului invocat drept experiență similară, obiectul contractului (se va

preciza daca este proiectare sau execuție), capacitatea proiectata/ executata, conform cerințelor de la pet A, B, C si D, beneficiarul, data și numărul documentului de recepție, precum și ponderea și/sau activitățile pentru care ofertantul a fost responsabil."

În plus, a fost publicat în SEAP, în data de documentul "clarificări și măsuri de remediere" prin care autoritatea contractantă elimina sintagma *"Precizăm că Autoritatea Contractantă va putea lua în considerare, prin asimilare, doar în mod justificat, mai multe contracte/ contracte subsecvente ca fiind „1 contract” ce probează experiența similară, dacă aceste contracte sau contracte subsecvente, etc., vizează același șantier/ proiect iar prin natura procedurilor de contractare ale respectivului Beneficiar au fost semnate mai multe contracte / contracte subsecvente."* din ambele răspunsuri consolidate.

Astfel, prin erată, pe lângă clarificările inițiale, a fost introdusă o nouă cerință referitoare la experiența similară pentru proiectare bazin public/sportiv, ce poate fi demonstrată prin prezentarea unui contract de proiectare.

În opinia Autorității Contractante cât și în intenția inițială ce derivă din fundamentare, obiectivul cerințelor tehnice vizau:

- experiența similară, generată de volumul lucrărilor, materializată în cerința privind clădirile de importanță C (proiectare și execuție);
- experiența similară, generată de specialitatea lucrărilor, materializată în cerința privind bazinul public/sportiv, materializată în cerința privind lucrările de construcții și instalații specifice (inițial execuție, dintr-o eroare / omisiune, și proiectare și execuție ulterior publicării eratei);

Cerința ce vizează bazinul public/sportiv este justificată de faptul că principala specialitate vizată de contract este proiectarea și execuția de lucrări de construcții și instalații specifice unor bazine, sens în care, solicită a se nota următoarele:

- prin cerința privind experiența similară aferentă unui bazin public/sportiv nu sunt vizate clădirile ce pot adăposti, după caz, un astfel de bazin, deoarece obiectivul autorității a vizat o experiență specifică / de specialitate;
- autoritatea nu a solicitat experiență similară pentru restul specialităților, secundare, extrem de numeroase: rețele electrice, rețele de gaz, sisteme de incendiu, sisteme de panouri fotovoltaice, sisteme de alarmare și adresare publică, sisteme de securitate și televiziune în circuit închis, sisteme de climatizare, etc., rezultând că cerințele formulate sunt suficiente.

În data de a fost contestată erata cu nr. , prin contestația cu nr. , astfel că, autoritatea contractantă arată că a luat din nou măsuri de remediere și a publicat eratele cu nr. - de prelungire a termenului limită de depunere și - prin care se modifică cerințele secțiunii III. 1.3) *„Capacitatea tehnică și profesională”*, în sensul revenirii la forma inițială din documentația de atribuire (anunțul de participare initial după cum urmează:

"1.) Pentru contractele de achiziție de lucrări: executarea de lucrări de tipul specificat

Ofertantul trebuie să demonstreze experiența în proiectarea și execuția unor lucrări similare în cadrul unui contract finalizat în ultimii 3 ani (pentru proiectare), 5 ani (pentru execuție cât și pentru contractele de proiectare și execuție), raportați la datca-limită de depunere a ofertelor. Contractele pot fi de proiectare, de execuție sau de proiectare și execuție. În cazul în care contractele sunt de proiectare și respectiv execuție și nu proiectare și execuție, se vor putea prezenta 2 contracte separate.

Lucrări similare reprezintă lucrări de construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat construit de minim 120.000 mc și care să fi avut în componența și lucrări de construcții și instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și / sau sportivă.

Servicii similare reprezintă servicii de proiectare clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat proiectat de minim 120.000 mc.

Servicii/ lucrări duse la bun sfârșit reprezintă:

- servicii proiectate/ lucrări recepționate pe obiecte, care sunt însoțite de proces-verbal de recepție întocmit în conformitate cu prevederile legale și tehnice din domeniul din care face parte obiectul contractului; sau*
- servicii proiectate/ lucrări recepționate însoțite de proces-verbal de predare/ la terminarea lucrărilor; sau*
- servicii proiectate / lucrări recepționate însoțite de proces-verbal de recepție finală.*

Capacitatea tehnică și / sau profesională a operatorului economic poate fi susținută în conformitate cu Art. 182 din L 98/2016 de către un Terț susținător.

- Completare DUA conform art. 193 din Legea 98/2016. Ofertantului clasat pe primul loc în clasament i se vor solicita:

Lista cu principalele contracte de servicii din ultimii 3 ani/lista lucrări executate în ultimii 5 ani. Ultimii 3/5 ani se calculează prin raportare la data limită de depunere a ofertelor stabilită de autoritatea contractantă prin anunțul de participare. Astfel, în concordanță cu prevederile art. 13. alin (2) din Instrucțiunea Președintelui ANAP nr. 2/2017, în cazul în care se decalculează termenul de depunere al ofertelor, se va extinde corespunzător (cu zilele de decalare) și perioada aferentă experienței similare.

Prestările de servicii / execuția de lucrări se confirmă prin prezentarea unor certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul privat beneficiar din care să rezulte: numărul și data contractului invocat drept experiență similară, obiectul contractului (se va preciza dacă este proiectare, execuție sau proiectare și execuție), capacitatea proiectată/ executată, conform cerințelor, beneficiarul, data și numărul documentului de recepție, precum și ponderea și/sau activitățile pentru care ofertantul a fost responsabil.

Autoritatea contractantă se poate adresa direct beneficiarului final cu o cerere pentru confirmarea experienței similare declarate.

La nivelul DUA trebuie precizate informații cum ar fi: numărul și data contractului invocat drept experiență similară, obiectul contractului (se va preciza dacă este proiectare, execuție sau proiectare și execuție), capacitatea proiectată/ executată, conform cerințelor, beneficiarul, data și numărul documentului de recepție, precum și ponderea și/sau activitățile pentru care ofertantul a fost responsabil."

Prin cea din urmă erată publicată , autoritatea contractantă precizează că REVINE la cele formulate inițial prin Fișa de Date, adoptând o clarificare facilă din perspectivă procedurală și prin care reduce astfel riscul contestațiilor.

Așadar, față de cele învederate, autoritatea contractantă consideră, în principal, că această contestație se impune a fi respinsă ca fiind tardivă, având în vedere că conform prevederilor art. 8 alin. (1) din Legea 101/2016: *„Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii;*

[...](2) în cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire.”, iar Anunțul de participare a fost publicat la data de , astfel încât termenul de contestare al acestuia a fost , o contestație depusă la privind datele inițiale a documentației de atribuire fiind tardivă și impunându-se a fi respinsă ca atare.

În ceea ce privește fondul contestației, autoritatea contractantă arată că:

În primul rând, toate modificările la anunțul de participare au fost formulate respectându-se toate prevederile legale, respectiv publicarea unei erate în acest sens și decalarea termenului limită de depunere oferte, conform prevederilor art. 153 alin. 3 din Legea nr. 98/2016 și art. 55 din HG nr. 395/2016.

Totodată, prin publicarea acestor erate de modificare a anunțului de participare inițial și astfel aducerea la cunoștința tuturor celor interesați, autoritatea contractantă arată că a respectat și prevederile art. 2 din Legea nr. 98/2016 privind principiile aplicabile achizițiilor publice, inclusiv tratamentul egal, transparența și proporționalitatea.

Nu în ultimul rând, dacă modificarea nu era permisă a fi făcută în documentația de atribuire, atunci nu ar fi existat o secțiune în cadrul eratelor pentru realizarea unei astfel de modificări. *Per a contrario*, atât timp cât ea există și este reglementată, rezultă că este permisă.

Cu referire la aplicarea prevederilor Instrucțiunii 2/2017 a ANAP privind experiența similară, autoritatea contractantă arată că, atât prin cerința inițială, cât și prin ultima erată prevederile acestei instrucțiuni sunt respectate, în speță nefiind vorba sub nicio formă de experiență identică, ci chiar așa cum este denumirea de "experiență similară".

Totodată, autoritatea contractantă precizează că, nu a luat anumite măsuri la solicitarea unui operator economic sau a altuia, ci a avut în vedere experiența similară existentă pe piață. Nu a 'favorizat' niciun operator economic ci a avut în vedere strict necesitățile acesteia privind operatorul economic cu care ar fi posibil să încheie un contract de execuție cu o valoare de peste 120.000.000 lei fără TVA.

Ultima Erată a fost publicată ca și consecință a:

- > formulării (marginal) lacunare a cerințelor, așa cum au fost publicate prin Fișa de Date și Anunțul de Participare;

- > necesității emiterii unei clarificări cu privire la remedierea formulării cerințelor, într-o manieră care să fie mult mai facilă din perspectiva interpretării legale, eliminând astfel necesitatea parcurgerii unei/unor proceduri de contestație ce ar fi afectat semnificativ obiectivele autorității prin durata acestora;

- > contestațiilor succesive primite ce nu puteau fi considerate integral nefundamentate;

- > necesității eliminării integrale a riscului de anulare a procedurii și implicit de afectare a obiectivelor urmărite.

Nu în ultimul rând, contestatoarele se află într-o regretabilă eroare și anume aceea că s-a solicitat ca bazinul de înot să aibă o capacitate de 120.000 mc, aspect redat în mai multe rânduri în cadrul contestației. Fals, s-a solicitat ca clădirea realizată să aibă un volum de minim 120.000 mc, să fie minim categoria C și să fi avut integrat un bazin de înot (fără dimensiuni) cu destinație publică și/sau sportivă.

Ori, autoritatea contractantă susține că, această descriere a cerinței privind experiența similară nu este una identică și nu este nici restrictivă, m sens în care, în continuare, învederează următoarele:

Conform Instrucțiunii 2/2017 a ANAP:

„ART. 3 (1) Atunci când stabilește cerințele minime de calificare și selecție referitoare la experiența în implementarea/realizarea unui/unor contract/contracte sau unor activități similare, autoritatea/entitatea contractantă trebuie să ofere repere suficiente operatorilor economici interesați să participe la procedura de atribuire, pentru ca aceștia să poată determina nivelul de complexitate asociat cerinței în cauză, prin corelare cu modul în care este descrisă, prin rezultatele așteptate prevăzute de caietul de sarcini, complexitatea contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit, precum și modul în care poate fi demonstrată îndeplinirea respectivelor cerințe.

(2) în sensul alin. (1), autoritatea/entitatea contractantă:

- a) va preciza ce înțelege prin produse/servicii/lucrări similare cu cele care fac obiectul viitorului contract de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru, făcându-se trimitere la informații ce privesc domeniul/tipologia în care se încadrează acestea și/sau corelându-se cu scopul la care sunt utilizate;*

- b) va stabili plafonul valoric/cantitativ și numărul de contracte prin care se poate atinge acest plafon.*

(3) *Nivelul impus în sensul alin. (2) lit. b) nu poate fi mai mare decât:*

a) *valoarea estimată a contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează să fie atribuit, în situația în care se utilizează un reper valoric asociat cerinței;*

b) *cantitatea de produse/servicii/lucrări ce vor fi furnizate/prestate/executate în baza contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează să fie atribuit, în situația în care cerința este formulată în termeni cantitativi sau prin raportare la anumiți indicatori. [...]"*

Exemplu bună practică: Obiectul contractului de lucrări, ce include inclusiv proiectarea acestora - „Realizarea unei stații de epurare cu o capacitate aferentă unei populații echivalente (PE) de 30.000 locuitori"

Exemplul de bună practică nr. 1: Experiență similară formulată într-o procedură de atribuire având ca obiect contract de: „Construcție centru de afaceri în municipiul X" - valoare estimată lucrări construcție 35.000.000 lei, fără TVA.

Se vor prezenta informații aferente principalelor lucrări executate în ultimii 5 ani din care să reiasă că au fost executate lucrări similare în valoare cumulată de minimum 35.000.000 lei, fără TVA, la nivelul a minimum un contract - maximum a 3 contracte.

Experiența similară trebuie să privească lucrări de construcții civile cel puțin din categoria de importanță C, în conformitate cu prevederile Hotărârii Guvernului nr. 766/1997 pentru aprobarea unor regulamente privind calitatea în construcții, cu modificările și completările ulterioare.

Pentru înțelegerea cerinței, prin construcții din categoria de importanță C se va înțelege: *„Construcții cu funcții obișnuite, a căror neîndeplinire nu implică riscuri majore pentru societate și natură (cum ar fi clădiri de locuințe cu mai mult de două niveluri, construcții industriale și agrozootehnice; construcții social-culturale care nu intră în categoriile de importanță A și B), sau construcții cu caracteristici și funcțiuni obișnuite, dar cu valori de patrimoniu (cum ar fi clădiri de cult, muzee de importanță locală)".*

Exemplul de bună practică nr. 2: într-o procedură de licitație deschisă derulată în vederea atribuirii unui contract de lucrări având ca obiect „Construcție drum expres între localitățile A și B, în lungime de 20 km, inclusiv lucrări de artă", cu o valoare estimată de 100.000.000 lei, cerința de calificare referitoare la experiența similară va fi considerată îndeplinită dacă ofertantul va face dovada că:

- a realizat în ultimii 5 ani, în cadrul a maximum 3 contracte, lucrări în domeniul infrastructurii de transport rutier sau al unei infrastructuri similare din punctul de vedere al complexității și/sau utilității, în valoare de cel puțin 100.000.000 lei; și

- a realizat în ultimii 5 ani un viaduct rutier sau de transport feroviar de cel puțin 100 m lungime în cadrul unuia dintre aceste contracte.

În scopul înțelegerii exemplului se consideră că următoarele premise descriu contextul în care se încadrează speța:

- printre lucrările de artă ce fac obiectul viitorului contract se include un viaduct cu o lungime de 200 m;

- prin lucrări în domeniul infrastructurii de transport rutier sau al unei infrastructuri similare din punctul de vedere al complexității și/sau utilității se înțelege lucrări de construcție/modernizare/reparații capitale aferente unor drumuri care se încadrează cel puțin în clasa III de complexitate conform normativului în domeniu (unde clasa I include nivelul de complexitate cel mai ridicat, respectiv autostrăzi). În clasa III de complexitate se încadrează: drumuri expres și drumuri naționale europene, drumuri naționale principale, drumuri naționale secundare, drumuri județene cu două benzi de circulație. [...]"

- autoritatea contractantă nu a intenționat, nici inițial și nici ulterior, la restrângerea competiției prin formularea unor cerințe de calificare stricte, formulând răspunsuri la clarificări cât și erate, numeroase și succesive, în sensul opus unei astfel de restrângeri, cu respectarea legii;

- având în vedere contestațiile succesive, autoritatea contractantă și-a asumat formularea inițială, lacunară, a cerințelor privind experiența similară, așa cum au fost acestea publicate în fișa de date și anunțul de participare; astfel, autoritatea contractantă a publicat anunțul de tip erată nr. din prin care a revenit la cerințele inițiale și a clarificat că experiența similară trebuie să fie considerată unitară în ceea ce privește lucrările similare, și anume: *„Lucrări similare reprezintă lucrări de construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat construit de minim 120.000 mc și care să fi avut în componentă și lucrări de construcții și instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă.”*

Cu referire la experiența similară solicitată prin ultima Erată, , autoritatea contractantă menționează următoarele:

(1) Proiectarea și Execuția de lucrări din categoria de importanță minim C

Proiectarea și Execuția unor lucrări de importanță minim C, pentru detalieri, poate viza inclusiv următoarele:

- Orice clădiri cu destinație privată, investiții imobiliare rezidențiale, comerciale, etc., cu anumite caracteristici constructive;

- Orice facilități/complex turistic cu anumite caracteristici constructive;

- Orice bază de tratament, orice clădiri/facilități sportive, orice clădiri/facilități recreative, etc., cu anumite caracteristici constructive;

- Orice clădiri care prin lege trebuie să fie proiectate și executate cu îndeplinirea cerințelor privind categoria de importanță minim C, cum ar fi inclusiv și fără limitare hoteluri, cămine, spitale, unități de învățământ, clădiri cu funcții ale administrației de diferite tipuri, și multe altele.

În concluzie, autoritatea contractantă susține că, experiența similară ce vizează clădirile de importanță minim C nu este una restrictivă iar sub niciun aspect NU ESTE UNA IDENTICĂ, aceste tipuri de clădiri fiind probabil cele mai des întâlnite investiții publice cât și private.

Volumul solicitat al lucrărilor în demonstrarea experienței similare (minim 120.000 mc proiectați/construiți), atât din perspectiva proiectării cât și a execuției, este unul corespondent și PROPORȚIONAL obiectivului de investiții licitat, fiind astfel cel mai relevant indicator al unei cerințe în prezentul context în care indicatorii financiari nu mai generează o corelare pertinentă/justificată (indicele prețurilor crescând în ultimii 5 ani cu peste 72%).

(2) Execuția de lucrări anterioara trebuie să fi cuprins construcții și instalații pentru un bazin cu destinație publică și/sau sportiv

În primul rând, autoritatea contractantă apreciază că trebuie menționat faptul că prin ultima Erată , elimină cerința suplimentară inclusă în Erata anterioară , referitoare la experiența similară în proiectarea unui bazin cu destinație publică și/sau sportiv. Astfel, pentru acest element autoritatea contractantă a remediat deja cele învederate prin contestație, Erata fiind modificată în consecință prin .

Autoritatea contractantă menționează faptul că, Cerința privind execuția unor lucrări la un bazin cu destinație publică și/sau sportiv - în condițiile în care obiectul contractului ce urmează a fi semat vizează un bazin olimpic - pentru detalieri, poate viza inclusiv următoarele:

- Orice bazin destinat unei utilizări publice sau sportive, în sensul excluderii bazinelor cu destinații private ce pot fi reprezentate de piscine rezidențiale de mici dimensiuni sau altele asemenea, care prin natura lucrărilor și instalațiilor nu au vreo relevanță în contractul licitat;
- Orice bazin public/sportiv ca și element constructiv individualizat și nu o clădire. Astfel, acest bazin poate fi interior sau exterior clădirilor;
- Un bazin public/sportiv pentru care nu au fost detaliate/impuse caracteristici, capacități, etc. Un astfel de bazin se regăsește integrat în majoritatea investițiilor ce presupun lucrări din categoria de importanță minim C, așa cum au fost descrise și detaliate anterior - spre exemplu: *bazin al unui hotel bazin al unui complex rezidențial imobiliar, bazin al unui complex comercial bazin al unei facilități de tratament, bazin al unei unități de învățământ.*

Astfel, autoritatea solicită a se avea în vedere că, prin această cerință nu se solicită un bazin olimpic sau similar. Bazinul cu destinație publică și/sau sportiv trebuie să fie integrat investiției în clădirile de importanță minim C ca și element constructiv și funcțional individualizat.

Utilizarea cerinței prin care se cumulează experiența similară pentru clădiri cât și pentru bazin este una justificată din orice perspectivă de natură tehnică, spre exemplu:

> Complexitatea coordonării lucrărilor, instalațiilor, automatizărilor, etc., inclusiv pentru un bazin amenajat în exteriorul clădirii;

> Specificitatea clădirilor care găzduiesc un bazin public, atât prin normativele de proiectare cât și de execuție, specificul și implicit procedurile de execuție/punere în operă a materialelor specifice și a multitudinii instalațiilor necesare de asemenea specifice (fără ca această exemplificare să fie una exhaustivă).

Așadar, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca tardivă și pe fond, ca neîntemeiată, „cu menținerea procedurii astfel cum se afla în derulare de către autoritatea contractantă”.

În drept, se invocă Legea nr. 98/2016, HG nr. 395/2016 și Instrucțiunea 2/2017 a ANAP.

În probatiune: acte întocmite de autoritatea contractantă ulterior contestației anterioare.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. , ,,,SRL, lider al Asocierii ,,,S.R.L. - ,,,S.R.L. - ,,, S.R.L., în calitate de ofertant desemnat câștigător, a formulat cerere de intervenție accesorie în interesul Municipiului, în temeiul prevederilor art. 17 alin. 3 din Legea nr. 101/2016 coroborate cu prevederile art. 61 alin. 3 din Noul Cod de Procedură Civilă, prin care a solicitat: admiterea cererii intervenție accesorie și respingerea contestației formulate de contestatoarele ,,,.

Interesul Asocierii ,,, de a intervenii în prezentul litigiu

1.1.1 Asocierea ,,, arată că a participat la Procedura de atribuire prin depunerea ofertei pentru atribuirea contractului de achiziție publică, oferta sa fiind singura depusă până la termenul limită de depunere a ofertelor - , ora 15:00.

În condiții date, Asocierea apreciază că este evident interesul său de a interveni în procedura de contestație inițiată de ,,,, pentru apărarea interesului legitim dobândit în urma participării la Procedura de atribuire, de a-i fi evaluată oferta tehnică și financiară, iar în cazul în care, la un moment ulterior, aceasta va fi apreciată drept admisibilă, de a încheia contractul de achiziție cu Autoritatea Contractantă.

1.1.2. Prealabil, intervenientul arată că apare atât ca tardivă, cât și ca lipsită de interes/obiect contestarea documentelor denumite „Clarificări și măsuri de remediere - nr. ” și Anunț de tip erată nr ” și solicitarea de a fi obligată Autoritatea Contractantă la „*adoptarea unei măsuri de remediere din conținutul căreia să reiasă revenirea la criteriile impuse prin fișa de date la secțiunea III. 1.3) - capacitatea tehnică și profesională - Fișa de date forma din ”.*

Tardivitatea contestației reiese, în opinia Asocierii, din revenirea la aceeași formă a documentației de atribuire precum cea din data de , aceasta fiind în realitate cea contestată - încercându-se astfel o eludare a termenului legal de contestare a documentației publicată inițial în SEAP.

Astfel, intervenienta apreciază că lipsa de obiect a contestației este strâns legată în acest caz și de excepția lipsei de interes, și rezultă din aceea că prin contestația formulată, contestatoarele solicită în realitate un remediu pe care Autoritatea Contractantă l-a dispus deja prin Erata nr. (pe care o contestă).

Așadar, lipsa de interes a contestației rezultă din aceea că cele 2 contestatoare, ,,,, solicită în esență o măsură identică cu cea adoptată de Autoritatea contractantă prin documentele contestate și revenirea la o documentație în formă identică cu cea existentă la momentul publicării documentației inițiale, astfel cum se va dezvolta în cadrul unei secțiuni ulterioare.

Mai mult, ad absurdum, chiar și dacă nu aceasta ar fi situația, ,,,, oricum nu justifică un interes în formularea contestației, având în vedere că aceasta a fost depusă după termenul limită pentru depunerea ofertelor (care era la data de , ora 15:00), iar contestatoarele nici nu au depus o ofertă (împreună sau separat) până la termenul limită.

În cazul în care cererea de intervenție accesorie va fi admisă, iar din documentele existente în dosarul CNSC va reieși că ,,,, au formulat contestația anterior datei de , ora 15:00, Asocierea ,,,, înțelege să revină asupra motivului anterior invocat.

1.1.3.În fine, pe acest fond, intervenientul arată că apare ca fiind neîntemeiată și solicitarea subsidiară a contestatoarelor ,,,, de anulare a Procedurii de atribuire, având în vedere că nu se impune nicio măsură de remediere, în realitate Autoritatea Contractantă nefăcând decât să revină chiar la forma documentației de atribuire inițială - exact ceea ce solicită și contestatoarele .

2.Prezentarea situației de fapt

2.1.1 La inițierea procedurii de atribuire, ... a prevăzut în cadrul Secțiunii III.1.3.a) din Fișa de Date, următorul criteriu de calificare și selecție privind experiența similară:

„III. 1.3. a) Capacitatea tehnica si/sau profesionala

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

Pentru contractele de achiziție de lucrări: executarea de lucrări, de tipul specificat Ofertantul trebuie să demonstreze experiența în proiectarea și execuția unor lucrări similare în cadrul unui contract finalizat în ultimii 3 ani (pentru proiectare), 5 ani (pentru execuție cât și pentru contractele de proiectare și execuție), raportați la data- limită de depunere a ofertelor. Contractele pot fi de proiectare, de execuție sau de proiectare și execuție, în cazul. în care contractele sunt de proiectare și respectiv execuție și nu proiectare și execuție, se vor putea prezenta 2 contracte separate.

Lucrări similare reprezintă lucrări de construcții clădiri, din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat proiectat/construit de minim 120.000 mc. (...)

Ofertantul trebuie să demonstreze experiență cu privire la lucrări de construcții și instalații finalizate în ultimii 5 ani raportați la data-limită de depunere a ofertelor care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică si/ sau sportivă."

Așadar, intervenientul apreciază că este ușor observabil că încă de la momentul inițierii procedurii de atribuire, Autoritatea contractantă a solicitat pentru dovedirea experienței similare pentru contractul de execuție de lucrări, depunerea unui contract care să respecte anumite cerințe minime, precum și să fie în legătură cu un bazin de înot cu destinație publică/ sportivă.

2.1.2.Intervenientul arată că această concluzie se desprinde inclusiv din raționamentul prezentat de Autoritatea contractantă prin răspunsul la clarificări nr. 1, prin care a arătat care este tipologia de operator economic cu care ar dori să încheie contractul.

„În speța de față, cerința privind experiența similară exprimată în capacități și nu financiar, este relevantă în contextul unui proiect (contract) similar. În alt caz, ce ar permite îndeplinirea cerinței prin două contracte, proiecte, respectiv ofertantul poate demonstra o capacitate tehnică și profesională de a. proiecta și executa 50% din clădirea ce face obiectul contractului licitat, devine irelevantă și implicit nejustificată. Nu există o legătură între experiența unui șantier mic/mediu (fie și repetată, de „n” ori) și cea a unui șantier mare, aceasta nefiind una scalabilă în oricare dintre situații. O clădire mare nu se poate executa, sub niciun aspect, cu personalul, echipamentele, utilajele, procedurile, organizarea, logistica, materialele, etc. utilizate la o clădire mică/medie, perspectivele și experiența Proiectantului/Executantului fiind diferite integral în cele două ipostaze. Diferențele între un șantier mic/mediu și unul mare sunt fundamentale din toate perspectivele: de organizare, de logistică, de gabarite, de utilaje, de personal, de proceduri de execuție, proceduri de siguranță, de calitate, de mediu, etc. În speța analizată, permiterea îndeplinirii experienței similare prin 2 proiecte/contracte conduce la riscul de a califica Antreprenori ce au finalizat 2 proiecte mici/medii și care în fapt nu dețin vreo capacitate de proiectare și/sau execuție necesare investiției urmărite prin contractul licitat.”

2.2.1.3 Cu toate acestea, prin Răspunsul la clarificări nr. 1, ... schimbare în mod substanțial criteriile de calificare și selecție, fiind în realitate introduse prevederi noi, care apar că ar fi fost dorite de contestatoarele ,,,:

(a) „Clarificarea 1/1: Cerința privind experiența similară, stabilită ca fiind relevantă în contextul, contractului licitat, vizează probarea capacității ofertantului, pe de o parte de a proiecta iar pe de altă parte de a executa, lucrări privind clădiri din categoria de importanță C cu un anumit volum și complexitate. (...)

Totodată, cerința, așa cum este formulată, poate fi îndeplinită prin mai multe contracte după cum este detaliat în documentația de atribuire, astfel:

- 1 contract de proiectare clădiri categorie de importanță C cu capacitățile fizice minime menționate (distinct sau ca obiect inclus într-un contract de proiectare și execuție)
- 1 contract de execuție clădiri categorie de importanță C cu capacitățile fizice minime menționate (distinct sau ca obiect inclus într-un contract de proiectare și execuție)
- 1 contract de execuție lucrări pentru un bazin cu destinație publică / sportivă (distinct față de cele două contracte listate mai sus). Prin formularea acestei cerințe Autoritatea Contractantă nu a solicitat anumite capacități fizice minime cât nici experiență similară pentru proiectarea aferentă (dintr-o eroare) fapt pentru care cerința se va rezuma la execuția de lucrări pentru un bazin cu destinație publică/ sportivă.

Precizăm că Autoritatea Contractantă va putea lua în considerare, prin asimilare, doar în mod justificat, mai multe contracte / contracte subsecvente ca fiind „1 contract” ce probează experiența similară, dacă aceste contracte sau contracte subsecvente, etc., vizează același șantier / proiect iar prin natura procedurilor de contractare ale respectivului Beneficiar au fost semnate mai multe contracte / contracte subsecvente.”

(b) „Clarificarea 4 (2/2): „Cerința referitoare la experiența similară face referire la clădiri cu funcțiuni similare și de dimensiuni similare din perspectivă volumetrică, motiv pentru care se va considera îndeplinită cerința în cazul în care ofertantul prezintă cel puțin următoarele:

- 1 (un) contract de proiectare în care volumul proiectat privind clădiri din categoria, de importanță C este de minim de 120.000 mc și
- 1 (un) contract de execuție lucrări privind clădiri din categoria de importanță C de minim 120.000 mc și
- 1 (un) contract de execuție lucrări privind bazine cu destinație publică / sportivă”.

2.1.4 Autoritatea contractantă a reluat modificarea documentației de atribuire și prin Răspunsul la clarificări nr.2, respectiv prin clarificarea nr. 6.

Răspunsurile consolidate la clarificări au format obiect al unei contestații, care a fost publicată în SEAP la data de , în urma căreia Autoritatea Contractantă a dispus luarea unor măsuri de remediere, conform Adresei nr. , în sensul eliminării clarificărilor 1/1 și 2/2 din Răspunsul consolidat la clarificări nr.1. Pentru bună regulă, intervenientul menționează că, în conformitate cu Adresa nr. , se pare că operatorul economic care a formulat contestația a fost „„SRL, iar conform Deciziei CNSC încărcată în SEAP, contestația a format obiect al dosarului CNSC nr.

2.1.5 Urmare a dispunerii măsurilor de remediere, Autoritatea contractantă a publicat în SEAP și Erata nr. , prin intermediul căreia documentația de atribuire a fost modificată, în mod greșit însă, chiar în sensul urmărit de către cele 2 contestatoare prin prezenta contestație comună - care nu au solicitat însă revenirea la această formă a documentației de atribuire, ci la forma inițială, de la data publicării anunțului de atribuire (e.g. 02.09.2022).

2.1.6 În continuare, intervenientul redă un extras din Erata nr. , privind modificările substanțiale ale fișei de date care fuseseră inițial realizate (cu încălcarea legislației privind achizițiile publice).

Față de modificări operate de către Autoritatea contractantă prin Erata nr. , a fost formulată și publicată în SEAP o contestație împotriva acesteia, ce a format obiect al dosarului CNSC nr. - în conformitate cu mențiunile din Decizia CNSC publicată în SEAP.

Astfel, conform informațiilor disponibile pe portalul CNSC, intervenientul arată că și această nouă contestație ar fi fost formulată tot de către același operator economic, respectiv societatea „„SRL.

2.1.8 Intervenientul precizează că, aceste mențiuni suplimentare s-au impus și prin raportare la susținerile celor 2 contestatoare, din paragrafele 7 și respectiv 18 și următoarele din Contestație, în sensul că Autoritatea Contractantă ar fi dorit să favorizeze respectivul ofertant, în condițiile în care din declarațiile de participare publicate în SEAP, reiese cu evidență că societatea „„SRL nici măcar nu a depus o ofertă de participare.

3. Succinte aspecte privind consemnarea cauțiunii de către cele 2 contestatoare

3.1 Cauțiunea este datorată în mod distinct de fiecare dintre cele 2 contestatoare

3.1.1 Dispozițiile art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, prevăd că persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul: *„(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim”*

Excepția lipsei de interes în formularea contestației (...)

În completarea dispozițiilor art. 8 alin. (1), prevederile art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, prevăd următoarele: *„Art. 61¹ (1) Pentru soluționarea contestației formulate în condițiile art. 8 sub sancțiunea respingerii acesteia, persoana care se consideră vătămată trebuie să constituie, în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului, o cauțiune stabilită după cum urmează:....”*

3.1.2 Prin urmare, dispozițiile legale anterior enunțate impun condiția consemnării unei cauțiuni de către persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante, rațiunea fiind aceea că în ipoteza creării unui prejudiciu autorității, aceasta din urmă va putea executa cauțiunea consemnată de operatorul care se va face vinovat, în vederea diminuării prejudiciului astfel creat.

Consemnarea cauțiunii dobândește astfel un caracter personal, neputând fi consemnată o singură cauțiune în cazul în care 2 contestatoare diferite au formulat o singură contestație. Un atare *modus operandi* ar reprezenta o eludare vădită a dispozițiilor legale.

3.1.3 În realitate, contestația ,,,,conține 2 contestații, pentru care sunt datorate 2 cauțiuni distincte - acest aspect reieșind din aceea că cele 2 societăți nu au formulat contestația în asociere, ci aceasta este formulată de către fiecare dintre cele 2 societăți în nume propriu.

Astfel, în ipoteza în care CNSC va constata că la dosar a fost depusă o singură cauțiune, solicităm respingerea contestației:

(i) în parte, față de contestatoarea care nu a consemnat cauțiunea; respectiv

(ii) în totalitate, în cazul în care cele 2 contestatoare au depus fiecare cauțiuni parțiale, ambele sub valoarea solicitată de CNSC, neconsemnând în realitate niciuna o cauțiune valabilă;

(iii) în totalitate, în cazul în care cele 2 contestatoare au depus o singură cauțiune în numele și pe seama ambelor societăți (e.g. dacă ,,,, ar fi consemnat o cauțiune atât în nume propriu, cât și pentru sau invers), având în vedere că și această modalitate de consemnare a cauțiunii ar presupune în realitate o consemnare parțială din partea ambelor contestatoare.

Nu în ultimul rând, în cazul în care cauțiunea nu a fost consemnată în conformitate cu aspectele enunțate anterior, intervenientul apreciază că se impune decăderea ambelor contestatoare din dreptul de a mai consemna o cauțiune suplimentară, în conformitate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016 — cauțiunea pentru întreaga valoare datorată trebuind

consemnată în termen de 5 zile de la data sesizării Consiliului, sub sancțiunea respingerii contestației.

3.2 Valoarea cauțiunii ce se impune a fi consemnată de către fiecare dintre cele 2 contestatoare este de 2.000.000 RON (în cazul depunerii contestației după termenul limită pentru depunerea ofertelor)

3.2.1 În ipoteza în care Consiliul va constata că „„, au depus contestația după ora 15:00 a zilei de , intervenientul apreciază că respectiva contestație(respectiv cele două contestații) au fost depuse în etapa prevăzută de dispozițiile art. 17 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, respectiv după termenul limită pentru depunerea ofertelor - fiind datorată de către fiecare dintre cele 2 contestatoare o cauțiune în valoare de 2.000.000 RON.

Art. 61¹ alin. (1) „Pentru soluționarea contestației formulate în condițiile art. 8 sub sancțiunea respingerii acesteia, persoana care se consideră vătămată trebuie să constituie, în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului, o cauțiune stabilită după cum urmează:

b) 2% din valoarea estimată a contractului, dacă aceasta este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 7 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 12 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare, art. 11 alin. (1) din Legea nr. 100/2016, cu modificările și completările ulterioare, dar nu mai mult de 220.000 lei pentru contestațiile depuse în etapa prevăzută la art. 17 alin. (1) lit. a), respectiv nu mai mult de 2.000.000 lei pentru contestațiile depuse în etapa prevăzută la art. 17 alin. (1) lit. b)."

3.2.2 Pentru bună ordine, intervenientul redă mai jos și dispozițiile art. 17 din Legea nr. 101/2016.

4. Tardivitatea motivelor ce formează obiect al contestației

4.1.1 În conformitate cu aspectele anterior enunțate, intervenientul reiterează că prin contestația formulată, contestatoarele „„, au criticat în realitate revenirea la forma inițială a documentației de atribuire, publicată în SEAP la data de 02.09.2022.

Acest aspect rezultă în mod neîndoielnic din aceea că nemulțumirea contestatoarelor vizează obligația de prezentare a unui contract de execuție de lucrări care să prezinte anumite cerințe minime și care să fie în legătură cu un bazin cu destinație publică/sportivă.

Această condiție exista însă și în documentația inițială, motiv pentru care Autoritatea Contractantă a dispus măsuri de remediere prin raportare la conținutul celei de-a doua contestații publicată în SEAP.

4.1.2 Intervenientul menționează în acest sens că prin fișa de date inițială era solicitat în mod expres ca ofertantul să depună fie un contract de execuție și proiectare de minim 120.000 mc, fie un contract de proiectare și un contract de execuție de lucrări (distincte), ambele însă de minim 120.000 mc.

Suplimentar, pentru contractul de execuție de lucrări, Autoritatea Contractantă a prevăzut și cerința suplimentară ca acesta să fie în legătură cu un bazin cu destinație publică/sportivă.

„Ofertantul trebuie să demonstreze experiență cu privire la lucrări de construcții și instalații finalizate în ultimii 5 ani raportate la data-limită de depunere a ofertelor care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă.”

Intervenientul apreciază că aceasta este singura înțelegere logico-juridică ce rezultă din modul de redactare a fișei de date (inițiale), care este în acord și cu scopul procedurii de atribuire de față și care răspunde obiectivului urmărit de autoritatea contractantă.

Iar tocmai pentru că prin solicitările de clarificări inițiale (răspunsurile la acestea) se modifică în mod inadmisibil cerința trihotomică de mai sus, au fost revocate și Autoritatea Contractantă a dispus revenirea la forma inițială.

4.1.3 Prin urmare, prin Erata nr. ce formează obiect al contestației, Autoritatea Contractantă a revenit la documentația inițială, lămurind/clarificând obligațiile ce subzistă în sarcina operatorilor economici interesați - în ceea ce privește condițiile pentru dovedirea experienței similare.

4.1.4 Pentru claritate, în continuare este redat conținutul documentației inițiale, precum și conținutul Eratei :

Fișa de date încărcată în SEAP la data	Erata nr.
Ofertantul trebuie să demonstreze experiența în proiectarea și execuția unor lucrări similare în cadrul unui contract finalizat în ultimii 3 ani (pentru proiectare), 5 ani (pentru execuție cât și pentru contractele de proiectare și execuție), raportați la data-limită de depunere a ofertelor. Contractele pot fi de proiectare, de execuție sau de proiectare și execuție, în cazul în care contractele sunt de proiectare și respectiv execuție și nu proiectare și execuție, se vor putea prezenta 2 contracte separate.	Ofertantul trebuie să demonstreze experiența în proiectarea și execuția unor lucrări similare în cadrul unui contract finalizat în ultimii 3 ani (pentru proiectare), 5 ani (pentru execuție cât și pentru contractele de proiectare și execuție), raportați la data-limită de depunere a ofertelor. Contractele pot fi de proiectare, de execuție sau de proiectare și execuție. In cazul în care contractele sunt de proiectare și respectiv execuție și nu proiectare și execuție, se vor putea prezenta 2 contracte separate.
Lucrări similare reprezintă lucrări de construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat proiectat / construit de minim 120.000 mc.	Lucrări similare reprezintă lucrări de construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat construit de minim 120.000 mc și care să fi avut în componență și lucrări de construcții și instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și / sau sportivă.

4.1.5 Din prevederile documentației de atribuire publicată în SEAP la data de , reiese că Autoritatea Contractantă a prevăzut că poate fi depus un singur contract de execuție de lucrări - în caz contrar cerințele privind experiența similară nefiind îndeplinite.

În sensul dat, intervenientul arată că depunerea a două contracte distincte de execuție de lucrări ar fi dus oricum la concluzia că respectivul operator nu îndeplinește cerința privind experiența similară.

Astfel, nu ar fi putut fi *ab initio* depus un contract distinct pentru bazinul cu destinație publică/sportivă, din simplul motiv că într-o atare situație, ofertantul ar fi depășit numărul maxim de contracte permis pentru îndeplinirea respectivei cerințe (e.g. putând fi depus un singur contract).

Prin urmare, intervenientul susține că reiese cu evidență că simpla introducere a conjuncției „și” prin Erata nu schimbă cu absolut nimic cerințele documentației de atribuire inițiale.

4.1.6 Prin Erata , Autoritatea Contractantă a clarificat acest aspect în mod definitiv, nefăcând altceva decât să enunțe împreună textul celor 2 paragrafe enunțate în fișa de date inițială, evidențiate în bold în tabelul de mai sus.

În mod evident, atât prin raportare la conținutul în sine al fișei de date inițiale, cât și prin raportare la raționamentul prezentat de Autoritatea Contractantă (redat în cadrul subsecțiunii nr. 2.1.2), intervenientul susține că cerința privind depunerea unui contract de lucrări de construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat proiectat/construit de minim 120.000 mc era de la început cumulativă cu cea privind obligația ca respectivul contract să fie în legătură cu 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă.

4.1.7 Pentru bună regulă, intervenientul depune anexat un articol de presă, care prezintă anticipativ proiectul care se urmărește a fi realizat.

În mod evident un proiect de o asemenea magnitudine și valoare nu ar putea fi realizat, în opinia sa, de către un operator economic care nu a realizat anterior lucrări care să respecte condiția cumulativă solicitată de către

4.1.8 Prin raportare la aspectele enunțate anterior, intervenientul susține că rezultă că prin contestația formulată, contestatoarele ,,,, critică în realitate documentația de atribuire inițială, motiv pentru care se impune respingerea contestației ca fiind tardiv formulată.

5. Excepția lipsei de obiect a contestației

În conformitate cu aspectele anterior prezentate, intervenientul susține că reiese că prin contestația formulată, contestatoarele ,,,, solicită obligarea Autorității Contractante la luarea unei măsuri de remediere, în sensul revenirii la documentația inițială publicată în SEAP la data de .

Or, intervenientul arată, astfel cum s-a detaliat mai sus, că prin Erata a cărei anulare este solicitată, Autoritatea Contractantă a dispus chiar măsura de remediere solicitată de către contestatoare - revenind la cerințele inițiale ale fișei de date.

În ipoteza în care contestatoarele ar fi dorit ca prevederile fișei de date să fie în sensul instituirii unei obligații pentru dovedirea experienței similare, de depunere a două contracte separate, respectiv:

(i) un contract pentru construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat proiectat/construit de minim 120.000 mc; și

(ii) un contract care să dovedească construirea unui bazin cu destinație publică/sportivă, fără a exista anumite cerințe minime;

ar fi trebuit să solicite revenirea la documentația modificată prin măsurile de remediere dispuse ca urmare a primei contestații a ,,,,SRT, iar nu revenirea la documentația de atribuire inițială, publicată în SEAP la data de .

6. Excepția lipsei de interes a contestatoarelor ,,,, în formularea contestației comune (după termenul limită pentru depunerea ofertelor, ora 15:00)

6.1.1 În ipoteza depunerii contestației la CNSC - la data de - după ora 15:00, și respectiv comunicării acesteia în același termen și Autorității Contractante, intervenientul apreciază că societățile nu pot justifica un interes legitim în promovarea prezentului demers.

6.1.2 De asemenea, cel mai probabil în cazul în care contestatoarele ar fi comunicat contestația și Autorității Contractante până la termenul limită de depunere a ofertelor, Municipiul- ar fi putut dispune din oficiu suspendarea procedurii de atribuire.

Or, neprocedând într-o atare manieră, intervenientul susține că contestatoarele au privat în mod evident Autoritatea Contractantă de posibilitatea de a suspenda din oficiu procedura de atribuire - măsură care s-a dovedit a fi oricum nejustificată, inclusiv prin încheierea pronunțată de CNSC la data de în prezentul dosar.

6.1.3 Mai mult, pentru a justifica un interes în formularea prezentei contestații, intervenientul consideră că contestatoarele ar fi trebuit să depună o ofertă de participare până la termenul limită de la ora 15:00, în caz contrar acestea neputând obține un beneficiu practic prin soluționarea contestației.

În sensul dat, intervenientul arată că, și în ipoteza (*ad absurdum*) în care CNSC ar dispune anumite măsuri de remediere și repunerea părților în termenul limită pentru depunerea ofertelor, nu există nicio certitudine că societățile ,,,, ar urma să depună ofertă.

Prin urmare, (*ad absurdum*) în cazul repunerii părților în termenul pentru depunerea ofertelor, intervenientul apreciază că, Consiliul ar crea în realitate un prejudiciu Autorității Contractante, prin raportare la o simplă eventualitate susținută de nimic altceva decât 2 mențiuni de la finalul contestației, cum că una dintre cele 2 societăți sau poate chiar ambele societăți, împreună, ar fi antrenat anumite costuri - fără a dovedi în vreun fel cele susținute sau legătura de cauzalitate cu Procedura de atribuire.

6.1.4 Nu în ultimul rând, intervenientul mai arată că, în conformitate cu prevederile art. 8 din Legea 101/2016, contestatoarele nu au dovedit o vătămare personală cauzată de susținerile tendențioase în sensul că Autoritatea Contractantă ar fi modificat cerința privind experiența similară în mod nelegal (când în realitate doar a fost clarificată cerința inițială).

6.1.5 În sensul susținerilor Asocierii ,,,, se indică și o Decizie a CNSC, pronunțată sub vechea reglementare în materia achizițiilor publice (e.g. OUG 34/2006):

„Cum contestatoarea a luat la cunoștință despre noul termen de depunere a ofertelor (de ... ora 10.00) în data de din conținutul clarificării nr. 6, nu se poate invoca lipsa unui termen rezonabil pentru finalizarea și depunerea ofertei (în condițiile în care contestația anterioară a fost respinsă de Consiliu ca nefondată, iar documentația de atribuire nu a suferit nicio modificare). Autoritatea contractantă a suspendat procedura de atribuire în data de , astfel că, până la data de stabilită inițial pentru depunerea ofertelor au mai rămas trei zile. În acest context, autoritatea contractantă trebuia să stabilească noul termen de depunere a ofertelor cu luarea în considerare a celor trei zile rămase de la suspendarea procedurii până la

data de depunere a ofertelor. Din acest punct de vedere, autoritatea contractantă a procedat corect, noul termen de depunere a ofertelor fiind stabilit după patru zile de la reluarea procedurii de atribuire (după ridicarea suspendării).

Pe de altă parte, Consiliul constată că prin depunerea contestației după termenul limită stabilit pentru depunerea ofertelor (termenul limită de depunere a ofertelor a fost... ora 10.00 iar contestația a fost depusă la ora 10.42 prin e-mail atât la Consiliu cât și la autoritatea contractantă), contestatoarea nu și-a dovedit interesul de a participa la procedură și nici prejudiciul ce l-ar putea suferi ca urmare a unui act al autorității contractante considerat nelegal, așa cum impun dispozițiile art. 255 din O.U.G. nr. 34/2006”.

Pentru bună ordine, intervenientul arată că, dispozițiile art. 255 din O.U.G. 34/2006 au fost reluate, în esență, prin dispozițiile art. 8 din Legea 101/2016.

6.1.6 Nu în ultimul rând, intervenientul apreciază că se impune a fi menționat că cele 2 contestatoare nu au criticat de fapt termenul prevăzut de Autoritatea Contractantă pentru depunerea ofertelor, stabilit ca urmare a emiterii Eratei și care a fost oricum mai mare decât termenele minime prevăzute de dispozițiile art. 153 din Legea nr. 98/2016 (e.g. 10 zile de la emiterea Eratei și publicare măsurilor de remediere și 8 zile de la publicarea Eratei în SEAP, față de termenul minim de 6 zile prevăzut de art. 153 alin. (3) din Legea nr. 98/2016).

6.1.7 În schimb, intervenientul precizează că acestea au solicitat repunerea în termenul pentru depunerea ofertelor și stabilirea de către CNSC (în realitate) a unui termen de o durată îndelungată, pe care însă nici măcar nu o precizează în concret.

În orice caz, Autoritatea Contractantă a prelungit în mod legal și proporțional termenul limită pentru depunerea ofertelor, în baza propriilor atribuții stabilite de lege, iar solicitarea de repunere în termenul de depunere a ofertelor și stabilirea unui nou termen este, în opinia sa, neîntemeiată.

7. Netemeinicia motivelor invocate prin contestație

7.1.1 În primul rând, reiterează că Autoritatea Contractantă nu a modificat - în niciun mod, cu atât mai puțin în mod substanțial - cerința privind experiența similară, ci a revenit tocmai la cerința reglementată prin documentația de atribuire publicată în SEAP la data de , la a cărei revenire se solicită și prin prezenta contestație, cum a aratat la secțiunea 4 mai sus.

7.1.2 Contestatoarele își fundamentează, în esență, motivele contestației pe o pretinsă încălcare a unor principii ce stau la baza legislației achizițiilor publice - care au fost însă respectate întru totul.

7.1.3 Pentru bună regulă, având în vedere că a dezvoltat în cadrul secțiunilor anterioare motivele din care reiese că nu a modificat documentația de atribuire, ci a revenit la forma la care se solicită a se reveni și prin contestație, va prezenta mai jos, pe scurt, o serie de argumente din care reiese că Autoritatea Contractantă a respectat principiile a căror încălcare este invocată.

7.2 Autoritatea contractantă a respectat principiul nediscriminării și principiul tratamentului egal

7.2.1 Deși criticile contestatoarelor apar ca fiind tardive, acestea susțin că prin documentația de atribuire Autoritatea Contractantă ar restrânge concurența, „fiind foarte rare situațiile în care prin același contract, un operator să fi executat/proiectat o lucrare cu capacitate de 120.000 mc, care să privească un bazin cu destinație publică/ sportivă”.

Asocierea consideră că, aceste susțineri, complet nedovedite, sunt însă realizate, cel mai probabil, dintr-o necunoaștere a pieței relevante pe care operează societățile care pot executa contractul de achiziție dorit de Autoritatea Contractantă.

În sensul dat, fără a realiza o analiză în amănunt a documentațiilor de atribuire publicate în SEAP, intervenientul redă, cu titlu de exemplu descriptiv, prin raportare la valoarea de atribuire a contractelor, o serie de anunțuri de atribuire pentru contracte în legătură cu bazine de înot de o valoare semnificativă:

(i) COMPLEX DE DOTĂRI SPORTIVE, SPATII ANEXE, lucrări de execuție în continuare la Sala de sport multifuncțională, bazin de înot - Valoare: 22.655.489,66 RON ();

<https://e-licitatie.ro/pub/notices/ca-notices/view-c/100283171>

(ii) Proiectare, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul de investiție „Bazin de înot, Municipiul județul Suceava” - Valoare: 30.822.364,26 RON (/ 09.09.2022);

<https://e-licitatie.ro/pub/notices/ca-notices/view-c/100315481>

(iii) Proiectare, asistență tehnică din partea proiectantului și execuție lucrări pentru obiectivul de investiție „Reabilitare modernizare, dotare și extindere bazin de înot, , municipiu , județul ” - Valoare: 39.411.289.31 RON ();

[https://e-licitatie.ro/pub/notices/ca-notices/view-c/\]00333585](https://e-licitatie.ro/pub/notices/ca-notices/view-c/]00333585)

(iv) Lucrări de execuție pentru obiectivul de investiție: "Complex sportiv zona (bazin de înot acoperit, bazin de înot în aer liber, terenuri de tenis, teren multifuncțional, alte amenajări interioare și exterioare) str. " - Valoare: 20.656.104.22 RON ();

<https://e-licitatie.ro/pub/notices/ca-notices/view-c/00179061>

7.2.2 Nu în ultimul rând, Asocierea arată că trimiterea la răspunsul consolidat nr. este realizată în mod incomplet, fără a se prezenta și faptul că în legătură cu respectivul răspuns, Autoritatea Contractantă a dispus măsuri de remediere prin adresa nr. , anulată în parte tot de către Autoritatea Contractantă, urmare a formulării contestației ,,,SRL.

„Întrebare: Conform contestație publicate în SEAP

Răspuns: Ca urmare a contestației, prin prezenta aratăm că înțelegem să eliminăm răspunsul la întrebarea cu nr. 1/1 și 2/2 din răspunsul consolidat cu nr. . Cu privire la experiența similară veți avea în vedere strict cerința formulată prin erata cu nr. ."

7.3 Autoritatea contractantă a respectat principiul transparenței și principiul proporționalității

7.3.1 Prin invocarea unei pretinse încălcări a celor 2 principii anterior enunțate, cele 2 contestatoare își devoalează adevărata intenție de a contesta documentația inițială de atribuire.

Motivele invocate sunt însă, în opinia intervenientului, atât neîntemeiate, cât și tardive.

7.3.2 Mai mult, reiterează că Autoritatea Contractantă a prezentat, prin chiar răspunsul consolidat nr. raționamentul (a se vedea subsecțiunea 2.1.2) pentru care este necesară încheierea Contractului de achiziție cu un operator economic care poate face dovada experienței similare prin raportare la cerințele cumulative specificate.

7.4 Autoritatea contractantă nu a denaturat concurența prin modalitatea de stabilire a experienței similare.

7.4.1 În conformitate cu aspectele enunțate și anterior, reiese din nou că cele 2 contestatoare au criticat în realitate documentația inițială de atribuire, contestația fiind prin urmare tardivă și din această perspectivă.

7.4.2 Sub acest aspect, mai arată că măsurile dispuse de Autoritatea Contractantă au fost atât transparente, cât și proporționale, iar prin acestea nu s-a realizat nicio denaturare a concurenței - astfel cum în mod complet tendențios se susține.

7.4.3 Reiterează în acest sens și simplele speculații formulate de cele 2 contestatoare, conform cărora Autoritatea Contractantă ar dori să încheie contractul de achiziție cu operatorul care ar fi depus primele 2 contestații împotriva documentației de atribuire - în condițiile absolut evidente în care „SRL nici măcar nu a depus o ofertă de participare.

7.4.4 Mai mult, deși aceste aspecte nici măcar nu se mai impun a fi analizate prin raportare la tardivitatea formulării motivelor din contestație, intervenientul reiterează și citează, din nou, raționamentul pentru care Autoritatea Contractantă a prevăzut anumite cerințe minime privind experiența similară (acestea nefiind în niciun caz cerințe care să tindă spre noțiunea de experiență identică, cum în mod greșit se încearcă a se sugera):

„În speța de față, cerința privind experiența similară exprimată în capacități și nu financiar, este relevantă în contextul unui proiect (contract) similar. In alt caz, ce ar permite îndeplinirea cerinței prin două contracte, proiecte, respectiv ofertantul poate demonstri'a o capacitate tehnică și profesională de a proiecta și executa 50% din clădirea ce face obiectul contractului licitat, devine irelevantă și implicit nejustificată. Nu există o legătură între experiența unui șantier mic/mediu (fie și repetată de „ n " ori) și cea a unui șantier mare, aceasta nefiind una scalabilă în oricare dintre situații. O clădire mare nu se poate executa, sub niciun aspect, cu personalul, echipamentele, utilajele, procedurile, organizarea, logistica, materialele, etc. utilizate la o clădire mică / medie, perspectivele și experiența Proiectantului / Executantului fiind diferite integral în cele două ipostaze. Diferențele între un șantier mic/mediu și unul mare sunt fundamentale din toate perspectivele: de organizare, de logistică, de gabarite, de utilaje, de personal, de proceduri de execuție, proceduri de siguranță, de calitate, de mediu, etc. In speța analizată, permiterea

îndeplinirii experienței similare prin 2 proiecte/contracte conduce la riscul de a califica Antreprenori ce au finalizat 2 proiecte mici/medii și care în fapt nu dețin vreo capacitate de proiectare și/sau execuție necesare investiției urmărite prin contractul licitat."

8. Cererea de suspendare a fost respinsă de CNSC

Prin raportare la dispozitivul încheierii CNSC nr. din data de , încărcată în extras pe portalul CNSC - prin care a fost respinsă cererea de suspendare a Procedurii de atribuire – intervenientul apreciază că nu se mai impun a fi realizate precizări suplimentare față de criticile invocate de contestatoare.

9. Concluzie

9.1.1 Din aspectele anterior enunțate, intervenientul arată că, reiese că Autoritatea Contractantă a revenit în realitate la documentația de atribuire publicată inițial în SEAP la data de - contestatoarele criticând în mod tardiv prevederile acesteia.

9.1.2 În sensul dat, intervenientul reiterează că, prin raportare la condițiile inițiale ale fișei de date, niciun ofertat nu ar fi putut depune oricum mai mult de 1 singur contract de execuție de lucrări.

„Ofertantul trebuie să demonstreze experiența în proiectarea și execuția unor lucrări similare în cadrul unui contract finalizat în ultimii 3 ani (pentru proiectare), 5 ani (pentru execuție cât și pentru contractele de proiectare și execuție), raportați la data- limită de depunere a ofertelor. Contractele pot fi de proiectare, de execuție sau de proiectare și execuție, în cazul în care contractele sunt de proiectare și respectiv execuție și nu proiectare si execuție, se vor putea prezenta 2 contracte separate.

Ofertantul trebuie să demonstreze experiență cu privire la lucrări de construcții și instalații finalizate în ultimii 5 ani raportați la data-limită de depunere a ofertelor care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă."

9.1.3 Prin urmare, intervenientul susține că, nu ar fi putut fi *ab initio* depus un contract distinct pentru bazinul cu destinație publică/sportivă, din simplul motiv că într-o atare situație, ofertantul ar fi depășit numărul maxim de contracte permis pentru îndeplinirea respectivei condiții (e.g. care permitea depunerea unui singur contract).

9.1.4 În concluzie, simpla introducere a conjuncției „și” prin Erata nu schimbă cu absolut nimic cerințele documentației de atribuire inițiale, al căror sens era identic și anterior - la momentul publicării în SEAP la data de .

Pentru toate aspectele enunțate mai sus, intervenientul solicită admiterea cererii de intervenție accesorie în interesul Autorității Contractante și respingerea Contestației formulate de contestatoarele , în principal prin raportare la excepții invocate, iar în subsidiar ca neîntemeiată.

Probe: administrarea probei cu înscrisuri în susținerea cereri de intervenție accesorie.

Cu adresa înregistrată la CNSC cu nr. , contestatorii au formulat „note de ședință”, prin care a răspuns punctului de vedere depus de autoritatea contractantă, precizând următoarele:

Cu privire la excepția tardivității contestației

Deși, în pag. 8-9 din punctul de vedere, autoritatea contractantă, raportat la art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, invocă tardivitatea contestației, susținând că termenul de depunere al contestației s-ar fi împlinit în , ținând seama că anunțul de participare s-a publicat în , contestatorii consideră că excepția tardivității este în mod evident neîntemeiată, raportat la faptul că obiectul contestației NU îl reprezintă anunțul de participare din (de altfel, acesta este singurul act care, în speță, ar putea din punct de vedere legal, să stabilească criteriile de atribuire), ci următoarele acte:

- Actul denumit „Clarificări și măsuri de remediere” nr. , publicat în SEAP în ;
- Actul denumit „Anunț de tip erată” nr. publicat în SEAP în data de ;
- Actul denumit „Anunț de tip erată” publicat în SEAP în .

Așadar, raportat la prevederile art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatorii susțin că termenul de 10 zile, calculat de la data luării la cunoștință prin publicare în SEAP, este respectat pentru fiecare dintre cele trei acte, acestea fiind publicate în , respectiv .

De asemenea, contestatorii arată, astfel cum va dezvolta mai jos (secțiunea III.A. și III.B), că prin ultima erată publicată nu se revine la cerințele din fișa de date. De altfel, subscrișii au solicitat prin contestație tocmai obligarea autorității contractante la revenirea la cerințele din fișa de date. În opinia contesatatorilor, este astfel evident că nu au avut intenția de a ataca fișa de date din . Mai mult, contestatorii precizează faptul că, astfel cum va dezvolta mai jos, asupra criteriilor de atribuire, așa cum au figurat ele în fișa de date din nu s-au adus simple clarificări, ci s-au modificat în mod repetat.

Mai mult, raportat la art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, fiecare act din cadrul procedurii de atribuire, în măsura în care este vătămător, trebuie atacat în mod individual. Așadar, din moment ce ultima modificare a cerințelor de atribuire a fost realizată prin erată, respectiv prin clarificările din , acestea sunt actele pe care contestatorii le-au apreciat ca fiind vătămătoare și, în consecință, au constituit obiectul contestației. De altfel, în clarificările nr. se și menționează expres că "Cu privire la experiența similară se va avea în vedere strict cerința formulată prin erata cu nr. " (erata fiind publicată în). Așadar, autoritatea contractantă nu a indicat că se vor avea în vedere cerințele din fișa de date ci, dimpotrivă, cele din erata . Prin urmare, chiar Municipiul a privit cerințele din anunțul de participare ca fiind diferite de cele din clarificările din și respectiv erata din .

6. În concluzie:

- (a) în principal, contesatatorii solicităm respingerea excepției;

(b) în subsidiar, solicită unirea acesteia cu fondul (în măsura în care Consiliul va aprecia că este nevoie de analizarea raportului dintre ultima erată și anunțul de participare).

II. Cu privire la interesul/obiectul cererii de suspendare, contestatorii arată că, în pag. 2 din punctul de vedere, autoritatea contractantă susține că, raportat la faptul că data depunerii contestației a coincis cu termenul limită de depunere a ofertelor (ora 15:00), iar autoritatea contractantă nu a luat măsura suspendării procedurii, iar Consiliului îi era imposibil să ia această decizie (de suspendare procedură), capătul de cerere vizând suspendarea se impune a fi respins ca lipsit de obiect și de interes.

Contrar susținerilor, cererea de suspendare este admisibilă, atât din perspectiva interesului, cât și din aceea a obiectului său. Astfel, contestatorii subliniază faptul că au solicitat suspendarea întregii proceduri de atribuire, adică și a actelor îndeplinite ulterior momentului depunerii ofertelor. La acest moment, așa cum reiese și din consultarea SEAP, dar și din susținerile Municipiului (pag 2 punct de vedere), procedura este în derulare. Prin urmare, contestatorii susțin că, dacă Consiliul va aprecia că sunt îndeplinite condițiile art. 23 din Legea nr. 101/2016, va putea opta în continuare pentru o soluție de suspendare a procedurii, ținând seama că încă nu a fost încheiat contractul de achiziții de lucrări, existând așadar obiect al cererii de suspendare (procedura de atribuire, din stadiul în care se află) și interes (o stopare a procedurii ar împiedica autoritatea contractantă să încheie contractul cu singurul ofertant care a depus ofertă - conform punctului de vedere al Mun. pag. 2).

În contextul dat, contestatorii subliniază faptul că, astfel cum reiese din acordul de asociere, s-au asociat în vederea depunerii unei oferte în cadrul procedurii de atribuire. Ținând seama că au fost împiedicați în a depune această ofertă tocmai raportat la modificarea abuzivă a criteriilor de calificare, intenția fiind de depunere a unei oferte care să respecte prevederile legale, este evident că există un interes actual atât pentru formularea contestației, cât și pentru cererea de suspendare. În sensul dat, contestatorii subliniază și faptul că, în baza acordului de asociere, a investit atât resurse financiare, cât și umane, pentru pregătirea unei oferte care să întrunească toate criteriile propuse de autoritate, fiind împiedicați în a depune oferta tocmai de modificarea substanțială a criteriilor prin cele două acte atacate prin prezenta contestație.

În concluzie, contestatorii solicită respingerea excepției lipsei de obiect, respectiv lipsă de interes cu privire la cererea de suspendare.

În continuare, contestatorii prezintă, în cele ce urmează, o analiză a modificărilor aduse acestei condiții, raportat la conținutul documentelor succesive emise în procedură (inclusiv contestațiile depuse), urmând ca, în final, să aratăm concluzia legată de aceste modificări: Erata EN nr. nu are același conținut cu anunțul de participare (fișa de date) din .

	Proiectare și execuție clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat construit de 120.000 mc și care să fi avut în componență și lucrări de instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă.	Contractele pot fi de proiectare, de execuție sau de proiectare și execuție. În cazul în care contractele sunt de proiectare și respectiv execuție și nu proiectare și execuție, se vor putea prezenta 2 contracte separate.
Erata nr.	Se prelungește termenul de depunere a ofertelor din ora 15:00	
	Experiența similară poate fi dovedită prin	
	Element	Valori/Capacități
	Proiectare și execuție clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat construit de 120.000 mc și care să fi avut în componență și lucrări de instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă.	Contractele pot fi de proiectare, de execuție sau de proiectare și execuție. În cazul în care contractele sunt de proiectare și respectiv execuție și nu proiectare și execuție, se vor putea prezenta 2 contracte separate.
	<i>cumulat construit de minim 120.000 mc și care să fi avut în componență și lucrări de construcții și instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă".</i> Așadar, experiența similară poate fi dovedită prin:	
	Element	Valori/Capacități
		Nr. contracte
Răspunsul consolidat nr. (răspuns la clarificări)	Experiența similară poate fi dovedită astfel (răspunsul la clarificare - punctul 1/1)	

B. Clarificările din și Erata din NU reiau conținutul fișei de date (anunțul de participare)

Astfel, analizând cronologia actelor de mai sus, cu privire la cerința experienței similare, reies următoarele:

Prin fișa de date, experiența similară putea fi dovedită prin:

- 1 contract Proiectare clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum de Minim 120.000 mc proiectați;
- 1 contract Execuție lucrări clădiri de importanță C sau superioară cu un volum de Minim 120.000 mc proiectați;
- 1 contract Execuție lucrări construcții și instalații având ca obiect 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă;

Sau

- 1 contract Proiectare și Execuție lucrări clădiri de importanță C sau superioară cu un volum de minim 120.000 mc construiți;
- 1 contract Execuție lucrări construcții și instalații având ca obiect 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă;

Așadar, chiar dacă nu se specifică că pentru contractul de execuție nu se specifică expres că este nevoie de un alt contract, această experiență în execuția unui bazin este notată distinct față de cea a proiectării și executării unor clădiri. Astfel, autoritatea publică arată pentru fiecare în parte, ce înseamnă "lucrări duse la bun sfârșit". Mai mult, atunci când se referă la clădirile din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat de 120.000 mc se referă la "lucrări de construcții clădiri din categoria (...)", iar atunci când se referă la lucrările care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă se referă la "lucrări de construcții și instalații". În plus, nicăieri nu se precizează că bazinul ar trebui să aibă un anumit volum.

Mai mult, această interpretare a fișei de date reiese chiar din clarificările aduse de autoritatea contractantă prin Răspunsul consolidat nr. (punctul 1/1 și 2/2) și Răspuns consolidat nr. (punctul 6). Astfel, conform acestor interpretări ale Municipiului, experiența similară poate fi dovedită prin:

- 1 contract Proiectare clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum de Minim 120.000 mc proiectați (contractul putând fi distinct sau ca obiect inclus într-un contract de proiectare și execuție);
- 1 contract Execuție lucrări clădiri de importanță C sau superioară cu un volum de Minim 120.000 mc proiectați (contractul putând fi distinct sau ca obiect inclus într-un contract de proiectare și execuție);
- 1 contract Execuție lucrări construcții și instalații având ca obiect 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă (distinct față de cele două contracte de mai sus).

De asemenea, se mai precizează că autoritatea contractantă va putea lua în considerare, prin asimilare, doar în mod justificat, mai multe contracte/contracte subsecvente ca fiind experiență similară, dacă aceste contracte sau contracte subsecvente etc. vizează același șantier/proiect, iar prin natura procedurilor de contractare ale respectivului beneficiar au fost semnate mai multe contracte/contracte subsecvente.

Contestatorul apreciază evident așadar că autoritatea publică a interpretat că aceste două tipuri de lucrări trebuie dovedite distinct și că doar clădirile trebuie să aibă un volum de 120.000 mc:

- proiectare și execuție lucrări de construcții clădiri de importanța C sau superioară cu un volum de minim 120.0900 mc proiectați (1 contract sau două contracte distincte)

și

- execuție lucrări construcții și instalații având ca obiect 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă (un contract).

Aceste din urmă clarificări au fost imediat contestate, astfel că prin contestația nr. se contestă exact faptul că este permisă depunerea unui contract distinct pentru lucrările de construcții și instalații bazin cu destinație publică și/sau sportivă. Măsura propusă prin contestație este exact aceea care a fost și adoptată prin actele contestate prin prezenta contestație și anume că cerința experienței similare ar trebui să impună dovedirea prezentării unui contract de execuție de lucrări pentru un bazin cu destinație publică și/sau sportivă de minim 120.000 mc privind clădiri de importanța C.

Prin Clarificări și măsuri de remediere nr. autoritatea publică:

(a)elimină sintagma "Autoritatea contractantă va putea lua în considerare, prin asimilare, doar în mod justificat, mai multe contracte/contracte subsecvente ca fiind experiență similară, dacă aceste contracte sau contracte subsecvente etc. vizează același șantier/proiect, iar prin natura procedurilor de contractare ale respectivului beneficiar au fost semnate mai multe contracte/contracte subsecvente."

(b)arată că interpretarea este cea din Erata nr.

13.5. În cuprinsul acestei erate, Erata nr. , autoritatea publică corectează omisiunea recunoscută în răspunsurile anterioare la clarificări (faptul că nu a inclus ca experiență similară și proiectarea unui bazin, nu doar execuția lui) și arată astfel că experiența similară constă în:

- 1 contract de proiectare construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un Volumul proiectat de minim 120.000 mc;

- 1 contract de proiectare construcții și instalații a minim un bazin cu destinație publică și/sau sportivă;

- 1 contract de execuție construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un Volumul proiectat de minim 120.000 mc;

- 1 contract de execuție construcții și instalații a minim un bazin cu destinație publică și/sau sportivă;

Așadar, într-un sens contrar celor din cuprinsul contestației , autoritatea contractantă păstrează sensul fișei de date, adăugând cerința dovedirii și a proiectării (pe lângă cea a execuției) unor lucrări de construcții și instalații a minim un bazin cu destinație publică și/sau sportivă. De altfel, chiar în cuprinsul punctului de vedere depus (pag. 7) reține că "prin cerința privind experiența similară aferentă unui bazin public/sportiv nu sunt vizate

clădirile ce pot adăposti, după caz, un astfel de bazin, deoarece obiectivul autorității a vizat o experiență specifică/de specialitate".

13.6. Ca urmare a clarificărilor din contestatorul renunță la contestație, astfel că se emite Decizie CNSC nr. din prin care se ia act de această renunțare.

13.7. Imediat însă după publicarea eratei, se revine prin contestația , invocându-se același argumente precum în contestația anterioară. Cele patru cerințe: 1. Proiectare construcție de importanță C sau superioară cu un volum proiectat/construit de minim 120.000 mc; 2. Proiectare construcții și instalații cu privire la minim un bazin cu destinație publică și/sau sportivă; 3. Execuție construcție de importanță C sau superioară cu un volum proiectat/construit de minim 120.000 mc; 4. Execuție construcții și instalații cu privire la minim un bazin cu destinație publică și/sau sportivă, să fie cerințe care trebuie îndeplinite cumulativ, printr-un singur contract de execuție lucrări, având ca obiect o construcție cu cele trei caracteristici, precum și un contract de proiectare, cu cerințele din documentația inițială. În cuprinsul contestației se reia ideea din contestațiile anterioare: și bazinul ar trebui să aibă un volum de 120.000 mc.

Apare interpretarea potrivit căreia aceasta cerință ar fi în acord cu fișa de date (strategie care, mai târziu, prin punctul de vedere, a fost adoptată și de către Municipiu).

10.7. Pentru prima dată, optica autorității contractante se modifică brusc, "ca urmare a contestației" (deși contestația a cuprins același argumente care, anterior, nu au fost apreciate ca fiind întemeiate, raportat la clarificările și eratele anterioare). Prin răspunsul la clarificări nr. (atacat în prezentul litigiu) se reține că:

a) se elimină răspunsul la întrebarea cu nr. 1/1 și 2/2 din răspunsul consolidat nr și cerința de la secțiunea III.1.3) Capacitate tehnică și profesională modificată conform eratei cu nr. ;

b) Cu privire la experiența similară se va avea în vedere strict cerința formulată prin erata cu nr. : "Lucrările similare reprezintă lucrări de construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat construit de minim 120.000 mc și care să fi avut în componență și lucrări de construcții și instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă".

10.8. În același sens este și : "Lucrările similare reprezintă lucrări de construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat construit de minim 120.000 mc ȘI CARE SĂ FI AVUT ÎN COMPONENTĂ și lucrări de construcții și instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă".

11. La acest moment, după modificările de mai sus, experiența similară se dovedește prin:

- 1 contract de proiectare și execuție clădiri de importanță C sau superioară cu un volum cumulat construit de minim 120.000 mc ȘI CARE SĂ FI AVUT ÎN COMPONENTĂ și lucrări de construcții și instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă

sau

- 1 contract de proiectare clădiri de importanță C sau superioară cu un volum cumulat construit de minim 120.000 mc ȘI CARE SĂ FI AVUT ÎN COMPONENTĂ si lucrări de construcții si instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică si/sau sportivă

și

- 1 contract de execuție clădiri de importanță C sau superioară cu un volum cumulat construit de minim 120.000 mc ȘI CARE SĂ FI AVUT ÎN COMPONENTĂ si lucrări de construcții si instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică si/sau sportivă

12. În concluzie, prin cele două acte atacate (clarificările din și erata din) NU se revine la condițiile din fișa de date:

- pentru prima dată, nu se mai cer contracte distincte pentru fiecare tip de lucrări (de construcții clădiri sau de construcții și instalații bazin), ci se cere un contract (de proiectare și execuție sau proiectare, respectiv execuție) care să fie referitor la construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat construit de minim 120.000 mc și care să fi avut în componență și lucrări de construcții și instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă".

Sintagma care se adaugă este așadar "să fi avut în componență și...".

Cu alte cuvinte, dacă până acum ofertanții puteau dovedi experiența similară prin depunerea unui/unor contracte pentru proiectare și execuție clădiri (cu specificațiile de mai sus) și separat un contract de proiectare/ execuție bazin (cu specificațiile de mai sus), acum va trebui ca în cadrul aceluiași contract să se fi avut în vedere și proiectarea, respectiv execuția clădirii, dar și proiectarea și construcția bazinului. Or această cerință NU este cuprinsă în fișa de date. Mai mult, sintagma sugerează că și bazinul ar trebui să aibă același volum de 120.000 mc, din moment ce trebuie să fie în componența unei clădiri cu acest specific.

- în fișa de date sunt prevăzute distinct lucrările de construcții clădiri de lucrările de construcții și instalații, pentru fiecare fiind prevăzute condiții diferite.

- modificările au fost realizate ca urmare a formulării contestațiilor. Așadar, s-au validat argumentele din contestație (care sugereau că și bazinul ar trebui să aibă acest volum). Acest aspect este recunoscut și în punctul de vedere (pag. 9).

C. Modificările aduse cerinței experienței similare NU respectă prevederile legale

13. În pag. 9 din punctul de vedere, Mun. susține că: (C. 1) toate modificările formulate la anunțul de participare inițial au fost realizate cu respectarea prevederilor art. 153 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și a art. 55 din HG nr. 395/2016, fiind realizate prin publicarea unor erate; (C.2) Prin publicarea acestor erate de modificare a anunțului de participare inițial și aducerea lor la cunoștința celor interesați, a fost respectat și art. 2 din Legea nr. 98/2016 privind principiile aplicabile în materia achizițiilor publice; (C.3) Au fost respectate și instrucțiunile nr. 2/2017 ANAP, nefiind vorba despre o experiență identică, ci de una similară; (C.4) Nu s-a intenționat restrângerea concurenței. Cu mențiunea că autoritatea

contractantă nu tratează punctual toate motivele de nelegalitate invocate (astfel că nu le vom relua, făcând trimitere la cele arătate în cuprinsul contestației), vom analiza în cele ce urmează apărările cuprinse în punctul de vedere. Astfel:

C.1. Încălcarea prevederilor art. 55 din HG nr. 395/2016 și art. 153 alin. (2) din Legea nr. 98/2016

14. Contestatorul arată, astfel cum a dezvoltat pe larg și în cuprinsul contestației, chiar dacă prevederile art. 55 din HG nr. 395/2016 și cele ale art. 153 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 permit emiterea unor erate legate de modificări ale procedurii de atribuire, aceste modificări nu trebuie să fie unele substanțiale. În speță este vorba despre o modificare substanțială, având în vedere că extinderea criteriilor de selecție (fiind necesară dovedirea experienței similare în ceea ce privește proiectarea și execuția unor clădiri de importanță C cu un volum proiectat/construit de 120.000 mc și care să fi avut integrat și un bazin cu destinație publică și/sau sportivă), restrângându-se competiția și favorizându-se anumiți operatori economici.

15. Astfel, chiar dacă aceste modificări nu s-ar aprecia substanțiale, raportat la modificările majore aduse, autoritatea contractantă avea obligația de a prelungi termenul-limită pentru depunerea ofertelor, fiind vorba despre modificări/completări ale specificațiilor tehnice, care presupun un timp suplimentar pentru reacția eventualilor ofertanți. Mai mult, potrivit alin. (2) al art. 153 din Legea nr. 98/2016, prelungirea acordată trebuie să fie proporțională cu volumul și complexitatea modificărilor aduse documentelor achiziției (de exemplu, un timp suficient pentru a identifica un terț susținător).

C.2. Încălcarea principiilor din materia achizițiilor publice

16. Municipiul susține că nu a favorizat niciun operator economic, ci a avut în vedere necesitățile privind operatorul economic cu care ar fi posibil să se încheie un contract de execuție cu o valoare de peste 120.000 lei fără TVA. Ultima erată a fost publicată ca și consecință a formulării (marginal) lacunare a cerințelor, astfel cum au fost publicate prin fișa de date și anunțul de participare, necesității emiterii unei clarificări cu privire la remedierea formulării cerințelor, într-o manieră care să fie mult mai facilă interpretării legale, contestațiile succesive primite nu puteau fi considerate integral nefundamentate, necesitatea eliminării integrale a riscului de anulare.

17. Mai mult, contestatorul reiterează faptul că, dacă până la un anumit moment autoritatea contractantă a invalidat argumentele din contestație, păstrând regulile din fișa de date, odată cu actele atacate prin prezenta contestație, se modifică cerința legată de experiența similară, tocmai pentru a favoriza operatorul economic care considera că toate lucrările de construcții (clădiri și bazin) trebuie să fie dovedite prin același contract, iar volumul să fie de 120.000 mc. Din moment ce acesta a prezentat în contestație argumentele în acest sens, era evident că îndeplinirea condițiilor în această formă, impunera lor restrângând în mod evident concurența.

18. Contrar susținerilor Municipiului, contestatorul subliniază faptul că, clarificările și erata nu au fost emise ca urmare a "formulării lacunare" a fișei de date și a anunțului de participare. Chiar în cuprinsul actelor atacate se indică că ele au fost emise "ca urmare a contestației", iar după ce au fost emise, autorul contestației nu le-a mai atacat. Prin urmare, în mod evident, conținutul eratelor era în concordanță cu conținutul contestației. În plus, chiar dacă ar accepta raționamentul Municipiului în sensul că fișa de date ar fi fost lacunară, care permitea mai multe interpretări (una dintre ele fiind chiar cea emisă de autoritate, contestatorul arată că prin răspunsurile la clarificări din și), nu există nicio garanție că sensul corect și inițial al fișei de date ar fi cel din ultima erată. Prin urmare, faptul că o cerință tehnică suferă atât de multe modificări (unele diametral opuse) generează tocmai o încălcare a principiului securității juridice. Pus în fața acestor modificări succesive, operatorul economic (cum sunt și subscrișii) ajunge în situația de a nu mai cunoaște sensul real al cerinței, aspect care, în sine, constituie o vătămare și poate conduce la nelegalitatea procedurii și la riscul anulării sale.

C.3. Încălcarea instrucțiunilor ANAP nr. 2/2017 și restrângerea concurenței

19. Reiterând prevederile art. 3 alin. (1)-(3) din Instrucțiunile ANAP nr. 2/2017, autoritatea contractantă susține (pag. 10-11 din punctul de vedere) că era necesară dovedirea volumului de 120.000 mc pentru clădiri (aspect necontestat de subscrișii) și că nu a intenționat restrângerea competiției prin formularea unor cerințe de calificarea stricte, respectiv și-a asumat formularea inițială, lacunară, a cerințelor privind experiența similară. În continuare, susține că experiența similară ce vizează clădirile de importanță minim C nu este una restrictivă și identică, ci o experiență similară.

20. Pe de o parte, trebuie subliniat că subscrișii contestatori nu au contestat faptul că, în ceea ce privește experiența similară pentru lucrările de construcții clădiri, să fie impusă cerința ca ele să aibă un volum de 120.000 mc, ci faptul că s-a impus ca în cadrul aceluiași proiect să se realizeze și un bazin care să aibă acest volum. Chiar dacă autoritatea contractantă susține că bazinul nu trebuia să respecte un anumit volum, din formularea folosită în actele atacate se poate trage doar această concluzie, din moment ce există sintagma "Să fi avut în componență". Or, o asemenea condiție reprezintă, în opinia contestatorii, o experiență identică.

21. În ceea ce privește "asumarea formulării lacunare", contestatorii consideră o asemenea atitudine nu este permisă de către Legea nr. 98/2016, respectiv Instrucțiunile ANAP. În opinia contestatorilor, o formulare lacunară ar trebui să conducă la anularea procedurii, nu la modificări succesive, discriminatorii.

22. În concluzie, în speță are loc o restrângere a concurenței prin actele atacate (raportat la motivele de mai sus și cele arătate în cuprinsul contestației).

Cu adresa înregistrată la CNSC cu nr. , autoritatea contractantă a solicitat, ca urmare a cererii de intervenție accesorie formulată de asocieria

„„„SRL- - „„„„ admiterea în principiu a acestei cereri, fiind întrunite condițiile cumulative prevăzute de art. 63 și urm. Din C.proc.civ. coroborate cu art. 17 alin. 3 din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. , Asocierea „„„SRL- „„„- „„„ a solicitat acces la dosarul cauzei.

Cu adresa înregistrată la CNSC cu nr. , „„„SRL și „„„„„, în baza acordului de asociere din , încheiat între societățile „„„SRL și „„„„„, ambii cu sediul procesual ales la Cabinet de avocat , situat în mun. „„„„„, str. nr. 2-4, jud. „„„„„, au formulat „punct de vedere”, prin care solicită respingerea cererii de intervenție formulată de către Asocierea „„„S.R.L., „„„S.R.L., „„„ S.R.L., prin liderul asocierii „„„S.R.L., ca neîntemeiată, pentru argumentele pe care le va expune în continuare.

I. Cu privire la aspectele procedurale și excepțiile invocate

A. În ceea ce privește cauțiunea consemnată

1. Intervenienta solicită respingerea contestației formulate, motivând că contestatorii ar fi formulat două contestații distincte, fără a consemna două cauțiuni la dispoziție CNSC. Se solicită astfel fie respingerea în parte a contestației, față de contestatoarea care nu a consemnat cauțiunea, fie respingerea integrală a contestației, dacă s-ar fi consemnat cauțiuni parțiale pentru fiecare dintre cele două societăți (pag. 6-7 din cererea de intervenție).

2. Aspectele referitoare la cauțiunea consemnată au fost clarificate de către „„„SRL și „„„„„, prin note depuse în , prin care a răspuns Adresei CNSC nr.

3. Contrar celor învederate de către intervenientă, nu au fost formulate două contestații, ci o singură contestație, formulată împreună de către subscrisele, SRL și „„„„„ SRL, în baza Acordului de asociere din (depus la dosarul contestației), în baza căruia urma să depună o singură ofertă la procedura de achiziție publică CN , „Proiectare si Execuție Lucrări „Bazin de înot în cartierul „„„„„”, derulată de către „„„„„.

4. Din cuprinsul acordului de asociere se poate desprinde că scopul acestuia îl constituie chiar susținerea în comun a ofertei asocierii, ponderea responsabilităților pentru execuția contractului fiind distribuită între cele două societăți, după cum urmează: a) „„„SRL - 96,23%, membrul asocierii având atribuții legate de lucrările de execuție; b) „„„„„ SRL - 3,77%, membrul asocierii având atribuții legate de lucrările de proiectare. Prin același contract a fost desemnat ca lider de proiect societatea „„„SRL.

5. Asocierea temporară formată are calitatea de operator economic, potrivit prevederilor art. 3 lit. jj) din Legea nr. 98/2016: „36.jj) *operator economic - orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități, care oferă în mod licit pe piață executarea de lucrări, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, și care este/sunt stabilită/stabilite în (...)*”.

6. Coroborând prevederea legală anterior enunțată cu dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, se poate desprinde că în cazul asocierilor fără personalitate juridică, oricare dintre membrii acesteia poate

formula contestație, tocmai pentru că în lipsa personalității juridice, asocierea nu are calitatea de subiect de drept distinct. Acest text legal nu exclude însă ca toți membrii asocierii să formuleze o singură contestație.

7. Având în vedere că în accepțiunea prevederilor Legii nr. 101/2016, asocierea temporară, prin membrii acesteia, poate avea calitatea de persoană vătămată, cauțiunea prevăzută la art. 61¹ alin. (1) din aceeași lege, va fi constituită o singură dată, atunci când contestația se introduce de către membrii acestei asocieri temporare.

8. De vreme ce și între subscrisele „„SRL și a fost încheiat un astfel de acord de asociere, în baza căruia urma să depună o singură ofertă, se impunea a fi consemnată o singură cauțiune la dispoziția CNSC. În concret, cauțiunea a fost consemnată de către „„SRL, în calitate de lidel al asocierii temporare formată împreună cu SRL.

9. Sunt neîntemeiate și susținerile potrivit cărora cauțiunea consemnată ar fi trebuit să aibă un quantum de 2.000.000 RON. Potrivit art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, quantumul cauțiunii necesar a fi consemnată este de 2% din valoarea contractului, dar nu mai mult de 220.000 lei, atunci când contestația a fost introdusă în etapa prevăzută la art. 17 alin. (1) lit. a) din cuprinsul legii. În acord cu prevederile art. 17 alin. (1) lit. a), această etapă se desfășoară până la data- limită pentru depunerea ofertelor. În speță, data limită pentru depunerea ofertelor a fost , ora 15:00, iar contestația formulată a fost înregistrată la CNSC prin intermediul poștei electronice și comunicată autorității contractante, în , ora 12:19.

10. Prin urmare, de vreme ce contestația nu a fost formulată după data limită pentru depunerea ofertelor, mai exact după data de , ora 15:00, cauțiunea maximă care putea fi pusă în sarcina „„SRL și, este în quantum de 220.000 lei, cauțiune care a fost consemnată la dispoziția CNSC.

B. Cu privire la excepția tardivității contestației

11. Intervenienta a invocat excepția tardivității, argumentând că, de fapt, obiectul contestației l-ar constitui chiar forma inițială a documentației de atribuire, astfel cum aceasta a fost publicată în SEAP în (pag.8-9 din cuprinsul cererii de intervenție).

12. Argumentele aduse în sprijinul acestei excepții sunt similare celor expuse prin Punctul de vedere formulat de către autoritatea contractantă, cu privire la care contestatorii și-au exprimat poziția prin notele înregistrate în . Având în vedere că această cerere de intervenție este formulată însă de către un alt subiect de drept, contestatorii reiterează în cele ce urmează motivele care justifică respingerea excepției.

B.1. Analiza cronologică a modificărilor aduse cerinței experienței similare

13. Astfel cum reiese din cuprinsul contestației (paragraf 3 și 4), autoritatea contractantă a adus modificări nelegale documentației de atribuire. Aspectul de noutate, indicat pentru prima dată în punctul de vedere depus (folosindu-se explicații și formulări noi față de cele cuprinse în actele atacate) este că toate modificările succesive care s-au produs asupra

cerinței legate de capacitatea tehnică și/sau profesională (secțiunea III.1.3.a) ar fi condus, în final, la același conținut din anunțul de participare (pag. 8-9 din cererea de intervenție). În realitate, însă, cerința legată de capacitatea tehnică și/sau profesională legată de experiența similară în ceea ce privește executarea unui bazin a fost modificată substanțial față de conținutul documentației de atribuire, astfel cum se va arăta mai jos.

14. În continuare, contestatorii vor prezenta, în cele ce urmează, o analiză a modificărilor aduse acestei condiții, raportat la conținutul documentelor succesive emise în procedură (inclusiv contestațiile depuse), urmând ca, în final, să arate concluzia legată de aceste modificări: Erata EN nr. nu are același conținut cu anunțul de participare (fișa de date) din .

Răspunsul consolidat nr. _____

(răspuns la clarificări)

Experiența similară poate fi dovedită astfel (răspunsul la clarificare - punctul 1/1)

Element	Valori/Capacități	Nr. contracte
Proiectare clădiri din categoria de importanță C cu capacitățile fizice minime menționate	Minim 120.000 mc de proiectați	1 contract (distinct sau ca obiect inclus într-un contract de proiectare și execuție)
Execuție lucrări clădiri de importanță C cu capacitățile fizice minime menționate	Minim 120.000 mc de construiți	1 contract (distinct sau ca obiect inclus într-un contract de proiectare și execuție)
Execuție lucrări construcții și instalații	1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă	Distinct față de cele două contracte de mai sus.
Prin formularea acestei cerințe, autoritatea contractantă nu a solicitat anumite capacități fizice minime cât nici experiență similară pentru proiectare aferentă (dintr-o eroare), fapt pentru care cerința se va rezuma la execuția de lucrări pentru un bazin cu destinație publică/sportivă.		
Autoritatea contractantă va putea lua în considerare, prin asimilare, doar în mod justificat, mai multe contracte/contracte subsecvente ca fiind experiență similară, dacă aceste contracte sau contracte subsecvente etc. vizează același șantier/proiect, iar prin natura procedurilor de contractare ale respectivului beneficiar au fost semnate mai multe contracte/contracte subsecvente.		

Experiența similară poate fi dovedită astfel (răspunsul la clarificare - punctul 2/2)

Element	Valori/Capacități	Nr. contracte
---------	-------------------	---------------

	- răspunsul consolidat cu nr. (clarificarea nr. 6) Motive: - Municipiul ar fi introdus în mod nelegal cerința depunerii unui al treilea contract suplimentar - contract de execuție pentru un bazin cu destinație publică și sau spori tvă - În realitate, cerința ar trebui să impună dovedirea prezentării unui contract de execuție de lucrări pentru un bazin cu destinație publică și/sau sportivă de minim 120.000 mc privind clădiri de importanța C		
Clarificări si măsuri remediere nr. de	Ca urmare a contestației, prin prezenta arătăm că înțelegem să eliminăm răspunsul la întrebarea cu nr. 1/1 și 2/2 din răspunsul consolidat cu nr. . Cu privire la experiența similară veți avea în vedere strict cerința formulată prin Erata nr. Ca urmare a contestației, înțelegem să eliminăm sintagma "Autoritatea contractantă va putea lua în considerare, prin asimilare, doar în mod justificat, mai multe contracte/contracte subsecvente ca fiind experiență similară, dacă aceste contracte sau contracte subsecvente etc. vizează același șantier/proiect, iar prin natura procedurilor de contractare ale respectivului beneficiar au fost semnate mai multe contracte/contracte subsecvente."		
Erata nr. E din	Element	Valori/Capacități	Nr. contracte
	Proiectare construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară	Volumul proiectat/construit de minim 120.000 mc	1 (un) contract de proiectare
	Proiectare construcții și instalații	Minim un bazin cu destinație publică si/sau sportivă	1 contract de proiectare
	Execuție lucrări pentru construcții clădiri de importanță C sau superioară	Volumul proiectate este de Minim 120.000 mc proiectat/construit	1 (un) contract de execuție
	Execuție lucrări construcții și instalații	1 bazin cu destinație publică si/sau sportivă	1 contract de execuție

	Element	Valori/Capacități	Nr. contracte
	Proiectare și execuție clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulativ construit de 120.000 mc și care să fi avut în componență și lucrări de instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă.		Contractele pot fi de proiectare, de execuție sau de proiectare și execuție. În cazul în care contractele sunt de proiectare și respectiv execuție și nu proiectare și execuție, se vor putea prezenta 2 contracte separate.
Erata nr.	Se prelungește termenul de depunere a ofertelor din ora 15:00		
Erata nr.	Experiența similară poate fi dovedită prin		
	Element	Valori/Capacități	Nr. contracte
	Proiectare și execuție clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulativ construit de 120.000 mc și care să fi avut în componență și lucrări de instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă.		Contractele pot fi de proiectare, de execuție sau de proiectare și execuție. În cazul în care contractele sunt de proiectare și respectiv execuție și nu proiectare și execuție, se vor putea prezenta 2 contracte separate.
	formulată prin erata cu nr. "Lucrările similare reprezintă lucrări de construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulativ construit de minim 120.000 mc și care să fi avut în componență și lucrări de construcții și instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă Așadar, experiența similară poate fi dovedită prin:		

B.2 Clarificările din și Erata din NU reiau conținutul fișei de date (anunțul de participare)

15. Analizând cronologia actelor de mai sus, cu privire la cerința experienței similare, reies următoarele:

15.1 Prin fișa de date, experiența similară putea fi dovedită prin:

- 1 contract Proiectare clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum de Minim 120.000 mc proiectați;
- 1 contract Execuție lucrări clădiri de importanță C sau superioară cu un volum de Minim 120.000 mc proiectați;
- 1 contract Execuție lucrări construcții și instalații având ca obiect 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă

Sau

- 1 contract Proiectare și Execuție lucrări clădiri de importanță C sau superioară cu un volum de minim 120.000 mc construiți
- 1 contract Execuție lucrări construcții și instalații având ca obiect 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă

Așadar, chiar dacă nu se specifică expres că pentru contractul de execuție este nevoie de un alt contract, această experiență în execuția unui bazin este notată distinct față de cea a proiectării și executării unor clădiri. Astfel, autoritatea publică arată pentru fiecare în parte, ce înseamnă "lucrări duse la bun sfârșit". Mai mult, atunci când se referă la clădirile din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat de 120.000 mc se referă la "lucrări de construcții clădiri din categoria (...)", iar atunci când se referă la lucrările care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă se referă la „lucrări de construcții și instalații”. În plus, nicăieri nu se precizează că bazinul ar trebui să aibă un anumit volum.

13.2. Această interpretare a fișei de date reiese chiar din clarificările aduse de autoritatea contractantă prin Răspunsul consolidat nr. (punctul 1/1 și 2/2) și Răspuns consolidat nr. (punctul 6). Astfel, conform acestor interpretări ale Municipiului, experiența similară poate fi dovedită prin:

- 1 contract Proiectare clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum de Minim 120.000 mc proiectați (contractul putând fi distinct sau ca obiect inclus într-un contract de proiectare și execuție);
- 1 contract Execuție lucrări clădiri de importanță C sau superioară cu un volum de Minim 120.000 mc proiectați (contractul putând fi distinct sau ca obiect inclus într-un contract de proiectare și execuție);
- 1 contract Execuție lucrări construcții și instalații având ca obiect 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă (distinct față de cele două contracte de mai sus).

Se mai precizează că autoritatea contractantă va putea lua în considerare, prin asimilare, doar în mod justificat, mai multe contracte/contracte subsecvente ca fiind experiență similară, dacă aceste contracte sau contracte subsecvente etc. vizează același șantier/proiect, iar prin natura procedurilor de contractare ale respectivului beneficiar au fost semnate mai multe contracte/contracte subsecvente.

În opinia contesatatorilor, este evident așadar că autoritatea publică a interpretat că aceste două tipuri de lucrări trebuie dovedite distinct și că doar clădirile trebuie să aibă un volum de 120.000 mc:

- proiectare și execuție lucrări de construcții clădiri de importanță C sau superioară cu un volum de minim 120.000 mc proiectați (1 contract sau două contracte distincte) și

- execuție lucrări construcții și instalații având ca obiect 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă (un contract).

15.3. Aceste din urmă clarificări au fost imediat contestate, astfel că prin contestația nr. se contestă exact faptul că este permisă depunerea unui contract distinct pentru lucrările de construcții și instalații bazin cu destinație publică și/sau sportivă. Măsura propusă prin contestație este exact aceea care a fost și adoptată prin actele contestate prin prezenta contestație și anume că cerința experienței similare ar trebui să impună dovedirea prezentării unui contract de execuție de lucrări pentru un bazin cu destinație publică și/sau sportivă de minim 120.000 mc privind clădiri de importanță C.

15.4. Prin Clarificări și măsuri de remediere nr. autoritatea publică:

(a) elimină sintagma "Autoritatea contractantă va putea lua în considerare, prin asimilare, doar în mod justificat, mai multe contracte/contracte subsecvente ca fiind experiență similară, dacă aceste contracte sau contracte subsecvente etc. vizează același șantier/proiect, iar prin natura procedurilor de contractare ale respectivului beneficiar au fost semnate mai multe contracte/contracte subsecvente."

(b) arată că interpretarea este cea din Erata nr.

15.5. În cuprinsul acestei erate, Erata nr. autoritatea corectează omisiunea recunoscută în răspunsurile anterioare la clarificări (faptul că nu a inclus ca experiență similară și proiectarea unui bazin, nu doar execuția lui) și arată astfel că experiența similară constă în:

- 1 contract de proiectare construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un Volumul proiectat de minim 120.000 mc;
- 1 contract de proiectare construcții și instalații a minim un bazin cu destinație publică și/sau sportivă;
- 1 contract de execuție construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un Volumul proiectat de minim 120.000 mc;
- 1 contract de execuție construcții și instalații a minim un bazin cu destinație publică și/sau sportivă;

Așadar, într-un sens contrar celor din cuprinsul contestației , autoritatea contractantă păstrează sensul fișei de date, adăugând cerința dovedirii și a proiectării (pe lângă cea a execuției) unor lucrări de construcții și instalații a minim un bazin cu destinație publică și/sau sportivă. De altfel, chiar în cuprinsul punctului de vedere depus (pag. 7) reține că "prin cerința privind experiența similară aferentă unui bazin public/sportiv nu sunt vizate clădirile ce pot adăposti, după caz, un astfel de bazin, deoarece obiectivul autorității a vizat o experiență specifică/de specialitate".

15.6. Ca urmare a clarificărilor din , contestatorul renunță la contestație, astfel că se emite Decizie CNSC nr. din prin care se ia act de această renunțare.

15.7. Imediat însă după publicarea eratei, se revine prin contestația , invocându-se același argumente precum în contestația anterioară. Cele patru cerințe: 1. Proiectare construcție de importanță C sau superioară cu

un volum proiectat/construit de minim 120.000 mc; 2. Proiectare construcții și instalații cu privire la minim un bazin cu destinație publică și/sau sportivă; 3. Execuție construcție de importanță C sau superioară cu un volum proiectat/construit de minim 120.000 mc; 4. Execuție construcții și instalații cu privire la minim un bazin cu destinație publică și/sau sportivă, să fie cerințe care trebuie îndeplinite cumulativ, printr-un singur contract de execuție lucrări, având ca obiect o construcție cu cele trei caracteristici, precum și un contract de proiectare, cu cerințele din documentația inițială. În cuprinsul contestației se reia ideea din contestațiile anterioare: și bazinul ar trebui să aibă un volum de 120.000 mc.

Apare inteptretarea potrivit căreia aceasta cerință ar fi în acord cu fișa de date (strategie care, mai târziu, prin punctul de vedere, a fost adoptată și de către Municipiu).

15.8. Pentru prima dată, optica autorității contractante se modifică brusc, "ca urmare a contestației" (deși contestația a cuprins același argumente care, anterior, nu au fost apreciate ca fiind întemeiate, raportat la clarificările și eratele anterioare). Prin răspunsul la clarificări nr. (atacat în prezentul litigiu) se reține că:

a) se elimină răspunsul la întrebarea cu nr. 1/1 și 2/2 din răspunsul consolidat nr. și cerința de la secțiunea III.1.3) „Capacitate tehnică și profesională” modificată conform eratei cu nr. ;

b) Cu privire la experiența similară se va avea în vedere strict cerința formulată prin erata cu nr. : "Lucrările similare reprezintă lucrări de construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat construit de minim 120.000 mc și care să fi avut în componență și lucrări de construcții și instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă".

15.9. În același sens este și : "Lucrările similare reprezintă lucrări de construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat construit de minim 120.000 mc și CARE SĂ FI A VUT ÎN COMPONENTĂ și lucrări de construcții și instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă".

16. La acest moment, după modificările de mai sus, experiența similară se dovedește prin:

- 1 contract de proiectare și execuție clădiri de importanță C sau superioară cu un volum cumulat construit de minim 120.000 mc ȘI CARE SĂ FI A VUT ÎN COMPONENTĂ și lucrări de construcții și instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă sau

- 1 contract de proiectare clădiri de importanță C sau superioară cu un volum cumulat construit de minim 120.000 mc ȘI CARE SĂ FI A VUT ÎN COMPONENTĂ și lucrări de construcții și instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă și

- 1 contract de execuție clădiri de importanță C sau superioară cu un volum cumulat construit de minim 120.000 mc SI CARE SĂ FI A VUT ÎN COMPONENTĂ și lucrări de construcții și instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă

17. În concluzie, prin cele două acte atacate (clarificările din și erata din) NU se revine la condițiile din fișa de date:

- pentru prima dată, nu se mai cer contracte distincte pentru fiecare tip de lucrări (de construcții clări sau de construcții și instalații bazin), ci se cere un contract (de proiectare și execuție sau proiectare, respectiv execuție) care să fie referitor la construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat construit de minim 120.000 mc și care să fi avut în componență și lucrări de construcții și instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă". Sintagma care se adaugă este așadar "să fi avut în componență și...".

Cu alte cuvinte, dacă până acum ofertanții puteau dovedi experiența similară prin depunerea unui/unor contracte pentru proiectare și execuție clădiri (cu specificațiile de mai sus) și separat un contract de proiectare/execuție bazin (cu specificațiile de mai sus), acum va trebui ca în cadrul aceluiasi contract să se fi avut în vedere și proiectarea, respectiv execuția clădirii, dar și proiectarea și construcția bazinului. Or această cerință NU este cuprinsă în fișa de date. Mai mult, sintagma sugerează că și bazinul ar trebui să aibă același volum de 120.000 mc, din moment ce trebuie să fie în componența unei clădiri cu acest specific.

- în fișa de date sunt prevăzute distinct lucrările de construcții clădiri de lucrările de construcții și instalații, pentru fiecare fiind prevăzute condiții diferite.

- modificările au fost realizate ca urmare a formulării contestațiilor. Așadar, s-au validat argumentele din contestație (care sugereau că și bazinul ar trebui să aibă acest volum).

B.3 Netemeinicia excepției tardivității în raport cu argumentele expuse

18. Contestatorii consideră excepția tardivității în mod evident neîntemeiată, raportat la faptul că obiectul contestației NU îl reprezintă anunțul de participare din (de altfel, acesta este singurul act care, în speță, ar putea din punct de vedere legal, să stabilească criteriile de atribuire), ci următoarele acte:

- Actul denumit "Clarificări și măsuri de remediere" nr. emis de Mun.- Napoca - Direcția tehnică - Serviciu Achiziții Publice, publicat în SEAP în ;

- Actul denumit "Anunț de tip erată" nr. , publicat în SEAP în data de ;

- Actul denumit "Anunț de tip erată" publicat în SEAP în .

19. Așadar, raportat la prevederile art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, termenul de 10 zile , calculat de la data luării la cunoștință prin publicare în SEAP, este respectat pentru fiecare dintre cele trei acte, acestea fiind publicate în , respectiv

20. Contestatorii arată, astfel cum a dezvoltat în secțiunile anterioare (pct. I.B.1 și I.B.2), că prin ultima erată publicată nu se revine la cerințele din fișa de date. De altfel, ,,,SRL și au solicitat prin contestație tocmai obligarea autorității contractante la revenirea la cerințele din fișa de date, fiind astfel evident că nu a avut intenția de a ataca fișa de date din .

21. Mai mult, raportat la art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, fiecare act din cadrul procedurii de atribuire, în măsura în care este vătămător, trebuie atacat în mod individual. Așadar, din moment ce ultima modificare a cerințelor de atribuire a fost realizată prin erată, respectiv prin clarificările din , ,,,,SRL și susțin că acestea sunt actele pe care le-au apreciat ca fiind vătămătoare și, în consecință, au constituit obiectul contestației. De altfel, în clarificările nr. se și menționează expres că "Cu privire la experiența similară se va avea în vedere strict cerința formulată prin erata cu nr. " (erata fiind publicată în). Așadar, autoritatea contractantă nu a indicat că se vor avea în vedere cerințele din fișa de date ci, dimpotrivă, cele din erata . Prin urmare, chiar Municipiul a privit cerințele din anunțul de participare ca fiind diferite de cele din clarificările din și respectiv erata din

22. În concluzie: (a) în principal, ,,,,SRL și solicită respingerea excepției; (b) în subsidiar, se solicită unirea acesteia cu fondul (în măsura în care Consiliul va aprecia că este nevoie de analizarea raportului dintre ultima erată și anunțul de participare).

C. În ceea ce privește excepția lipsei de obiect

22. În susținerea acestei excepții se arată că nu s-ar putea dispune anularea Eratei nr. și revenirea la cerințele din fișa de date, de vreme ce chiar acesta ar fi fost scopul urmărit de către autoritatea contractantă prin emiterea eratei din (pag. 10 din cererea de intervenție).

23. ,,,,SRL și precizează, astfel cum a arătat și în secțiunile anterioare, unde a analizat cronologic modificările aduse documentației de atribuire, prin Erata nr. , autoritatea contractantă nu a avut intenția de a reveni la forma inițială a documentației, pentru cel puțin următoarele argumente:

a) Autoritatea contractantă nu a indicat în cuprinsul eratei că se revine la cerințele stabilite în fișa de date, ci chiar din contră, în cuprinsul acesteia arată că motivul modificării în constituie chiar „Modificarea informațiilor originale oferite de autoritatea contractantă”.

b) Autoritatea contractantă a introdus pentru prima dată cerința prezentării unui singur contract pentru a dovedi experiența similară, care să privească executarea/proiectarea unei lucrări din categoria C, cu un volum de peste 120.000mc, care să privească 1 bazin cu destinație publică/sportivă. Anterior acestui moment, după cum rezultă din fișa de date și din toate clarificările ulterioare, condiția referitoare la executarea/proiectarea unui bazin putea fi dovedită printr-un contract distinct, fără a fi solicitat ca această lucrare specifică să aibă și un anumit volum minim.

c) Această condiție a fost introdusă doar ca urmare a depunerii contestației , în cuprinsul căreia se critică, în special, lipsa introducerii în documentația de atribuire a unei condiții care să impună depunerea unui singur contract de proiectare/ execuție, cu privire la un bazin cu destinație publică/sportivă, cu un volum mai mare de 120.000mc.

24. Drept urmare, ,,,,SRL și apreciază că este de ordinul evidenței că prin Erata nr. nu se urmărește revenirea la cerințele privind

expertiența similară, astfel cum au fost redată în fișa de date, ci chiar din contră, prin acest act s-a inclus o cerință nouă, care modifică substanțial documentația de atribuire. Pentru aceste motive, excepția lipsei de obiect este neîntemeiată.

D. Referitor la excepția lipsei de interes

25. Această excepție este susținută de faptul că ,,,,SRL și ar fi depus contestația după ora 15:00, în 14.11.2022, după împlinirea termenului limită pentru depunerea ofertelor. Se arată astfel că ar fi privat autoritatea contractantă de posibilitatea de a suspenda procedura de atribuire, respectiv că nu ar mai putea justifica un beneficiu practic pentru soluționarea contestației, dacă aceasta a fost depusă după data limită pentru depunerea ofertelor.

26. ,,,,SRL și, precizează, după cum au arătat și în secțiunea I.A. din cuprinsul acestui punct de vedere, că contestația a fost depusă în , la ora 12:19, când a fost comunicată prin poșta electronică atât către CNSC, cât și autorității contractante.

27. Astfel, autoritatea contractantă ar fi avut posibilitatea și la acel moment să suspende procedura de atribuire, sau, cel puțin să prelungească termenul pentru depunerea ofertelor. Cu toate acestea, deși cunoștea că a fost formulată o contestație, autoritatea contractantă a ales să permită continuarea unei proceduri de atribuire în mod nelegal, fără a dispune vreo măsură de remediere.

28. Interesul ,,,,SRL și de a formula prezenta contestație este unul evident, căci în baza Acordului de asociere din , urma să depună o ofertă comună în cadrul procedurii de atribuire.

29. Oferta nu a mai putut fi depusă, tocmai din cauza modificării nelegale a documentației de atribuire, prin actele contestate în prezentul dosar, prin care s-a instituit o condiție nouă, care impunea prezentarea unui singur contract de execuție, respectiv a unuiu de proiectare, care să privească 1 bazin cu destinație publică/sportivă, cu un volum de peste 120.000mc.

30. Anterior instituirii acestei modificări, ,,,,SRL și, întrunea condițiile necesare pentru a depune o ofertă valabilă, prin depunerea unor contracte distincte prin care să facă dovada a) proiectării și executării unei construcții cu un volum de peste 120.000mc; b) proiectării și executării unui bazin cu destinație publică/sportivă.

31. Referitor la susținerea potrivit căreia ,,,,SRL și nu ar fi dovedit vătămarea suferită prin modificările aduse documentației, depunerea acordului de asociere pentru a participa la procedura de atribuire, urmată de lipsa depunerii unei oferte, dovedesc faptul că subscrisele am suferit o vătămare. În vederea participării la procedura de atribuire, la nivel intern, contestatorii au investit resurse importante pentru pregătirea documentației care să stea la baza ofertei, alocând în acest sens un număr de 220 ore. Cu toate acestea, nu ar mai fi avut posibilitatea de a depune oferta, din cauza modificării nelegale a documentației, respectiv din lipsa acordării unui timp suficient pentru refacerea ofertei, prin atragerea

unui alt membru în cadrul asocierii, respectiv prin introducerea unui terț susținător, astfel încât să întrunească noua condiție introdusă de autoritate.

32. Drept urmare, raportat la cele arătate, excepția lipsei de interes se impune a fi respinsă.

II. Cu privire la fondul contestației

A. Referitor la încălcarea principiului nediscriminării și principiul tratamentului egal

33. Intervenienta susține că prin condiția nou introdusă nu ar fi fost încălcate cele două principii, sens în care a fost făcută trimitere la 4 proceduri de achiziții publicate în SEAP, în legătură cu bazine de înot, a căror valoare ar fi una ridicată (pag.12 din cererea de intervenție).

34. Prin contestația depusă ,,,,SRL și nu au contestat condiția necesității depunerii unui contract care să dovedească proiectarea și execuția unui bazin de înot, ci au contestat introducerea condiției restrictive, prin care era necesar să se depună un singur contract de execuție, respectiv unul de proiectare, pentru o construcție de min. 120.000mc, care să privească un bazin cu destinație publică/sportivă.

35. Din această perspectivă au fost încălcate și cele două principii enunțate, fiind favorizat un operator economic care consideră că toate lucrările de construcții (clădiri și bazin), ar fi trebuit dovedite prin același contract.

36. Faptul că în SEAP au fost publicate alte anunțuri de atribuire referitoare la bazine de înot, cu o valoare semnificativă, nu invalidează argumentele contestatorilor, căci nu rezultă că și în acele situații ar fi fost instituite condiții restrictive, prin care să se impună ca bazinul de înot să aibă un volum de min. 120.000mc.

37. Mai mult, practica autorităților contractante, de a introduce anumite cerințe restrictive, apte să conducă la discriminarea operatorilor economici, nu ar putea reprezenta un argument care să justifice perpetuarea inserării unor cerințe limitative, în detrimentul prevederilor legale care consacră principiul nediscriminării și principiul tratamentului egal.

38. Drept urmare, ,,,,SRL și arată că își mențin integral argumentele din cuprinsul contestației, care atestă încălcarea celor două principii.

B. Referitor la încălcarea principiului transparenței și principiul proporționalității

39. Prin cererea de intervenție se susține că prin invocarea celor două principii, ,,,,SRL și ar fi intenționat să conteste documentația de atribuire. Se mai arată și că prin răspunsul consolidat nr. , autoritatea contractantă ar fi arătat care este rațiunea pentru care dovada experienței similare ar putea fi făcută în raport cu cerințele cumulativ specificate (pag. 13 din cererea de intervenție).

40. Prin invocarea încălcării celor două principii, ,,,,SRL și arată că nu au criticat în niciun fel cerințele incluse în documentația inițială, la a cărei formă au solicitat, de altfel, să se revină. Astfel cum s-a argumentat suficient de clar, cele două principii au fost încălcate prin inserarea unei

condiții restrictive, fără vreo justificare obiectivă, și care, conduc la limitarea drastică a numărului de operatori economici care pot participa la procedura de atribuire. Acest aspect este confirmat chiar de modul în care s-a desfășurat procedura licitației, în cadrul căreia a fost depusă o singură ofertă, chiar dacă, în mod obiectiv, existau pe piață mai mulți operatori economici interesați, printre care și „„SRL și care nu au mai putut să justifice îndeplinirea condiției inserată prin actele contestate în prezentul dosar, care nu mai priveau necesitatea dovedirii unei experiențe similare, ci a unei experiențe identice.

41. Aceste principii ar fi fost respectate dacă autoritatea contractantă ar fi desfășurat procedura de atribuire în acord cu prevederile documentației inițiale, respectiv a tuturor clarificărilor adoptate pe parcursul procedurii de atribuire, cu excepția celor contestate, din care rezultă că puteau fi depuse contracte distincte pentru dovedirea experienței similare pentru proiectarea și execuția unei lucrări cu o capacitate mai mare de 120.000mc, respectiv pentru proiectarea și execuția unui bazin de înot.

C. Referitor la denaturarea concurenței prin modalitatea de stabilire a experienței similare

42. Intervenienta arată că ar fi ar fi fost asigurată o concurență reală în cadrul acestei proceduri de atribuire, respectiv că susținerile referitoare la favorizarea contestatoarei „„SRL, ar fi simple speculații, deoarece acest operator economic nici măcar nu a depus o ofertă în cadrul procedurii.

43. Astfel cum s-a arătat și în cuprinsul contestației, dar și în notele depuse cu privire la punctul de vedere formulat de către autoritatea contractantă, actele contestate au fost emise doar ca urmare a contestației formulată de către „„SRL, aspect indicat în cuprinsul acestora de către autoritatea contractantă.

44. Faptul că nu s-a urmărit revenirea la condițiile instituite în fișa de date, ci că s-a dorit introducerea unei noi condiții, care a denaturat concurența, este dovedită și de motivarea oferită chiar de către autoritatea contractantă, care în Erata nr. la secțiunea nr. VII. 1.1) denumită „Motivul modificării”, detaliază că erata a fost emisă pentru „Modificarea informațiilor originare oferite de autoritatea contractantă”. Rezultă astfel că aceste modificări au avut la bază strict contestațiile formulate de către un anumit operator economic, autoritatea contractantă admitând că prin erată modifică cerințele originale, astfel cum erau prevăzute în documentația inițială.

45. Lipsa depunerii unei oferte de către „„SRL, nu infirmă faptul că prin actele adoptate s-a restrâns concurența, respectiv că s-a urmărit favorizarea unui anumit operator economic. În opinia contestatorilor, „există o suspiciune rezonabilă că societatea „„SRL a depus aceste contestații, în urma unei înțelegeri prealabile cu intervenienta, respectiv cu autoritatea contractantă, pentru a se asigura cadrul „aparent legal”, în care doar intervenienta să poată depune o ofertă valabilă în cadrul procedurii de atribuire.” În lipsa unei astfel de înțelegeri, ar fi inexplicabil motivul pentru care acel operator economic ar fi formulat două contestații, prin care

solicită inserarea unei cerințe restrictive în cadrul documentației de atribuire, urmând ca, după modificarea documentației în sensul solicitat, să nu mai depună ofertă în termenul limită indicat.

46. Concluzionând, chiar și în lipsa depunerii unei oferte de către societatea care a formulat contestațiile inițiale, „„SRL și apreciază că în speță a avut loc o restrângere nejustificată a concurenței.

Cu adresa înregistrată la CNSC nr. , Asocierea „„SRL, „„SRL, „„SRL, prin Liderul asocierii „„SRL, reprezentat convențional prin SCA SA, în urma studierii dosarului nr. la sediul CNSC în data de , a formulat „concluzii scrise”, prin intermediul cărora a solicitat:

(i) în principal, anularea contestației formulate de către contestatoarele „„ pentru lipsa unei semnături care să respecte exigențele prevăzute de dispozițiile Legii nr. 455/2001 privind semnătura electronică;

(ii) în subsidiar, respingerea contestației pentru neconstituirea cauțiunii în conformitate cu prevederile legale în materie;

(iii) într-un al doilea subsidiar, în cazul în care se va analiza pe fond contestația, solicită respingerea acesteia ca neîntemeiată;

1. Anularea contestației pentru lipsa unei semnături care să respecte condițiile prevăzute de Legea nr. 455/2001 privind semnătura electronică

1.1.1 În urma studierii dosarului nr. la sediul CNSC în data de , intervenientul arată că a luat la cunoștință că cele 2 contestatoare au formulat, fiecare în nume propriu, o contestație comună, prin reprezentant convențional C.A. , prin avocați

1.1.2 Contestația astfel formulată a fost comunicată la data de către C.N.S.C. doar prin e-mail, aceasta nefiind transmisă însă și în original, semnată olograf, prin intermediul serviciului poștal.

1.1.3 În conformitate cu prevederile Legii nr. 455/2001, în cazul comunicării contestației doar prin mijloace electronice (e.g. prin e-mail), aceasta ar fi trebuit să aibă încorporată o semnătură electronică calificată.

1.1.4 Simpla semnătură olografa aplicată pe un document procesual, care ar fi fost ulterior scanat (e.g. contestația ce formează obiect al prezentului dosar), nu reprezintă însă un mijloc apt a suplini cerințele de valabilitate speciale prevăzute de dispozițiile Legii nr. 455/2001.

Pentru bună ordine, intervenientul redă dispozițiile art. 5 și 7 din Legea 455/2001: „Art. 5. *Înscrisul în formă electronică, căruia i s-a încorporat, atașat sau i s-a asociat logic o semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat nesuspendat sau nerevocat la momentul respectiv și generată cu ajutorul unui dispozitiv securizat de creare a semnăturii electronice, este asimilat, în ceea ce privește condițiile și efectele sale, cu înscrisul sub semnătură privată.*”

„Art. 7. - *În cazurile în care, potrivit legii, forma scrisă este cerută ca o condiție de probă sau de validitate a unui act juridic, un înscris în formă electronică îndeplinește această cerință dacă i s-a încorporat, atașat sau i s-a asociat logic o semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat și generată prin intermediul unui dispozitiv securizat de creare a semnăturii.*”

1.1.5.În sensul nevalabilității unui document procesual semnat olograf și ulterior scanat, intervenientul arată că s-a exprimat și Înalta Curte de Casație și Justiție, care prin Decizia nr. 520/2019 a reținut următoarele:

„(...) în situația în care o parte înțelege să transmită instanței cereri în format electronic, existența semnăturii scanate a semnatarului nu este suficientă, având în vedere dispozițiile speciale prevăzute de Legea nr. 455/2001, act normativ care stabilește regimul juridic al semnăturii electronice și al înscrisurilor în formă electronică, precum și condițiile furnizării de servicii de certificare a semnăturilor electronice. Semnătura electronică reprezintă date în formă electronică care sunt atașate sau logic asociate cu alte date în formă electronică și care servesc ca metodă de identificare.

În asemenea cazuri precum cel din speța dedusă judecății, în care cererile sunt adresate instanțelor în format electronic, semnătura digitală conectează identitatea electronică a semnatarului cu documentul digital neputând fi copiată de pe un document digital pe altul fapt ce conferă documentului autenticitate (atestă faptul că documentul aparține persoanei semnatare, iar autorul documentului nu își poate declina răspunderea pentru conținutul documentului cu semnătură electronică validă).

Practic, semnătura electronică (digitală) validă oferă instanței o garanție a faptului că mesajul sau documentul digital este creat de către persoana care l-a semnat, iar conținutul mesajului sau documentului digital nu a fost modificat de la data emiterii acestuia.

Așadar, pentru a se conforma dispozițiilor instanței de judecată, recurentul-reclamant avea posibilitatea, fie de a transmite prin e-mail cererea de recurs, e-mail care să aibă atașat o semnătură electronică validă, în condițiile legii speciale anterior menționate, fie avea posibilitatea de a expedia prin poștă un exemplar al cererii formulate, care să poarte semnătura sa olografă.

În lipsa semnăturii părții, o atare cerere, privată de unul dintre elementele necesare și esențiale pentru asigurarea unei minime discipline procesuale, nu poate determina o legală investiție a instanței de judecată."

1.1.6 Prin urmare, raportat la argumentele anterior enunțate, intervenientul solicită anularea contestației pentru lipsa unei semnături valabile.

2. Unele aspecte privind respingerea contestației pentru neconsemnarea cauțiunii în condițiile prevăzute de dispozițiile Legii nr. 101/2016

2.1.1 Intervenientul consideră că, cauțiunea consemnată de către ,,,,, în numele ambelor contestatoare, nu îndeplinește exigențele prevăzute de dispozițiile Legii nr. 101/2016, fiecare dintre cele 2 contestatoare datorând o cauțiune distinctă.

2.1.2 Prin cererea de intervenție, s-a arătat că dispozițiile art. 8 alin. (1) din Legea nr.101/2016, prevăd că persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul:

„Art. 8.(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului

autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim Excepția lipsei de interes în formularea contestației (...)".

În completarea dispozițiilor art. 8 alin. (1), prevederile art. 61 indice 1 alin. (1) din Legea 101/2016 prevăd următoarele: „art. 61¹ (1) Pentru soluționarea contestației formulate în condițiile art. 8 sub sancțiunea respingerii acesteia, persoana care se consideră vătămată trebuie să constituie, în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului, o cauțiune stabilită după cum urmează:...”

2.1.3 Urmare a studierii dosarului nr. , la sediul CNSC în data de , intervenientul arată că a luat cunoștință de faptul că cele 2 contestatoare pretind că ar fi formulat o singură contestație, în baza unui Acord de asociere din data de . Cu toate acestea, contestația nu a fost formulată de către liderul asocierii în numele asocierii, ci în nume propriu de fiecare dintre cele 2 contestatoare.

Prin notele de ședință înregistrate sub nr. , contestatoarele ,,,, indică în mod expres că au formulat contestația în conformitate cu dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea 101/2016, care dispun că oricare dintre membrii unei asocieri (nu asocierea!) poate formula contestație. Pentru bună ordine, intervenientul redă prevederile art. 2 din Legea nr. 101/2016:

„Art. 2. - (1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într- un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ - jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.

(2) Oricare dintre membrii unei asocieri a unor operatori economici, fără personalitate juridică, poate formula orice cale de atac reglementată de prezenta lege”

2.1.4 Prin enunțarea expresă a dispoziții legale, precum și din modalitatea în care a fost formulată contestația, intervenientul apreciază că reiese în mod clar și lipsit de echivoc că cele 2 contestatoare, ,,,, nu au formulat o contestație în numele unei asocieri, ci au formulat 2 contestații printr-un singur înscris.

În cazul în care contestatoarele ar fi dorit să formuleze o contestație în numele unei asocieri, căreia îi sunt aplicabile dispozițiile din Codul Civil privind societățile simple, intervenientul susține că acestea ar fi trebuit să formuleze respectiva contestație prin liderul de asociere, în calitate de reprezentant al asocierii, iar nu să existe în realitate două contestații "împachetate" într-una singură.

2.1.5 Modalitatea în care contestatoarele au procedat, inclusiv ulterior depunerii contestației, încercând să suplinească această neconformitate, produce însă efecte în ceea ce privește cauțiunea consemnată.

În esență, în prezentul dosar există 2 persoane (,,,) cu interese (juridice și economice) proprii, ambele contestatoare fiind ținute de obligația de constituire a unei cauțiuni distincte.

Cu toate acestea, ,,, a consemnat o cauțiune, în conținutul căreia se regăsește următoarea mențiune: „Cauțiune-contestație CNSC nr. - dosar nr. ”, neexistând o mențiune privind consemnarea cauțiunii în numele asocierii.

2.1.6 Ulterior consemnării cauțiunii, contestatoarele ,,, au depus notele scrise înregistrate sub nr. , prin care au indicat existența unui „pretins” acord de asociere. Intervenientul apreciază că relevanța juridică a depunerii acestui înscris o reprezintă faptul că percepția subiectivă și chiar declarată a celor 2 contestatoare a fost aceea că ar fi datorată o singură cauțiune, ce ar fi fost deja consemnată de către ,,,.

2.1.7 Cu toate acestea, intervenientul apreciază că se impune a se observa că respectiva asociere nu a formulat contestația ce formează obiect al prezentului dosar, prin liderul de asociere, ci fiecare dintre cele 2 contestatoare au formulat fiecare contestația în nume propriu, în calitate de membrii ai asocierii.

Prin raportare la aspectele anterior enunțate, intervenienta consideră că, consemnarea cauțiunii de către ,,,, în numele ambelor contestatoare, respectiv pentru sine și pentru ... iar nu în nume propriu sau în numele asocierii, reprezintă în realitate o consemnare a unei sume insuficiente cu titlu de cauțiune.

2.1.8 Prin urmare, în conformitate cu aspectele enunțate deja și prin cererea de intervenție, intervenientul apreciază că se impune respingerea contestației, în totalitate, pentru neconstituirea cauțiunii, având în vedere că cele 2 contestatoare au depus o singură cauțiune în numele și pe seama ambelor societăți (e.g. ,,, a consemnat o cauțiune atât în nume propriu, cât și pentru ,,,, având în vedere că această modalitate de consemnare a cauțiunii presupune în realitate o consemnare parțială din partea ambelor contestatoare, neputându-se individualiza suma consemnată de către ,,, prin raportare la cauțiunea consemnată în numele SDC.

Nu în ultimul rând, intervenientul apreciază că se impune decăderea ambelor contestatoare din dreptul de a mai consemna o cauțiune suplimentară, în conformitate cu dispozițiile art. 61 indice 1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 - cauțiunea pentru întreaga valoare datorată trebuind consemnată în termen de 5 zile de la data sesizării Consiliului, sub sancțiunea respingerii contestației.

3. Unele aspecte privind existența unor alte neregularități de formă ale contestației

3.1 Necomunicarea actelor de procedură către toate părțile

Urmare a studierii dosarului la sediul CNSC, intervenientul arată că a luat la cunoștință de faptul că cele 2 contestatoare nu au comunicat actele de procedură depuse la dosarul CNSC nici societății sale, și nici măcar autorității contractante (sau în orice caz, nu au făcut dovada comunicării acestora, dovezi de comunicare în acest sens neregăsindu-se la dosar).

În opinia sa, vătămarea în acest caz este una evidentă, fiind încălcat în mod flagrant principiul contradictorialității, reglementat în mod expres prin dispozițiile art. 15 din Legea nr. 101/2016.

„Art. 15. - (1) Procedura de soluționare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiilor legalității, celerității, contradictorialității, asigurării dreptului la apărare, imparțialității și independenței activității administrativ-jurisdicționale.

(2) Părțile au obligația de a expune situația de fapt la care se referă pretențiile și apărările lor în mod corect și complet, fără a denatura sau omite informațiile care le sunt cunoscute.”

Pronunțarea unei soluții de către CNSC în baza unor motive care nu au fost aduse în mod nemijlocit de către contestatoare și la cunoștința celorlalte părți, ar reprezenta o vădită încălcare a principiului contradictorialității - care nu poate fi acoperită de studierea dosarului CNSC de către Asocieria intervenientă, demers în urma căruia a luat la cunoștință tocmai de vătămarea produsă.

O astfel de interpretare ar reprezenta, în opinia Asocierii Interveniente și o încălcare a principiului celerității, având în vedere că într-un atare caz, părțile interesate ar trebui să studieze dosarul achiziției de fiecare dată când contestatoarele ar mai depune un înscris la dosar.

3.2 Depunerea contestației în ultima zi, la mai puțin de 3 ore înainte de împlinirea termenului limită pentru depunerea ofertelor

Intervenientul consideră că vădita rea credință a contestatoarelor - care nici măcar nu au făcut dovada că ar fi efectuat vreun cost în vederea participării la procedura de achiziție publică, deși acest motiv a fost invocat prin cererea de intervenție, drept motiv din care reiese lipsa de interes în formularea contestației - reiese și din depunerea contestației în ultima zi, la mai puțin de 3 ore înainte de împlinirea termenului limită pentru depunerea ofertelor.

Singura apărare a celor 2 contestatoare a fost în sensul în care acestea ar fi urmat să participe la procedura de atribuire și că ar fi îndeplinit condițiile necesare, însă acestea nu aduc niciun mijloc de probă în susținerea celor invocate (e.g. contract privind experiența similară, documente din care să reiasă demersurile efectuate, etc.) - motiv pentru care, în opinia sa, se impune înlăturarea acestor susțineri ca nefiind dovedite.

Procedând într-o asemenea manieră, intervenientul consideră că, contestatoarele au împiedicat buna desfășurare a procedurii de atribuire, în condițiile în care nimic nu ar fi împiedicat pe acestea să formuleze contestația într-un timp util, care să nu deturneze atenția autorității contractante de la buna desfășurare a procedurii de atribuire.

4. Unele aspecte în legătură cu fondul contestației

4.1.1 Asocieria „„SRL arată că își menține apărările și argumentele prezentate deja prin cererea de intervenție și susține argumentele prezentate de către autoritatea contractantă prin punctele de vedere depuse la dosarul cauzei. Contestatoarele reiau, în esență, argumentele

prezentate și prin notele scrise depuse față de punctul de vedere al autorității contractante

4.1.2 Prin punctul de vedere formulat față de cererea de intervenție, contestatoarele nu prezintă critici noi în legătură cu documentația de atribuire contestată, ci reiau (chiar susținând în mod expres acest lucru) argumentele prezentate deja prin notele scrise depuse față de punctul de vedere exprimat de autoritatea contractantă cu privire la contestația formulată.

Prin urmare, Asocierea „„„SRL apreciază că se impune respingerea contestației pentru motivele invocate atât prin cererea de intervenție, cât și prin punctul de vedere al autorității contractante, apărările formulate de către cele 2 contestatoare nefiind apte să combată argumentele clare și elocvente prezentate prin aceste documente procesuale.

5. Unele aspecte privind susținerile tendențioase ale celor 2 contestatoare

5.1.1 Prin Punctul de vedere înregistrat la CNSC sub nr. , contestatoarele „„„- SDC au susținut următoarele:

„45. Lipsa depunerii unei oferte de către „„„SRL, nu infirmă faptul că prin actele adoptate s-a restrâns concurența, respectiv că s-a urmărit favorizarea unui anumit operator economic. Există o suspiciune rezonabilă că societatea „„„SRL a depus aceste contestații, în urma unei înțelegeri prealabile cu intervenienta, respectiv cu autoritatea contractantă, pentru a se asigura cadrul „ aparent legal”, în care doar intervenienta să poată depune o ofertă valabilă în cadrul procedurii de atribuire. În lipsa unei astfel de înțelegeri, ar fi inexplicabil motivul pentru care acel operator economic ar fi formulat două contestații, prin care solicită inserarea unei cerințe restrictive în cadrul documentației de atribuire, urmând ca, după modificarea documentației în sensul solicitat, să nu mai depună ofertă în termenul limită indicat.”

5.1.2 Asocierea „„„SRL arată că „înțelege situația în care se află contestatoarele și faptul că aceasta par că ar susține orice pentru admiterea contestației, însă afirmații precum cele enunțate anterior sunt vădit lipsite de credibilitate, precum și de-a dreptul calomnioase.”

Aplicând "raționamentul" contestatoarelor, *ad absurdum*, asocierea intervenientă arată că, „deși ne distanțăm ferm de o astfel de susținere, am putea menționa la rândul nostru, fără nicio probă, că acestea au redactat acordul de asociere și l-au antedat, depunându-l ulterior formulării contestației (e.g. tardiv), pentru a contura teza conform căreia respectiva contestație ar fi fost formulată de către o asociere de operatori economici (ceea ce oricum nu s-a întâmplat) - care ar fi datorat o singură cauțiune.”

5.1.3 De asemenea, asocierea intervenientă arată că „nu putem cunoaște motivele pentru care societatea „„„S.R.L. a decis să nu depună ofertă, în termenul limită, însă este absolut de neînțeles cum de la o decizie luată de respectiva societate, contestatoarele încearcă să realizeze un raționament în sensul celui enunțat.”

Prin raportare la caracterul vădit tendențios al susținerilor celor 2 contestatoare, Asocierea „„„SRL invocă dispozițiile art. 249 Cod Proc. Civ.,

privind sarcina probei: „Art. 249. - Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege.”

Prin urmare, raportat la toate argumentele enunțate, Asociera SRL solicită „înlăturarea susținerilor ofensatoare formulate de contestatoare ca fiind vădit nefondate și respingerea contestației pe fond ca neîntemeiată.”

Cu adresa înregistrată la CNSC cu nr. , Asociera SRL -, în baza acordului de asociere din , încheiat între societățile SRL și, ambii reprezentanți prin Cabinet de avocat , au formulat „concluzii scrise”, prin care, suplimentar față de cele invocate în cuprinsul contestației, a notelor scrise față de punctul de vedere depus de Mun., notelor scrise față de clarificările cerute de CNSC, respectiv a punctului de vedere față de cererea de intervenție (la care face trimitere), raportat la concluziile scrise depuse de către Asociera SRL, SRL, SRL, perin care va prezenta, punctual, următoarele argumente:

A. În ceea ce privește cererea de anulare a contestației pentru lipsa unei semnături care să respecte condițiile prevăzute de Legea nr. 455/2001 privind semnătura electronică

1. În pag. 2 din concluziile scrise, intervenientul susține că s-ar impune anularea contestației, raportat la prevederile art. 5 și 7 din Legea nr. 455/2001, întrucât contestația nu ar fi fost depusă prin utilizarea unei semnături electronice calificate, documentul fiind semnat olograf și mai apoi transmis prin e-mail.

2. Cererea de anulare a contestației este nefondată raportat la cel puțin următoarele argumente:

a. fără a contesta posibilitatea legală a semnării înscrisurilor prin utilizarea unei semnături electronice calificate, în speță o eventuală lipsă a semnăturii electronice nu poate constitui temei de anulare, raportat la prevederile art. 68 din Legea nr. 101/2016 și art. 196 CPC. Pe de o parte, art. 196 alin. (1) Cod procedură civilă nu impune ca semnătura să fie electronică pentru ca documentul să fie considerat a fi transmis în mod valabil și, pe de altă parte, art. 196 alin. (2) CPC prevede clar că "Cu toate acestea, lipsa semnăturii se poate acoperi în tot cursul judecății în fața primei instanțe. Dacă se invocă lipsa de semnătură, reclamantul care lipsește la acel termen va trebui să semneze cererea cel mai târziu la primul termen următor, fiind înștiințat în acest sens prin citație". În speță, Asociera contestatoare arată că, CNSC nu i-a solicitat pe durata procedurii semnarea contestației trimise, astfel că sancțiunea nulității nu ar putea fi dispusă decât dacă o astfel de solicitare ar fi fost formulată din partea CNSC, iar aceasta nu s-ar fi conformat.

b. în plus, raportat la prevederile art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu cele ale art. 175 și 177 CPC, CNSC este ținut să dispună îndreptarea oricărei presupuse neregularități procedurale și, doar dacă vătămarea nu ar putea fi înlăturată astfel, să dispună nulitatea actului de procedură. Așadar, dacă Consiliul ar aprecia că ar exista o neregularitate

legată de semnătura aplicată contestației, are obligația ca, în prealabil, să dispună îndreptarea acesteia.

c. în speță, nici intervenientul, nici celelalte părți nu au fost vătămate, aceștia cunoscând conținutul contestației (fiind formulate puncte de vedere de către fiecare din aceștia). Contrar susținerilor intervenientului, că acesta nu a cunoscut conținutul contestației doar odată cu studierea dosarului (), întrucât prealabil acestui moment a formulat cererea de intervenție în care a răspuns argumentelor din contestație. În acest fel a procedat și autoritatea contractantă. Chiar trecând peste acest aspect, orice presupusă vătămare legată de semnătură a fost acoperită prin transmiterea, în , a tuturor acestor documente cu semnătura electronică aplicată, către toate părțile din dosar.

3. În consecință, Asocierea contestatoare consideră că anularea contestației nu poate fi dispusă în speță.

B. În ceea ce privește cerere de respingere a contestației raportat la presupusa neconsemnare a cauțiunii în condițiile Legii nr. 101/2016

4. În pag. 3-4 din concluziile scrise, intervenientul reia susținerile din cererea de intervenție legate de modalitate de formulare a contestației, respectiv de consemnare a cauțiunii, susținând că demersul nu ar fi formulat în numele asocierii, ci în numele membrilor săi, respectiv că aceeași problemă ar fi vizat și cauțiunea (care ar fi depusă doar de către unul din membrii asocierii, în nume propriu). Se susține, de asemenea, că la acest moment ar fi tardivă suplimentarea cauțiunii, raportat la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

5. Aspectele referitoare la cauțiune au fost clarificate de către Asocierea contestatoare prin note depuse în , prin care a răspuns Adresei CNSC nr. , fiind reluate toate argumentele și în punctul de vedere depus față de cererea de intervenție accesorie (punctele 1-10).

6. În esență, Asocierea contestatoare arată că a dovedit deja că:

(a) nu au fost formulate două contestații, ci o singură contestație, formulată împreună de către ,,, Construcții SRL și SRL, în baza Acordului de asociere din (depus la dosarul contestației), în baza căruia urma să depună o singură ofertă la procedura de achiziție publică CN , „Proiectare și Execuție Lucrări „Bazin de înot în cartierul ,,,”, derulată de către Dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 sunt clare în sensul că în cazul asocierilor fără personalitate juridică, oricare dintre membrii acesteia poate formula contestație, tocmai pentru că în lipsa personalității juridice, asocierea nu are calitatea de subiect de drept distinct. Acest text legal nu exclude însă ca toți membrii asocierii să formuleze o singură contestație, cum este cazul și în speță.

(b) ținând seama că a fost formulată contestația în numele asocierii, cauțiunea va fi achitată o singură dată. Chiar dacă a fost consemnată de către ,,,SRL, în calitate de lidel al asocierii temporare formată împreună cu SRL, ea vizează contestația formulată de în numele asocierii.

7. În concluzie, contestația este admisibilă din punct de vedere al cauțiunii consemnate.

C. În ceea ce privește presupusele neregularități de formă ale contestației

8. În pag. 5 din concluziile scrise, intervenientul susține că Asocieria contestatoare nu ar fi respectat principiul contradictorialității, fiind încălcat art. 15 din Legea nr. 101/2016.

9. Contrar susținerilor intervenientului Asocieria contestatoare a comunicat contestația atât CNSC, cât și autorității contractante. În ceea ce privește celelalte puncte de vedere depuse la dosar, prevederile Legii nr. 101/2016 nu impun comunicarea lor către autoritatea contractantă sau către intervenient. Mai mult, intervenientul a cunoscut în mod efectiv conținutul acestor înscrisuri, din moment ce acesta răspunde motivelor de nelegalitate invocate în contestație, documentele fiind consultate și la dosarul cauzei. În mod evident, în aceste condiții, intervenientul nu a dovedit o reală vătămare.

10. Suplimentar, Asocieria contestatoare arată că, în data de 16.12.2022 a comunicat toate punctele de vedere depuse la dosar, inclusiv contestația, și către intervenient, astfel că și din acest punct de vedere orice presupusă vătămare legată a fost acoperită, principiul contradictorialității fiind pe deplin respectat.

10. În continuare, intervenientul susține că Asocieria contestatoare ar fi fost de rea-credință, depunând contestația la mai puțin de 3 ore înainte de împlinirea termenului limită pentru depunerea ofertelor. Astfel cum reiese în mod clar de la dosar (aspect care, de altfel, nu a fost contestat), Asocieria contestatoare arată că a formulat contestația în termenul legal, fiind permis ca oricând în acest termen să depună contestația. Depunerea acesteia în ultima zi a fost determinată de complexitatea procedurii din speță și de multiplele clarificări și erate emise de autoritate. În ceea ce privește interesul în formularea contestației, fără a relua cele arătate deja în cuprinsul documentelor transmise, Asocieria contestatoare avea intenția de a depune o ofertă în numele asocierii, dacă criteriile de atribuire nu s-ar fi schimbat în cursul procedurii. Mai mult, exista o șansă legitimă reală de câștigare a licitației, criteriile din fișa de date fiind îndeplinite (în acest sens, anexează formularul referitor la propunerea tehnică a asocierii, din care rezultă că înainte de adoptarea actelor contestate în prezentul dosar, era întrunită condiția privitoare la experiența similară).

D. În ceea ce privește aspectele legate de fondul contestației

11. Întrucât intervenientul nu aduce argumente noi, Asocieria contestatoare arată că va face trimitere, la rândul său, la scriptele deja depuse până la acest moment.

5. În ceea ce privește presupusele susțineri tendențioase

12. În ceea ce privește susținerile realizate de către Asocieria contestatoare cu privire la modalitatea în care au fost formulate contestații pe durata procedurii, modificările aduse de către autoritatea contractantă, respectiv atitudinea adoptată de „„SRL, subliniază faptul că toate aceste înscrisuri și împrejurări de fapt descrise constituie un suport al încălcării în speță a principiilor legale (inclusiv necesitatea respectării mediului concurențial). Nedepunerea unei oferte de către „„SRL generează o

suspiciune rezonabilă că ar fi existat o înțelegere prealabilă cu autoritatea contractantă.

În susținere, ,,,,SRL -....., în baza acordului de asociere din 17.10.2022, prin Cabinet avocat ,,,, - prin av. au anexat următoarele înscrisuri:

Anexa 1: Formularul referitor la propunerea tehnică.

Contestatorul ,,,,SRL a constituit, conform art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, cauțiunea în sumă de 220.000 ron, fiind depusă recipisa de consemnare nr. , emisă de , la data de .

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Servicii de proiectare și execuție lucrări la obiectivul de investiții - Bazin de înot și Echipare tehnico-edilitară în cartierul ,,,,”, cod CPV 45200000-9. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”, termenul limită pentru depunerea ofertelor fiind inițial ora 15:00, ce a fost modificat ulterior.

Prin Erata la anunțul nr. , data limită pentru depunerea ofertelor a fost stabilită pentru data de , **ora 15:00.**

Se reține că anterior, în cadrul aceleiași proceduri, SC ,,,,SRL a formulat contestație împotriva documentației de atribuire, soluționată prin Decizia nr. , prin care s-a luat act de renunțare, urmare a măsurilor de remediere dispuse de autoritatea contractantă.

Ulterior, împotriva documentației de atribuire respectiv a Eratei nr. , publicată în SEAP la data de , SC ,,,,SRL a formulat din nou contestație, soluționată prin Decizia CNSC nr. , ce a fost respinsă pentru neconstituirea cauțiunii.

Împotriva prevederilor documentației de atribuire, respectiv împotriva actului "Clarificări și măsuri de remediere" nr. , precum și a actului "Anunț de tip erată" nr. , ,,,,SRL și au formulat contestația care formează obiectul dosarului nr. .

În soluționare, Consiliul reține că, la data stabilită, respectiv , în SICAP, a avut loc depunerea ofertelor în cadrul prezentei proceduri de achiziție publică. Astfel, în SEAP, în cadrul anunțului de participare nr. procedura apare în desfășurare, iar la secțiunea „LISTA PROCESE VERBALE, RAPOARTE INTERMEDIARE ȘI FINALE”, autoritatea contractantă a încărcat în data de documentul intitulat „DECLARAȚIE DE PARTICIPARE”, conținând denumirea și datele de identificare ale ofertantului care a depus ofertă, Asocierea ,,,,SRL, ,,,,SRL, ,,,, SRL, prin Liderul asocierii ,,,,SRL, contestatorii nedepunând ofertă.

Prin încheierea nr. ,,,, Consiliul a respins cererea de suspendare a procedurii de atribuire formulată de ,,,,SRL și

În cauză, se reține că Asocierea ,,,,SRL, ,,,,SRL, ,,,, SRL, prin Liderul asocierii ,,,,SRL a formulat cerere de intervenție accesorie în interesul

Municipiului, înregistrată la CNSC sub nr. , în referire la contestația depusă de ,,,SRL și ce formează obiectul dosarului nr. .

Preliminar analizării criticilor din cuprinsul contestației, Consiliul urmează să analizeze admisibilitatea de principiu a cererii de intervenție formulată de Asocieria ,,,SRL, ,,,SRL, ,,, SRL, prin Liderul asocierii ,,,SRL.

Conform art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 *„Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire, pot formula, cu înștiințarea părților cauzei, cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a faptului că s-a formulat contestație. (...)”*.

Potrivit Codului de procedură civilă, ale cărui prevederi completează dispozițiile Legii nr. 101/2016, potrivit art. 68 din acest din urmă act normativ, oricine are interes poate interveni într-un proces care se judecă între părțile originare. Intervenția este principală, când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecății sau un drept strâns legat de acesta. Intervenția este accesorie, când sprijină numai apărarea uneia dintre părți. La art. 64 din cod se menționează că instanța trebuie să se pronunțe asupra admisibilității în principiu a intervenției.

Totodată același act normativ mai dispune că:

„Art. 32. - (1) Orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia:

- a) are capacitate procesuală, în condițiile legii;
- b) are calitate procesuală;
- c) formulează o pretenție;
- d) justifică un interes.

(2) Dispozițiile alin. (1) se aplică, în mod corespunzător, și în cazul apărărilor.

Art. 33. - Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual.”

În analiza cererii de intervenție este necesară identificarea existenței interesului determinat, legitim, personal, născut și actual al autorului, de care depinde admiterea în principiu a cererii sale de intervenție.

Astfel, în soluționare, Consiliul constată că Asocieria ,,,SRL, ,,,SRL, ,,, SRL, prin Liderul asocierii ,,,SRL își justifică interesul invocând calitatea sa de unic ofertant la procedura de atribuire în discuție, astfel cum a fost încărcat în SEAP, în data de , documentul intitulat „DECLARAȚIE DE PARTICIPARE”.

Astfel, Consiliul constată că interesul Asocierii ,,,SRL - ,,,SRL - ,,, SRL, prin Liderul asocierii ,,,SRL în formularea cererii de intervenție este născut și actual, având în vedere că aceasta, la momentul de față, este unic ofertant la procedura de atribuire în discuție, având interes în menținerea documentației de atribuire, urmând, pe cale de consecință, ca cererea să fie încuviințată, în principiu.

Referitor la nedepunerea cauțiunii de către, invocată de către intervenient, Consiliul constată că ,,SRL (în baza acordului de asociere din dintre ,,SRL -), a constituit conform art. 611 din Legea nr. 101/2016, cauțiunea în sumă de 220.000 ron, fiind depusă recipisa de consemnare nr. , emisă de , la data de .

Conform prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul procedează cu întâietate la analizarea excepției tardivității contestației - invocată de autoritatea contractantă și de intervenient - pe care Consiliul urmează să o respingă ca neîntemeiată, pentru următoarele considerente:

Luând în considerare faptul că Asocierea ,,SRL - (a se vedea acordul de asociere din), critică actul „Clarificări și măsuri de remediere” nr. și actul „Anunț de tip erată” nr. , despre care a luat la cunoștință la data de respectiv raportat la data formulării contestației, respectiv , Consiliul reține că, în cauză, contestatorul a respectat termenul de 10 zile impus de legiuitor, conform dispozițiilor art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu cele ale art. 8 alin. (1) lit. a) din același act normativ.

Pe fond, se reține că ,,SRL și contestă documentele: „Clarificări și măsuri de remediere” nr. emis de MUNICIPIUL, publicat în SEAP în și „Anunț de tip erată” nr. publicat în SEAP în data de , solicitând anularea acestora și obligarea autorității contractante la adoptarea unei măsuri de remediere din conținutul căreia să reiasă revenirea la criteriile impuse prin fișa de date la secțiunea III.1.3) - capacitatea tehnică și profesională - Fișa de date forma inițială, din .

Se reține că în cuprinsul anunțului de participare, în secțiunea III.1.3.a) - „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, în ceea ce privește condiția experienței similare, se impunea ca: *„III.1.3.a) Capacitatea tehnica si/sau profesionala Informatii si/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectarii cerintelor mentionate: Pentru contractele de achizitie de lucrari: executarea de lucrari de tipul specificat Ofertantul trebuie să demonstreze experiența în proiectarea și execuția unor lucrări similare în cadrul unui contract finalizat în ultimii 3 ani (pentru proiectare), 5 ani (pentru execuție cât și pentru contractele de proiectare și execuție), raportați la data-limită de depunere a ofertelor. Contractele pot fi de proiectare, de execuție sau de proiectare și execuție, în cazul în care contractele sunt de proiectare și respectiv execuție și nu proiectare și execuție, se vor putea prezenta 2 contracte separate. Lucrări similare reprezintă lucrări de construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat proiectat / construit de minim 120.000 mc. Lucrări duse la bun sfârșit în cadrul reprezintă: lucrări proiectate / recepționate pe obiecte, care sunt însoțite de proces-verbal de recepție întocmit în conformitate cu prevederile legale și tehnice din domeniul din care face parte obiectul contractului; sau lucrări proiectate / recepționate însoțite de proces-verbal la terminarea lucrărilor; sau lucrări proiectate / recepționate însoțite de proces-verbal de recepție finală. Capacitatea tehnică și/sau profesională a operatorului economic poate fi susținută în*

conformitate cu Art. 182 din L 98/2016 de către un Terț susținător. Ofertantul trebuie să demonstreze experiență cu privire la lucrări de construcții și instalații finalizate în ultimii 5 ani raportați la data-limită de depunere a ofertelor care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și / sau sportivă. Lucrări duse la bun sfârșit în cadrul reprezintă: lucrări recepționate pe obiecte, care sunt însoțite de proces-verbal de recepție întocmit în conformitate cu prevederile legale și tehnice din domeniul din care face parte obiectul contractului; sau lucrări recepționate însoțite de proces-verbal la terminarea lucrărilor; sau lucrări recepționate însoțite de proces-verbal de recepție finală”.

Această cerință a suferit modificări succesive, ultimele două fiind cele contestate de către „„SRL și:

-Măsuri de remediere nr.:

„1.) Pentru contractele de achiziție de lucrări: executarea de lucrări de tipul specificat

Ofertantul trebuie să demonstreze experiența în proiectarea și execuția unor lucrări similare în cadrul unui contract finalizat în ultimii 3 ani (pentru proiectare), 5 ani (pentru execuție cât și pentru contractele de proiectare și execuție), raportați la data-limită de depunere a ofertelor. Contractele pot fi de proiectare, de execuție sau de proiectare și execuție. În cazul în care contractele sunt de proiectare și respectiv execuție și nu proiectare și execuție, se vor putea prezenta 2 contracte separate.

Lucrări similare reprezintă lucrări de construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat construit de minim 120.000 mc și care să fi. avut în componenta și lucrări de construcții și instalate care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și / sau sportivă.

Servicii similare reprezintă servicii de proiectare clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat proiectat de minim 120.000 mc.

Servicii/ lucrări duse la bun sfârșit reprezintă:

- servicii proiectate/ lucrări recepționate pe obiecte, care sunt însoțite de proces-verbal de recepție întocmit în conformitate cu prevederile legale și tehnice din domeniul din care face parte obiectul contractului; sau

- servicii proiectate/ lucrări recepționate însoțite de proces-verbal de predare/ la terminarea lucrărilor; sau

- servicii proiectate / lucrări recepționate însoțite de proces-verbal de recepție finală.(...)”.

-Anunț de tip erată – „ Pentru contractele de achiziție de lucrări: executarea de lucrări de tipul specificat Ofertantul trebuie să demonstreze experiența în proiectarea și execuția unor lucrări similare în cadrul unui contract finalizat în ultimii 3 ani (pentru proiectare), 5 ani (pentru execuție cât și pentru contractele de proiectare și execuție), raportați la data-limită de depunere a ofertelor. Contractele pot fi de proiectare, de execuție sau de proiectare și execuție. În cazul în care contractele sunt de proiectare și respectiv execuție și nu proiectare și execuție, se vor putea prezenta 2 contracte separate. Lucrări similare reprezintă lucrări de construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat

construit de minim 120.000 mc si care sa fi avut in componenta si lucrari de constructii si instalatii care au vizat minim 1 bazin cu destinatie publica si/sau sportiva. Servicii similare reprezinta servicii de proiectare cladiri din categoria de importanta C sau superioara cu un volum cumulat proiectat de minim 120.000 mc. Servicii/ lucrări duse la bun sfârșit reprezintă: servicii proiectate/ lucrări recepționate pe obiecte, care sunt însoțite de proces-verbal de recepție întocmit în conformitate cu prevederile legale și tehnice din domeniul din care face parte obiectul contractului; sau servicii proiectate/ lucrări recepționate însoțite de proces-verbal de predare/ la terminarea lucrărilor; sau servicii proiectate / lucrari recepționate însoțite de proces-verbal de recepție finală. (....)”.

În aprecierea contestatorilor, autoritatea contractantă ar fi modificat în mod substanțial prin cele două documente citate anterior, cerința privind experiența similară așa cum era aceasta formulată în cadrul anunțului de participare publicat în SEAP în data de .

Ori, din analiza textelor de mai sus, rezultă că cerința privind experiența similară este aceeași, ofertanții trebuind să demonstreze că au experiență în proiectarea și execuția unor lucrări similare, cumulat în cadrul unui contract, fie un contract de proiectare și un contract de execuție de lucrări (distincte).

De asemenea, sunt definite lucrările similare ca lucrări de construcții clădiri din categoria de importanță C sau superioară cu un volum cumulat construit de minim 120.000 mc, și care să fi avut în componență și lucrări de construcții și instalații care au vizat minim 1 bazin cu destinație publică și/sau sportivă.

Consiliul apreciază că modificările la anunțul de participare inițial au fost formulate respectându-se toate prevederile legale, respectiv publicarea unei erate în acest sens prin care modificările au fost aduse la cunoștința celor interesați și decalarea termenului limită de depunere oferte, conform prevederilor art. 153 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 și art. 55 alin. (1) din HG nr. 395/2016; conform acestuia din urmă, în cazul în care după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja existente în acesta, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial.

Cu referire la aplicarea prevederilor Instrucțiunii 2/2017 a ANAP privind experiența similară, atât prin cerința inițială, cât și prin ultima erată prevederile acestei instrucțiuni sunt respectate, în speță nefiind vorba sub nicio formă de experiență identică, cum eronat susține contestatorul, ci chiar așa cum este denumirea de „experiență similară”.

În mod eronat, contestatorii consideră că s-a solicitat ca bazinul de înot să aibă o capacitate de 120.000 mc, aspect redat în mai multe rânduri în cadrul contestației. De fapt, s-a solicitat ca, clădirea realizată să aibă un volum cumulat construit de minim 120.000 mc, să fie minim categoria C și să fi avut integrat un bazin de înot (fără dimensiuni) cu destinație publică și/sau sportivă.

Astfel, conform Instrucțiunii 2/2017 a ANAP:

„ART. 3 (1) Atunci când stabilește cerințele minime de calificare și selecție referitoare la experiența în implementarea/realizarea unui/unor contract/contracte sau unor activități similare, autoritatea/entitatea contractantă trebuie să ofere repere suficiente operatorilor economici interesați să participe la procedura de atribuire, pentru ca aceștia să poată determina nivelul de complexitate asociat cerinței în cauză, prin corelare cu modul în care este descrisă, prin rezultatele așteptate prevăzute de caietul de sarcini, complexitatea contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit, precum și modul în care poate fi demonstrată îndeplinirea respectivelor cerințe.

(2) în sensul alin. (1), autoritatea/entitatea contractantă:

a) va preciza ce înțelege prin produse/servicii/lucrări similare cu cele care fac obiectul viitorului contract de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru, facându-se trimitere la informații ce privesc domeniul/tipologia în care se încadrează acestea și/sau corelându-se cu scopul la care sunt utilizate;

b) va stabili plafonul valoric/cantitativ și numărul de contracte prin care se poate atinge acest plafon.

(3) Nivelul impus în sensul alin. (2) lit. b) nu poate fi mai mare decât:

a) valoarea estimată a contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru ce urmează să fie atribuit, în situația în care se utilizează un reper valoric asociat cerinței;

b) cantitatea de produse/servicii/lucrări ce vor fi furnizate/prestate/executate în baza contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează să fie atribuit, în situația în care cerința este formulată în termeni cantitativi sau prin raportare la anumiți indicatori. [...]"

În concluzie, experiența similară ce vizează clădirile de importanță minim C nu este una restrictivă, iar sub niciun aspect nu este una identică, aceste tipuri de clădiri fiind probabil cele mai des întâlnite investiții publice cât și private. Conform legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, construcțiile din categoria C includ construcții social- culturale, bazinul cu destinație publică și/sau sportiv trebuie să fie integrat investiției în clădirile de importanță minim C ca și element constructiv și funcțional individualizat.

Volumul solicitat al lucrărilor în demonstrarea experienței similare (minim 120.000 mc proiectați/construiți), atât din perspectiva proiectării cât și a execuției, este unul corespundent și proporțional obiectivului de investiții licitat.

Așadar, încă de la momentul inițierii procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a solicitat pentru dovedirea experienței similare pentru contractul de execuție de lucrări, depunerea unui contract care să respecte anumite cerințe minime, precum și să fie în legătură cu un bazin de înot cu destinație publică/sportivă, fapt ce corespunde cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, respectiv de proiectare și execuție

lucrări la obiectivul de investiții – „Bazin de înot si Echipare tehnico-edilitară în cartierul „„„” din Municipiul

Totodată, se apreciază că sunt doar simple speculații formulate de cei doi contestatori, conform cărora autoritatea contractantă ar dori să încheie contractul de achiziție cu operatorul „„„SRL care ar fi depus primele 2 contestații împotriva documentației de atribuire - în condițiile în care „„„SRL nici măcar nu a depus o ofertă de participare.

Prin fișa de date inițială era solicitat în mod expres ca ofertantul să depună fie un contract de execuție și proiectare de minim 120.000 mc, fie un contract de proiectare și un contract de execuție de lucrări (distincte), ambele însă de minim 120.000 mc. Suplimentar, pentru contractul de execuție de lucrări, autoritatea contractantă a prevăzut și cerința suplimentară ca acesta să fie în legătură cu un bazin cu destinație publică/sportivă.

Prin Erata nr. contestată de „„„SRL și, autoritatea contractantă a revenit la documentația inițială, lămurind/clarificând obligațiile ce subzistă în sarcina operatorilor economici interesați - în ceea ce privește condițiile pentru dovedirea experienței similare.

Prin raportare la aspectele enunțate anterior, rezultă că „„„SRL și critică în realitate documentația de atribuire inițială.

Autoritatea contractantă nu a modificat în niciun fel cerința privind experiența similară prin adresa de „Clarificări și măsuri de remediere” nr. și prin erata nr. , ci a revenit tocmai la cerința reglementată prin documentația de atribuire publicată în SEAP la data de , clarificând textul acesteia.

Prin raportare la data la care conținutul documentației de atribuire a fost adus la cunoștința tuturor operatorilor economici interesați de participarea la prezenta procedură de atribuire (), se constată caracterul tardiv al criticilor formulate de contestatori sub acest aspect, fiind incidente prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) lit.a) și b) și alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de „„„SRL și în contradictoriu cu

În temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, va admite cererea de intervenție formulată de Asocieria „„„SRL, „„„SRL, „„„SRL, prin Liderul asocierii „„„SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) teza I din Legea nr. 101/2016, respinge excepțiile privind nedepunere cauțiunii și privind tardivitatea contestației, invocate de autoritatea contractantă și intervenient.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de ,,,SRL și în contradictoriu cu

În temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, admite cererea de intervenție formulată de Asocieria ,,,SRL, ,,,SRL, ,,,SRL, prin Liderul asocierii ,,,SRL.

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

.....