



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsr.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ... / ... / ... / ... / ... / ... / ... / ...

Data: ...

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... depusă de ... cu sediul în CUI ... privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui acord-cadru de lucrări de reabilitare termică a blocurilor de locuințe din ... al municipiului ... coduri CPV 45321000-3 și 45421100-5, cu data de deschidere a ofertelor 30.04.2014, organizată de ..., prin primăria sa, cu sediul în în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat remedierea documentației de atribuire și suspendarea procedurii până la soluționarea pe fond a contestației. Prin decizia sa nr. ... Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, respingându-l ca nefondat. Pe rol, în prezent, se află celălalt capăt de cerere.

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliu cu nr. ... depusă de ... cu sediul în CUI ... privind aceeași procedură de licitație deschisă organizată de ..., contestatoarea a solicitat remedierea documentației de atribuire și suspendarea procedurii până la soluționarea pe fond a contestației sale. Prin decizia nr. ... Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, respingându-l ca rămas fără obiect. Pe rol, în prezent, se află celălalt capăt de cerere.

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliu cu nr. ... depusă de ... cu sediul în județul ... CUI ... privind aceeași procedură de licitație deschisă organizată de ..., contestatoarea a solicitat, pe lângă suspendarea procedurii de atribuire, obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri corective și, în subsidiar,

anularea procedurii de atribuire. Prin decizia nr. Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, respingându-l ca rămas fără obiect. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere.

Prin contestația înregistrată la Consiliu cu nr. depusă de ... cu sediul în CUI ... privind aceeași procedură de licitație deschisă organizată de ..., contestatoarea a solicitat anularea procedurii de atribuire și obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire, precum și suspendarea procedurii până la soluționarea contestației. Prin decizia nr. Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, respingându-l ca rămas fără obiect. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere.

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliu cu nr. ... depusă de ... cu sediul în județul ... CUI ... privind aceeași procedură de licitație deschisă organizată de ..., contestatoarea a solicitat obligarea autorității contractante la modificarea anumitor cerințe cuprinse în fișa de date a achiziției.

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliu cu nr. ... depusă de ... cu sediul în județul ... CUI ... și adresa aleasă pentru comunicarea actelor de procedură la privind aceeași procedură de licitație deschisă organizată de ..., contestatoarea a solicitat, în principal, anularea procedurii de atribuire, iar în subsidiar modificarea cerinței de calificare referitoare la cash-flow și completarea documentației de atribuire.

Pentru soluționarea unitară a contestațiilor, având în vedere că acestea au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a procedat la conexarea lor, în conformitate cu dispozițiile art. 273 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite în parte contestațiile ... nr. nr. ... și ... nr. ... în contradictoriu cu ..., prin primăria sa, și obligă autoritatea contractantă ca, în termen de cel mult treizeci de zile de la data primirii prezentei decizii, să completeze caietul de sarcini al licitației în sensul acceptării ofertelor care propun sisteme agrementate de

termoizolare a fațadelor blocurilor de locuit diferite de cel pe bază de plăci din polistiren, cu performanțe similare sau superioare acestuia, precum și să prevadă în fișa de date a achiziției un termen de plată a situațiilor de lucrări în acord cu Legea nr. 72/2013.

În baza art. 278 alin. (5) din aceeași ordonanță de urgență, respinge ca nefondat capătul de cerere de eliminare din documentația de atribuire a cerințelor referitoare la utilizarea termosistemelor cu polistiren, din contestațiile ... și Respinge și capătul de cerere de obligare a autorității contractante la respectarea art. 45 din Constituție, cuprins în contestația De asemenea, respinge și capătul de cerere subsidiar de anulare a întregii proceduri de atribuire, din contestația

Conform art. 278 alin. (2) din ordonanță, admite în parte contestațiile ... nr. și ... nr. ... în contradictoriu cu ..., prin primăria sa, și obligă autoritatea contractantă ca, în termen de cel mult treizeci de zile de la data primirii prezentei decizii:

- să pună la dispoziția operatorilor economici estimările cantităților minime și maxime care ar putea face obiectul unui singur contract subsecvent dintre cele care urmează să fie atribuite pe durata acordului-cadru;

- să reducă numărul de coordonatori de lucrare/manageri de proiect solicitați ca cerință de calificare a ofertanților;

- să elimine referirile la SR EN ISO 10005 din cadrul documentației de atribuire;

- să precizeze momentul de la care începe să curgă perioada de 11 luni pentru care se solicită asigurarea unui cash-flow de execuție a lucrării;

- să prevadă în fișa de date a achiziției un termen de plată a situațiilor de lucrări în acord cu Legea nr. 72/2013;

- să prevadă în modelul de contract subsecvent de lucrări o cotă de penalități egală pentru ambele părți contractante și să elimine limitarea pentru autoritate a cuantumului penalităților la 10% din valoarea contractului;

- să pună la dispoziția operatorilor economici informațiile necesare acestora în vederea elaborării graficelor de derulare a lucrărilor (la care contract subsecvent se referă, categoriile și cantitățile de lucrări pe care le cuprinde, alte informații relevante);

- să permită ca ofertanții să își dovedească experiența similară prin prezentarea mai multor contracte executate în ultimii cinci ani, care cumulate să acopere pragul de 84.038.982 lei, fără TVA.

Respinge, ca nefondate, celelalte capete de cerere și critici din contestațiile ... și

Măsurile de remediere dispuse vor fi aduse la cunoștința operatorilor economici, prin publicarea lor în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, de îndată ce vor fi adoptate. Totodată, Consiliul obligă autoritatea contractantă să stabilească o nouă dată de

depunere și deschidere a ofertelor, nu mai devreme de zece zile de la data postării în SEAP a respectivelor măsuri de remediere.

Cele dispuse nu aduc atingere dreptului autorității contractante de a anula procedura de atribuire, în baza art. 209 alin. (2) lit. b) și art. 278 alin. (2) teza ultimă din aceeași ordonanță de urgență.

În conformitate cu dispozițiile art. 278 alin. (7) din ordonanță, ia act de renunțarea ... la contestația sa nr. ... în contradictoriu cu ..., prin primăria sa.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

MOTIVARE

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestațiile de față, prin care operatorii economici SC ... SRL și ... reclamă condițiile și documentația de atribuire a acordului-cadru de lucrări de reabilitare termică a blocurilor de locuințe din ... al municipiului ...

Prima dintre contestații, aparținând ... este îndreptată împotriva acceptării de către autoritatea contractantă doar a soluției de termoizolare cu polistiren expandat ignifugat de diferite dimensiuni și grosimi. Prin impunerea condiției ca reabilitarea fațadelor să se execute cu polistiren se încalcă prevederile art. 38 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, având ca efect eliminarea nejustificată a tuturor acelor producători și/sau distribuitori de sisteme de termoizolare a fațadelor printr-o altă tehnologie, respectiv sistem (semi)ventilat cu panouri sandwich din aluminiu cu miez din spumă poliuretanică densă, sisteme ce utilizează vată minerală, panouri spumă PIR etc.

... este producător unic pe teritoriul României al sistemului de termoizolare a clădirilor Thermomax, conform agreementului tehnic 001-02/1027-2011, sistem diferit de soluția tehnică impusă de autoritate în caietul de sarcini. Diferențele între cele două tipuri de sisteme de termoizolare provin din tehnologia de fabricație și de montaj, iar nu din parametrii tehnici care trebuie îndepliniți.

Pentru termoizolarea clădirilor există mai multe standarde aplicate la nivel internațional, asimilate și în România, cum ar fi:

- SR EN 13500:2004 - Produse termoizolante pentru clădiri. Sisteme compozite de izolare termică la exterior (ETICS) pe bază de vată minerală. Specificație;

- SE EN 13165:2003 - Produse termoizolante pentru clădiri. Produse fabricate din spumă rigidă din poliuretan (PUR). Specificație;

- SR EN 14308:2010 - Produse termoizolante pentru echipamente de clădiri și instalații. Produse fabricate din spumă rigidă din poliuretan (PUR) și din spumă polizocianurat (PIR). Specificație.

Este necesară modificarea și/sau eliminarea din caietul de sarcini a mențiunilor privind impunerea unui anumit tip de produs, în speță polistirenul, fiind ilegală eliminarea de la licitație a furnizorilor/producătorilor altor tipuri de produse/sisteme de termoizolare a clădirilor. Numai astfel se dă eficiență principiilor promovării concurenței, garantării tratamentului egal, nediscriminării operatorilor economici și utilizării eficiente a fondurilor publice.

În contestația secundă, ... arată că, în caietul de sarcini al procedurii, este stabilită condiția ca realizarea lucrărilor de reabilitare a fațadelor și hidroizolația teraselor să respecte indicațiile privind utilizarea termosistemelor cuprinse în standardul SR EN 13499:2004, precum și tipul de produs ce trebuie folosit: polistiren expandat ignifugat de diferite dimensiuni și grosimi. Impunând aceste specificații, autoritatea încalcă art. 38 din ordonanța privind achizițiile publice și elimină în mod nejustificat de la procedură producătorii/distribuitorii de sisteme produse prin alte tehnologii de fabricație (panouri sandwich din aluminiu cu miez din spumă poliuretanică densă, vată minerală bazaltică, panouri spumă PIR, vopsea termoizolantă Korund; tencuială cu granule de plută; tencuială cu celuloză etc), ale căror caracteristici și calități tehnice și ecologice sunt mult superioare celor ale polistirenului expandat.

Condiția principală care trebuia impusă este performanța tehnică - coeficientul de transmisibilitate termică și condițiile de mediu, aspect neglijat de autoritatea contractantă. Calitățile tehnice ale materialelor utilizate trebuie să fie indicatorii de performanță în aprecierea ofertei, garanția materialelor utilizate, nu impunerea tipului de material. Uniunea Europeană preconizează interzicerea utilizării polistirenului expandat pentru reabilitarea termică a clădirilor.

Trebuie prevăzut ca garanția de bună execuție la terminarea lucrărilor să nu fie returnată decât în baza certificatului energetic al clădirii care să demonstreze că reabilitarea termică a fost realizată în conformitate cu normele tehnice în vigoare, certificat eliberat de o instituție independentă, pe costul autorității contractante. În condițiile în care lucrarea este necorespunzătoare, antreprenorul să suporte toate costurile de remediere.

Următoarele clauze ale documentației nu respectă Legea nr. 571/2003, art. 155, și Legea nr. 72/2013:

a) din fișa de date:

"Ofertantul trebuie să demonstreze că, la momentul semnării contractului, va avea acces la sau are disponibile resurse reale,

negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării pentru perioada de 11 luni, în valoare de 75.000.000 lei. Sursa de finanțare pentru realizarea lucrărilor este constituită din transferuri de la bugetul de stat, credite bancare externe, buget local și alte surse financiare legal constituite, astfel încât de la depunerea situațiilor de lucrări până la plata efectivă va trece un termen de 9 luni.

Note:

- Suma respectivă poate fi imobilizată pentru realizarea contractului în cazul ofertei câștigătoare.

- Autoritatea contractantă nu are dreptul de a limita îndeplinirea cerinței prin impunerea prezentării unui/unor anumit/anumite document/documente.

- Disponibilitatea de susținere a lucrării, indiferent sub ce formă este cerută, va trebui să conțină suma și perioada.

- Documentele solicitate vor fi valabile la data limită de depunere a ofertelor."

b) din contractul-cadru și contractul subsecvent:

"17. Modalități de plată

17.1 - Achizitorul va efectua plăți către executant pe baza situațiilor de plată depuse de către acesta.

17.2 - Achizitorul are obligația de a efectua plata către executant, în termen de maxim 30 de zile lucrătoare de la data înregistrării facturilor la Direcția Economică din cadrul Primăriei ... pe baza acestora, după acceptarea situațiilor de lucrări."

Condiția ca ofertantul să aibă acces la o linie de credit în valoare de 75.000.000 lei este una abuzivă, deoarece liniile de credit se acordă pentru un scop bine determinat, având la bază un contract semnat, nu o *speranță*, iar termenul de plată a facturilor, de 9 luni de la predarea situațiilor de lucrări, specificat în fișa de date, nu se justifică în raport cu prevederile referitoare la plăți din contractul-cadru.

Sursele de finanțare trebuie "exemplificate".

Indiferent de procedura aleasă și produsele care se vor utiliza în realizarea lucrării, autoritățile contractante sunt obligate să respecte prevederile art. 38 din ordonanță - "*Se interzice definirea în caietul de sarcini a unor specificații tehnice care indică o anumită origine, sursă, producție, un procedeu special, o marcă de fabrică sau de comerț, un brevet de invenție, o licență de fabricație, care au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse*". Așadar, este evidentă interzicerea indicării polistirenului, precum și a referirilor la acesta.

... în cea de a treia contestație, referitor la cerința nr. 3 de la cap. III.2.2) - Capacitatea economică și financiară, din fișa de date a achiziției, privind asigurarea unui cash-flow pentru 11 luni, în

quantum de 75.000.000 lei, susține că este restrictivă. Valoarea solicitată acoperă realizarea a circa 90% din cel mai mare contract subsecvent. Dacă ea se referă la celelalte contracte subsecvente, se poate constata că autoritatea solicită realizarea lor în sistem credit furnizor, finanțarea fiind asigurată în totalitate de contractant.

Dacă plata se realizează după 11 luni de la ordinul de începere a execuției lucrărilor aferente unui contract subsecvent, cum vor fi asigurate fondurile necesare pentru decontarea cheltuielilor în conformitate cu art. 94 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006?

Totodată, la aceeași cerință se precizează că, "de la depunerea situațiilor de lucrări până la plata efectivă va trece un termen de 9 luni", precizare care vine în contradicție cu art. 5, 6, 7 și 12 din Legea nr. 72/2013, pe care contestatoarea le reproduce.

În subsidiar se solicită anularea procedurii de atribuire, având în vedere caracterul restrictiv la cerințelor autorității, pe fondul situației de criză pe care a parcurs-o România în ultima perioadă.

Se invocă și spiritul noilor directive europene privind atribuirea contractelor de achiziții publice, care promovează realizarea pe loturi a lucrărilor, pentru a facilita accesul IMM-urilor la respectivele contracte. Nu se justifică încheierea acordului-cadru cu maximum trei operatori economici, în condițiile în care autoritatea nu reia competiția la atribuirea contractelor subsecvente, ci va adresa propuneri de contractare ofertantului clasat pe primul loc în procedura de atribuire.

Autoarea celei de a patra contestații - ... - consideră nelegale următoarele cerințe din fișa de date a achiziției, secțiunea II.2.1) - *Cantitatea totală sau domeniul:*

"Valorile estimate referitoare la acordul-cadru se prezintă astfel:

- cantitatea totală estimată a acordului-cadru este de 8.272.748,02 mp;

- cantitatea celui mai mic contract subsecvent - 34.990 mp;

- cantitatea celui mai mare contract subsecvent - 349.900 mp;

- valoarea celui mai mic contract subsecvent este de 8.403.898,20 lei;

- valoarea celui mai mare contract subsecvent este de 84.038.982,00 lei;

- valoarea estimată a tuturor contractelor subsecvente este 1.986.948.619,44 lei, fără TVA, rezultată din ... lei/mp x 8.272.748,02 mp".

În cadrul documentului intitulat "*Cantități minime și maxime*" există un tabel cu 275 de norme de lucrări, ce cuprinde cantitățile minime și maxime ale acestora, fără a se indica dacă se referă la un singur contract subsecvent sau la întregul acord-cadru.

În conformitate cu art. 66 lit. e) și f) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006: "*Documentația de atribuire trebuie să conțină, alături*

de elementele prevăzute la art. 33 alin. (2) din ordonanța de urgență, și un set minim de informații specifice referitoare la: [...] e) estimări ale cantităților minime și maxime care ar putea fi solicitate pe durata întregului acord-cadru; f) estimări ale cantităților minime și maxime care ar putea face obiectul unui singur contract subsecvent dintre cele care urmează să fie atribuite pe durata acordului-cadru". Autoritatea nu a respectat această prevedere legală. Mai mult, indică două variante de cantități în cadrul documentației – în fișa de date sunt menționate trei cantități în mp, iar în documentul "*Cantități minime și maxime*" sunt prezentate 275 de tipuri de cantități cu diferite unități de măsură.

Neconcordanță există și între estimarea valorii și modalitatea de ofertare.

În condițiile în care autoritatea contractantă menționează că valoarea estimată a acordului-cadru, fără cheltuieli diverse și neprevăzute, conform fișei de date, este de "1.986.948.619,44 lei, fără TVA, rezultată din ... lei/mp x 8.272.748,02 mp", iar operatorii au obligația de a oferi 275 de prețuri unitare aferente la 275 cantități diferite, nu se poate ști dacă valoarea acoperă cantitățile estimate în documentul "*Cantități minime și maxime*". Cum a fost estimată cantitatea totală a acordului-cadru, de 8.272.748,02 mp? Prin însumarea cantităților celor 275 de activități? Cum este posibil ca autoritatea să calculeze valoarea estimată cu un preț unitar general, dar să solicite ofertanților prețuri unitare pe fiecare categorie de lucrare/cantitate?

Solicitarea privind personalul: "*Coordonator (manager) de proiect (lucrare) - cel puțin 5 persoane: studii superioare; experiență specifică: cel puțin 1 proiect/contract la nivelul căruia să fi desfășurat activități similare*" este restrictivă întrucât nu se raportează la cel mai mare contract subsecvent, conform art. 65 lit. f) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006. Raportarea la cel mai mare contract subsecvent impunea un contract, respectiv un proiect și un manager de proiect. Cerința a cinci manageri de proiect se justifică pentru întregul acord-cadru, în ideea atribuirii mai multor contracte subsecvente în același timp. Existența a cinci manageri de proiect în cadrul aceluiași contract este contrară definiției managerului de proiect, "*Managerul de proiect (coordonatorul) - proiectul este condus de un singur manager (team leader) care are, pe lângă competența necesară, întreaga autoritate și completă responsabilitate în ceea ce privește conducerea proiectului*".

În susținerea acestei critici este invocată decizia Consiliului nr. 634/C3/316-317-393/04.03.2014, în care se menționează: "[...] solicitarea a 4 manageri de proiect ar putea fi justificată în ideea atribuirii a 4 contracte subsecvente în același timp, aceluiași agent economic, dar existența a cel puțin 4 manageri de proiect în cadrul aceluiași contract este contrară definiției managerului de proiect,

potrivit căreia: Managerul de proiect (coordonatorul) - proiectul este condus de un singur manager (team leader) care are, pe lângă competența necesară, întreaga autoritate și completa responsabilitate în ceea ce privește conducerea proiectului. Totodată, Consiliul are în vedere că, separat, s-au solicitat și RTE-iști, într-un număr mai mic decât cel solicitat managerului de proiect. Prin urmare, Consiliul dispune modificarea cerinței, în sensul corelării numărului de manageri și RTE-iști, raportat la numărul de lucrări/contracte concomitente ce urmează a fi derulate".

Potrivit secțiunii III.2.3.b) - Standarde de asigurare a calității și de protecție a mediului: "Ofertantul trebuie să aibă implementat un standard de asigurare de management al calității, în conformitate cu (raportat la) seriile de standard europene relevante (cum ar fi ISO 9001 sau echivalent), certificate de organisme conforme cu seriile de standarde europene privind certificarea, pentru lucrările supuse ofertării. Prin echivalent se înțeleg certificatele echivalente emise de organisme stabilite în statele Uniunii Europene", iar la secțiunea IV.4.1) - Modul de prezentare a propunerii tehnice se prevede: "Programul de asigurare a calității (Planul calității) adaptat la lucrare (întocmit în conformitate cu prevederile legislației specifice: SR EN ISO 10005 sau echivalent în funcție de tipul de certificare a organizației) și legislația națională în vigoare din domeniul construcțiilor".

Solicitarea acestor două documente (dovada implementării standardului de management al calității și programul de asigurare a calității) reprezintă o dublare a cerinței, întrucât aceste două documente sunt interdependente, certificatul privind implementarea standardului de management al calității nu se poate elibera fără ca societățile să prezinte în prealabil programul de asigurare a calității.

Se citează din decizia Consiliului cu nr. 634/C3/316-317-393/04.03.2014: "[...] întocmirea Programului de asigurare a calității, ce face parte din propunerea tehnică, în conformitate cu ISO 10005, reprezintă o dublare a cerinței minime de calificare, ce vine în contradicție cu art. 6, 11 și 12 din anexa 2 a HG nr. 766/1997 privind conducerea și asigurarea calității în construcții. Prin urmare, Consiliul va obliga autoritatea contractantă să elimine referirile la SR EN ISO 10005 din cadrul documentației de atribuire și să reformuleze cerința cu privire la Programul de asigurare a calității conform prevederilor mai sus invocate".

În ceea ce privește solicitarea: "Ofertantul trebuie să demonstreze că, la momentul semnării contractului, va avea acces la sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării pentru perioada de 11 luni, în valoare de 75.000.000 lei. Sursa de finanțare pentru realizarea lucrărilor este constituită din transferuri de la bugetul de

stat, credite bancare externe, buget local și alte surse financiare legal constituite, astfel încât de la depunerea situațiilor de lucrări până la plata efectivă va trece un termen de 9 luni", în condițiile în care se atribuie un acord-cadru de lucrări, relevanța acestei solicitări nu se justifică, întrucât acordul este doar o promisiune, existând și posibilitatea să nu se încheie niciun contract subsecvent, cu atât mai mult dacă se ia în considerare chiar afirmația autorității contractante de la secțiunea II.1.4) Informații privind acordul-cadru: "Frecvența și valoarea contractelor ce urmează să fie atribuite: Calendar estimativ: anul 2014 - 1 până la 5 contracte subsecvente, anul 2015 - 1 până la 10 contracte subsecvente, anul 2016 - 1 până la 8 contracte subsecvente, anul 2017 - 1 până la 5 contracte subsecvente, în funcție de fondurile alocate, durata celui mai mare contract subsecvent este de 12 luni".

Mai mult decât atât, fiind acord-cadru, nu se poate estima cu exactitate în momentul demarării procedurii cantitățile ce urmează a fi executate. Cum poate calcula și stabili autoritatea contractantă o valoare a cash-flow-ului pentru o perioadă de 11 luni? Care 11 luni? 11 luni de acord-cadru (fără niciun contract subsecvent în derulare)? 11 luni din primul contract subsecvent care poate fi cel mai mic contract estimat, a cărui valoare totală este de 8.403.898,20 lei? Solicitarea contravine și Ordinului nr. 509/2011, pag. 26, unde se menționează ca formulare restrictivă: "Acces la linii de credit în sumă fixă de ... (fără corelarea cu perioada solicitată pentru finanțare)", întrucât, chiar dacă autoritatea a menționat perioada de 11 luni, această perioadă nu poate fi corelată cu un grafic de execuție, fiind un acord-cadru, o promisiune.

Totodată, este abuzivă solicitarea demonstrării disponibilității de resurse reale, negrevate de datorii, la momentul semnării contractului, în condițiile în care procedura se finalizează prin semnarea unui acord-cadru. În plus, în caietul de sarcini se menționează: "*Durata de realizare este de 4 luni/bloc de la emiterea ordinului de începere, la care se adaugă perioada de garanție de 36 luni*".

În aceeași decizie a Consiliului nr. 634/C3/316-317-393/04.03.2014 s-a arătat că "*lipsa certitudinii asupra valorii contractate și a datei obiectului de contractare nu poate justifica solicitarea unui cash-flow de mărimea arătată*".

În consecință, reclamanta solicită eliminarea respectivei cerințe de calificare.

Fișa de date mai prevede: "*Sursa de finanțare pentru realizarea lucrărilor este constituită din transferuri de la bugetul de stat, credite bancare externe, buget local și alte surse financiare legal constituite, astfel încât de la depunerea situațiilor de lucrări până la plata efectivă va trece un termen de 9 luni*". Această prevedere contravine legislației privind combaterea întârzierii

executării obligațiilor de plată rezultate din contracte comerciale, precum și art. 17 din modelul de contract subsecvent, în care se menționează că achizitorul are obligația de a efectua plata către executant în termen de maxim 30 de zile de la data înregistrării facturilor la Direcția Economică, din cadrul Primăriei ...

Conform modelului de contract subsecvent, art. 11. *Sanctiuni pentru neîndeplinirea culpabilă a obligațiilor*, se va aplica o cotă de penalități diferite: "11.1. În cazul în care, din vina sa exclusivă, executantul nu reușește să-și execute obligațiile asumate prin contract, atunci achizitorul este îndreptățit de a deduce din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cotă de 0,7% din valoarea rămasă de executat a contractului pentru fiecare zi de întârziere până la îndeplinirea efectivă a obligațiilor. 11.2. Părțile convin că Achizitorul beneficiază de o perioadă de grație de 30 (treizeci) de zile. În cazul în care întârzierea la plată nu depășește data expirării perioadei de grație, Achizitorul nu datorează și nu va plăti penalități de întârziere. În cazul în care Achizitorul întârzie plata, datorată în conformitate cu contractul, peste perioada de grație, din motive imputabile exclusiv Achizitorului, Achizitorul se obligă să plătească executantului penalități de întârziere de 0,15% din suma datorată și neplătită pentru fiecare zi de întârziere, dar nu mai mult de 10% din valoarea contractului". Părțile contractuale, achizitor și executant, nu sunt tratate în mod egal, achizitorul fiind net favorizat față de executant, care trebuie să plătească penalități de 3 ori mai mari pe fiecare zi de întârziere, penalități ce pot depăși valoarea contractului subsecvent. În ceea ce privește autoritatea contractantă, penalitățile nu pot depăși 10% din valoarea contractului, în condițiile în care însăși autoritatea menționează că, "de la depunerea situațiilor de lucrări până la plata efectivă va trece un termen de 9 luni".

În mai multe locuri, în cadrul caietului de sarcini, se face referire la obligația executantului de proiectare sau de supraveghere a lucrărilor, respectiv de la pag. 50 și până la pag. 55. Capitolul intitulat "*Atribuțiile antreprenorului*" se referă la activitatea unui proiectant sau a unui consultant/diriginte de șantier, nicidecum la execuția lucrărilor.

Contestatoarea arată că documentația de atribuire nu este completă, sunt confundate și unite obligații ale proiectantului cu ale executantului lucrărilor, în condițiile în care în același caiet de sarcini se menționează:

- la pag. 3: "3.1. *Indicatori tehnico-economici conform Documentațiilor de Avizare a Lucrărilor de Intervenție întocmite, aprobate de Consiliul Local al Primăriei ... principalii indicatori tehnico-economici ai lucrărilor au fost adoptați prin Hotărâri de Consiliu, în conformitate cu prevederile legale în domeniu. Ofertantului câștigător i se va pune la dispoziție, prin grija*

beneficiarului, documentația tehnico-economică, precum și avizele și autorizațiile legale executării lucrărilor";

- la pag. 5: "Se vor realiza exclusiv pe baza desenelor de execuție și caietelor de sarcini întocmite cu respectarea DTAC vizate spre neschimbare, semnate și ștampilate de către Proiectant și Verificator conform HG nr. 925 din 20.11.1995; [...] Nu se admit abateri de la proiectul de execuție. Asigurarea verificării execuției corecte a lucrărilor de construcții este obligația Investitorului și se va face prin diriginți de specialitate sau agenți economici specializați autorizați în conformitate cu Ordinul MDRT nr. 1469 din 13.05.2011, pe tot parcursul lucrărilor".

Având în vedere această neconcordanță între solicitările autorității contractante, ofertanții sunt în situația de a nu cunoaște cu certitudine care sunt obligațiile ce trebuie respectate pe durata acordului-cadru.

În cadrul fișei de date, la secțiunea IV.4.1) - *Modul de prezentare a propunerii tehnice*, se solicită: *"d) Grafic pentru execuția lucrărilor în corelare cu legislația (standarde, normative) în vigoare, cu indicarea necesarului de resurse (minim aprovizionare materiale și echipamente, resurse umane și utilaje/echipamente/dotări) care va conține în mod obligatoriu lista tuturor activităților și subactivități necesare pentru realizarea contractului, activități ce vor fi ierarhizate cu precizarea duratelor (start-finish); Graficul va trebui corelat cu resursele tehnice, umane și financiare alocate execuției lucrărilor. Graficul de derulare a execuției pe faze fizic și valoric. Lipsa informațiilor minimale solicitate duce la descalificarea ofertelor ca neconforme. Nu se acceptă completări ulterioare a informațiilor care lipsesc din cadrul ofertei tehnice. [...] Ofertantul are obligația de a preciza în cadrul propunerii tehnice: - termenul de execuție pentru cel mai mare contract subsecvent; - termenele de garanție; - alte informații considerate semnificative de către ofertant".*

Ofertanții nu pot prezenta un grafic de execuție, nici măcar raportat la un contract subsecvent, atât timp cât documentația de atribuire nu specifică exact care sunt cantitățile de lucrări și obiectul acestora. În cadrul fișei de date, la secțiunea II.2.1) - *Cantitatea totală sau domeniul*, se menționează: *"cantitatea celui mai mare contract subsecvent - 349.000 mp"*, însă indicarea fără detaliere a unei cantități nu este suficientă pentru ca operatorii să poată întocmi o ofertă conformă.

Este citat din nou din decizia Consiliului nr. 634/C3/316-317-393/04.03.2014: *"Referitor la neclaritățile criticate, respectiv: «propunerea tehnică va conține un comentariu, articol cu articol privind toate specificațiile conținute în caietul de sarcini (...)»; «solicitarea privind graficul de derulare a execuției pe faze fizic și valoric», atâta timp cât nu există proiecte, contracte subsecvente cu cantități și valori certe; «modalitatea de prezentare a propunerii*

financiare - pe bucată», «Orice necorelare, omisiune ori neconformitate ... conduce la respingerea ofertei», Consiliul consideră că operatorii economici care intenționează să participe în calitate de ofertanți în cadrul prezentei proceduri sunt în imposibilitate de a-și întocmi o ofertă conformă (propunere financiară și propunere tehnică), întrucât autoritatea contractantă nu a asigurat informații complete necesare acestora. În aceste condiții, Consiliul consideră întemeiate criticile formulate cu privire la documentația de atribuire, impunându-se remedierea acesteia (prin modificare și/sau completare), în condițiile prevăzute la art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, care prevăd: «Autoritatea contractantă are obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire, 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». În sensul prevederilor evocate, autoritatea contractantă este obligată să asigure operatorilor economici o informare corectă, completă și explicită. Prin faptul că nu a asigurat potențialilor ofertanți toate informațiile necesare, autoritatea a afectat și principiul transparenței (art. 2 din ordonanță), întrucât toate condițiile și modalitățile de derulare a procedurii de atribuire trebuie să fie formulate clar în anunțul de participare și în documentația de atribuire."

Următoarea contestație (a cincea) este depusă de SC ... SRL, care sesizează că valorile indicate de autoritate la pct. II.1.4), II.1.5) și II.2.1) din anunțul de participare/fișa de date a achiziției nu sunt corelate:

- la pct. II.1.4), valoarea estimată, fără TVA, este de 2.207.499.916,20 lei, însă la pct. II.2.1) este de 2.205.512.967,57 lei;

- la pct. II.1.5), cheltuielile diverse și neprevăzute sunt de 218.564.348,13 lei, însă la pct. II.2.1) sunt de 198.694.861,94 lei.

Este necesară indicarea valorilor corecte.

La pct. III.2.2) din fișa de date, intitulat "*Capacitatea economică și financiară*", se solicită: "*Ofertantul trebuie să demonstreze că, la momentul semnării contractului, va avea acces la sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării pentru perioada de 11 luni, în valoare de 75.000.000 lei*", cerință care este restrictivă, de natură să împiedice participarea operatorilor la procedură. Cerința încalcă și Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, potrivit căreia autoritățile contractante au obligația de plată a sumelor de bani în termen de

30 de zile calendaristice de la data emiterii facturii (art. 6 și 7). Practica sau clauza contractuală prin care se stabilește în mod vădit inechitabil, în raport cu creditorul, termenul de plată, nivelul dobânzii pentru plată întârziată sau al daunelor-interese suplimentare este considerată abuzivă, iar clauzele abuzive sunt lovite de nulitate absolută.

Așadar, cerința autorității de a solicita linii de credit suficiente pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării pentru o perioadă de 11 luni este abuzivă, autoritatea având obligația de a achita facturile în 30 de zile, respectiv 60 de zile în situații excepționale.

Se impune corelarea cerinței cu termenele de plată prevăzute de Legea nr. 72/2013.

La pct. III.2.3.a) din fișa de date a achiziției, intitulat "*Capacitatea tehnică și/sau profesională*", se prevede cerința de calificare constând în prezentarea "*listei lucrărilor executate în ultimii 5 ani, din care să rezulte ca la nivelul unui contract maxim 2 contracte [oferantului] a executat lucrări similare a căror valoare cumulată a fost de minim 84.038.982,00 lei, fără TVA*", cerință de asemenea restrictivă.

Potrivit art. 178 alin. (2) din ordonanța de urgență nr. 34/2006: "*autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire*", iar potrivit art. 179: "*nivelul cerințelor minime 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*".

Nu poate fi restricționat accesul operatorilor interesați prin limitarea la depunerea a maximum două contracte care să prevadă o anumită valoare în condițiile în care depunerea mai multor documente care să atingă cumulativ pragul valoric indicat poate face dovada îndeplinirii cerinței privind experiența similară. Scopul cerinței poate fi atins și în situația în care se depun două sau mai multe contracte care, însumate, să atingă pragul valoric solicitat de autoritatea contractantă.

Cu adresa nr. 26/26.03.2014, contestatoarea a solicitat Consiliului să îi permită accesul la documentele dosarului cauzei și fotocopierea lor, solicitare la care Consiliul a răspuns pozitiv, prin adresa nr. 5923/...-.../07.04.2014, ulterior primirii dosarului achiziției publice de la autoritatea contractantă. Până în prezent, deși au trecut peste zece zile de la primirea răspunsului Consiliului, SC Scorpionlion SRL nu s-a prezentat pentru studierea și fotocopierea documentelor.

În cea de a șasea contestație, ... ridică mai multe obiecții față de legalitatea licitației organizate de

Cu adresa nr. 365/10.04.2014, înregistrată la Consiliu cu nr. 11444/11.04.2014, contestatoarea comunică acestuia că renunță la contestația sa, împrejurare în care, ținând seama și de dispozițiile art. 278 alin. (7) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, potrivit căreia Consiliul poate lua act, oricând în cursul soluționării contestației, de renunțarea la aceasta de către contestatoare, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor urmează să ia act de renunțarea ... la contestația sa nr. ... în contradictoriu cu

În punctul său de vedere nr. 3152/03.04.2014 asupra contestației ... înregistrat la Consiliu cu nr. 10584/04.04.2014, autoritatea contractantă susține în apărare că, în caietul de sarcini, sunt prevăzute lucrări de reabilitare termică a fațadei blocurilor de locuințe. La cap. E3 se arată:

"Se pot adopta sisteme de izolare termică, standardizate/agremente tehnice sau realizate din produse de construcții compatibile tehnic, care îndeplinesc caracteristicile tehnice, clasele și nivelurile de performanță prevăzute de reglementările tehnice în vigoare aplicabile și care întrunesc, cumulativ, următoarele condiții:

- se realizează în baza unui referențial - standard/agrement tehnic-aplicabil;

- se încadrează în clasa de reacție la foc prevăzută mai sus;

- produsele de construcții utilizate sunt compatibile tehnic, iar caracteristicile tehnice, clasele și nivelurile de performanță se încadrează în prevederile reglementărilor tehnice aplicabile;

- prețul unitar se încadrează în prețul unitar de referință prevăzut în standardul de cost."

Prevederea se regăsește și în cuprinsul Hotărârii Guvernului nr. 363/2010 privind aprobarea standardului de cost pentru obiective de investiții finanțate din fonduri publice:

"5.1. Reabilitare termică anvelopă-fațadă parte opacă

5.1.1.1. Lucrări de intervenție/Activități eligibile

Precizări

1. Izolarea termică a suprafeței exterioare a fațadei blocului de locuințe se poate realiza luându-se în considerare de către proiectant:

a) sisteme compozite de izolare termică - în structură compactă sau cu strat de aer ventilat - însoțite de documente de atestare a conformității - certificat de conformitate/declarație de performanță - întocmite pe baza unui referențial - standard/agrement tehnic - aplicabil;

b) produse de construcții, compatibile tehnic pentru destinația preconizată de reabilitare termică bloc de locuințe și ale căror caracteristici tehnice, clase și niveluri de performanță stabilite de

proiectant în documentația tehnică respectă reglementările tehnice aplicabile, iar sistemul de izolare termică nou-creat respectă cerințele fundamentale de calitate în construcții.

2. Sistemul compozit de izolare termică cuprinde, în principal:

- aplicarea adezivului pentru lipirea izolației termice pe stratul suport;

- material termoizolant;

- pozarea și fixarea mecanică a materialului termoizolant;

- aplicarea masei de șpaclu armată cu plasă din fibră de sticlă;

- realizarea stratului de finisare cu tencuială decorativă.

Se pot adopta și alte sisteme de izolare termică, standardizate/agremente tehnice sau realizate din produse de construcții compatibile tehnic, care îndeplinesc caracteristicile tehnice, clasele și nivelurile de performanță prevăzute de reglementările tehnice în vigoare și care întrunesc cumulativ următoarele condiții:

- se realizează în baza unui referențial - standard/agrement tehnic - aplicabil;

- se încadrează în clasa de reacție la foc prevăzută de prezentul standard de cost corespunzător regimului de înălțime al blocului de locuințe pentru care se propune aplicarea sistemului de izolare termică;

- produsele de construcții utilizate sunt compatibile tehnic, iar caracteristicile tehnice, clasele și nivelurile de performanță se încadrează în prevederile reglementărilor tehnice aplicabile;

- prețul unitar se încadrează în prețul unitar de referință prevăzut în prezentul standard de cost."

Prin caietul de sarcini ("*borderou norme*") se permite utilizarea altor materiale, des uzitate în practică, și anume vată minerală semirigidă de diferite grosimi, vată minerală bazaltică și spumă poliuretanică termoizolantă. Toate aceste trei materiale, evidențiate și descrise și în Hotărârea Guvernului nr. 363/2010, sunt materialele cel mai des utilizate în România și care îndeplinesc, cumulativ, cerințele impuse de actul normativ menționat. De altfel, calculul standardului de cost pentru tipul de lucrări de reabilitare termică anvelopă fațadă parte opacă a fost întocmit pentru cele trei tipuri principale de materiale.

În cuprinsul caietului de sarcini, pentru vată minerală și spumă poliuretanică a fost evidențiat doar standardul pentru polistiren. Pentru orice operator economic din domeniu este evident că acest standard este de bază pentru execuția lucrărilor de acest gen.

Unul dintre principalele motive de propunere a celor trei tipuri de materiale este prețul, Primăria ... fiind obligată să se încadreze în standardul de cost din Hotărârea Guvernului nr. 363/2010, pentru eficiența utilizare a fondurilor publice alocate acestui capitol bugetar.

Nu există în cuprinsul caietului de sarcini nicio specificație de marcă și/sau producător, denumirea de polistiren sau vată minerală fiind generică, iar pe piața internă și externă sunt mulți producători în domeniu. Autoritatea nu poate menționa în caietul de sarcini specificații tehnice care indică o anumită origine, sursă, producție, un procedeu special, o marcă de fabrică, un brevet de invenție, o licență de fabricație, care au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse, deoarece ar încălca art. 38 alin. (1) din ordonanța de urgență nr. 34/2006. Contestatoarea, după cum declară, este unic producător al materialului pe care îl comercializează.

Asupra contestației ... autoritatea a formulat punctul de vedere nr. 3153/03.04.2014, în care arată că societatea contestatoare face confuzie între cash-flow-ul necesar realizării lucrărilor pe o perioadă de 11 luni, raportat la valoarea celui mai mare contract subsecvent, și termenele legale de plată, astfel cum sunt definite acestea la art. 6 din Legea nr. 72/2013. Solicitarea privind dovada cash-flow-ul pe o perioadă de 11 luni, dintre cele 12 luni necesare realizării celui mai mare contract subsecvent, nu este o cerință restrictivă.

Potrivit Ordinului nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, nu este considerată a fi restrictivă cerința: *"Ofertantul trebuie să demonstreze că, la momentul semnării contractului, va avea acces la sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării pentru perioada precizată"*.

Atât dispozițiile legale în vigoare, cât și practica Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice permit autorității contractante să solicite acces la resurse financiare. Prin fișa de date se solicită ofertantului să demonstreze că, la momentul semnării contractului, va avea acces la sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării pentru o perioadă de 11 luni, în valoare de 75.000.000 lei. Sursa de finanțare pentru realizarea lucrărilor este constituită din transferuri de la bugetul de stat, credite bancare externe, bugetul local și alte surse legal constituite, astfel încât de la depunerea situațiilor de lucrări până la plata efectivă va trece un termen de 9 luni. Perioada de la depunerea situațiilor de lucrări și a cererilor de tragere bancare până la decontare este de maximum 11 luni.

Suma solicitată, în valoare de 75.000.000 lei, pentru a nu fi considerată restrictivă, s-a calculat după formula recomandată de Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice: suma sau plafonul maximă/maxim impusă/impus = (valoarea estimată contract/perioada derulare contract) x

perioada solicitată de autoritatea contractantă. Având în vedere că valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent este de 84.038.982,00 lei, iar perioada de derulare este de 12 luni, rezultă că autoritatea a solicitat o valoare mai mică decât cea maximă admisă, și anume 75.000.000 lei, în loc de 77.035.733,50 lei.

În ceea ce privește perioada de 11 luni, potrivit Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice se poate accepta solicitarea unei perioade mai mari cu maximum 2 luni decât perioada la care menționează autoritatea contractantă că va face plățile. Având în vedere termenul de 9 luni pentru efectuarea plăților, este în conformitate cu cele menționate anterior solicitarea accesului la resurse pe o perioadă de 11 luni.

Referitor la capătul de cerere subsidiar de anulare a procedurii de atribuire, autoritatea îl consideră neîntemeiat. Contestatoarea nu oferă niciun motiv de fapt sau de drept care să justifice anularea procedurii de atribuire.

Vizavi de contestația ... în punctul său de vedere nr. 3155/03.04.2014 autoritatea reia argumentația regăsită în punctul de vedere asupra primei contestații referitoare la utilizarea sistemului de termoizolare cu polistiren, material utilizat în 99% dintre lucrările de reabilitare termică a clădirilor. De asemenea, este reluată argumentația și în ceea ce privește cerința de cash-flow pentru o perioadă de 11 luni (din întâmpinarea la contestația ...).

Referitor la eliberarea garanției de bună execuție în funcție de certificatul energetic, o asemenea condiționare este neîntemeiată, având în vedere că garanția de bună execuție este constituită de executant și se eliberează conform art. 92 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006. În plus, potrivit art. 19 din Normele metodologice de aplicarea a Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 18/2009 privind creșterea performanței energetice a blocurilor de locuințe, coordonatorul local organizează recepția la terminarea lucrărilor și pune la dispoziția asociației de proprietari certificatul de performanță energetică a blocului de locuințe, care este elaborat de proiectant, nu de către executantul lucrărilor. Prin urmare, la terminarea lucrărilor de intervenție, coordonatorul local organizează recepția la terminarea lucrărilor, cu participarea reprezentatului desemnat al asociației de proprietari, și pune la dispoziția acestuia certificatul de performanță energetică a blocului de locuințe, cu evidențierea consumului anual specific pentru încălzire al blocului de locuințe izolat termic.

Mai mult decât atât, o propunere de condiție obligatorie venită din partea unui potențial ofertant prin intermediul unei contestații la Consiliu nu poate fi primită, având în vedere că obiectul contestației reprezintă contestarea actului nelegal emis de autoritatea contractantă (în speță, prevederile documentației de atribuire) și nu propunerea unor condiții suplimentare de inserat în documentația de

atribuire. În mod evident, contestatoarei nu i s-a vătămat niciun drept prin neincluderea unei asemenea condiții în documentația de atribuire.

În combaterea contestației SC ... SRL, autoritatea afirmă că a publicat în SEAP anunțul de tip erată nr. 52088/ 22.03.2014, prin care a corectat valorile din anunțul de participare și din fișa de date cuprinse în secțiunile II.1.4) și II.1.5), corelându-le cu cele de la secțiunea II.2.1.

În ceea ce privește pretinsa nelegalitate a cerinței de la pct. III.2.2) din fișa de date a achiziției, privind cash-flow-ul, sunt reiterate argumentele cuprinse în punctele de vedere asupra contestațiilor ... și

Susținerea contestatoarei cu privire la nelegalitatea cerinței de la pct. III.2.3.a) din fișa de date a achiziției, privind experiența similară, este neîntemeiată, cerința fiind formulată în concordanță nu doar cu prevederile legislației în vigoare, ci și cu recomandările Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice. Astfel, cerința a fost stabilită în conformitate cu art. 188 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 și cu art. 9 lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, raportată la valoarea celui mai mare contract subsecvent. De asemenea, potrivit Ordinului nr. 509/2011, este considerată ca fiind nerestrictivă solicitarea prezentării unui document sau a unui număr maxim de documente prin care să se confirme executarea lucrărilor în ultimii 5 ani.

În opinia autorității contractante și contestația ... este neîntemeiată. În respectiva contestație se afirmă că nu au fost respectate prevederile art. 66 lit. e) și f) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006: "Documentația de atribuire trebuie să conțină, alături de elementele prevăzute la art. 33 alin. (2) din ordonanța de urgență și un set minim de informații specifice referitoare la: [...] e) estimări ale cantităților minime și maxime care ar putea fi solicitate pe durata întregului acord-cadru; f) estimări ale cantităților minime și maxime care ar putea face obiectul unui singur contract subsecvent dintre cele care urmează să fie atribuite pe durata acordului-cadru", însă autoritatea a menționat la cap. II.2.1) toate aceste informații. În plus, contestatoarea se contrazice și nu indică legislația sau normativele în vigoare în domeniul construcțiilor pretinse că au fost încălcate.

Referitor la neconcordanța între estimarea valorii și modalitatea de ofertare, pe lângă prevederile art. 66 lit. e) și f) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, autoritatea invocă dispozițiile Hotărârii Guvernului nr. 363/2010 privind aprobarea standardelor de cost pentru obiective de investiții finanțate din fonduri publice - anexa nr. 2.4.:

"4. Obiectiv de referință:

Clădire cu destinație bloc de locuințe, cu următoarele caracteristici:

Nr. crt.	Date tehnice	UM	Valori de referință
1.	Regim de înălțime	-	P+9E
2.	Înălțime liberă de nivel	m	2,52
3.	Tip acoperiș	-	Terasă necirculabilă
4.	A _u - arie utilă clădire	mp	2.895,30
5.	A _{fo} - arie fațadă parte opacă	mp	2.281,00
6.	A _{fv} - arie fațadă parte vitrată	mp	722,00
7.	A _{ter} - arie terasă	mp	288,00
8.	A _s - arie planșeu pentru subsol	mp	228,00
9.	A _{anv} - arie anvelopă	mp	3.499,00
10.	V _u - volum util	mc	7.289
11.	Raportul dintre aria fațadei parte vitrată și aria utilă a clădirii	-	0,25
12.	Indice de formă al clădirii	-	0,48

Autoritatea contractantă a estimat valorile acordului-cadru luând în considerare standardul de cost.

Valorile estimate referitoare la acordul-cadru se prezintă astfel:

- cantitatea totală estimată a acordului-cadru - 8.272.748,02 mp;

- cantitatea celui mai mic contract subsecvent - 34.990 mp;

- cantitatea celui mai mare contract subsecvent - 349.000 mp;

- valoarea celui mai mic contract subsecvent - 8.403.898,20 lei;

- valoarea celui mai mare contract subsecvent - 84.038.982,00 lei;

- valoarea estimată a tuturor contractelor subsecvente este de 1.986.948.619,44 lei, fără TVA, reprezentând 439.007.649,02 euro, fără TVA, și este calculată conform Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006, art. 31: "În cazul în care autoritatea contractantă își propune să încheie un acord-cadru, atunci valoarea estimată se consideră a fi valoarea maximă estimată, fără TVA, a tuturor contractelor de achiziție publică ce se anticipează că vor fi atribuite în baza acordului-cadru respectiv, pe întreaga sa durată"

Prețul unitar de ... lei/mp a rezultat din aplicarea standardului de cost descris în Hotărârea Guvernului nr. 363/2010 și se raportează la lucrările de bază la un bloc standard. În cea ce privește lista celor 275 de prețuri, aceasta cuprinde totalitatea categoriilor ce se pot executa, ținând cont de tehnologiile uzuale, proiectantul lucrărilor fiind cel care va stabili soluția tehnică optimă.

Referitor la cerința privind personalul: "*Coordonator (manager) de proiect (lucrare) - cel puțin 5 persoane: studii superioare; experiența specifică: cel puțin 1 proiect/contract la nivelul căruia să fi desfășurat activități similare*", contrar celor susținute de

contestatoare, numărul de coordonatori de proiect a fost stabilit luându-se în considerare numărul mare de contracte subsecvente ce vor fi atribuite într-un an de zile (1-10 contracte subsecvente/an).

Concluzia contestatoarei conform căreia "raportarea la cel mai mare contract subsecvent impune 1 contract, respectiv 1 proiect, respectiv 1 manager de proiect" este eronată, întrucât nu ține cont de situația în care sunt executate mai multe contracte subsecvente în același timp. Prin urmare, cerința privind cei 5 coordonatori de proiect este mai mult decât rezonabilă, având în vedere faptul că există posibilitatea obiectivă ca toți cei 5 coordonatori să lucreze simultan pe 5 contracte subsecvente distincte. De asemenea, numărul de blocuri aflate simultan în lucru în cadrul unui contract subsecvent poate impune necesitatea personalului de specialitate menționat anterior.

Prevederile art. 65 lit. f) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 trebuie interpretate astfel încât să aibă un sens. Astfel, dispozițiile legale anterior menționate sunt incidente atunci când autoritatea contractantă impune anumite nivele valorice (cum ar fi media cifrei de afaceri, o anumită valoare pentru dovedirea experienței similare), iar numărul de experți nu poate fi stabilit în funcție de o valoare (a contractului respectiv), ci se raportează la nevoile obiective ale autorității contractante, nevoi pe deplin justificate în cazul de față.

Mai mult decât atât, potrivit deciziei Consiliului invocate de contestatoare, se va corela numărul de manageri și RTE, raportat la numărul de lucrări/contracte concomitente ce urmează a fi derulate, raționament pe care autoritatea l-a respectat în totalitate în cadrul prezentei proceduri, după cum rezultă din documentația de atribuire.

Cu privire la solicitarea de la secțiunea III.2.3.b) - "*Standarde de asigurare a calității*", coroborată cu solicitarea de la secțiunea IV.4.1) - "*Modul de prezentare a propunerii tehnice*", conform art. 11 din Hotărârea Guvernului nr. 766/1997 pentru aprobarea unor regulamente privind calitatea în construcții, programul de asigurare a calității stabilește dispozițiile specifice, directoare pentru definirea și obținerea calității, precizând obiectivele, regulile de operare, resursele și secvențele activităților legate de calitate. Programul de asigurare a calității este concretizat prin următoarele documente principale:

a) manualul calității, care poate diferi în ceea ce privește gradul de detaliere și formatul, pentru a corespunde necesităților agentului economic sau ale persoanei juridice. Acesta poate fi alcătuit din mai multe documente. În funcție de obiectul manualului, se poate utiliza un calificativ, spre exemplu "*manual de asigurare a calității*", "*manual de management a calității*";

b) proceduri, care sunt:

- procedurile sistemului, care detaliază condițiile referitoare la sistemul calității;
- procedurile tehnice de execuție sau de proces, care includ planuri de control al calității;
- proceduri administrative;
- planul de control al calității.

În anumite cazuri - lucrări de investiții-construcții importante, utilizare de produse noi sau procese și procedee de execuție speciale - beneficiarii investitori pot solicita, prin contract, elaborarea și aplicarea de către furnizorii de produse sau de către constructorii executanți de lucrări a unor planuri ale calității, pentru acele cazuri. Planurile calității se stabilesc în concordanță cu programele de asigurare a calității ale beneficiarilor și în corelare cu manualele și cu procedurile privind calitatea ale furnizorilor sau ale executanților respectivi.

Autoritatea contractantă solicită prezentarea procedurilor tehnice de execuție aferente tuturor categoriilor de lucrări care se execută pe parcursul desfășurării lucrărilor, cu scopul de a verifica respectarea standardelor, dar și metodelor de lucru, astfel încât să nu existe neconcordanțe pe teren, ducând la neconformități.

Cu privire la cerința accesului la resurse (cash-flow), autoritatea reia explicațiile aduse în punctele de vedere asupra celorlalte contestații.

Referitor la penalități se menționează că autoritatea le-a stabilit astfel încât fiecare executant să-și îndeplinească obligațiile asumate prin contract în termenele asumate, dar și pentru a executa lucrările în conformitate cu standardele în vigoare la data executării acestora. Penalitățile de întârziere pot fi solicitate la plată în cazul în care se întârzie în onorarea obligațiilor contractuale. Solicitarea și plata penalităților are la bază principiul libertății contractuale, iar potrivit principiului dreptului comun "*contractul este legea părților*", convențiile legal făcute trebuie respectate întocmai de părțile contractante. În practică se întâlnesc și situații în care una dintre părți - debitorul - nu își execută de bună-voie obligațiile contractuale, situații în care intervine răspunderea contractuală. În cazul neexecutării, a unei executări necorespunzătoare sau cu întârziere se cauzează creditorului un prejudiciu pe care debitorul este obligat să îl repare. Stipularea unor penalități diferite pentru părțile contractului este permisă, fiind des întâlnită în practică. Totodată, existența unor sancțiuni diferite pentru neexecutarea, executarea necorespunzătoare sau cu întârziere de către achizitor sau executant este justificată inclusiv prin prisma eficienței utilizării a fondurilor publice.

Cu privire la referirile din caietul de sarcini la "*proiectarea lucrărilor*", "*consultant*", "*dirigenție de șantier*", documentația nu prezintă nicio neconcordanță în ceea ce privește atribuțiile

antreprenorului. Ea explică execuția lucrării exclusiv pe baza proiectului (planșe de execuție și caiete de sarcini), cu verificarea execuției corecte a lucrărilor prin diriginți de șantier de specialitate, asigurați de investitor.

Se menționează că paragraful 10.2.2 - *Atribuții referitoare la proiectare* punctează încă o dată faptul că, prin execuția lucrării, antreprenorul trebuie să respecte cerințele din documentația de proiectare, precum și Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții.

Toate prevederile din caietul de sarcini sunt conjugate și întăresc necesitatea de a exista o strânsă conlucrare, pe parcursul lucrărilor, între executant, proiectant și dirigințele de șantier, în vederea realizării unor lucrări de bună calitate, conform standardelor în vigoare.

Referitor la durata de execuție, grafic și la graficul valoric contractual, autoritatea arată că ele au fost solicitate și trebuie corelate cu legislația în vigoare (standarde, normative), cu indicarea necesarului de resurse (minim aprovizionare materiale și echipamente, resurse umane și utilaje/echipamente/dotări), care va conține în mod obligatoriu lista tuturor activităților și subactivități necesare pentru realizarea contractului, activități ce vor fi ierarhizate cu precizarea duratelor (start-finish). Graficul va fi corelat cu resursele tehnice, umane și financiare alocate execuției lucrărilor.

La fel ca în cazul celorlalte contestații, și cea depusă de ... trebuie respinsă de Consiliu ca neîntemeiată, consideră organizatoarea licitației.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzelor conexe, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ... publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 14.03.2014, și cu nr. 89459 în Suplimentul Jurnalului Oficial al Uniunii Europene nr. S54 din 18 martie 2014, autoritatea contractantă ..., prin primăria sa, a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de lucrări de reabilitare/izolare termică a blocurilor de locuințe incluse în Programul de creștere a performanței energetice a blocurilor de locuințe din ... al municipiului ... lucrări estimate valoric la 2.205.512.967 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ..., alături de anunțul de participare. Ulterior consultării acestei documentații, considerând că unele cerințe de calificare sau tehnice, impuse de autoritate, sunt restrictive și contravin dispozițiilor legale, precum și că există informații contradictorii, operatorii economici SC ... SRL și ... au atacat-o în termenul legal la Consiliu, prin contestațiile care formează obiectul prezentelor cauze conexe.

Asupra aspectelor sesizate în prima dintre contestații, formulată de ... Consiliul constată că ele vizează, în esență, opțiunea și impunerea de către organizatoarea licitației a soluției tehnice de termoizolare a fațadelor imobilelor cu polistiren expandat ignifugat de diferite dimensiuni și grosimi. Prin impunerea condiției ca reabilitarea fațadelor să se realizeze cu polistiren se încalcă prevederile art. 38 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, având ca efect eliminarea nejustificată a tuturor acelor producători și/sau distribuitori de sisteme de termoizolare a fațadelor printr-o altă tehnologie, respectiv sistem (semi)ventilat cu panouri sandwich din aluminiu cu miez din spumă poliuretanică densă, sisteme ce utilizează vată minerală, panouri spumă PIR etc, susține contestatoarea.

În cele 55 de pagini ale caietului de sarcini aferent procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a prevăzut, între altele:

"7.1.1 : Elemente generale: Lucrările de construcții: Nu se admit abateri de la proiectul de execuție" (pag. 5);

"E. Specificații tehnice sisteme de termoizolație și finisare a fațadelor

E.3 Cerințe generale: **Polistiren expandat**

E.4 Standarde și normative de referință:

- SR EN 13499 : 2004 Produse termoizolante pentru cladiri. Sisteme compozite de izolare termica la exterior (ETICS) pe baza de **polistiren expandat** inclusiv normativele de determinare;

- SR EN 13163 – 2003 Produse termoizolante pentru cladiri. Produse fabricate din **polistiren expandat** EPS – Specificatie.

E.10 Materiale și produse

10.1 Componentele sistemului. Elementele componente ale sistemului de termoizolatie sunt:

- Adeziv pentru **polistiren**;

- **Polistiren expandat**;

- Dibluri de fixare;

- Masa de spaclu pentru armare;

- Plasa din fibra de sticla;

- Accesorii ca de ex: profile de colt, profile de legatura, profile pentru rosturi de dilatatie, benzi de etansare etc.);

- Tencuiala decorativa, inclusiv amorsa si vopsea de protectie daca este necesar.

Ofertantii vor prezenta agrementul tehnic pentru termosistemul propus, compus din amorsa, **polistiren**/vata minerala, adeziv, masa de spaclu, plasa de armare, sisteme de fixare, amorsa, tencuiala decorativa, elaborat in baza SR EN 13499:2003 si respective SR EN 13500:2003 sau echivalent.

E.10.3 Placile de termoizolatie

a) Pentru peretii de fatada - placi din **polistiren expandat** ignifugat pentru fatade cu densitate de 15-18 kg/m³ si conductivitate termica $\lambda=0,040$ W/mK. Grosimea placilor va fi de min 10 cm. Vor fi admise abateri dimensionale de max.0,2%.

b) Pentru termoizolarea soclurilor, in vederea realizarii unei rezistente sporite la soc se utilizeaza placi din **polistiren expandat** sau extrudat, cu suprafata striata cu densitate de 28-30 kg/m³. Grosimea placilor va fi de 5 cm. Abaterile dimensionale ale placilor se vor incadra in limitele acceptate pentru placile de **polistiren expandat**." (pag. 15-19);

"Placarea peretilor exteriori, fatada in camp si atice, cu termosistem – placi de **polistiren expandat** ignifugat de [...] cm grosime, fixat cu masa de spaclu, dibluri plastic" (pag. 35).

Din parcurgerea întregului caiet, cu specială privire asupra pasajelor reproduse, se desprinde concluzia că organizatoarea

licitației intenționează să achiziționeze o soluție de anvelopare termică a blocurilor prin utilizarea plăcilor de polistiren expandat. O asemenea soluție pasivă de termoizolare, aplicată de mult timp și pe scară largă, nu numai în România, nu este interzisă de legislația pe linie de construcții și nici de cea pe linie de achiziții publice.

Există mai multe standarde referitoare la polistirenul expandat sau extrudat folosit la termoizolarea clădirilor, unele incluse în Lista cuprinzând indicativele de referință ale standardelor române care transpun standarde europene armonizate din domeniul produselor pentru construcții, aprobată prin Ordinul viceprim-ministrului, ministrul dezvoltării regionale și administrației publice, nr. ... De asemenea, există și un "Ghid privind proiectarea și executarea lucrărilor de reabilitare termică a blocurilor de locuințe", indicativ GP 123-2013, elaborat de Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Construcții, Urbanism și Dezvoltare Teritorială Durabilă "URBAN-INCERC", aprobat de viceprim-ministrul, ministrul dezvoltării regionale și administrației publice, prin Ordinul nr. 2211/2013. Informațiile tehnice din ghid se pot utiliza împreună cu reglementarea tehnică "Soluții cadru privind reabilitarea termo-higro-energetică a anvelopei clădirilor de locuit existente", Indicativ SC 007-2013.

Din toate aceste normative reiese că există mai multe sisteme și produse utilizate pentru lucrările de reabilitare termică (produse pe bază de polistiren, produse pe bază de vată minerală, produse pe bază de poliuretan, produse pe bază de sticlă celulară, produse pe bază de plută expandată), cu diferite caracteristici și niveluri de performanță.

Anexa nr. 2.4 la Hotărârea Guvernului nr. 363/2010 privind aprobarea standardelor de cost pentru obiective de investiții finanțate din fonduri publice cuprinde standardul de cost pentru reabilitarea termică anvelopă bloc de locuințe - SCOST-04/MDRT.

După cum s-a arătat, sistemul de termoizolare cu polistiren este recunoscut și permis în construcții, neîncălucând dispozițiile legale în vigoare. Implicit, nici produsul polistiren nu aduce atingere acestor dispoziții. Din perspectiva legislației achizițiilor publice, sistemul de izolare amintit și produsul polistiren nu sunt prohibite. De altminteri, contrar aparenței, nici ... nu afirmă că reglementările actuale ar cuprinde o asemenea interdicție, nemulțumirea contestatoarei provenind din faptul că autoritatea contractantă a limitat posibilitatea operatorilor de a depune ofertă pentru alte tipuri de sisteme izolatoare, acceptând doar sistemul clasic cu polistiren.

Problema ridicată de contestatoare este una atât "de principiu", cât și cu implicații practice, concrete, respectiv dacă o autoritate contractantă poate impune prin caietul de sarcini o anumită tehnologie sau un anumit produs, în detrimentul celorlalte tehnologii sau produse, eventual de dată recentă (moderne) și cu

performanțe care i-ar acoperi la fel de bine necesitățile. Problema, delicată mai mult prin consecințele sale greu de anticipat și depășit, comportă o discuție la nivel micro, pe elemente componente ale obiectului achiziției, transpusă apoi la nivel de ansamblul. Astfel, în esență și în primul rând întrebarea care se pune este dacă, spre pildă, la o licitație de lucrări de canalizare autoritatea impune în devizele aferente articolul "execuție săpătură manuală", poate fi contestat acest articol și solicitat autorității să accepte execuția săpăturii mecanizat, cu un utilaj destinat acestui timp de lucrare, acolo unde frontul de lucru o permite? Răspunsul, mai cu seamă dacă săpătura privește o cantitate considerabilă, nu poate fi decât pozitiv, întrucât accentul trebuie pus de autoritate nu pe tehnologia de săpare (manual sau mecanizat), ci pe rezultatul urmărit. Poate fi mai eficient pentru ea să apeleze la săpătura mecanizată, atât din perspectiva costurilor implicate, cât și a duratei de execuție. Concluzia, la nivelul la care ne referim, este că autoritatea trebuie să accepte varianta alternativă a executării săpăturii. Ea poate fi extinsă și la nivel macro – atât timp cât scopul urmărit de autoritate poate fi atins prin mai multe tehnologii și categorii de produse, autoritatea nu este îndrituită să restricționeze participarea la licitație a operatorilor economici care furnizează respectivele tehnologii/produse, mai cu seamă a celor inovative și performante.

Raționamentul este valabil și aplicabil în cazul tuturor tipurilor de contracte de lucrări, de servicii sau de produse, un exemplu elocvent pentru cel din urmă caz îl reprezintă achiziția de monitoare video, unde autoritatea nu poate restrânge tipul de monitor la cele cu tub catodic (CRT), în condițiile în care pe piață există monitoare avansate cu plasmă, LCD, LED, OLED șamd care pot să redea aceleași imagini video și care au o fiabilitate și specificații tehnice superioare celor cu tub catodic.

Ar fi și absurd ca o autoritate să refuze ofertarea unui produs mai avansat tehnologic decât cel descris în caietul de sarcini și care îi satisface toate necesitățile, posibil la un preț mai scăzut decât cel estimat, sub pretextul că dorește un produs depășit tehnologic. Bunăoară, însăși ordonanța de urgență privind achizițiile publice, prin art. 36, promovează un asemenea raționament – nicio ofertă nu poate fi respinsă pe motiv că produsele prevăzute în propunerea tehnică nu sunt conforme cu specificațiile precizate dacă ofertantul demonstrează, prin orice mijloc adecvat, că propunerea tehnică satisface într-o manieră echivalentă cerințele autorității contractante. Cu alte cuvinte, în speță, dacă sistemul de termoizolare furnizat de reclamantă, agrementat și comercializat conform Hotărârii Guvernului nr. 622/2004 privind stabilirea condițiilor de introducere pe piață a produselor pentru construcții, republicată, are performanțe egale sau superioare celui cerut prin caietul de sarcini, demonstrate în condițiile art. 36 din ordonanță,

autoritatea nu îi poate respinge oferta pe considerente ce țin de neofertarea unui sistem pe bază de polistiren.

În primul articol din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 18/2009 privind creșterea performanței energetice a blocurilor de locuințe se prevede că *"Realizarea lucrărilor de intervenție stabilite prin prezenta ordonanță de urgență are drept scop creșterea performanței energetice a blocurilor de locuințe, respectiv reducerea consumurilor energetice pentru încălzirea apartamentelor, în condițiile asigurării și menținerii climatului termic interior, precum și ameliorarea aspectului urbanistic al localităților. Creșterea performanței energetice a blocurilor de locuințe are drept scop reducerea consumurilor energetice din surse convenționale, diminuarea emisiilor de gaze cu efect de seră și introducerea, după caz, a unor surse alternative de producere a energiei"*. Nicio ofertă nu poate fi respinsă dacă ofertantul demonstrează prin orice mijloc adecvat că produsele sale asigură îndeplinirea performanțelor sau cerințelor funcționale solicitate de autoritate în temeiul ordonanței amintite. Cu atât mai mult, încă din etapa de elaborare a ofertelor pe baza documentației de atribuire, autoritatea ar trebui să încurajeze soluțiile alternative care corespund scopului și rigorilor de ordin tehnic prescrise la modul general de Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 18/2009 și particularizate de autoritate în caietul de sarcini.

Dacă produsele alternative utilizate în reabilitarea termică de către operatorii economici, cum sunt cele produse de ... asigură un nivel tehnic calitativ similar ori superior cerințelor autorității, ele nu pot fi excluse de la licitație. Desigur, acceptarea lor presupune dovedirea performanțelor tehnice și respectarea cantităților unitare și totale de lucrări stabilite de autoritate (care acoperă 8.272.748,02 mp).

Reticența autorității în a accepta sisteme și produse alternative poate constitui un indiciu al intenției de favorizare nelegală a operatorilor economici ce utilizează sistemul clasic, cu polistiren, în câștigarea acordului-cadru. Art. 2 alin. (1) lit. a) și b) și alin. (2) lit. b) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 dispun: "(1) Scopul prezentei ordonanțe de urgență îl constituie: a) promovarea concurenței între operatorii economici; b) garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici; (2) Principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică sunt: [...] b) tratamentul egal".

Însă, din argumentația folosită în punctul de vedere asupra contestației ... se pare că autoritatea dorește să răspundă afirmativ contestației, în sensul admiterii și a altor tipuri de sisteme termoizolatoare. Răspunsul este doar aparent, în condițiile în care autoritatea nu se exprimă clar că acceptă sisteme bazate pe orice alte produse, cum este cel utilizat de contestație (caietul de

sarcini, redus la afirmațiile contradictorii de la pag. 16, lasă să se întrevadă o asemenea permisiune).

Trebuie amintit că, potrivit articolului 2 din Directiva 2004/18, care prevede principiile de atribuire a contractelor, autoritățile contractante tratează operatorii economici în mod egal și fără discriminare și acționează potrivit principiului transparenței. Aceste principii au o importanță crucială în ceea ce privește specificațiile tehnice, având în vedere riscurile de discriminare legate fie de alegerea acestora, fie de modul lor de formulare. Astfel, articolul 23 alineatul (2) și alineatul (3) litera (b) din Directiva 2004/18 și ultima teză a considerentului (29) al acestei directive subliniază că specificațiile tehnice trebuie să permită accesul egal al ofertanților și să nu aibă ca efect impunerea unor obstacole nejustificate în calea concurenței în ceea ce privește lansarea procedurilor de achiziții publice, că acestea trebuie să fie suficient de exacte pentru ca ofertanții să poată determina obiectul contractului și pentru ca autoritățile contractante să poată atribui contractul și că trebuie menționate în mod clar, astfel încât toți ofertanții să știe la ce se referă criteriile stabilite de autoritatea contractantă. Articolul 23 alineatul (6) din Directiva 2004/18 trebuie interpretat în special în lumina acestor considerații. - Hotărârea Curții Europene de Justiție din 10 mai 2012, cauza C-368/10, Comisia Europeană împotriva Regatului Țărilor de Jos, pct. 62.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării de lucrări de reabilitare termică a blocurilor, care să reflecte o anumită performanță, precum și natura și nivelurile caracteristicilor tehnice minime fixate pentru aceasta, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante [art. 3 alin. (1) lit. a) și art. 4 alin. (3) lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006]. Cenzurarea sau modificarea tipului de lucrări, a tehnologiilor, a performanțelor ori a caracteristicilor tehnice impuse de autoritate pot face obiectul contestării de către operatorii economici interesați în situația încălcării de către autoritate a ipotezei art. 35 alin. (5) - "specificațiile tehnice trebuie să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici" (text invocat și de autoarea contestației în analiză) - și cea a art. 38 din ordonanță - "se interzice definirea în caietul de sarcini a unor specificații tehnice care indică o anumită origine, sursă, producție, un procedeu special, o marcă de fabrică sau de comerț, un brevet de invenție, o licență de fabricație, care au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse". În cauză, raportat la cele exprimate în punctul de vedere asupra contestației, Consiliul

constată că autoritatea nu a prezentat motive plauzibile și obiective care să excludă participarea la licitație a operatorilor care furnizează alte soluții de rehabilitare termică a fațadelor blocurilor, ceea ce face ca obiecțiunile contestatoarei să fie fondate. Într-adevăr, este vădit restrictivă limitarea soluțiilor doar la cele bazate pe polistiren, cât timp există soluții alternative care asigură un transfer termic mai scăzut, prezintă o stabilitate în timp superioară, nu încarcă excesiv imobilul, poluează mai puțin mediul înconjurător, nu folosesc substanțe toxice etc.

Contrar art. ... C. proc. civ., care impune părților să își motiveze complet și să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, organizatoarea licitației nu reușește să probeze sau măcar să argumenteze în mod coerent și plauzibil de ce exclude participarea ofertanților cu alte soluții de izolare termică a blocurilor, față de care se poate dovedi asigurarea unor performanțe similare sau chiar superioare celor regăsite în cazul plăcii cu polistiren. Limitarea bugetară nu constituie un motiv întemeiat pentru excluderea soluțiilor inovative, problema încadrării ofertei în fondurile disponibile aparținând ofertanților, nu autorității.

Astfel fiind, Consiliul observă că autoritatea nu a invocat niciun motiv concret și obiectiv pe care să se sprijine decizia sa de a accepta la licitație doar anumite sisteme de izolare. Prin urmare, concluzia ce poate fi trasă este că autoritatea a specificat cerințele în discuție doar cu scopul de a exclude accesul la procedură al anumitor operatori economici, respectiv cei care furnizează în mod legal pe piața de profil sisteme alternative de izolare a blocurilor, context în care cerințele se vădesc a fi discreționare și nelegale, aducând atingere prevederilor art. 35 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, potrivit cărora specificațiile tehnice trebuie să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici.

Într-adevăr, după cum a statuat și Curtea de Apel ... Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 2762 din 11 decembrie 2008, raportat la nevoile sale, autoritatea este singura în măsură să decidă asupra acestora și asupra modalității de satisfacere a lor, însă această decizie nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate, de natură a restrânge concurența între agenții economici, deoarece s-ar aduce atingere principiilor care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică – nediscriminarea și tratamentul egal.

Întrucât autoritatea contractantă nu a prezentat Consiliului documente și argumente relevante care să îi acorde dreptul de a interzice acceptarea de soluții diferite, însă corespunzătoare nevoilor sale, prin limitarea în dezbatere autoritatea a încălcat în mod grav și

prescripțiile art. 2 alin. (2) lit. a) și b) - principiile nediscriminării și tratamentului egal. Scopul noii legislații privind achizițiile publice este de promovare a concurenței între operatorii economici, inclusiv prin eliminarea obstacolelor nejustificate, cum este soluția exclusivă a polistirenului în cauza de față. A fost restrâns în acest fel numărul operatorilor economici care pot participa la procedură. Din perspectiva ordonanței privind achizițiile publice, prin nediscriminare se înțelege asigurarea condițiilor de manifestare a concurenței reale pentru ca oricare operator economic, indiferent de naționalitate, să poată participa la procedura de atribuire și să aibă șansa de a deveni contractant, iar prin tratament egal se înțelege stabilirea și aplicarea, oricând pe parcursul procedurii de atribuire, de reguli, cerințe și criterii identice pentru toți operatorii economici, astfel încât aceștia să beneficieze de șanse egale de a deveni contractanți.

Conform art. 35 alin. (5) din ordonanță și art. 23 alin. (2) din Directiva Parlamentului European și a Consiliului nr. 2004/18/CE din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, specificațiile tehnice trebuie să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici, iar neacceptarea de lucrări conforme necesităților autorității, însă cu alte produse și tehnologii reprezintă în mod evident un obstacol nejustificat, în cauza de față. Aceeași directivă prevede și că: "*Specificațiile tehnice stabilite de achizitorii publici trebuie să permită exercitarea concurenței în domeniul achizițiilor publice. În acest scop, trebuie să fie posibilă prezentarea unor oferte care să reflecte diversitatea de soluții tehnice. Prin urmare, pe de o parte, specificațiile tehnice trebuie să poată fi stabilite în termeni de performanță și cerințe funcționale, și, pe de altă parte, în cazul în care se face trimitere la standardul european – sau, dacă un astfel de standard nu există, la standardul național – autoritățile contractante trebuie să ia în considerare și ofertele bazate pe alte soluții echivalente."*

Nimic nu exclude ca parametrii calitativi ai sistemelor ce nu utilizează polistirenul să îi depășească pe cei ai respectivului sistem. Până la proba contrară, este posibil ca anumiți antreprenori care pun în operă sisteme de izolare bazate pe alte materiale, avansate tehnologic și fiabile, să obțină o izolare superioară calitativ față de cea cu plăci din polistiren.

După cum s-a evocat mai sus, sub aspect tehnic limitarea nu a fost justificată de autoritate în niciun fel și, mai mult, aceasta din urmă pare a fi dispusă a accepta și alte variante de reabilitare.

"Specificațiile tehnice stabilite de achizitorii publici trebuie să permită ca achizițiile publice să fie deschise concurenței și să îndeplinească obiectivele de sustenabilitate. În acest scop, ar trebui

să fie posibilă prezentarea unor oferte care să reflecte diversitatea soluțiilor tehnice, a standardelor și a specificațiilor tehnice de pe piață, inclusiv a celor definite pe baza criteriilor de performanță legate de ciclul de viață și de sustenabilitatea procesului de producție a lucrărilor, a produselor și a serviciilor. [...] Cerințele funcționale și de performanță sunt, de asemenea, mijloace adecvate de favorizare a inovării în achizițiile publice și ar trebui să fie utilizate la o scară cât mai largă cu putință." – stabilește și noua directivă privind achizițiile publice, din 2014, mergând pe linia de gândire a celei precedente.

La nota finală de la art. 1 al Instrucțiunilor de aplicare a unor prevederi din Hotărârea Guvernului nr. 28/2008 privind aprobarea conținutului-cadru al documentației tehnico-economice aferente investițiilor publice, precum și a structurii și metodologiei de elaborare a devizului general pentru obiective de investiții și lucrări de intervenții, aprobate prin Ordinul ministrului dezvoltării, lucrărilor publice și locuințelor nr. 863/2008, se menționează:

"La elaborarea proiectelor materialele, confecțiile, utilajele tehnologice și echipamentele vor fi definite prin parametri, performanțe și caracteristici.

Este interzis a se face referiri sau trimiteri la mărci de fabrică, producători ori comercianți sau la alte asemenea recomandări ori precizări care să indice preferințe sau să restrângă concurența.

Caracteristicile tehnice și parametrii funcționali vor fi prezentați în cadrul unor limite (pe cât posibil) rezultate din breviarele de calcul și nu vor fi date în mod determinist, în scopul de a favoriza un anumit furnizor (producător sau comerciant)."

Este adevărat că, prin multiplele trimiteri la soluția constructivă de termoizolare cu polistiren expandat ignifugat, autoritatea nu se abate de la art. 38 din ordonanță, însă caracterul nelegal al caietului de sarcini provine nu din respectivele trimiteri, ci din efectul lor implicit de excludere a celorlalte soluții tehnice. Spus altfel, caietul de sarcini este restrictiv și, în consecință, nelegal, nu pentru că indică soluția amintită, permisă de lege, ci pentru că le exclude pe celelalte. Desigur, dacă autoritatea ar fi justificat în mod obiectiv, cu argumente tehnice solide, excluderea celorlalte soluții constructive echivalente sau superioare, soarta prezentului litigiu putea fi alta. Însă, după cum s-a evocat, simplul fapt că izolarea clădirilor cu polistiren este cea mai des întâlnită în practică nu îndrituiește autoritatea să îndepărteze de la licitație operatorii care comercializează legal sisteme cu aceeași destinație bazate pe alte tehnologii și produse. Ei nu trebuie să fie descurajați să își depună oferta. În final ține de autoritatea contractantă să aprecieze compatibilitatea ofertelor primite cu specificațiile urmărite și, după caz, să realizeze o verificare a echivalenței.

Nu trebuie scăpat din vedere că, luând în considerare, printre altele, valoarea ridicată a acordului-cadru și complexitatea relativ scăzută a lucrărilor ce fac obiectul lui, licitația poate genera un interes în obținerea acordului-cadru din partea întreprinderilor situate într-un alt stat membru (interes transfrontalier), unele dintre ele specializate în lucrări de reabilitare termică cu sisteme recente și performante. Valoarea acordului-cadru ce face obiectul licitației atinge pragul de aplicare a directivelor prin care legiuitorul comunitar a reglementat domeniul achizițiilor publice, iar acordul respectiv intră, așadar, în domeniul de aplicare al acestor directive, autoritatea fiind obligată să respecte și principiile generale ale dreptului comunitar (european). Aceste principii nu pot fi indiferente autorității contractante, cu precădere în atribuirea unui acord-cadru de aproximativ 500.000.000 euro, unde chiar și cea mai mică suspiciune trebuie înlăturată și înlocuită cu o certitudine, altfel consecințele fiind deosebit de grave, repercusiunile putând depăși chiar spațiul național (*in extremis* se poate ajunge, bunăoară, la declanșarea procedurii de *infringement* împotriva României, potrivit art. 258 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, mai cu seamă că avizul motivat din 26 ianuarie 2012 al Comisiei Europene împotriva României a avut ca punct de plecare tot o procedură de atribuire a unui acord-cadru global organizată de același ...

Deschiderea procedurilor de atribuire pentru alți potențiali ofertanți poate asigura autorităților contractante mai multe oferte (și, astfel, mai multe opțiuni referitoare atât la calitate, cât și la preț) și ar trebui să încurajeze operatorii interesați de atribuire să fie mai economici și mai eficienți.

Potrivit art. 2 din Hotărârea Guvernului nr. 363/2010, standardele de cost elaborate de ministere și celelalte organe de specialitate ale administrației publice centrale, în coordonarea Ministerului Dezvoltării Regionale și Turismului, constituie documente de referință cu rol de ghidare în promovarea obiectivelor de investiții, finanțate din fonduri publice, similare din punct de vedere tehnic cu obiectivele de referință prezentate în standardele respective. Vine să susțină această direcție chiar nota de fundamentare a Hotărârii Guvernului nr. 363/2010 privind aprobarea standardelor de cost pentru obiective de investiții finanțate din fonduri publice, disponibilă on-line la adresa <http://www.gov.ro/upload/articles/109112/nf-hg-363-2010.doc>, în care se afirmă expres:

"Prin prezenta hotărâre se aprobă standarde de cost care să răspundă unui minim necesar de finanțare și care să evite atât subfinanțarea cât și suprafinanțarea datorită erorilor de fundamentare a costurilor lucrărilor de construcții a obiectivelor de investiții. În acest scop a fost elaborat prezentul act normativ.

Hotărârea Guvernului reglementează următoarele:

- aprobarea unor standarde de cost pentru obiective de investiții realizate din fonduri publice;

- utilitatea și importanța acestora în sensul în care standardele stau la baza determinării necesarului cheltuielilor pentru realizarea lucrărilor de investiții precum și a alocării sumelor defalcate din unele venituri ale bugetului de stat pentru bugetele locale;

- utilizarea standardelor ca element orientativ în procedura de contractare a realizării lucrărilor de investiții".

În standardul SCOST-04/MDRT - Reabilitarea termică anvelopă bloc de locuințe (anexa nr. 2.4) se prevede dacă nu explicit, atunci măcar implicit, că autoritățile trebuie să accepte și sistemele termoizolante care nu folosesc polistirenul:

"1. Izolarea termică a suprafeței exterioare a fațadei blocului de locuințe se poate realiza luându-se în considerare de către proiectant:

a) sisteme compozite de izolare termică - în structură compactă sau cu strat de aer ventilat -, însoțite de documente de atestare a conformității - certificat de conformitate/declarație de performanță - întocmite pe baza unui referențial - standard/agrement tehnic - aplicabil;

b) produse de construcții, compatibile tehnic pentru destinația preconizată de reabilitare termică bloc de locuințe și ale căror caracteristici tehnice, clase și niveluri de performanță stabilite de proiectant în documentația tehnică respectă reglementările tehnice aplicabile, iar sistemul de izolare termică nou-creat respectă cerințele fundamentale de calitate în construcții.

2. Sistemul compozit de izolare termică cuprinde, în principal:

- aplicarea adezivului pentru lipirea izolației termice pe stratul suport;

- **material termoizolant;**

- pozarea și fixarea mecanică a materialului termoizolant;

- aplicarea masei de șpaclu armată cu plasă din fibră de sticlă;

- realizarea stratului de finisare cu tencuială decorativă.

Se pot adopta și alte sisteme de izolare termică, standardizate/agremente tehnice sau realizate din produse de construcții compatibile tehnic, care îndeplinesc caracteristicile tehnice, clasele și nivelurile de performanță prevăzute de reglementările tehnice în vigoare aplicabile și care întrunesc cumulativ următoarele condiții:

- se realizează în baza unui referențial - standard/agrement tehnic - aplicabil;

- se încadrează în clasa de reacție la foc prevăzută de prezentul standard de cost corespunzător regimului de înălțime al blocului de locuințe pentru care se propune aplicarea sistemului de izolare termică;

- produsele de construcții utilizate sunt compatibile tehnic, iar caracteristicile tehnice, clasele și nivelurile de performanță se încadrează în prevederile reglementărilor tehnice aplicabile;

- prețul unitar se încadrează în prețul unitar de referință prevăzut în prezentul standard de cost."

În consecință, și standardul de cost emis de Guvern are la bază aceeași optică – acceptarea sistemelor alternative de izolare termică – și nu poate servi drept temei legal pentru interzicerea ofertelor care propun asemenea sisteme. Paradoxal, textele evocate sunt regăsite chiar în caietul de sarcini elaborat de specialiștii autorității contractante, care, din motive nerelevante Consiliului, refuză să le înțeleagă și să le aplice prin prisma dispozițiilor și principiilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

Raportat la ansamblul celor reținute în paginile de mai sus, trebuie să se răspundă la contestația ... în sensul admiterii capătului

de cerere de obligare a autorității la menționarea în caietul de sarcini că sunt acceptate la licitație și ofertele care propun sisteme agrementate (în țară sau în străinătate) de termoizolare a fațadelor blocurilor de locuit diferite de cel pe bază de plăci din polistiren, cu performanțe similare sau superioare acestuia. Pe de altă parte, măsura de remediere hotărâtă de Consiliu nu aduce atingere dreptului autorității contractante de a anula licitația din oficiu, în baza art. 209 alin. (2) lit. b) și a art. 278 alin. (2) teza ultimă din ordonanța de urgență nr. 34/2006 (*"în cazul în care Consiliul dispune modificarea/eliminarea oricăror specificații tehnice din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire, autoritatea contractantă are dreptul de a anula aplicarea procedurii de atribuire"*).

Vizavi de capătul de cerere de eliminare din documentația de atribuire a cerințelor referitoare la utilizarea termosistemelor cu polistiren, el urmează a fi respins ca nefondat în temeiul art. 278 alin. (5) din ordonanța precitată, ținând seama de cele expuse în paginile anterioare, conform cărora cerințele atacate nu aduc atingere prevederilor legale în vigoare.

Cea de a doua contestație este depusă de ... și se îndreaptă împotriva aceleiași documentații de atribuire, contestatoarea solicitând Consiliului să dispună:

"1. Conform art. 278. alin (2), teza I din O.U.G. nr. 34/2006, refacerea documentației de atribuire, în sensul eliminării din documentație a cerințelor referitoare la utilizarea numai a termosistemelor cu polistiren;

2. Conform art. 278 alin. (2) teza a II-a din O.U.G. nr. 34/2006, orice măsură necesară pentru remedierea actelor ce afectează procedura de atribuire în prezenta cauză, respectiv obligarea autorității contractante să modifice caietul de sarcini prin modificarea și/sau eliminarea mențiunilor privind specificațiile tehnice referitoare la impunerea drept condiție de admisibilitate a unui anumit produs/sistem de termoizolare (polistiren), astfel încât caietul de sarcini să fie întocmit în acord cu principiile promovării concurenței, al garantării tratamentului egal și nediscriminatoriu operatorilor economici și al utilizării eficiente a fondurilor publice [art. 2, art. 35/art. 36 și art. 38 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006];

3. Respectarea art. 45 din Constituția României conform caruia "Accesul liber al persoanei la o activitate economică, libera inițiativă și exercitarea acestora în condițiile legii sunt garantate."

4. Suspendarea procedurii în baza articolului 275¹ din O.U.G. nr. 34/2006 până pe soluționarea pe fond a contestației."

După cum s-a arătat în practica noastră, prin decizia nr. /... Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, respingându-l ca rămas fără obiect.

Capătul de cerere de obligare a autorității contractante la respectarea art. 45 din Constituția României se cuvine a fi respins în condițiile în care este de ordin general, pe de o parte, iar pe de altă parte nu există niciun argument în cuprinsul contestației și, cu atât mai puțin, vreun mijloc de probă care să ducă la concluzia că autoritatea contractantă i-a îngădit contestatoarei accesul liber la o activitate economică sau la libera inițiativă, ori exercitarea acestora.

Cu alte cuvinte, petenta nu reușește să exprime și să convingă Consiliul că ... a încălcat norma constituțională de la art. 45.

În privința obligării autorității contractante să modifice/elimine din caietul de sarcini specificațiile tehnice referitoare la un anumit produs/sistem de termoizolare (polistiren), rămân pe deplin valabile considerentele expuse cu prilejul soluționării contestației ... din care rezultă că principiile și normele dreptului intern și cel al Uniunii în materia contractelor de achiziții publice nu justifică, pentru stimularea și menținerea unei concurențe loiale între operatorii economici care activează pe piața sistemelor de izolare termină a clădirilor de locuit, impunerea prin documentația de atribuire a unui anumit sistem (în speță, cel bazat pe utilizarea panourilor de polistiren) care ar exclude în mod automat de la procedura de atribuire operatorii care propun sisteme izolatoare similare sau superioare tehnic.

Potrivit preambulului la Directiva nr. 2004/18/CE, atribuirea contractelor încheiate în statele membre în numele statului, al colectivităților teritoriale și al altor organisme de drept public trebuie să respecte principiile prevăzute de Tratatul pentru înființarea Comunității Economice Europene, încheiat la 25 martie 1957, în special principiul liberei circulații a mărfurilor, principiul libertății de stabilire și principiul libertății de a presta servicii, precum și principiile care decurg din acestea, precum egalitatea de tratament, nediscriminarea, recunoașterea reciprocă, proporționalitatea și transparența. Prin recunoaștere reciprocă se înțelege și acceptarea produselor, serviciilor, lucrărilor oferite în mod licit pe piața Uniunii Europene, precum și a specificațiilor tehnice, echivalente cu cele solicitate la nivel național.

Încălcarea regulilor de elaborare a specificațiilor tehnice, cum s-a constatat mai sus, este calificată de legiuitor în categoria contravențiilor [art. 293 lit. b)], sancționabilă cu amendă de la 80.000 la 100.000 lei.

Relevantă în susținerea poziției stabilite mai sus este și decizia civilă nr. 4197 din 17 octombrie 2013, definitivă, în care Curtea de Apel ... Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, într-o speță asemănătoare a consemnat:

"Cu privire la specificațiile tehnice din caietul de sarcini privind limitatoarele de viteză și stâlpii metalici pentru delimitare acces, Curtea constată că nu sunt întemeiate criticile petentei cu privire la considerentele deciziei atacate în ceea ce privește aspectul materialului limitatorului de viteză, respectiv al înălțimii acestuia. Astfel, Curtea nu reține susținerea petentei în sensul că cerința „cauciuc termoplastic” are un caracter generic ce nu restricționează accesul operatorilor economici care ar prezenta produse executate din alte tipuri de cauciuc sau polimeri poliuretani, petenta nedovedind această afirmație.

Consiliul a reținut că autoritatea contractantă a justificat această cerință prin necesitatea asigurării elasticității produsului, pentru ca acesta să nu provoace deteriorări ale autovehiculelor care trec peste limitatoarele de viteză. Contestatoarea a susținut că există și alte materiale care asigură aceeași elasticitate, respectiv cauciuc sintetic și diferiți polimeri poliuretani. **Având în vedere că autoritatea contractantă dorește această specificație pentru a asigura elasticitatea, Consiliul a constatat în mod**

corect că autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 35 din ordonanță, stabilind un anumit tip de material, în loc să stabilească anumiți coeficienți pentru elasticitate."

Astfel fiind, în temeiul art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va admite în parte și contestația ... nr. ... urmând a impune autorității contractante să intre în legalitate prin permiterea ofertării și a altor tipuri de sisteme de termoizolare a fațadelor blocurilor de locuințe, prin remedierea corespunzătoare a caietului de sarcini.

Este de adăugat că reclamanta, în cuprinsul contestației, emite unele păreri vizavi de returnarea garanției de participare către antreprenor și termenul de plată a facturilor de către autoritate, însă în obiectul contestației, redat *ad litteram* mai sus, nu solicită nimic față de aceste aspecte. Acesta este singurul obiect al contestației, asupra căruia trebuie să se pronunțe Consiliul - art. 22 alin. (6) C. proc. civ. impune judecătorului să se pronunțe asupra a ceea ce s-a cerut, fără a depăși limitele investiției, iar la art. 397 alin. (1) din același cod se prevede că instanța nu poate acorda mai mult sau altceva decât s-a cerut. Cum ... nu solicită Consiliului să dispună decât cele menționate în petitul contestației (cele patru puncte), organul administrativ-jurisdicțional nu poate dispune altceva, respectiv să oblige autoritate la modificarea clauzelor privind garanția de participare și plata facturilor, fiind dispensat de cercetarea acestor aspecte. Operatorul economic trebuia să manifeste o minimă diligență și să ceară Consiliului să dispună măsuri și asupra aspectelor în discuție, dacă dorea remedierea lor, ceea ce nu s-a întâmplat, motiv pentru care ele nu pot fi analizate de către Consiliu.

La ordine a venit spre soluționare contestația ... determinată de următoarea cerință de calificare cuprinsă în fișa de date a achiziției:

"Ofertantul trebuie să demonstreze că, la momentul semnării contractului, va avea acces la sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării pentru perioada de 11 luni, în valoare de 75.000.000 lei. Sursa de finanțare pentru realizarea lucrărilor este constituită din transferuri de la bugetul de stat, credite bancare externe, buget local și alte surse financiare legal constituite, astfel încât de la depunerea situațiilor de lucrări până la plata efectivă va trece un termen de 9 luni.

Note:

- Suma respectivă poate fi imobilizată pentru realizarea contractului în cazul ofertei câștigătoare.

- *Autoritatea contractantă nu are dreptul de a limita îndeplinirea cerinței prin impunerea prezentării unui/unor anumit/anumite document/documente.*

- *Disponibilitatea de susținere a lucrării, indiferent sub ce formă este cerută, va trebui să conțină suma și perioada.*

- *Documentele solicitate vor fi valabile la data limită de depunere a ofertelor."*

Contestatoarea consideră restrictivă această cerință multiplă de calificare prin prisma valorii disponibilităților solicitate (75.000.000 lei), perioadei pentru care trebuie asigurat cash-flow-ul (11 luni) și termenului de plată a facturilor (9 luni).

Cerința cash-flow-ului se înscrie în rândul cerințelor admise de cap. V - Atribuirea contractului de achiziție publică, secțiunea a 2-a - Selecția și calificarea candidaților/ofertanților, din ordonanță, vizând capacitatea economică a ofertanților de a susține îndeplinirea viitoarelor obligații contractuale. La art. 146 din ordonanță se prevede că autoritatea are obligația de a stabili operatorul economic sau, după caz, operatorii economici care vor fi parte a acordului-cadru respectiv, prin aplicarea criteriilor de selecție și atribuire prevăzute la cap. V. În completare, art. 65 lit. f) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 stabilește că autoritatea are obligația de a impune condiții minime de calificare care să se raporteze cel mult la valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent care se anticipează că va fi atribuit pe durata acordului-cadru. În cauza de față, valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent declarată de autoritate chiar în fișa de date este de 84.038.982 lei, fără TVA.

După cum corect a sesizat și autoritatea contractantă, în anexa la Ordinul președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție este dată ca exemplu de cerință legală și nerrestrictivă următoarea:

"Ofertantul trebuie să demonstreze că, la momentul semnării contractului, va avea acces la sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării pentru perioada precizată.

[...]

Suma solicitată, pentru a nu fi considerată restrictivă, se va calcula după formula: (valoare estimată contract/perioadă derulare contract) X perioada solicitată de autoritatea contractantă = S S = suma sau plafonul maximă/maxim impusă/impus."

Aplicând formula propusă chiar de autoritatea de reglementare rezultă că nivelul de 75.000.000 lei cash-flow de execuție a lucrării pentru o perioadă de 11 luni nu este unul restrictiv, în condițiile în care valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent este de

84.038.982 lei, fără TVA, iar durata lui este de 12 luni. Nici realizarea lucrării în sistem "credit-furnizor" și nici perioada de 11 luni nu apar a fi nelegale, mai cu seamă că autoarea contestației nu identifică un text normativ care să le interzică.

Autoritatea achizițoare nu numai că nu plătește un avans pentru demararea și execuția lucrărilor, ci solicită ca antreprenorul să poată susține lucrarea din fonduri proprii 11 luni.

Nivelul de 75.000.000 lei poate părea exagerat, însă nu trebuie omis că autoritatea nu solicită ofertanților să blocheze la momentul semnării contractului această sumă, cerința fiind ca ei să demonstreze că vor dispune de "mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării pentru perioada de 11 luni, în valoare de 75.000.000 lei", ceea ce înseamnă că suma va fi eşalonată, lunar, pe durata celor 11 luni, astfel încât să acopere un flux lunar de aproximativ 6.800.000 lei (presupunând că necesarul de finanțare se împarte în mod egal pe durata lucrărilor). Altfel spus, contractul va fi semnat dacă ofertantul probează că, lunar, va beneficia de aproximativ 6.800.000 lei, iar nu de la început de întreaga sumă de 75.000.000 lei, aceasta fiind aferentă tuturor celor 11 luni.

De asemenea, nu trebuie uitat că legislația actuală prevede posibilitatea operatorilor economici de a se asocia sau de a avea susținători în vederea participării la procedura de achiziție publică în cazul în care nu au capacitatea economică de a furniza individual un cash-flow de execuție a lucrării, iar nimic nu împiedică operatorul economic contestator să se asocieze cu alți operatori ori să coopteze un terț susținător care să îi asigure mijloacele financiare necesare îndeplinirii contractului. Se poate face aplicarea și a art. 2193 C. civ. privind facilitatea de credit.

Mai mult, Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, potrivit art. 49 din ordonanța privind achizițiile publice, a verificat cerința de calificare în discuție și a validat-o ca fiind conformă cu realitatea, cu legislația în domeniul achizițiilor publice și cu principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică. Desigur, validarea cerinței nu exclude răspunderea autorității naționale de verificare, în ipoteza în care se dovedește contrariul, respectiv caracterul ei nelegal. Este subînțeles că o cerință de calificare contrară Legii nr. 72/2013 este contrară și legislației și principiilor în domeniul achizițiilor publice, mai cu seamă că primul dintre aceste principii este cel al legalității, care semnifică întocmirea tuturor documentelor și desfășurarea procedurii în acord cu rigorile întregii legislații aplicabile. Altfel spus, Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nu poate ignora sau valida o cerință de calificare contrară Legii nr. 72/2013 sub pretextul că ea respectă legislația și principiile în domeniul achizițiilor publice. Aceeași cerință nu poate fi

considerată în același timp și legală și nelegală. În caz contrar, nici Consiliul nu ar fi îndrituit să se pronunțe asupra legalității cerinței din perspectiva Legii nr. 72/2013, concluzie lipsită de fundament și imposibil de acceptat în orice litigiu privind atribuirea contractelor de achiziție publică.

Revenind la criticile petentei, este adevărat că la art. 94 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 se menționează că autoritatea contractantă are obligația de a verifica, înainte de încheierea contractului, respectarea dispozițiilor referitoare la angajarea cheltuielilor din bugetele care intră sub incidența legislației privind finanțele publice, însă legislația privind finanțele publice nu exclude semnarea unui contract pentru care plățile devin exigibile după o anumită perioadă, de exemplu 11 luni.

Desigur, autoritatea avea obligația amintită și fără să existe art. 94 invocat, în temeiul legislației pe linie financiară, care permite semnarea unui angajament legal (fază în procesul execuției bugetare reprezentând orice act juridic din care rezultă sau ar putea rezulta o obligație pe seama fondurilor publice) în care decontarea se realizează după mai multe luni de la începerea investiției.

În aplicarea principiului anualității, potrivit căruia "plățile efectuate în cursul unui an bugetar în contul unui buget aparțin exercițiului corespunzător de execuție a bugetului respectiv", și a prevederilor legale, potrivit cărora pentru a efectua o plată este obligatorie parcurgerea prealabilă a celor trei faze, respectiv angajarea, lichidarea, ordonanțarea, se impune punerea în rezervă a creditelor bugetare angajate, astfel încât toate angajamentele legale încheiate în cursul unui exercițiu bugetar sau în exercițiile precedente de ordonatorul de credite sau de alte persoane împuternicite să poată fi plătite în cursul exercițiului bugetar respectiv, în limita creditelor bugetare aprobate.

În vederea respectării acestei cerințe, angajamentul bugetar prin care au fost rezervate fonduri publice unei anumite destinații, în limita creditelor bugetare aprobate, precedă angajamentul legal.

Este interzis ordonatorilor de credite aprobarea unor angajamente legale fără asigurarea că au fost rezervate și fondurile publice necesare plății acestora în exercițiul bugetar, cu excepția acțiunilor multianuale.

Valoarea angajamentelor legale nu poate depăși valoarea angajamentelor bugetare și, respectiv, a creditelor bugetare aprobate, cu excepția angajamentelor legale aferente acțiunilor multianuale care nu pot depăși creditele de angajament aprobate în buget.

Angajarea cheltuielilor trebuie să se facă întotdeauna în limita disponibilului de credite bugetare și, respectiv, în limita disponibilului de credite de angajament pentru acțiuni multianuale.

Aceste extrase din Normele metodologice privind angajarea, lichidarea, ordonanțarea și plata cheltuielilor instituțiilor publice, precum și organizarea, evidența și raportarea angajamentelor bugetare și legale, aprobate prin Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 1792/2002, coroborate cu celelalte prevederi ale legislației specifice, ne arată că este posibilă semnarea unui contract precum cel la care s-a raportat autoritatea contractantă când a stabilit cerința de calificare criticată. Nu este necesară existența în bugetul ... a întregii sume pentru contractul subsecvent la data

semnării lui, ci este suficientă existența unui credit de angajament aprobat în buget pentru exercițiul bugetar respectiv.

Conform art. 4 din Legea nr. 500/2002 privind finanțele publice:

- legea bugetară anuală prevede și autorizează, pentru anul bugetar, veniturile și cheltuielile bugetare, precum și reglementări specifice exercițiului bugetar;

- sumele aprobate, la partea de cheltuieli [...] în cadrul cărora se angajează, se ordonancează și se efectuează plăți, reprezintă limite maxime care nu pot fi depășite;

- angajarea cheltuielilor din aceste bugete se face numai în limita creditelor bugetare aprobate.

Potrivit art. 71 din aceeași lege, nerespectarea prevederii conform căreia angajarea cheltuielilor din bugete se face numai în limita creditelor bugetare aprobate constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 2 ani sau cu amendă. Altfel spus, angajarea cheltuielilor de către ordonatorul de credite cu depășirea limitelor creditelor bugetare aprobate sau, mai grav, fără să existe prevăzut creditul bugetar, este interzisă și constituie infracțiune la disciplina financiară. Prevederi similare există și în ceea ce privește finanțele publice locale (Legea nr. 273/2006 privind finanțele publice locale). De altminteri, inexistența aprobării creditelor bugetare acoperitoare nu ar trebui să preocupe operatorii economici, câtă vreme autoritatea beneficiară le rămâne debitoare indiferent sumele prinse în buget.

Consiliul nu poate dispune anularea procedurii de atribuire pe considerentul că, la data inițierii ei sau la acest moment nu există în bugetul ... sume acoperitoare pentru finanțarea contractului [subsecvent], cum pretinde contestatoarea. Pe de altă parte, problema finanțării contractului [subsecvent] ține de legalitatea și conformitatea executării obligațiilor contractuale asumate de părți, iar nu de legalitatea procedurii de atribuire. Desigur, semnarea contractului [subsecvent] de către reprezentantul autorității știind că nu are asigurată finanțarea va atrage răspunderea juridică a autorității în fața ofertantului contractant, inclusiv sub aspectul plății de despăgubiri.

Concluzionând, Consiliul determină că, raportat la datele speței și la poziția exprimată de însăși Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, impunerea asigurării unui cash-flow de execuție a lucrării pentru o perioadă de 11 luni de 75.000.000 lei nu este nici restrictivă și nici disproportionată.

... se plânge în fața Consiliului și de termenul de plată a situațiilor de lucrări, anunțat de autoritate ca fiind de 9 luni de la depunerea lor. Plata constituie o operațiune ulterioară îndeplinirii

obligațiilor contractuale, în vreme ce cash-flow-ul reprezintă o condiție prealabilă sau/și concomitentă îndeplinirii lor.

Asupra termenului sesizat de reclamantă, Consiliul observă că, într-adevăr, în fișa de date se afirmă că *"de la depunerea situațiilor de lucrări până la plata efectivă va trece un termen de 9 luni"*, afirmație care intră în conflict cu pct. 17.2 din modelul de contract subsecvent de lucrări, unde autoritatea a prevăzut că *"Achizitorul are obligația de a efectua plata către executant, în termen de maxim 30 de zile de la data înregistrării facturilor la Direcția Economică, din cadrul Primăriei ... pe baza acestora, după acceptarea situațiilor de lucrări."*

Prin prisma art. 6 - "Termenul legal de plată" din Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întâzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante:

- autoritățile contractante execută obligația de plată a sumelor de bani rezultând din contractele încheiate cu profesioniști cel târziu la:

a) 30 de zile calendaristice de la data primirii facturii sau a oricărei altei cereri echivalente de plată;

b) 30 de zile calendaristice de la data recepției bunurilor sau prestării serviciilor, dacă data primirii facturii ori a unei cereri echivalente de plată este incertă sau anterioară recepției bunurilor sau prestării serviciilor;

c) 30 de zile calendaristice de la recepție sau verificare, dacă prin lege sau prin contract se stabilește o procedură de recepție ori de verificare pentru certificarea conformității mărfurilor sau serviciilor, iar autoritatea contractantă a primit factura ori cererea echivalentă de plată la data recepției sau verificării ori anterior acestei date;

- procedura de recepție sau verificare prevăzută la lit. c) nu poate depăși 30 de zile calendaristice de la data primirii bunurilor sau prestării serviciilor. Prin excepție, în cazuri justificate în mod obiectiv de natura sau caracteristicile contractului, procedura de recepție sau verificare poate avea o durată mai mare de 30 de zile calendaristice, dacă sunt stabilite expres în contract și în documentația achiziției atât termenul de recepție, cât și motivele obiective, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă, în sensul art. 12;

- părțile nu pot conveni cu privire la data emiterii/primirii facturii. Orice clauză prin care se stipulează un termen de emisie/primire a facturii este lovită de nulitate absolută. Potrivit art. 155 alin. (15) și (16) C. fisc., persoana impozabilă are obligația de a emite o factură cel târziu până în cea de-a 15-a zi a lunii următoare celei în care ia naștere faptul generator al taxei, cu

excepția cazului în care factura a fost deja emisă. Persoana impozabilă poate întocmi o factură centralizatoare pentru mai multe livrări separate de bunuri, prestări separate de servicii, către același client, în următoarele condiții:

a) să se refere la operațiuni pentru care a luat naștere faptul generator de taxă sau pentru care au fost încasate avansuri într-o perioadă ce nu depășește o lună calendaristică;

b) toate documentele emise la data livrării de bunuri, prestării de servicii sau încasării de avansuri să fie obligatoriu anexate la factura centralizatoare.

Aceeași lege, la art. 7 - "Termenul contractual de plată", prevede că "*Termenele de plată stabilite în contract pentru executarea obligațiilor autorităților contractante nu pot fi mai mari decât termenele stabilite potrivit art. 6 alin. (1). În mod excepțional, părțile pot stipula un termen de plată de maximum 60 de zile calendaristice, dacă acesta este stabilit expres în contract și în documentația achiziției și este obiectiv justificat, ținând cont de natura sau caracteristicile specifice ale contractului, sub rezerva ca această clauză să nu fie abuzivă, în sensul art. 12.*"

Practica sau clauza contractuală prin care se stabilește în mod vădit inechitabil, în raport cu creditorul, termenul de plată este considerată abuzivă (art. 12), iar un termen de 9 luni este cu certitudine unul vădit inechitabil.

Legiuitorul a ales să disciplineze autoritățile contractante în combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a sumelor de bani rezultând din contractele de achiziție publică, impunându-le termene stricte și suportarea către beneficiari de dobânzi penalizatoare pentru nerespectarea lor.

Sunt calificate ca fiind abuzive, *in terminis*, de art. 13 lit. d), clauzele contractuale care fixează, în contractele dintre profesioniști și autorități contractante, un termen de plată mai mare decât cel prevăzut la art. 7 alin. (1).

Prin urmare, din transpunerea normelor legale precitate la cazul concret deferit Consiliului, acesta constată că în calitatea sa netăgăduită de autoritate contractantă, avea obligația de a prevedea în documentația de atribuire un termen de plată a situațiilor de lucrări care să nu îl încalce pe cel maximal impus de Parlament prin Legea nr. 72/2013. Chiar în expunerea de motive a legii (disponibilă la adresa <http://www.cdep.ro/proiecte/2013/000/70/1/em93.pdf>) se arată că noua reglementare (europeană) introduce un regim mai sever al obligațiilor autorităților contractante, scopul fiind cel de a crea mecanisme suficient de persuasive pentru ca instituțiile statelor membre să execute, în termen cât mai scurt, obligația de plată a prețului.

Potrivit art. 1 alin. (1) din actul normativ menționat, "prezenta lege se aplică creanțelor certe, lichide și exigibile, constând în

obligații de plată a unor sume de bani care rezultă dintr-un contract încheiat între profesioniști sau între aceștia și o autoritate contractantă, contractul având ca obiect furnizarea de bunuri sau prestarea de servicii, inclusiv proiectarea și execuția lucrărilor publice, a clădirilor și a lucrărilor de construcții civile". Întrucât, în speță, contractul subsecvent acordului-cadru are ca obiect execuția de lucrări și urmează a fi încheiat între un profesionist și o autoritate contractantă, rezultă că este supus dispozițiilor Legii nr. 72/2013, în ceea ce privește termenele de plată și întârzierile în efectuarea plăților (în acest sens este și decizia nr. 14364 din 21 octombrie 2013 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal).

În punctul său de vedere nr. 3153/03.04.2014 asupra contestației în analiză, *autoritatea contractantă nu reușește să prezinte Consiliului nici măcar un argument care să răstoarne criticile reclamantei legate de termenul de plată de 9 luni.*

În lumina considerentelor expuse, Consiliul va decide că este necesar ca autoritatea să pună de acord clauza din documentația de atribuire privind termenul de plată a situațiilor de lucrări cu dispozițiile legale evocate, astfel încât documentația să răspundă exigențelor de legalitate și de informare corectă a operatorilor economici. Aceasta fiind situația faptică și de drept, reținută în urma cercetării întreprinse în prezenta cauză, în temeiul art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va admite în parte contestația ... nr. ... în contradictoriu cu ..., și va obliga autoritatea contractantă să aducă remedierile necesare în privința documentației de atribuire, conform motivării de mai sus.

Admiterea contestației este doar parțială, deoarece critica pe care reclamanta o aduce cerinței privind asigurarea cash-flow-ului este neîntemeiată, ducă cum neîntemeiate sunt și aprecierile sale sumare privind necesitatea divizării pe loturi a achiziției și încheierea acordului-cadru cu doar trei operatori economici. Aceste aprecieri nu depășesc stadiul de simple afirmații, fără valoare de argument în fapt și în drept de susținere a contestației (după cum a punctat și autoritatea contractantă) și, din această cauză, dispensează Consiliul de analiza lor. Desigur, contestatoarea este liberă să sesizeze Consiliul Concurenței dacă are suspiciuni că organizatoarea licitației, prin agregarea lucrărilor de reabilitare termică a blocurilor de locuințe din ... într-un singur contract (acord-cadru), respectiv prin încheierea contractelor subsecvente, ca regulă, cu primul clasat, afectează mediul concurențial într-un sens prohibit de Legea concurenței nr. 21/1996, republicată.

În privința capătului de cerere subsidiar din contestația ... de anulare a întregii proceduri de atribuire, acesta este nefondat și urmează a fi respins ca atare. Anularea unei proceduri, conform art. 209 alin. (1) din ordonanță, intervine dacă, între altele, abateri

grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau este imposibilă încheierea contractului. Conform art. 278 alin. (6) din același act normativ, în funcție de soluția pronunțată, Consiliul va decide asupra continuării sau anulării procedurii de achiziție publică.

Raportat la speța de față, anularea procedurii reprezintă o măsură extremă, care intervine doar, pe de o parte, în situația când, în derularea procedurii, se constată încălcări ale normelor legale, care lezează principiile ce o guvernează, încălcări iremediabile, iar pe de altă parte când Consiliul sesizat prin contestație stabilește că neregulile înregistrate fac imposibilă continuarea procedurii de atribuire. Așadar, anularea intervine doar în situațiile în care încălcările săvârșite nu pot fi acoperite prin măsuri de remediere.

Luând în considerare situația faptică expusă de părți și aspectele cercetate de Consiliu, la acest moment ipoteza anulării nu se suprapune cazului, autoritatea fiind în măsură să remedieze actele procedurii, astfel cum s-a dispus mai înainte.

Cea de a patra contestație aparține Autoarea ei este de părere că organizatoarea licitației a încălcat dispozițiile art. 66 lit. e) și f) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 - *documentația de atribuire trebuie să conțină un set minim de informații specifice referitoare la estimări ale cantităților minime și maxime care ar putea fi solicitate pe durata întregului acord-cadru și estimări ale cantităților minime și maxime care ar putea face obiectul unui singur contract subsecvent dintre cele care urmează să fie atribuite pe durata acordului-cadru*".

Documentația de atribuire este compusă din fișa de date a achiziției, caietul de sarcini, tabelul "cantități minime și maxime", secțiunea de formulare, modelul de acord-cadru și modelul de contract subsecvent. Din parcurgerea acestora rezultă că autoritatea, separat de valorile globale estimate:

- cantitatea totală estimată a acordului-cadru - 8.272.748,02 mp;

- cantitatea celui mai mic contract subsecvent - 34.990 mp;

- cantitatea celui mai mare contract subsecvent - 349.000 mp;

- valoarea celui mai mic contract subsecvent - 8.403.898,20 lei;

- valoarea celui mai mare contract subsecvent - 84.038.982,00 lei;

- valoarea estimată a tuturor contractelor subsecvente este de 1.986.948.619,44 lei, fără TVA,

a anexat modelului de acord-cadru o listă cu 275 de articole de lucrări, pentru care a prezentat cantitățile maxime. Este de presupus că acestea reflectă tipurile de lucrări și cantitățile aferente pentru întregul acord-cadru, deci maximul contractabil. În anexă nu

apar trecute și cantitățile minime aferente acordului, însă ele figurează în fișierul Cantități minime și maxime.pdf. Așadar, în concordanță cu art. 66 lit. e) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, autoritatea a expus în documentație un *set minim de informații specifice referitoare la estimări ale cantităților minime și maxime care ar putea fi solicitate pe durata întregului acord-cadru*. Nu același lucru se poate spune despre cantitățile minime și maxime care ar putea face obiectul unui singur contract subsecvent, cantități care nu se identifică în cuprinsul documentației.

Cantitățile și valorile celui mai mic (34.990 mp/8.403.898,20 lei) și ale celui mai mare contract subsecvent (349.000 mp/84.038.982,00 lei), pentru o completă informare a operatorilor economici și pentru respectarea principiului transparenței, trebuie să urmeze aceeași regulă, respectiv să detalieze elementele care le compun.

În fișa de date, la pct. II.2.1) - Cantitatea totală sau domeniul, se menționează: "*Frecvența și valoarea contractelor ce urmează să fie atribuite: Calendar estimativ: anul 2014 - 1 până la 5 ctr subs, anul 2015 - 1 până la 10 ctr subs, anul 2016 - 1 până la 8 ctr subs, anul 2017 - 1 până la 5 ctr subs, în funcție de fondurile alocate, durata celui mai mare ctr subsecvent este de 12 luni*", ceea ce înseamnă că autoritatea poate atribui în fiecare an câte un contract sau că poate atribui până la zece astfel de contracte, în acest din urmă caz, evident, pentru cantități mai mici decât în primul. Cu certitudine că autoritatea nu va atribui un singur contract subsecvent pentru întreaga cantitate a acordului-cadru, după cum la fel de cert este și că nu va atribui un singur contract subsecvent pentru cantitatea minimă a acordului-cadru.

Din parcurgerea clauzelor documentației de organizare a achiziției se constată că autoritatea contractantă a omis să prevadă elementele care compun cantitățile minime și maxime ale contractelor subsecvente ce urmează a fi încheiate cu ofertanții semnatori ai acordului-cadru (defalcate pe cele 275 de articole de lucrări, presupunând că fiecare contract subsecvent le înglobează pe toate).

Din redactarea deficitară a documentației autorității nu reiese ce tipuri de lucrări vor face obiectul contractelor subsecvente și nici cantitățile lor aferente celui mai mic și celui mai mare contract subsecvent, pe durata celor 48 luni de valabilitate a acordului-cadru.

Conform ordonanței, acordul-cadru, ca modalitate specială de atribuire a contractului de achiziție publică, este înțelegerea scrisă intervenită între una sau mai multe autorități contractante și unul sau mai mulți operatori economici, al cărei scop este stabilirea elementelor/condițiilor esențiale care vor governa contractele de achiziție publică ce urmează a fi atribuite într-o perioadă dată, în mod special în ceea ce privește prețul și, după caz, cantitățile avute

în vedere. La art. 31 din ordonanță se prevede că, în cazul în care autoritatea contractantă își propune să încheie un acord-cadru, atunci valoarea estimată se consideră a fi valoarea maximă estimată, fără TVA, a tuturor contractelor de achiziție publică ce se anticipează că vor fi atribuite în baza acordului-cadru respectiv, pe întreaga sa durată. În speță, această valoare este de 2.205.512.967 lei, fără TVA.

În normele de aplicare a ordonanței, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, la art. 66, după cum a remarcat și contestatoarea, este reglementată obligația autorității contractante de a include în documentația de atribuire un set minim de informații specifice, între care și cantitățile aferente contractelor subsecvente minim și maxim. În cauza de față nu există prevăzute aceste cantități decât la modul global (34.990 mp/8.403.898,20 lei - 349.000 mp/84.038.982,00 lei), ceea ce nu este suficient pentru respectarea textului legal și informarea completă a operatorilor economici interesați. În consecință, se constată că autoritatea a ignorat și dispozițiile art. 33 alin. (1) din ordonanță, conform cărora "are obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire 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". La modul cum este redactată documentația atacată în speță, ea nu asigură potențialilor ofertanți o informare completă și explicită în privința datelor pe care le reclamă contestatoarea, ceea ce poate determina dificultăți în elaborarea ofertelor de către operatorii economici, respectiv o reticență din partea lor în a participa la licitația

Autoritatea are obligația de a pune la dispoziția potențialilor ofertanți orice informații și documentele necesare întocmirii corespunzătoare a ofertei, inclusiv estimările de lucrări care vor face obiectul contractelor subsecvente (minime și maxime), indiferent cât de dificil pentru ea ar fi să le previzioneze. Dacă salariații unității administrativ-teritoriale nu au capacitatea de a realiza o astfel de previzionare, mai cu seamă că nu este la prima licitație pentru încheierea unui acord-cadru, nimic nu oprește unitatea să apeleze la serviciile unor persoane din exterior care știu cum să estimeze aceste cantități.

Curtea Europeană de Justiție a precizat domeniul de aplicare al obligației de transparență în Hotărârea din 7 decembrie 2000, *Telaustria și Telefonadress* (C-3.../98, Rep., p. I-10745, punctele 61 și 62), precum și în Hotărârea din 13 octombrie 2005, *Parking Brixen* (C-458/03, Rep., p. I-8585, punctul 111). Potrivit instanței comunitare, această obligație are ca scop, în esență, să garanteze că este înlăturat riscul de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Obligația menționată constă în garantarea, în favoarea tuturor potențialilor ofertanți, a unui nivel de publicitate

adekvat al procedurii de atribuire, care să permită astfel asigurarea condițiilor concurențiale pe piață și controlul imparțialității procedurii. Aceasta presupune, de asemenea, ca toate condițiile și modalitățile procedurii de atribuire să fie formulate clar, precis și univoc în anunțul de participare sau în documentația de atribuire. Aceasta trebuie să permită tuturor ofertanților mediu informați și care dau dovadă de o diligență normală să înțeleagă întinderea exactă a acestora și să le interpreteze în același fel.

La art. 143 din ordonanță se arată că autoritatea nu are dreptul de a utiliza în mod abuziv sau impropriu acordurile-cadru, astfel încât să împiedice, să restrângă sau să distorsioneze concurența, iar la licitația pendinte tocmai la acest rezultat se ajunge prin neindicarea informațiilor amintite mai sus, de natură a descuraja operatorii în participarea la licitație. Pornind de la scopul înscris la art. 2 alin. (1) din ordonanță, respectiv de asigurare a promovării concurenței între operatorii economici, autoritatea contractantă trebuie să urmărească permiterea accesului egal și cât mai larg la procedura de atribuire a oricărui antreprenor, inclusiv prin punerea la dispoziție a cantității exacte sau aproximative de lucrări aferentă celui mai mic și celui mai mare contract subsecvent ce vor fi încheiate.

În ceea ce privește neconcordanța între estimarea valorii și modalitatea de ofertare, Consiliul stabilește că ea nu afectează derularea legală a licitației și că putea face obiectul unei solicitări de clarificări din partea contestatoarei. Indicarea valorii estimate a acordului-cadru și a prețului estimat de ... lei/mp, însoțite de tabelul cu cele 275 de articole de lucrări, nu reflectă o încălcare a normelor legale și nici nu împiedică societatea contestatoare să participe cu ofertă la licitație. În punctul de vedere asupra contestației autoritatea a explicat cum a ajuns la valorile indicate.

Vizavi de solicitarea a cel puțin cinci coordonatori de lucrare (manageri de proiect), obiecția contestatoarei este întemeiată. Conform art. 65 lit. f) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, cerința trebuia raportată la cel mai mare contract subsecvent, contract care presupune un singur coordonator de lucrare (manager de proiect), solicitarea a cel puțin cinci astfel de coordonatori fiind exagerată pentru un singur contract. Indiferent dacă autoritatea va atribui anual un singur contract subsecvent ori zece concomitente, dispoziția imperativă de la art. 65 lit. f) rămâne în vigoare și trebuie respectată cu prilejul stabilirii criteriilor de calificare a ofertanților. În optica autorității ar însemna că dacă va atribui anual zece contracte, atunci criteriile de calificare trebuie dimensionate prin însumarea celor zece contracte, optică flagrant contrară art. 65 lit. f).

Consiliul nu exclude ca numărul de blocuri aflate simultan în lucru să necesite mai multe persoane de specialitate, însă aceeași

lucrare nu poate avea în același timp cinci coordonatori/manageri de proiect. Prin urmare, cerința trebuie modificată, după cum solicită contestatorul, în sensul diminuării numărului de coordonatori/manageri.

Potrivit secțiunii III.2.3.b) - *Standarde de asigurare a calității și de protecție a mediului*: "Ofertantul trebuie să aibă implementat un standard de asigurare de management al calității, în conformitate cu (raportat la) seriile de standard europene relevante (cum ar fi ISO 9001 sau echivalent), certificate de organisme conforme cu seriile de standarde europene privind certificarea, pentru lucrările supuse ofertării. Prin echivalent se înțeleg certificatele echivalente emise de organisme stabilite în statele Uniunii Europene", iar la secțiunea IV.4.1) - *Modul de prezentare a propunerii tehnice* se prevede: "Programul de asigurare a calității (Planul calității) adaptat la lucrare (întocmit în conformitate cu prevederile legislației specifice: SR EN ISO 10005 sau echivalent în funcție de tipul de certificare a organizației) și legislația națională în vigoare din domeniul construcțiilor".

Contestatoarea învederează că solicitarea acestor două documente (dovada implementării standardului de management al calității și programul de asigurare a calității) reprezintă o dublare a cerinței, întrucât cele două documente sunt interdependente, certificatul privind implementarea standardului de management al calității nu se poate elibera fără ca societățile să prezinte în prealabil programul de asigurare a calității.

Se citează din decizia nr. 634/C3/316-317-393/04.03.2014, în care Consiliul a reținut în soluționarea unei contestații formulate chiar de către ... în contradictoriu cu aceeași autoritate contractantă:

"În ce privește dublarea cerinței de la cap. III.2.3.b): „ofertantul trebuie să aibă implementat un standard de asigurare de management al calității, în conformitate cu (raportat la) seriile de standard europene relevante (cum ar fi ISO 9001 sau echivalent), certificate de organisme conforme cu seriile de standarde europene privind certificarea, pentru lucrările supuse ofertării”, cu cea de la cap. IV.4.1) modul de prezentare a propunerii tehnice, privind prezentarea unui „Program de asigurare a calității (Planul calității) adaptat la lucrare (întocmit în conformitate cu prevederile legislației specifice: SREN ISO 10005 sau echivalent în funcție de tipul de certificare a organizației) și legislația națională în vigoare din domeniul construcțiilor”, este considerată nefondată de Consiliu. În acest sens, Consiliul are în vedere următoarele:

- la cap. III.2.3.b), s-a solicitat corect ISO 9001, ca cerință minimă de calificare, fiind standardul cu cea mai largă răspândire și aplicare în ceea ce privește asigurarea îndeplinirii condițiilor de calitate a bunurilor și serviciilor pe care un furnizor le livrează clienților săi;

- la cap. IV.4.1, modul de prezentare a propunerii tehnice, s-a solicitat corect „programul de asigurare a calității (planul calității) adaptat la lucrare întocmit în conformitate cu prevederile legislației specifice: SREN ISO 10005 (sau echivalent în funcție de tipul de certificare a organizației) și legislația națională în vigoare din domeniul construcțiilor”;

- ISO 10005 - furnizează linii directoare pentru a ajuta organizațiile în elaborarea, analizarea, acceptarea și revizuirea planurilor calității (a documentelor care prezintă resursele, practicile și succesiunea activităților referitoare la calitate și relevante pentru un anumit produs, proiect sau contract).

În acest sens, Consiliul constată că întocmirea *Programului de asigurare a calității*, ce face parte din propunerea tehnică, în conformitate cu ISO 10005, reprezintă o dublare a cerinței minime de calificare, ce vine în contradicție cu art. 6, 11 și 12 din anexa 2 a HG nr. 766/1997 privind conducerea și asigurarea calității în construcții.

Prin urmare, Consiliul va obliga autoritatea contractantă să elimine referirile la SREN ISO 10005 din cadrul documentației de atribuire și să reformuleze cerința cu privire la *Programul de asigurare a calității* conform prevederilor mai sus invocate."

În prezentul litigiu, Consiliul va păstra soluția din litigiul anterior, fiind valabile aceleași argumente și ținând seama că niciuna dintre părți nu a formulat plângere împotriva soluției, considerând-o tacit legală și temeinică. Trimiterea la standardul ISO 10005 trebuie considerată excedentară față de informațiile pe care trebuie să le cuprindă programul de asigurare a calității.

Desigur, întrucât autoritatea nu a stabilit în caietul de sarcini specificații precise pe care să le îndeplinească programul de asigurare a calității, întocmirea lui oricât de sumară nu va putea conduce la respingerea ofertei ca neconformă. În plus, nu este exclus ca respectivul program să îi fie de prisos autorității, dacă afirmația acesteia din punctul de vedere reflectă realitatea – "*solicită prezentarea procedurilor tehnice de execuție aferente tuturor categoriilor de lucrări [...] cu scopul de a verifica respectarea standardelor și a metodelor de lucru [...]*", repere de comparație care nu există în actualul caiet de sarcini și pentru a căror lipsă funcționarii care l-au întocmit ar trebui să răspundă.

Pe de altă parte, dacă problema este analizată din perspectiva contestatoarei, aceasta nu ar trebui să întâmpine nicio dificultate în a furniza autorității contractante un program de asigurare a calității, câtă vreme ea este de acord cu cerința de calificare a prezentării dovezii implementării standardului managementului de calitate, iar la originea obținerii acestei dovezi se află chiar un program de asigurare a calității, după cum însăși contestatoarea susține.

Referitor la cerința de calificare privind asigurarea unui cash-flow de execuție a lucrării pe o perioadă de 11 luni, sunt de reținut considerentele expuse anterior, în sensul că o asemenea cerință nu este nelegală. Însă, dat fiind că autoritatea nu specifică la care moment al semnării contractului se raportează îndeplinirea cerinței, pentru corecta informare a operatorilor economici este necesară precizarea că momentul este cel al semnării contractului subsecvent, iar nu a acordului-cadru, în baza căruia antreprenorul nu poate trece la executarea lucrării.

În legătură cu termenul de plată de 9 luni, rămân valabile cele expuse cu prilejul contestației anterioare, în sensul caracterului său nelegal.

Nici aplicarea unor cote de penalități diferite nu are suport legal. Astfel, este de remarcat că, prin modelul de contract, autoritatea își asumă o penalitate de 0,15% în cazul în care nu efectuează la termen plata lucrărilor executate de contractant, însă nu mai mult de 10% din valoarea contractului, în vădit contrast cu penalitatea de aproape cinci ori mai mare care i se impută acestuia prin clauza 11.1 – 0,7% din rest pentru fiecare zi de întârziere. Practic, dacă finalizarea executării contractului este întârziată cu cinci luni, contractantul pierde 100% din valoarea contractului.

O penalitate în sarcina constructorului de 0,7% din rest pentru fiecare zi de întârziere este flagrant disproporționată față de cea de 0,15% rezervată autorității și rupe echilibrul contractual dintre părțile contractante, intrând în sfera clauzelor abuzive, astfel cum sunt ele definite la art. 12 din Legea nr. 72/2013 – practica sau clauza contractuală prin care se stabilește în mod vădit inechitabil, în raport cu creditorul, termenul de plată, nivelul dobânzii pentru plata întârziată sau al daunelor-interese suplimentare este considerată abuzivă.

Totodată, clauza se vedește a fi abuzivă și prin prisma faptului că peste plafonul de 10% din valoarea contractului autoritatea contractantă este exonerată de orice penalitate prin modelul de contract, în contextul în care la art. 14 din Legea nr. 72/2013 se prevede că sunt calificate drept abuzive, nefiind necesară verificarea existenței circumstanțelor prevăzute la art. 13 sau a altor circumstanțe specifice cauzei, clauzele contractuale care exclud posibilitatea aplicării de dobânzi penalizatoare (pentru una sau ambele părți).

Prin urmare, clauzele care reglementează penalitățile trebuie revizuite pentru a se asigura tratamentul egal între părțile contractante și corelarea cu dispozițiile Legii nr. 72/2013.

În legătură cu referirile din cadrul caietului de sarcini la "proiectarea lucrărilor", "consultant" și "dirigenție de șantier", ele nu sunt de natură a afecta legalitatea caietului de sarcini și desfășurarea licitației. Se presupune că, în sfera în care activează, respectiv a lucrărilor de reabilitare termică a blocurilor de locuințe, specialiștii antreprenorilor interesați să participe la licitația organizată de ... au capacitatea intelectuală de a înțelege obiectul lucrărilor descris exact sau mai puțin exact în caietul de sarcini. Tocmai pentru a preveni unele interpretări greșite, autoritatea a furnizat operatorilor economici clarificarea nr. 5 [CN149807/022], postată în SEAP la ... în care menționează expres că "proiectarea nu face obiectul procedurii prezente".

În plus, dacă specialiștilor ... nu le este clar ce atribuții le revin și ce ofertă au de elaborat, nimic nu îi împiedică să apeleze la dreptul de a cere clarificări autorității asupra referirilor care îi nemulțumesc, iar nu să blocheze demararea investiției. Aspectul că specialiștii contestatoarei nu înțeleg sau nu au capacitatea de a concepe atribuțiile ce le revin pentru buna execuție a contractului nu înseamnă că niciun alt operator economic nu poate să le conceapă ori că respectivul caiet de sarcini este nelegal. De altminteri, la originea sistemului deschis de achiziții publice se află libera concurență între operatorii economici, care au tot interesul în a participa la licitații cu oferte cât mai bine elaborate și competitive, pentru a își maximiza astfel șansele de a obține contractul supus licitației.

Cu privire la durata de execuție și graficele ce trebuie furnizate de ofertanți, sunt de reținut și aplicat considerentele regăsite în aceeași decizie a Consiliului nr. 634/C3/316-317-393/04.03.2014, prin care a fost soluționată o contestație depusă de ... în contradictoriu cu ...:

"Referitor la neclaritățile criticate, respectiv: „propunerea tehnică va conține un comentariu, articol cu articol privind toate specificațiile conținute în caietul de sarcini (...)”; „solicitarea privind graficul de derulare a execuției pe faze fizic și valoric”, atâta timp cât nu există proiecte, contracte subsecvente cu cantități și valori certe; „modalitatea de prezentare a propunerii financiare – pe bucată” „Orice necorelare, omisiune ori neconformitate ... conduce la respingerea ofertei”, Consiliul consideră că operatorii economici care intenționează să participe în calitate de ofertanți în cadrul prezentei proceduri sunt în imposibilitate de a-și întocmi o ofertă conformă (propunere financiară și propunere tehnică), întrucât autoritatea contractantă nu a asigurat informații complete necesare acestora.

În aceste condiții, Consiliul consideră întemeiate criticile formulate cu privire la documentația de atribuire, impunându-se remedierea acesteia (prin modificare și/sau completare), în condițiile prevăzute la art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, care prevăd: "Autoritatea contractantă are obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire 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".

În sensul prevederilor evocate, autoritatea contractantă este obligată să asigure operatorilor economici o informare corectă, completă și explicită.

Prin faptul că nu a asigurat potențialilor ofertanți toate informațiile necesare, autoritatea a afectat și principiul transparenței (art. 2 din ordonanță), întrucât toate condițiile și modalitățile de derulare a procedurii de atribuire trebuie să fie formulate clar în anunțul de participare și în documentația de atribuire."

Capătul de cerere de anulare a licitației, nemotivat de contestatoare, este nefondat și va fi respins ca atare, licitația putând fi continuată de autoritatea contractantă cu adoptarea măsurilor de remediere corespunzătoare.

Ultima contestație aflată în soluționare este cea a SC SRL, prin care se solicită modificarea mai multor cerințe de calificare.

Un prim aspect sesizat de contestatoare este neconcordanța între valorile trecute de autoritate la pct. II.1.4), II.1.5) și II.2.1) din fișa de date, însă ea a fost corectată prin anunțul de tip erată nr. 52088/22.03.2014 la anunțul de participare nr. ... Respectiva erată a postată de autoritate în SEAP cu o zi înainte de formularea contestației și a scăpat atenției contestatoarei.

Referitor la cerința de calificare privind asigurarea unui cash-flow de execuție a lucrării pe o perioadă de 11 luni, sunt de reținut considerentele expuse anterior, în sensul că o asemenea cerință nu este nelegală, fiind validată și de Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice.

În legătură cu cerința minimă de calificare a experienței similare – "*Lista lucrărilor executate în ultimii 5 ani, din care sa rezulte ca la nivelul unui contract maxim 2 contracte a executat lucrări similare a caror valoare/valoare cumulata a fost de min. 84.038.982,00 lei fara TVA [...]*", obiecția contestatoarei este îndreptată împotriva limitării numărului de contracte la două, apreciind că ar trebui acceptate ca probă a experienței mai mult de două contracte.

În direcția constatării nelegalității cerinței de calificare constând în dovedirea experienței similare prin executarea prealabilă doar a unui singur contract și a obligării autorităților contractante să accepte ca dovadă a experienței similare executarea unuia sau mai multor contracte (experiență cumulată), sunt de văzut decizia nr. 3785 din 19 august 2009 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal ("Scopul stabilirii cerinței minime de calificare ținând de experiența similară este atins, fără echivoc, și în situația în care ofertantul prezintă două sau mai multe contracte pentru fiecare tip de lucrare/serviciu, care însumate să atingă pragul valoric impus prin fișa de date pentru fiecare tip de lucrare/serviciu, sub condiția executării lucrărilor, respectiv prestării serviciilor derivând din respectivele contracte, în același timp. Aceste contracte relevă în egală măsură posibilitatea concretă a ofertantului de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare, iar riscul neîndeplinirii sau îndeplinirii necorespunzătoare a contractului de către ofertantul declarat câștigător nu este unul mai mare decât în situația în care dovada se realizează printr-un singur contract."), sentința civilă nr. 4319 din 4 decembrie 2009 a Curții de Apel ... Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal ("Capacitatea de executare a lucrărilor poate fi dovedită la fel de bine și prin impunerea ca, simultan, operatorul economic să fi executat lucrări ce puteau face obiectul unor contracte diferite. [...] Este de subliniat că executarea concomitentă a mai multor lucrări în baza unor contracte diferite este mai greu de realizat, din cauza faptului că

resursele societății nu sunt concentrate într-un punct sau în puncte de lucru apropiate, ci sunt dispersate pe o arie geografică mai mare, ceea ce impune și un efort în plus de organizare, alocare a resurselor, utilajelor etc."), decizia nr. 1997 din 6 aprilie 2012 a Curții de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 318 din 23 februarie 2011 a Curții de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal (în care curtea a apreciat că este disproporționată cerința ca operatorul economic să dovedească printr-un singur contract de supervizare de lucrări că a reabilitat sau extins rețele de canalizare cu o lungime minimă de 360 de kilometri; nu ar fi o cerință disproporționată cerința de prezentare de către operatorii economici a mai multor contracte, iar nu doar a unui contract, contracte care să dovedească experiența similară și care să vizeze execuția unor rețele a căror lungime să cumuleze 360 de kilometri), decizia nr. 2792 din 18 martie 2013 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal ("este nefondată critica petentei autoritate contractantă în sensul că dispozițiile art. 187 și 188 din ordonanță nu prevăd interdicția de a dovedi experiența similară printr-un singur contract similar, având în vedere că interpretarea dispozițiilor legale incidente trebuie făcută prin coroborare, precum și prin luarea în considerare a scopului și principiilor ordonanței").

Similar, în decizia civilă nr. 4472 din ... octombrie 2013, Curtea de Apel ... Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a statuat că "experiența poate fi dovedită prin realizarea mai multor contracte de prestări servicii cumulate, care împreună dovedesc capacitatea de a realiza un contract mai complex, dar numai în măsura în care acele contracte, privite individual, sunt subdiviziuni ale contractului complex".

Față de această orientare jurisprudențială, apar a fi întemeiate obiecțiile contestatoarei legate de condiționarea ca experiența similară să fie dovedită prin maximum două contracte. Cerința prezentării doar a două contracte de lucrări similare conduce la situații de neacceptat, din care se degajă lipsa sa de relevanță concretă în verificarea capacității ofertanților de a executa lucrarea scoasă la licitație. De pildă, cu ce ar fi mai prejos pentru autoritate un ofertant care a executat anterior douăzeci de contracte similare pentru unul sau mai multe blocuri fiecare, care împreună totalizează lucrări de 100.000.000 lei? De ce ar trebui descalificat un astfel de ofertant, a cărui experiență profesională este arhisuficientă pentru probarea potențialului de finalizare a investiției? Este limpede că autoritatea contractantă se găsește într-o eroare, întrucât nu se poate afirma că operatorii economici care în ultimii cinci ani nu au executat unul sau două contracte similare de minimum 84.038.982 lei, însă au executat mai multe contracte pentru astfel de lucrări, care cumulate valoric acoperă pragul impus, nu au potențialul și

capacitatea necesare de a "îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia".

Așadar, prin solicitarea în dezbatere autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 2 alin. (2) lit. e), art. 179 și ale părții introductive a 188 alin. (3) din ordonanță, dar și pe cele ale art. 8 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, respectiv nu a asigurat corelația dintre informațiile necesare pentru probarea capacității ofertanților și cerințele obligatorii stabilite pentru aceștia, în funcție de exigențele specifice impuse de natura și complexitatea contractului care urmează să fie atribuit. Pe cale de consecință, dat fiind că este restrictivă cerința dovedirii experienței similare doar prin maximum două contracte, cum s-a arătat în amonte, se impune revizuirea corespunzătoare a ei. Cerința prezentării doar a unui singur contract, maximum două, îngreunează accesul la procedură al operatorilor economici și aduce atingere prevederilor anterior menționate.

Argumentele - indiscutabile - aduse de instanța supremă își păstrează valabilitatea și în cauza de față.

Astfel fiind, autoritatea contractantă urmează a fi obligată să remedieze cerința de calificare – din anunțul de participare și din fișa de date a achiziției – în sensul permiterii ca ofertanții să își dovedească experiența similară prin prezentarea mai multor contracte executate în ultimii cinci ani, care cumulate să acopere pragul de 84.038.982 lei, fără TVA.

Actul de modificare a documentației și erata la anunțul de participare [potrivit art. 50 ind. 1 alin. (3) din ordonanță] vor fi postate de autoritate în SEAP, pentru a fi aduse la cunoștința operatorilor economici interesați.

Redactată în nouă exemplare, conține cincizeci și cinci de pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

...

MEMBRU,