

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

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. 5422/18.04.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 20689/19.04.2023, formulată de, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CIF RO, reprezentată legal prin administrator, împotriva răspunsului nr. 1 la întrebarea nr. 1 și a răspunsului nr. 3 la întrebarea nr. 3 din documentul intitulat „7.1 Răspuns consolidat”, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 27751/12.04.2023 și publicat în SEAP în data de 12.04.2023 ora 11:17, emise de, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în localitatea, în cadrul procedurii simplificată, de atribuire a contractului de achiziție publică având ca obiect *Execuția lucrărilor aferente obiectivului de investiții „REALIZARE CANALIZARE ȘI STAȚIE DE EPURARE, EXTINDERE REȚEA DE APĂ ÎN, ...”,* s-au solicitat:

„1. suspendarea procedurii;

2. în principal, anularea răspunsului nr. 1 la întrebarea nr. 1 și împotriva răspunsului nr. 3 la întrebarea nr. 3 din documentul intitulat „7.1 Răspuns consolidat”, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 27751/12.04.2023 ca fiind nelegal și netemeinic;

3. în subsidiar, obligarea autorității contractante la modificarea Răspunsului nr. 1 la întrebarea nr. 1 și a răspunsului nr. 3 la întrebarea nr. 3, în sensul precizării în mod clar că experiența similară poate fi dovedită de ofertanți atât prin contracte de lucrări având ca obiect rețele de apă sau rețele de canalizare cât și prin contracte de lucrări având ca obiect execuția unei stații de epurare, dar fără a se impune, obligativitatea demonstrării executării ambelor tipuri/obiecte de lucrări;

4. obligarea autorității contractante de a prelungi perioada de elaborare și de depunere a ofertelor cu cel puțin 15 zile de la data pronunțării decizie CNSC de soluționare a contestației.”.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care critică răspunsul nr. 1 la întrebarea nr. 1 și răspunsul nr. 3 la întrebarea nr. 3 din documentul intitulat „7.1 Răspuns consolidat”, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 27751/12.04.2023, emise de, în calitate de autoritate contractantă, solicitând cele amănunționate.

Preliminar, contestatorul prezintă un scurt istoric al procedurii de atribuire formulând, totodată, o serie de critici cu privire la nelegalitatea și netemeinicia răspunsului nr. 1 la întrebarea nr. 1 și a răspunsului nr. 3 la întrebarea nr. 3 din documentul intitulat „7.1 Răspuns consolidat”, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 2775/12.04.2023.

Astfel, făcând trimitere la anunțul de participare simplificat, secțiunea III.1.3) *Capacitatea tehnică și profesională*, contestatorul susține că, în forma sa inițială, cerința de calificare era una permisivă, în sensul că putea fi îndeplinită în mod alternativ fie prin contracte care au avut ca obiect lucrări de execuție rețele de alimentare cu apă, fie prin contracte care să aibă ca obiect lucrări de execuție rețele de canalizare menajeră, fie prin contracte care să aibă ca obiect rețele tehnice edilitate supraterane/subterane, fără a se impune obligativitatea prezentării unor contracte care să aibă ca obiect toate tipurile de lucrări dintre cele sus menționate sau mai multe tipuri dintre acestea.

Apreciază contestatorul că, prin răspunsul nr. 1 la întrebarea nr. 1 și răspunsul nr. 3 la întrebarea nr. 3 din documentul intitulat „7.1 Răspuns consolidat”, autoritatea contractantă a „*schimbat din mers regulile jocului*” și a adus o modificare substanțială criteriilor de calificare și selecție, în sensul restrângerii competiției sau a favorizării anumitor operatori economici, în cauză fiind aplicabile dispozițiile art. 55 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/ 2016.

În opinia contestatorului, în cazul în care autoritatea contractantă va refuza să anuleze sau să modifice răspunsurile incriminate, oricum va fi nevoită să procedeze la anularea procedurii întrucât sunt îndeplinite toate condițiile legale potrivit dispozițiilor art. 55 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Mai mult, susține contestatorul că s-au încălcat prevederile art. 55 alin. (1) din HG nr. 395/ 2016, potrivit cărora „*în cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja existente în acesta, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, care trebuie să fie publicat nu mai târziu de 3 zile lucrătoare înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau cererilor de participare*”, deoarece autoritatea contractantă a publicat, în data de 12.04.2023, un anunț tip erată prin care a corectat/modificat doar termenul limită prevăzut pentru depunerea ofertelor.

În concluzie, ... solicită să se dispună eliminarea dublei condiționări introduse de autoritatea contractantă prin răspunsurile sale, incriminate prin prezenta contestație, fapt ce conduce la restrângerea concurenței și favorizarea/defavorizarea anumitor operatori economici.

Făcând trimitere la principiul transparenței, precum și la prevederile Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017, contestatorul susține că, în forma sa actuală, cerința de calificare privind experiența similară, modificată prin răspunsurile la solicitările de clarificări, constituie un exemplu de practică defectuoasă prin formularea restrictivă a sa.

În drept, se invocă actele normative indicate în cuprinsul contestației.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa nr. 3034/21.04.2023, înregistrată la CNSC sub nr. 21346/21.04.2023, ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației ca fiind inadmisibilă, nefondată și netemeinică.

Autoritatea contractantă răspunde criticilor din contestație, precizând că afirmația contestatorului conform căreia *„modificarea substanțială a criteriilor de calificare și selecție, în sensul restrângerii competiției sau favorizarea unor anumiți operatori economici”*, nu este susținută, întrucât, așa cum s-a precizat și în textul cerinței, *prin similar autoritatea contractanta înțelege lucrări de construire și/sau de modernizare și/sau de reabilitare și/sau extindere, aferente unor rețele de canalizare apă și/sau de apă și/sau aducțiuni de apă și/sau rețele de fluide și/sau lucrări de rețele tehnice edilitare supraterane/subterane sau pentru realizarea de lucrări similare din punct de vedere al complexității*. În felul acesta, s-a lăsat ofertanților libertatea de a alege ce fel de contract doresc să prezinte drept experiență similară.

Se arată că, în cadrul răspunsului consolidat la clarificări, a menționat că nu se acceptă contracte care să aibă ca obiect doar execuția unei stații de epurare, însă sub nicio formă nu a refuzat prezentarea de contracte ce au ca obiect lucrări hidroedilitare care să conțină și stații de epurare, ci a considerat că, în conformitate cu obiectul contractului, lucrările de construire și/sau de modernizare și/sau de reabilitare și/sau extindere, aferente unor rețele de canalizare apă și/sau de apă și/sau aducțiuni de apă și/sau rețele de fluide și/sau lucrări de rețele tehnice edilitare supraterane/subterane sau pentru realizarea de lucrări similare din punct de vedere al complexității, sunt predominante, așa cum a fost solicitat prin documentația de atribuire.

Chiar dacă lucrarea aferentă prezentului contract cuprinde și stație de epurare, autoritatea contractantă susține că nu poate fi luată în considerare prezentarea de contracte ce au ca obiect doar lucrări privind stație de epurare, deoarece obiectul contractului de lucrări este de înființare rețea de canalizare și stație de epurare și extindere rețea de

apă, iar contractul de față nu intră doar sub incidența codului CPV privind doar stația de epurare.

În acest sens, autoritatea contractantă învederează faptul că Legea nr. 241/2006 face distincție clară între componentele sistemului public de alimentare cu apă, respectiv între „captări”/„stații de tratare” și „rețele de transport și distribuție”, precum și între componentele sistemului public de canalizare, respectiv între „rețele de canalizare” și „stații de epurare”.

Potrivit autorității contractante distincția dintre elementele sistemelor de canalizare este efectuată în același mod chiar și de către Curtea de Conturi Europeană, instituție care delimitează rețeaua de canalizare pe care o definește ca fiind „*infrastructura fizică, formată din conducte, pompe, site, canale etc., utilizată pentru a transporta apele uzate de la punctul lor de origine la punctul final de epurare sau de evacuare*”, în timp ce stația de epurare este definită ca fiind „*stație de epurare a apelor uzate urbane: infrastructură care asigură o serie de procese de epurare cu scopul de a se reduce la un nivel acceptabil poluarea care afectează apele uzate provenite din aglomerațiile urbane, înaintea evacuării lor în apele receptoare*”.

Susține autoritatea contractantă că documentația de atribuire a fost elaborată în strictă concordanță cu prevederile Legii nr. 98/2016, domeniul și tipologia contractelor de referință privind experiența similară fiind clar precizate ca „*lucrări de construire și/sau de modernizare și/sau de reabilitare și/sau extindere, aferente unor rețele de canalizare apă și/sau de apă și/sau aducțiuni de apă și/sau rețele de fluide și/sau lucrări de rețele tehnice edilitare supraterrane/subterane sau pentru realizarea de lucrări similare din punct de vedere al complexității*”.

Pentru cele mai sus expuse, subliniind faptul că modalitatea de desfășurare a procedurii s-a realizat pe baza responsabilității autorității contractante, asumarea răspunderii fiind unul dintre principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, ... solicită Consiliului să constate netemeinicia criticilor formulate de contestator și să dispună respingerea contestației.

În drept, se invocă depozitiile Legii nr. 98/2016, ale Legii nr. 101/2016, ale HG nr. 395/2016, precum și prevederile Instrucțiunii nr. 2/2017 și ale Normativului privind proiectarea, execuția și exploatarea sistemelor de alimentare cu apă și canalizare a localităților.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

.... a constituit cauțiunea în cuantum de lei prin recipisa de consemnare nr. din data de 18.04.2023, eliberată de CEC Bank – Sucursala, fiind înregistrată în Registrul de evidență al CNSC sub nr. 997/21.04.2023.

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

...., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată de atribuire a contractului de achiziție publică având ca obiect *Execuția lucrărilor aferente obiectivului de investiții „REALIZARE CANALIZARE ȘI STAȚIE DE EPURARE, EXTINDERE REȚEA DE APĂ ÎN, ...”,* prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr., la care a anexat documentația de atribuire, valoarea estimată fiind de lei, fără TVA.

Împotriva răspunsului nr. 1 la întrebarea nr. 1 și a răspunsului nr. 3 la întrebarea nr. 3 din documentul intitulat *„7.1 Răspuns consolidat”,* înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 27751/12.04.2023 și publicat în SEAP în data de 12.04.2023, ... a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Prin Încheierea nr. 1127/C2/1067/24.04.2023 a fost soluționată cererea de suspendare a procedurii, în sensul respingerii ei, ca rămasă fără obiect.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată următoarele:

Prin adresa nr. 2775/12.04.2023, de răspuns la solicitările de clarificări primite de la operatorii economici interesați de participarea la procedură, autoritatea contractantă a precizat, față de întrebările nr. 1 și nr. 3, respectiv:

1. Vă rugăm să ne confirmați faptul că acceptați pentru îndeplinirea cerinței privind experiența similară și contract/ contracte având ca obiect execuția unei stații de epurare, având în vedere că are corespondent și în obiectul contractului ce urmează a fi atribuit prin prezenta procedură.

3. Având în vedere faptul că, obiectul licitației este: Execuția lucrărilor aferente obiectivului de investiții: Realizare canalizare si stație de epurare, extindere rețea de apa in, județul Bacău, vă rugăm să clarificați dacă pentru Cerința nr.1 - Experiența similara din cadrul fisei de date punctul III.1.3.a), se accepta si contracte care cuprind doar lucrări cu stații de epurare, nu și lucrări pentru realizarea rețelelor de canalizare. Dorim să clarificăm acest aspect datorită faptului că proiectul cuprinde executarea unei stații de epurare care poate fi similar unor lucrări de rețele tehnice edilitare supraterane/subterane.

faptul că

Nu se accepta contracte care să aibă ca obiectul contractului să fie doar execuția unei stații de epurare.

Verificând legalitatea răspunsului prin prisma argumentelor prezentate de fiecare parte litigantă, Consiliul reține că, prin prezenta achiziție, autoritatea contractantă urmărește obținerea unor lucrări având ca obiect general, conform descrierii regăsită la cap. II.1.4 *Descrierea succinta a contractului sau a achiziției/achizițiilor* din fișa de date:

- înființarea unei rețele de canalizare de 15541 ml care va cuprinde: rețea de canalizare gravitațională, realizare racorduri la rețeaua proiectată, 6 stații de pompare ape uzate și conducte de refulare, *stație de epurare* $Q_{max}=275$ mc/zi

- extinderea rețelei de alimentare cu apă pe o lungime de 2118 ml care va cuprinde extindere rețea de distribuție și cămine de bransament – 33 buc.

Astfel, se constată că obiectul contractului supus achiziției vizează construirea unei *stații de epurare*, însă, după cum se observă din descrierea regăsită în documentația de atribuire, aceasta reprezintă doar o parte a lucrărilor care se intenționează a fi obținute și care presupun inclusiv lucrări pentru conducte de alimentare cu apă și lucrări de construcții de canalizare de ape reziduale.

Față de diferendul dedus judecății, relevante în soluționare vor fi reținute prevederile Legii nr. 98/2016, respectiv:

Art. 2. - (2) Principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și a organizării concursurilor de soluții sunt: ...f) asumarea răspunderii.

Art. 154. - (1) Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.

Art. 172. - (1) Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii de capacitate referitoare la: ... c) capacitatea tehnică și profesională.

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

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

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

precum și dispozițiile Instrucțiunii președintelui Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr. 2/2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu completările ulterioare, respectiv a prevederilor art. 191 și art. 192 lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, care stabilesc că nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin furnizarea de produse/prestarea de servicii/execuția de lucrări identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică/de achiziție sectorială/acordului-cadru care urmează a se atribui, pentru a nu se restrânge competiția, fiind necesar să fie permise și cele similare sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului [art. 5 alin. (1)].

Din acest cadru legal, în virtutea principiului asumării răspunderii, rezultă că autoritatea contractantă are dreptul a impune participanților la

procedură îndeplinirea unor cerințe minime de calificare prin care aceștia să facă dovada că au capacitatea tehnică și profesională pentru îndeplinirea în bune condiții a contractului supus achiziției.

În fișa de date a achiziției întocmită pentru prezenta procedură, la *cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnica si/sau profesionala*, autoritatea contractantă a solicitat dovedirea unei experiențe similare, indicând că prin *similar*:... înțelege lucrări de construire și/sau de modernizare și/sau de reabilitare și/sau extindere aferente unor rețele de canalizare apă și/sau de apă și/sau aducțiuni de apă și/sau rețele de fluide și/sau lucrări de rețele tehnice edilitare supraterane/subterane sau pentru realizarea de lucrări similare din punct de vedere al complexității.

Față de conținutul acestei cerințe, în răspunsurile la clarificări înscrise prin contestație, autoritatea contractantă a învederat faptul că nu acceptă prezentarea, drept experiență similară, a unor contracte care să vizeze doar execuția de stații de epurare.

În contextul de fapt și de drept expus mai sus, Consiliul nu va achiesa pretențiilor contestatorului de modificare a respectivelor răspunsuri în sensul precizării *în mod clar că experiența similară poate fi dovedită de ofertanți atât prin contractele de lucrări având ca obiect rețele de apă sau rețele de canalizare cât și prin contracte de lucrări având ca obiect execuția unei stații de epurare, dar fără a se impune obligativitatea demonstrării executării ambelor tipuri/obiecte de lucrări*.

În acest sens, conform celor consemnate anterior, Consiliul reține că obiectul contractului este unul compus din mai multe tipuri de lucrări, încadrate de autoritate în următoarele coduri CPV:

- CPV principal:

45231100-6 Lucrări generale de construcții de conducte (Rev.2)

-CPV secundare

45232150-8 Lucrari pentru conducte de alimentare cu apa (Rev.2)

45232400-6 Lucrari de constructii de canalizare de ape reziduale (Rev.2)

45232420-2 Lucrari de constructii de statii de epurare a apelor reziduale (Rev.2)

Astfel, în considerarea principiului asumării răspunderii, statuat la art. 2 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă a stabilit că dorește ca ofertanții care vor să obțină acest contract să facă dovada că au mai executat contracte de tipul și complexitate similare celor supuse achiziției, nu numai a unei părți din acestea.

Pe cale de consecință, susținerile contestatorului cum că, prin răspunsul la clarificări, s-a restrâns concurența, nu pot fi primite, observându-se că răspunsul autorității nu a modificat conținutul inițial al cerinței, ci doar a lămurit că nu se acceptă, ca fiind similare tipului și complexității lucrărilor enumerate în cadrul cerinței fișei de date, prezentarea unor contracte exclusiv pentru stații de epurare.

De asemenea, se observă că răspunsurile analizate nu impun nici obligativitatea prezentării unor contracte care să aibă ca obiect toate tipurile de lucrări dintre cele menționate în cerință sau mai multe tipuri dintre acestea, așa cum susține contestatorul.

Relativ la incidența prevederilor art. 55 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, Consiliul reține că legiuitorul a indicat în mod clar și fără echivoc situația care conduce la anularea procedurii, respectiv atunci când prin răspunsurile la clarificări se aduc modificările substanțiale ale criteriilor de calificare și selecție stabilite inițial, *în sensul extinderii nivelului acestora sau introducerii unora noi, fapt ce determină restrângerea competiției sau favorizarea unor anumiți operatori economici.*

Cum s-a reținut mai sus, răspunsul autorității nu a modificat conținutul inițial al cerinței de calificare, drept care solicitarea contestatorului de *eliminare a dublei condiționări introduse de autoritatea contractantă prin răspunsurile sale* nu are suport în actele analizate.

Pentru a se aprecia asupra pretinsului caracter restrictiv al răspunsurilor în discuție, contestatorul era ținut să demonstreze că solicitările inițiale permiteau prezentarea și a unor contracte cu obiect exclusiv execuție stații de epurare sau că stațiile de epurare presupun lucrări superioare din punct de vedere al complexității și/sau scopului urmărit de autoritate, or o asemenea ipoteză nu răzbate din argumentele contestației.

Dispozițiile art. 249 c.p.c stabilesc că: „*cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege*”, rezultând, așadar, că fiecare parte litigantă are obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept „*probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat*”. Se va reține în soluționare faptul că literatura juridică dar și practica judiciară au statuat că în cadrul procesului civil sarcina probei este împărțită între reclamant și pârât, în speță între contestator și entitatea contractantă, la care se adaugă și rolul activ al Consiliului care, potrivit art. 254 alin. (5) c.p.c, poate ordona administrarea probelor considerate necesare chiar dacă părțile se împotrivesc.

Cu toate acestea, existența rolului activ al Consiliului nu poate conduce la concluzia că întreaga sarcina a probei ar cădea asupra Consiliului, ceea ce nu se întâmplă nici măcar în cadrul dosarelor supuse principiului oficialității, sau că nerespectarea dispozițiilor legale cu privire la propunerea și administrarea probelor nu ar avea pentru părți consecințe procedurale.

Pe cale de consecință, în măsura în care partea ce formulează anumite susțineri, critici, nu este solitară în efortul de a proba, aceasta rămâne singura sancționată în caz de eșec, deoarece, dacă nu administrează probele care să convingă Consiliul, cu toată eventuala colaborare a părții adverse și în pofida rolului activ al CNSC, va pierde acțiunea.

Contrar atitudinii contestatorului, autoritatea contractantă a justificat riguros conținutul cerinței de calificare și răspunsurile la clarificări în discuție, făcând trimitere la obiectul contractului supus achiziției și la domeniul și tipologia contractelor de referință privind experiența similară, arătând că nu a refuzat prezentarea de contracte care au ca obiect lucrări hidroedilitare care să conțină și lucrări de stații de epurare, ci a considerat că, prin raportare la obiectul contractului, lucrările predominante sunt cele enumerate în documentație.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă.

Obligatorie.

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