



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

București, Str.Stavropoleos, nr.6 sector 3, România, CP 030084, CIF 20329980,
Tel. +4 021 3104641, Fax. +4 021 3104642, +4 021 8900745, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

**Nr. /C/
Data:**

Prin contestația nr. înregistrată la C.N.S.C. cu nr. depusă de către S.C. S.R.L., cu sediul în înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. , având C.I.F. , reprezentată legal prin director general și convențional prin S.C.P.A. „ ”, cu sediul procesual ales în împotriva documentației de atribuire, elaborată de cu sediul în , în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată pe loturi, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Lucrări de «Marcaje rutiere prefabricate și covoare antiderapante» pentru rețeaua de autostrăzi și drumuri naționale: Lot – ; Lot Lot ; Lot Lot ”, cod CPV 45233221-4 – Lucrări de marcaj rutier (Rev.2), se solicită admiterea contestației, după cum urmează:

- eliminarea, din cuprinsul documentației de atribuire (Fișa de date a achiziției, respectiv Anunț de participare), a cerinței privind modalitatea în care este dovedită capacitatea de a asigura personalul necesar derulării acordului-cadru, prevăzută la pct.III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” - Capacitatea profesională - cerința nr. 2 din fișa de date a achiziției, respectiv din anunțul de participare;

- eliminarea, din cuprinsul documentației de atribuire (fișa de date a achiziției, respectiv anunț de participare), a cerinței privind dovada studiilor superioare de inginerie în domeniul inginerie civilă, specializare căi ferate, drumuri și poduri pentru inginer (pct.III.2.3. a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” - Capacitatea profesională - Cerința nr. 4 din fișa de date a achiziției, respectiv din anunțul de participare);

- suspendarea procedurii de atribuire, până la soluționarea pe fond a contestației.

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

DECIDE:

Admite excepția tardivității contestației, invocată din oficiu, și, pe cale de consecință, respinge, ca tardivă, contestația depusă de către S.C. S.R.L., cu sediul în în contradictoriu cu , cu sediul în Obligatorie.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei, s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. , înregistrată la C.N.S.C. cu nr. S.C. S.R.L. critică documentația de atribuire, elaborată de în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată pe loturi, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Lucrări de «Marcaje rutiere prefabricate și covoare antiderapante» pentru rețeaua de autostrăzi și drumuri naționale: Lot ; Lot ; Lot ; Lot ”, cod CPV 45233221-4 – Lucrări de marcaj rutier (Rev.2), și solicită admiterea contestației, astfel:

- eliminarea, din cuprinsul documentației de atribuire (Fișa de date a achiziției, respectiv anunț de participare), a cerinței privind modalitatea în care este dovedită capacitatea de a asigura personalul necesar derulării acordului- cadru, prevăzută la pct.III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” - Capacitatea profesională - cerința nr. 2 din fișa de date a achiziției, respectiv din anunțul de participare;

- eliminarea, din cuprinsul documentației de atribuire (fișa de date a achiziției, respectiv anunț de participare), a cerinței privind dovada studiilor superioare de inginerie în domeniul inginerie civilă, specializare căi ferate, drumuri și poduri pentru Inginer (pct.III.2.3. a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” - Capacitatea profesională - Cerința nr. 4 din fișa de date a achiziției, respectiv din anunțul de participare);

- suspendarea procedurii de atribuire, până la soluționarea pe fond a contestației.

Contestatorul arată că autoritatea contractantă a inițiat procedura în cauză în data de , prin publicarea anunțului nr. , împreună cu documentația de atribuire.

Analizând documentația de atribuire, susține contestatorul, a constatat că:

(i) La pct.III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” - Capacitatea Tehnică - Cerința nr. 1, din fișa de date a achiziției, respectiv din anunțul de participare, autoritatea contractantă a solicitat operatorilor economici interesați de participarea la procedură să facă dovada unei experiențe similare care să fie dovedită după cum urmează: *„Dovada se face prin prezentarea de Certificări de bună execuție emise de beneficiari, indiferent dacă aceștia sunt autorități contractante sau clienți privați, din care să reiasă recepția la terminarea lucrărilor sau recepția finală a lucrărilor executate, precum și toate elementele necesare pentru confirmarea îndeplinirii cerinței (copii lizibile cu mențiunea «conform cu originalul» sau copie lizibilă cu mențiunea «conform cu originalul» a contractului/lor declarat/e (în situația în care ofertantul a avut calitatea de subcontractant se va prezenta o copie a contractului/lor de subantrepriză)”*.

(ii) La pct.III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” - Capacitatea profesională - Cerința nr. 2 din fișa de date a achiziției, respectiv din anunțul de participare, autoritatea contractantă a solicitat operatorilor economici interesați de participarea la procedură să facă dovada că dispun de personalul necesar derulării acordului cadru, după cum urmează: *„Declarație privind personalul, în special de conducere al operatorului economic, personal care participă constant la activitățile economice ale operatorului economic și care ocupă posturi/poziții reprezentate de structura organizatorică a acestuia conform art. 15 alin. 1 indice 2 din H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, pentru fiecare lot în parte”*.

(iii) La pct.III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” - Capacitatea profesională - Cerința nr. 4 din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a solicitat operatorilor economici interesați de participarea la procedură să facă dovada că dispun de următorul personal cheie responsabil pentru îndeplinirea celui mai mare contract subsecvent, pentru fiecare lot în parte:

„Inginer

- *Studii superioare de inginerie, în domeniul inginerie civilă, specializare căi ferate, drumuri și poduri, conform H.G. nr. 575/2015, privind aprobarea Nomenclatorului domeniilor și al specializărilor/programelor de studii universitare și a structurii instituțiilor de învățământ superior pentru anul universitar 2015-2016.*

- *Minim 3 ani experiență specifică în domeniul execuției marcajelor rutiere”*.

Contestatorul arată că, întrucât a considerat cerințele de calificare nelegale, restrictive, disproporționate și fără legătură cu obiectul acordului-cadru care urmează a fi atribuit, în temeiul dispozițiilor art. 6 alin. 1 din Legea nr. 101/2016, a notificat autoritatea contractantă „să dispună măsurile de remediere”, în

sensul eliminării/modificării cerințelor de calificare mai sus menționate.

Față de notificarea prealabilă formulată, se arată în contestație, prin adresa nr. din , autoritatea contractantă i-a comunicat că va dispune măsuri de remediere doar cu privire la pct. III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” - Capacitatea Tehnică - Cerința nr. 1 din fișa de date a achiziției, respectiv din anunțul de participare.

Astfel, contestatorul apreciază că și celelalte cerințe de calificare criticate contravin regulilor reglementate de legislația în domeniul achizițiilor publice, încălcând atât principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică de la art. 2 alin. 2 lit. a)- f) din O.U.G nr. 34/2006, cât și scopul statuat de prevederile art. 2 alin. 1 lit. a)-d) din același act normativ, având în vedere considerentele:

II. Referitor la cerințele nelegale din documentația de atribuire:

A) Contestatorul prezintă argumente privind nelegalitatea Cerinței de la pct.III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” - Capacitatea profesională - Cerința nr. 2 din fișa de date a achiziției, respectiv din anunțul de participare, astfel:

Prin cerințele anterior învederate, autoritatea contractantă a solicitat operatorilor economici interesați, să depună o declarație privind personalul, în special de conducere, personal care participă constant la activitățile economice ale operatorului economic și care ocupă posturi/poziții reprezentate de structura organizatorică a acestuia conform art. 15 alin. 1² din H.G. nr. 925/2006, pentru fiecare lot în parte.

Pentru a respecta condiția solicitată, în vederea participării la cel puțin 5 loturi, ofertantul, susține contestatorul, ar trebui să aibă angajați cel puțin:

- 5 manageri proiect cu studii superioare;
- 5 ingineri cu studii superioare de inginerie, în domeniul inginerie civilă, specializarea căi ferate, drumuri și poduri;
- 5 coordonatori tehnici pentru aplicarea marcajelor rutiere cu studii superioare în domeniul execuției drumurilor și podurilor, care să ocupe posturi ce trebuie să se regăsească în organigrama societății și care să participe constant la activitățile desfășurate de societate.

Susține că este restrictivă cerința ca posturile să se regăsească în structura organizatorică a operatorului economic, întrucât limitează participarea la procedura de atribuire a tuturor operatorilor economici interesați care nu dețin astfel de personal în structura proprie, dar de la care pot obține o declarație de disponibilitate potrivit căreia, în situația în care sunt declarați câștigători, să fie angajați în cadrul societății pentru derularea acordului-cadru.

De asemenea, contestatorul apreciază că cerința este disproporționată în raport cu natura și complexitatea contractului

care urmează a fi atribuit, întrucât obligă operatorii economici interesați să angajeze experții menționați în documentația de atribuire, fără a avea garanția atribuirii contractului.

Contestatorul invocă, în susținere, prevederile art. 172 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006, pe cele ale art. 179 alin. 1 și 2 din același act normativ, precum și dispozițiile art. 8 alin. 1 din H.G. nr. 925/2006.

Nu în ultimul rând, contestatorul susține că, prin inserarea unei asemenea cerințe, autoritatea contractantă a încălcat atât principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică, reglementate de dispozițiile art. 2 alin. 2 lit. a)-f) din O.U.G. nr. 34/2006, cât și scopul reglementat de prevederile art. 2 alin. 1 lit. a)-d) din același act normativ.

Contestatorul arată că, deși prin notificarea prealabilă, autoritatea contractantă a reținut că, Cerința nr. 2 din fișa de date a achiziției referitoare la capacitatea profesională a fost formulată în baza art. 15 alin. 1^x din H.G. nr. 925/2006, în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire, în opinia sa, o astfel de afirmație nu poate fi primită în soluționarea contestației, întrucât, potrivit dispozițiilor legale invocate de ., autoritatea contractantă *„nu poate folosi calificarea și experiența personalului desemnat pentru a efectua activitățile contractului, ca parte a procesului de calificare și selecție”* în cadrul procedurii de atribuire a respectivului contract. Or, susține contestatorul, prin fișa de date a achiziției, *„contrar dispozițiilor legale, urmează a fi folosite calificarea și experiența personalului în procesul de calificare a ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire”*.

B) Contestatorul prezintă argumente privind nelegalitatea Cerinței de la pct. III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” - Capacitatea profesională - Cerința nr. 4 din fișa de date a achiziției, respectiv din anunțul de participare, astfel:

Se arată că, potrivit cerinței de mai sus, pentru a fi declarați admisibili, potențialii operatori economici trebuie să facă dovada că pot nominaliza un inginer cu studii superioare de inginerie, în domeniul inginerie civilă, specializare căi ferate, drumuri și poduri, conform H.G. nr. 575/2015, *privind aprobarea Nomenclatorului domeniilor și al specializarilor/programelor de studii universitare și a structurii instituțiilor de învățământ superior pentru anul universitar 2015-2016*, cu minim 3 ani experiență specifică în domeniul execuției marcajelor rutiere.

Astfel, contestatorul apreciază că este restrictivă impunerea studiilor superioare în domeniul inginerie civilă, deoarece în conformitate cu H.G. nr. 301/1998, Anexa nr. 1 Profilurile, Specializările, Durata Studiilor și Titlurile Obținute în Învățământul Universitar De Lungă Durată, la pct. 10 este prevăzut Profilul: „CONSTRUCȚII”, Specializarea studilor: „Căi ferate, drumuri și poduri”.

Contestatorul consideră că, astfel cum este formulată cerința în documentația de atribuire, restricționează participarea la procedura de atribuire a operatorilor economici care pot nominaliza ingineri care au absolvit facultatea înainte de modificarea H.G. nr. 301/1998, prin H.G. nr. 645/2000, întrucât domeniul inginerie civilă nu a făcut obiectul de studiu în nicio instituție de învățământ superior până în anul 2000, ci doar Profilul Construcții.

Invocând dispozițiile art. 176 coroborat cu art. 188 alin. 2 lit. d) din O.U.G. nr. 34/2006, contestatorul susține că, în cauză, se impune adoptarea unor măsuri de remediere în scopul eliminării acelor mențiuni care conduc spre restrângerea numărului de participanți în procedura de atribuire, asigurând astfel rațiunea și scopul pentru care legiuitorul a abilitat autoritățile să instituie cerințele de calificare și selecție.

De asemenea, contestatorul consideră că autoritatea contractantă a încălcat, prin inserarea cerinței privind dovada studiilor superioare în domeniul inginerie civilă cu privire la personalul - cheie indicat, prevederile art. 172 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006, ale art. 179 alin. 1 și 2, respectiv ale art. 8 alin. 1 din H.G. nr. 925/2006, prin conținutul cărora, legiuitorul a asigurat și transpunerea efectivă a principiului proporționalității consacrat de art. 2 alin. 2 lit. e) din O.U.G. nr. 34/2006, limitând exercițiul abuziv al dreptului autorității contractante de a impune ofertanților justificarea îndeplinirii anumitor cerințe de calificare și/sau selecție.

Mai mult, susține contestatorul, autoritatea contractantă a încălcat și dispozițiile art. 15 alin. 1^x din H.G. nr. 925/2006, *„care interzic folosirea calificării și experienței personalului desemnat pentru a efectua activitățile contractului, ca parte a procesului de calificare și selecție în cadrul procedurii de atribuire a respectivului contract”*.

Față de argumentele anterior prezentate, contestatorul solicită *„să obligați autoritatea contractantă să elimine cerința privind dovada/deținerea studiilor superioare de inginerie în domeniul inginerie civilă pentru inginerul cooptat în cadrul acordului-cadru”*.

III. În continuare, contestatorul prezintă argumente în susținerea cererii de suspendare a procedurii de atribuire, apreciind că sunt îndeplinite condițiile privind existența cazului temeinic justificat și paguba iminentă, raportat la dispozițiile art. 22 alin. 1 din Legea nr. 101/2016, art. 2 alin. 1 lit t) și art. 14 din Legea contenciosului administrativ, precum și Recomandarea nr. R(89)8 din 13 septembrie 1989 a Comitetului de Miniștri din cadrul Consiliului Europei asupra protecției jurisdicționale provizorii în materia administrativă.

Prin urmare, contestatorul solicită admiterea contestației, astfel cum a fost formulată și *„dispunerea măsurilor solicitate cu privire la fiecare dintre criticile formulate.”*

În drept, se invocă prevederile Legii nr. 101/2016, ale O.U.G. nr. 34/2006, în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire, precum și toate celelalte prevederi legale invocate în cuprinsul contestației.

Totodată, în temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, se solicită acces la dosarul cauzei.

Verificând respectarea, de către contestator, a termenului legal stabilit prin dispozițiile 271 alin. 1 coroborat cu art. 256² alin. 1 lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006 pentru depunerea contestației, în aplicarea dispozițiilor art. 269 din ordonanța de urgență, Consiliul a pus în discuția părților excepția tardivității contestației, pe care a invocat-o din oficiu.

Cu adresa nr. , înregistrată la C.N.S.C. sub nr. , a transmis punct de vedere, prin care a răspuns, cu privire la cererea de suspendarea procedurii invocată de S.C. S.R.L., precum și cu privire la excepția tardivității contestației, apreciind că depunerea contestației s-a făcut „în termenul prevăzut de art. 8 alin. 1 lit. a) coroborat cu alin. 2 lit. a) din Legea nr. 101/2016”.

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr. 101/2016.

Prin adresa nr. , înregistrată la C.N.S.C. sub nr. S.C. S.R.L. a învederat următoarele:

1. Referitor la obligativitatea constituirii garanției de bună conduită, în conformitatea cu prevederile art. 271^x alin. 3 din O.U.G. nr. 34/2006, contestatorul apreciază că aceasta „nu mai există”, raportat la dispozițiile art. 69 alin. 1 și alin. 2 din Legea nr. 101/2016.

2. Cu privire la excepția tardivității contestației, contestatorul apreciază că, raportat la dispozițiile art. 6 alin. 1 lit a) coroborate cu art. 8 alin. 1 lit. b) din Legea nr. 101/2016, la data publicării documentației de atribuire, , la valoarea estimată a acordului-cadru, a respectat termenul legal de 10 zile prevăzut de lege, solicitând respingerea excepției, ca nefondată.

De asemenea, contestatorul susține că normele procesuale aplicabile în cauză sunt cele prevăzute de Legea nr. 101/2016, act normativ care, la art. 69 alin. 2 prevede explicit că „*legea nouă se aplică tuturor contestațiilor/cererilor/plângerilor formulate ulterior datei de 26.05.2016*”, data intrării în vigoare a legii.

Cu adresa nr. , înregistrată la C.N.S.C. sub nr. , a transmis, în copie, dosarul achiziției.

În considerarea dispozițiilor art. 278 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va analiza, mai întâi, excepția tardivității contestației depusă de către S.C. S.R.L., pe care a invocat-o din oficiu.

Consiliul determină, având în vedere data la care s-a născut dreptul la acțiune al contestatorului, respectiv , dată anterioară intrării în vigoare a Legii nr. 101/2016 (26.05.2016), că aplicabile

prezentei contestații sunt dispozițiile O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările ulterioare.

La data de a intrat în vigoare 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, lege care guvernează contenciosul achizițiilor publice. Art. 69 alin. (4) din lege prescrie limpede că **“termenele procedurale aflate în curs la data intrării în vigoare a legii rămân supuse ordonanței sub care au început să curgă”**. În speță, termenul de contestare a început să curgă la 24.05.2016, dată la care s-a realizat publicarea documentației de atribuire, anterior, deci, momentului intrării în vigoare a legii. Începând să curgă termenul sub Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, calcularea și împlinirea lui sunt guvernate de aceasta, iar nu de legea nouă.

Termenul de contestare nu se poate preschimba în termen de notificare, ci rămâne termen de contestare până la momentul împlinirii lui, până la care SC SRL avea dreptul de a formula contestație. Nu i se poate pretinde persoanei vătămate să depună notificare prealabilă și apoi contestație, cum cere Legea nr. 101/2016, față de ipoteza de la art. 69 alin. (4), termenul aflat în curs și de care beneficiază persoana fiind pentru contestare, nu pentru notificare.

Impunerea de reguli și obligații noi fără reglementarea unui termen adecvat care să permită subiectului de drept să răspundă noilor cerințe legislative reprezintă o încălcare a exigențelor constituționale sub aspectul principiului securității juridice și a principiului încrederii legitime, care impune limitarea posibilităților de modificare a normelor juridice și stabilitatea regulilor instituite prin acestea. Existența unor soluții legislative contradictorii și anularea unor dispoziții de lege prin intermediul altor prevederi cuprinse în același act normativ conduc la încălcarea principiului securității raporturilor juridice, ca urmare a lipsei de claritate și previzibilitate a normei. A se vedea, în acest sens, decizia Curții Constituționale nr. 26 din 18 ianuarie 2012.

În continuare, procedând la verificarea respectării termenului legal de depunere a contestației, Consiliul observă că contestatorul își îndreaptă demersul său împotriva documentației de atribuire publicată în data de , care reprezintă data luării la cunoștință despre actul atacat, relevantă în cauză fiind și data transmiterii contestației către C.N.S.C., respectiv .

Având în vedere cele de mai sus, precum și valoarea estimată a acordului-cadru, care este, potrivit anunțului de participare nr. din , de 56.752.390,80 lei, fără TVA, Consiliul constată că sunt incidente,

În cauză, dispozițiile art. 256² alin. 1, în conformitate cu care „*Persoana vătămată poate sesiza Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (...) în vederea anulării actului și/sau recunoașterii dreptului pretins ori interesului legitim, în termen de: (...); a) 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență, despre un act al autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea contractului care urmează să fie atribuit, estimată conform prevederilor art. 23 și ale cap. II secțiunea a 2-a, este mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2)*”.

În stabilirea termenului legal de depunere a contestației, Consiliul se raportează și la dispozițiile **art. 3 lit. z)** din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, în conformitate cu care ceea ce apare în ordonanță ca “zile – zile calendaristice, în afara cazului în care se prevede expres că sunt lucrătoare”, se va interpreta astfel: “**Termenul exprimat în zile** începe să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului; ziua în cursul căreia a avut loc un eveniment sau s-a realizat un act al autorității contractante nu este luată în calcul”.

Făcând aplicarea dispozițiilor legale mai sus invocate, Consiliul constată că SC SRL a depus contestația în afara termenului de atac, care s-a împlinit în data de .

Pentru toate acestea, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. 1 și 5 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul admite excepția tardivității contestației, invocată din oficiu, și, pe cale de consențință, respinge contestația depusă de către S.C. S.R.L., ca tardiv introdusă.

Fără pronunțare pe fondul cauzei.

Decizia este obligatorie, potrivit dispozițiilor art. 280 alin. 3 din actul normativ susmenționat.

PREȘEDINTE COMPLET,

MEMBRU,

MEMBRU,