



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.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. 1029/18.01.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 1325/19.01.2016, depusă de SC ... SRL, cu sediul în str. ... nr. ..., CUI ..., privind procedura de licitație restrânsă pentru atribuirea unui contract de servicii de consultanță în vederea achiziției de servicii de "...", cod CPV ..., anunț de participare nr. ..., cu data limită de depunere a candidaturilor ..., organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea în parte a unor răspunsuri de clarificare a cerințelor de participare la licitație, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației sale. Prin decizia sa nr. ..., Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, în sensul că a luat act de renunțarea la acesta. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

Prin contestația nr. 1036/21.01.2016, înregistrată la Consiliu cu nr. 1636/22.01.2016, depusă de SC ... SRL, privind aceeași procedură de licitație restrânsă organizată de ...SA, contestatoarea a solicitat anularea anunțului de tip erată nr. ... și a unei prevederi din cuprinsul formularului "Factori de preselecție".

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 mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 179 alin. (4) și al art. 278 alin. (2) și (6) 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 contestația SC ... SRL nr. 1029/18.01.2016, în contradictoriu cu ..., și anulează procedura de atribuire a contractului de servicii de consultanță în vederea achiziției de servicii de "..., anunț de participare nr. ...

În conformitate cu art. 278 alin. (5) din aceeași ordonanță de urgență, ca urmare a anulării procedurii de licitație restrânsă, respinge ca rămasă fără obiect contestația SC ... SRL nr. 1036/21.01.2016, în contradictoriu cu ... 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 amendamentele ulterioare, să soluționeze contestațiile de față, prin care operatorul economic SC ... SRL reclamă unele acte emise de autoritatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă.

În motivarea primei contestații, autoarea acesteia învederează că, în fișa de date a achiziției, pct. III.2.3.a) - *Capacitatea tehnică și/sau profesională*, s-a solicitat ca echipa de proiect să conțină un anumit număr de experți cu multiple calificări generale și specifice. Pentru liderul de echipă s-a cerut: *"Experiență profesională specifică: - participarea în cel puțin un proiect/contract la nivelul căruia să fi desfășurat activități similare în domeniul conductelor de transport gaze naturale, dar nu identice celor care fac obiectul procedurii, respectiv servicii de consultanță în vederea achiziției de servicii de proiect & cost management."* În clarificarea nr. 1286, la întrebarea unui operator economic interesat: *"Vă rugăm să ne comunicați dacă autoritatea contractantă recunoaște ca experiența profesională similară prezentarea de contracte ce presupun servicii de consultanță în vederea achiziției de servicii de proiect & cost management, servicii oferite beneficiarilor de proiecte finanțate din fonduri europene sau alte surse atrase, indiferent de domeniul proiectului sau autoritatea contractantă recunoaște ca experiență*

profesională similară doar acele proiecte atrase în domeniul conductelor de transport gaze naturale.", răspunsul autorității contractante a fost: *"Experiența profesională specifică a liderului de echipa presupune participarea în cel puțin un proiect/contract de consultant în vederea achiziției de servicii de proiect & cost management în proiecte de transport gaze naturale"*. Astfel, prin această clarificare, autoritatea a modificat o cerință minimă de calificare, ulterior publicării anunțului de participare, limitând accesul operatorilor economici la prezenta procedură. Cerința formulată în cadrul răspunsului la clarificări este restrictivă și abuzivă, reprezentând, de fapt, solicitarea unei experiențe identice, și nu similare, încălcându-se principiile achizițiilor publice.

Modificarea unei cerințe minime de calificare printr-o clarificare nu este posibilă, atrăgând anularea procedurii, în conformitate cu prevederile art. 179 alin. (4) din ordonanță: *"Orice modificare și/sau completare a criteriilor de calificare și selecție precizate potrivit alin. (3) conduce/conduc la anularea procedurii de atribuire [...]"*. Autoritatea contractanta nu se află în niciuna dintre situațiile care să permită modificarea unei cerințe minime de calificare. Mai mult decât atât, liderul de echipă trebuie să coordoneze o echipă de experți ce derulează servicii de consultanță în domeniul achizițiilor publice, dar care nu trebuie să fi prestat anterior servicii de consultanță identice celor ce fac obiectul prezentei proceduri. Însă, echipa de proiect trebuie să aplice legislația în domeniul achizițiilor publice, legislație care este aceeași indiferent de obiectul achiziției efectuate.

Contestatoarea solicită Consiliului să dispună anularea răspunsului cu privire la liderul de echipă și publicarea unui nou răspuns, în sensul acceptării ca experiență similară pentru orice servicii de consultanță acordate în legătură cu domeniul conductelor de transport gaze natural sau similar. În formularea răspunsului trebuie avut în vedere că această solicitare este pentru liderul de echipă, nu pentru expertul în achiziții publice.

În fișa de date a achiziției, pct. III.2.3.a) - *Capacitatea tehnică și/sau profesională*, s-a cerut: *"Candidatul va prezenta o listă a principalelor prestări de servicii efectuate în ultimii 3 ani, calculate de la data limită stabilită pentru depunerea candidaturilor. Din această listă trebuie să rezulte că a prestat servicii similare celor supuse prezentei proceduri, servicii a căror valoare cumulată să fie de minim 750.794 lei, care să rezulte din însumarea valorică a serviciilor prestate și duse la bun sfârșit în ultimii 3 ani impliniți la data limită pentru depunerea ofertelor"*. Autoritatea a primit mai multe solicitări de clarificări și a publicat următorul răspuns: *"Pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor minime de clarificare privind experiența similară candidații vor face dovada că au prestat servicii*

similare celor supuse prezentei proceduri, respectiv ..., atât pentru autorități, cât și pentru client beneficiari privați." Autoritatea nu a oferit un răspuns clar și concis prin acest răspuns, ci poate fi interpretat în mai multe sensuri, respectiv și în sensul în care se acceptă ca experiență similară doar contractele care au avut ca obiect servicii de consultanță în vederea achiziției de servicii de proiect & cost management, lucru nepermis și extrem de restrictiv. Activitatea de consultanță în domeniul achizițiilor publice este una cu caracter general, cu o lege unică aplicabilă tuturor procedurilor derulate. Procedurile sunt aceleași, chiar dacă obiectele lor sunt distincte. Acceptarea oricărui alt tip de servicii, cu excepția celor de consultanță în domeniul achizițiilor publice, de exemplu: servicii de management de proiect sau consultanță tehnică, este ilegală și abuzivă, întrucât acestea nu fac obiectul prezentei proceduri, ci reprezintă obiectul achiziției desfășurate în urma atribuirii contractului de servicii. Codul CPV al procedurii – ..., servicii generale de consultanță în management (Rev.2) – este unul general, care include și codul aferent serviciilor de consultanță în domeniul achizițiilor publice. Din parcurgerea caietului de sarcini se poate observa că serviciile ce urmează a fi prestate sunt cele de consultanță în domeniul achizițiilor publice pentru organizarea unei achiziții de servicii de management de proiect.

Prin clarificarea nr. 2148, autoritatea a modificat încă o dată sensul solicitării minime de calificare privind experiența similară, astfel că se consideră ca fiind servicii similare: *"Prin urmare se acceptă orice tip de servicii de consultanță în domeniul achizițiilor publice care trebuie să fie obligatoriu cumulate cu servicii de consultant în domeniu tehnic, juridic, economic și al managementului de proiect."* Nici acest răspuns nu poate fi considerat acceptabil din punct de vedere al respectării legislației achizițiilor publice, întrucât obiectul contractului îl reprezintă serviciile de consultanță în domeniul achizițiilor publice, servicii care integrează noțiuni complexe în toate domeniile solicitate. Cumularea domeniilor tehnice, juridice, economice și al managementului de proiect în demonstrarea cerinței privind experiența similară nu este posibilă, solicitându-se prin această clarificare elemente suplimentare față de fișa de date a achiziției. Obiectul contractului nu îl reprezintă consultanța tehnică, juridică, economică sau de management de proiect, toate acestea reprezintă elemente componente ale serviciilor de consultanță în domeniul achizițiilor și, prin urmare, nu se poate solicita experiența similară pentru fiecare componenta în parte, ci pentru obiectul integrator – consultanță în domeniul achizițiilor, în sens contrar s-ar solicita experiența identică, nu similară. Mai mult decât atât, dacă raționamentul autorității contractante ar fi corect, în cazul unui contract de lucrări

ar trebui solicitată experiența similară prin raportare la fiecare articol de deviz în parte, lucru care nu este permis. Componentele de care amintește autoritatea contractanta sunt identificate și reprezentate prin solicitările referitoare la experții echipei de implementare. De fapt, autoritatea contractantă chiar a impus expert tehnic, financiar și juridic, drept pentru care solicitarea pentru experiența similară nu se poate justifica. Trebuie acceptat orice tip de servicii de consultanță în domeniul achizițiilor, atât pentru autorități contractante, cât și pentru ofertanți.

În formularul *"Criteriile de preselectie și reguli aplicate"* se menționează: *"Candidații care obțin punctaj 0 la unul sau mai multe criterii de preselectie vor fi descalificați."* În cadrul clarificării nr. 2148, autoritatea a menționat că își păstrează această solicitare, chiar dacă nu se regăsește în niciun alt document al documentației de atribuire. Solicitarea se află în categoria clauzelor nescrise, reglementate de art. 33 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006: *"Cerințele/Criteriile de calificare și/sau selecție, care se regăsesc în caietul de sarcini ori documentația descriptivă și care nu sunt preluate în fișa de date/invitația de participare/anunțul de participare, sunt considerate clauze nescrise"*. Prin obligarea la primirea unui punctaj mai mare decât "0", autoritatea contractantă a transformat criteriile de preselectie în criterii minime de calificare, solicitând ofertanților îndeplinirea unor cerințe identice cu obiectul viitoarei achiziții, respectiv criteriile de selecție sunt modificate față de cele din cuprinsul anunțului de participare. Spre exemplu: în cazul criteriului de selecție *"Experiența candidatului în servicii de consultanță duse la bun sfârșit în ultimii 10 ani, pentru proiecte de investiții având ca obiect conducte de transport gaze naturale, incluzând și cel puțin o stație de comprimare - 20 pct."*, pentru a nu fi descalificat prin obținerea unui punctaj egal cu "0", un ofertant trebuie să fi prestat minimum un proiect de tipul celor solicitate. Pentru a primi un punctaj distinct de "0" trebuie să existe în experiența ofertantului cel puțin un proiect de servicii de consultanță duse la bun sfârșit în ultimii 10 ani, pentru proiecte de investiții având ca obiect conducte de transport gaze naturale, incluzând și cel puțin o stație de comprimare. Astfel, mențiunea *"Candidații care obțin punctaj 0 la unul sau mai multe criterii de preselectie vor fi descalificați."* reprezintă o clauză nescrisă, redactată distinct și intenționat în formulare și nu în anunțul de participare sau fișa de date a achiziției.

În punctul său de vedere nr. 2925/21.01.2016 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 1634/22.01.2016, autoritatea contractantă susține, în apărare, că solicitarea contestatoarei în sensul în care "Consiliul să dispună anularea răspunsului publicat cu privire la Liderul de echipa și publicarea unui

nou răspuns" este neintemeiata, Consiliul nefiind în măsură să pronunțe o astfel de hotărâre, deoarece nu poate obliga autoritatea la formularea unui anumit răspuns la solicitările de clarificări și la publicarea lui.

Formularea de critici cu privire la documentația de atribuire este tardivă. Dacă societatea considera că cerințele de calificare încalcă legislația achizițiilor publice, trebuia să le conteste în termenul legal.

Prin răspunsurile la solicitările de clarificări adresate de diferiți operatori economici autoritatea a menținut cerințele de calificare din documentația de atribuire, respectiv nu le-a modificat, cum eronat susține contestatoarea. A fost explicată cerința experienței similare, pentru înțelegerea ei corectă.

Prin folosirea sintagmei "activități similare în domeniul conductelor de gaze naturale dar nu identice" se lărgeste sfera posibililor ofertanți la procedura. Autoritatea contractantă a folosit sintagma "servicii similare celor supuse prezentei proceduri" pentru a nu se face confuzie cu "servicii identice".

Raportat la obiectul contractului și la complexitatea elaborării unui caiet de sarcini în vederea selectării unui "PM" integrator, cerințele de calificare privind capacitatea de exercitare a activității profesionale sunt relevante, în legătură cu obiectul contractului și în acord cu principiul proportionalității. Ele au ca scop demonstrarea că operatorii economici selectați au capacitatea economică-financiară și tehnico-profesională pentru a face față eventualelor dificultăți și riscuri care pot interveni în derularea viitorului contract de achiziție publică având o complexitate deosebită.

Documentația de atribuire a fost avizată favorabil pentru legalitate de către Agenția Națională pentru Achiziții Publice.

Contestatoarea ar fi trebuit să prezinte elemente concrete din care să reiasă că, prin formularea cerințelor din fișa de date, au fost impuse condiții restrictive de participare la procedura de atribuire.

Stabilirea condițiilor de participare la procedura de atribuire a unui contract de achiziție publică reprezintă atributul exclusiv al autorității contractante, singura capabilă să-și cunoască nevoile concrete și să adopte măsuri pentru evitarea riscului de neîndeplinire a contractului.

Referitor la critica legată de precizarea "Candidații care obțin punctaj 0 la unul sau mai multe criterii de preselectie vor fi descalificați", ea este neintemeiata. Ea este și tardivă, vizând documentația de atribuire. Precizarea nu încalcă nicio dispoziție legală din domeniul achizițiilor publice, contrar aserțiunilor contestatoarei. Ea a fost instituită în vederea limitării numărului de candidați care vor accede în etapa de ofertare a licitației restrânse.

Motivul concret si real pentru care aceasta regula privind acordarea punctajului pe baza căruia se va realiza selectarea candidaților nu a fost preluată în anunțul de participare este de natura tehnica (platforma SEAP), independent de voința autorității contractante. Secțiunea IV.1.2 - Criterii de preselecție și Secțiunea VI.3 - Alte informații sunt limitate de operatorul SEAP la 200, si respectiv 4000 de caractere, cu spații, iar volumul informațiilor în cauză depășește cu mult numărul maxim de caractere admis al celor două secțiuni.

Existând acest impediment, a fost publicat formularul "Criteriile de preselecție și reguli aplicabile" cu a modalitatea de acordare a punctajului, formular ce face parte integrantă a documentației de atribuire.

La stabilirea criteriilor de selecție și a metodologiei de punctare a acestora au fost respectate dispozițiile ordonanței și cele ale Hotărârii Guvernului nr. 925/2006. Raportat la specificul serviciilor de consultanță care urmează a se realiza, s-a stabilit că selecția candidaților să se realizeze în funcție de criteriile relevante vizând experiența similară și cifra de afaceri a acestora. Au fost avute în vedere complexitatea și natura serviciilor de consultanță, pentru a se demonstra că operatorii economici selectați au capacitatea economică-financiară și tehnico-profesională pentru a face față eventualelor dificultăți și riscuri care pot interveni în derularea viitorului contract de achiziție publică ce are o complexitate deosebită.

În contestația secundă, SC ... SRL afirmă că, în fișa de date a achiziției s-a menționat: *"Factori de preselecție: 1. Cifra de afaceri globală a candidatului pe anul 2014 - 10 pct. 2. Experiența candidatului în servicii de consultanță duse la bun sfârșit în ultimii 10 ani, pentru proiecte de investiții având ca obiect conducte de transport gaze naturale, incluzând și cel puțin o stație de comprimare - 20 pct. 3. Experiența candidatului în servicii de consultanță în ultimii 10 ani pentru proiecte de investiții finanțate cu fonduri europene nerambursabile sau alte fonduri atrase de la instituțiile financiare - 10 pct. 4. Lider de echipă - experiența profesională specifică (număr de ani) în managementul proiectelor - 10 pct. 5. Număr de proiecte/contracte pe care liderul de echipa le-a coordonat în ultimii 10 ani ca manager de proiect, pentru proiecte de investiții având ca obiect conducte de transport gaze naturale, incluzând cel puțin o stație de comprimare gaze - 20 pct. 6. Expertul cheie 1: expert achiziții publice - număr de proiecte finanțate cu fonduri europene nerambursabile sau alte fonduri atrase de la instituțiile financiare la care a participat în ultimii 3 ani ca expert achiziții publice - 5 pct. 7. Expertul cheie 2: expert juridic - număr de proiecte finanțate cu fonduri europene nerambursabile*

sau alte fonduri atrase de la instituțiile financiare la care a participat în ultimii 3 ani ca expert juridic - 10 pct. 8. Expert cheie 3: expert tehnic - număr de proiecte la care a participat în ultimii 10 ani ca expert tehnic având ca obiect conducte de transport gaze naturale, incluzând cel puțin o stație de comprimare - 10 pct. 9. Expert cheie 4: expert financiar - număr de proiecte finanțate cu fonduri europene nerambursabile sau alte fonduri atrase de la instituțiile financiare la care a participat în ultimii 3 ani ca expert financiar - 5 pct. Calculul punctajului se va face conform caietului de sarcini."

Prin anunțul de tip erată nr. 84349/19.01.2016, autoritatea contractantă a modificat textul astfel: "*Factori de preselecție. 1. Cifra de afaceri globala a candidatului pe anul 2014 - 10 pct. 2. Experiența candidatului în servicii de consultanță duse la bun sfârșit în ultimii 10 ani, pentru proiecte de investiții având ca obiect conducte de transport gaze naturale, incluzând și cel puțin o stație de comprimare - 20 pct. 3. Experiența candidatului în servicii de consultanță în ultimii 10 ani pt proiecte de investiții finanțate cu fonduri europene nerambursabile sau alte fonduri atrase de la instituțiile financiare - 10 pct. 4. Lider de echipă - experiența profesională specifică (număr de ani) în managementul proiectelor -10 pct. 5. Număr de proiecte/contracte pe care liderul de echipa le-a coordonat în ultimii 10 ani ca manager de proiect, pentru proiecte de investiții având ca obiect conducte de transport gaze naturale, incluzând cel puțin o stație de comprimare gaze - 20 pct. 6. Expertul cheie 1: expert achiziții publice - număr de proiecte finanțate cu fonduri europene nerambursabile sau alte fonduri atrase de la instituțiile financiare la care a participat în ultimii 3 ani ca expert achiziții publice - 5 pct. 7. Expertul cheie 2: expert juridic - număr de proiecte finanțate cu fonduri europene nerambursabile sau alte fonduri atrase de la instituțiile financiare la care a participat în ultimii 3 ani ca expert juridic - 10 pct. 8. Expert cheie 3: expert tehnic - număr de proiecte la care a participat în ultimii 10 ani ca expert tehnic având ca obiect conducte de transport gaze naturale, incluzând cel puțin o stație de comprimare - 10 pct. 9. Expert cheie 4: expert financiar - număr de proiecte finanțate cu fonduri europene nerambursabile sau alte fonduri atrase de la instituțiile financiare la care a participat în ultimii 3 ani ca expert financiar - 5 pct. Calculul punctajului se va face conform Formularului «Factori de preselecție» din Secțiunea Formulare."*, respectiv a modificat modul de calcul al punctajului factorilor de preselecție și a modificat și adăugat cerințe minime de calificare, deoarece formularul "*Factori de preselecție*" conține mențiunea: "*Candidații care obțin punctaj 0 la unul sau mai multe criterii de preselecție vor fi descalificați.*"

Prin obligarea la primirea unui punctaj mai mare decât "0", autoritatea a transformat criteriile de preselecție în criterii minime

de calificare, solicitând ofertanților îndeplinirea unor cerințe identice cu obiectul viitoarei achiziții, respectiv criteriile de selecție sunt modificate fata de cele din cuprinsul anunțului de participare; a creat oportunitatea aplicării unor elemente noi față de cele publicate în anunțul de participare.

Factorii de preselecție au ca scop crearea unui clasament al candidaților, nu impunerea unor cerințe minime de calificare suplimentare. Autoritatea a impus cerințe minime de calificare ce pot fi îndeplinite doar de un singur ofertant din România.

În punctul său de vedere nr. 4028/28.01.2016 asupra contestației secunde, înregistrat la Consiliu cu nr. 2232/28.01.2016, autoritatea contractantă susține, în apărare, că anunțul de tip erată nr. 84349/19.01.2016 a fost validat de Agenția Națională pentru Achiziții Publice și a fost publicat în SEAP. Prin erată a fost corectată precizarea din fisa de date potrivit căreia "*Calculul punctajului se va face conform caietului de sarcini*", noua precizare fiind "*Calculul punctajului se va face conform Formularului «Factori de preselecție» din Secțiunea Formulare*". Corectarea a avut loc ca urmare a unei solicitări de clarificare formulată de un operator economic. Nu s-a făcut altceva decât să se îndrepte o greșeală strecurată în fișa de date.

Nu s-a modificat modul de calcul al punctajului, nu s-au adăugat cerințe minime de calificare, ci doar a fost reiterat locul în care era vizibilă modalitatea de calcul al punctajului (algoritmul de punctare) pentru fiecare factor de preselecție, adică în formularul "Factori de preselecție" din secțiunea Formulare, cum s-a precizat de la început și la pct. IV.1.2 din fișa de date. Formularul la care s-a făcut trimitere în cadrul eratei este același formular la care se face referire atât la pct. IV.1.2, cât și la pct. VI.3., iar conținutul acestui formular este din cadrul documentației de atribuire. Nu s-a adăugat nimic.

Afirmațiile contestatoarei sunt lipsite de adevăr, fiind pur speculative. Conținutul acestui formular este același ca la data publicării documentației de atribuire.

Precizarea: "*Candidații care obțin punctaj 0 la unul sau mai multe criterii de preselecție vor fi descalificați*" este o regulă stabilită de autoritatea contractantă încă de la publicarea documentației de atribuire în SEAP, regulă nu încalcă nicio dispoziție legală.

Contestatoarea dorește anularea unei mențiuni dintr-un document care face parte din documentația de atribuire, respectiv formularul intitulat "Factori de preselecție", demers care este tardiv, raportat la data publicării în SEAP a documentației (...).

După cum însăși contestatoarea afirmă, factorii de preselecție au ca scop crearea unui clasament al candidaților, iar realizarea unui

clasament are nevoie de factori de preselecție stabiliți de autoritate și de un algoritm de calcul.

La stabilirea factorilor de preselecție și a metodologiei de punctare a acestora au fost respectate întocmai dispozițiile art. 176 din ordonanța și cele ale art. 7 din Hotărârii Guvernului nr. 925/2006.

Agenția Națională pentru Achiziții Publice a verificat conformitatea documentației de atribuire cu legislația aplicabilă în domeniul achizițiilor publice și a emis acceptul pentru validarea și publicarea acestei documentații.

Se solicită respingerea, ca neîntemeiată și nefondată a contestației.

Cu adresa nr. 1040/28.01.2016, înregistrată la Consiliu cu nr. 2201/28.01.2016, contestatoarea a formulat concluzii scrise cu privire la punctul de vedere al autorității contractante nr. 1029/18.01.2016, susținând că acceptarea documentației de atribuire de către Agenția Națională pentru Achiziții Publice nu presupune automat verificarea întregii documentații de atribuire, cum în mod eronat menționează autoritatea contractanta.

Capetele de cerere din prima contestație se referă la clarificările prin care autoritatea a modificat cerințele minime de calificare și nu a adus explicitări. Diferența dintre cerința inițială și răspunsul la solicitarea de clarificări este evidentă. Pentru liderul de echipa: "Experiența profesională specifică: - participarea în cel puțin un proiect/contract la nivelul căruia să fi desfășurat activități similare în domeniul conductelor de transport gaze naturale, dar nu identice celor care fac obiectul procedurii, respectiv servicii de consultanță în vederea achiziției de servicii de proiect&cost management." în documentație, față de "Experiența profesională specifică a liderului de echipa presupune participarea în cel puțin un proiect/contract de consultanță în vederea achiziției de servicii ... - în clarificare. În documentație s-a solicitat o experiență similară, nu identică, în timp ce în clarificare s-a renunțat la elementul de similaritate și s-a accentuat necesitatea experienței identice. Mai mult decât atât, liderul de echipă trebuie să deruleze activități de coordonare a activității unei echipe de experți pe servicii de consultanță în domeniul achizițiilor publice, dar care nu trebuie să fi prestat anterior servicii de consultanță identice celor ce fac obiectul prezentei proceduri. Astfel, echipa de proiect trebuie să aplice legislația în domeniul achizițiilor publice, legislație care este aceeași indiferent de obiectul achiziției efectuate. Pentru experiența tehnico-profesională a ofertanților, cerința era: *"Candidatul va prezenta o listă a principalelor prestări de servicii efectuate în ultimii 3 ani, calculate de la data limită stabilită pentru depunerea candidaturilor. Din această listă trebuie să rezulte că a prestat servicii similare*

celor supuse prezentei proceduri, servicii a căror valoare cumulată să fie de minimum 750.794 lei, care să rezulte din însumarea valorică a serviciilor prestate și duse la bun sfârșit în ultimii 3 ani impliniți la data limita pentru depunerea ofertelor" - în documentație, față de "Pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor minime de clarificare privind experiența similară candidații vor face dovada ca au prestat servicii similare celor supuse prezentei proceduri, respective servicii de consultanță în vederea achiziției de servicii ..., atât pentru autorități, cât și pentru clienți beneficiari privați. Prin urmare, se accepta orice tip de servicii de consultanță în domeniul achizițiilor publice care trebuie să fie obligatoriu cumulate cu servicii de consultanță în domeniu tehnic, juridic, economic și al managementului de proiect." - în clarificare. Cumularea domeniilor tehnice, juridice, economice și al managementului de proiect în demonstrarea cerinței privind experiența similară nu este posibilă, solicitându-se prin această clarificare elemente suplimentare față de fișa de date a achiziției. Obiectul contractului nu îl reprezintă consultanța tehnică, juridică, economică sau de management de proiect, respectiv toate acestea reprezintă elemente componente ale serviciilor de consultanță în domeniul achizițiilor și, prin urmare, nu se poate solicita experiența similară pentru fiecare componentă în parte, ci pentru obiectul integrator, consultanță în domeniul achizițiilor; în sens contrar, s-ar solicita experiența identică, nu similară. Mai mult decât atât, în cadrul punctului de vedere, autoritatea contractantă, nu a motivat în niciun fel identitatea clarificărilor cu a cerințelor minime de calificare din fișa de date, ci a menționat în treacăt faptul că nu a modificat cerințele și că este tardivă contestația depusă de contestatoare.

Autoritatea însăși a recunoscut faptul că nu a respectat legislația în domeniul achizițiilor prin publicarea anunțului de tip erată nr. 84349/19.01.2016, prin care a indicat locul unde se regăsește modalitatea de calcul al punctajului factorilor de selecție, lucru care nu este permis în legislația achizițiilor publice.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarele cauzelor conexate, 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 ..., autoritatea contractantă ... SA a inițiat o procedură de licitație restrânsă online în vederea achiziționării de servicii de consultanță pentru achiziția de servicii de "...", consultanță estimată valoric la 750.794 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ..., alături de anunțul de participare nr. În urma primirii unor solicitări de clarificare a documentației, autoritatea a publicat în SEAP clarificările nr. 1286/

12.01.2016 și nr. 2148/18.01.2016, care, în opinia operatorului economic SC ... SRL, încalcă legislația achizițiilor publice, context în care le-a atacat la Consiliu prin contestația nr. 1029/18.01.2016.

Contestația se vădește a fi înaintată în termenul legal de contestare față de ambele răspunsuri de clarificare care o nemulțumesc pe reclamantă. Nu este atacată documentația de atribuire, ci respectivele răspunsuri.

Asupra primului aspect sesizat de petentă, Consiliul constată că, în fișa de date a achiziției publice, la pct. III.2.3.a) - *Capacitatea tehnică și/sau profesională*, pentru liderul echipei de experți s-a cerut, pentru calificare, cu titlu de experiență profesională specifică: *"participarea în cel puțin un proiect/contract la nivelul căruia să fi desfășurat activități similare în domeniul conductelor de transport gaze naturale, dar nu identice celor care fac obiectul procedurii, respectiv servicii de consultanță în vederea achiziției de servicii de project & cost management."*

Cerința este una multiplă și interpretabil redactată, în condițiile în care obiectul achiziției îl reprezintă:

- consilierea autorității pentru alegerea procedurii optime de achiziție și pentru alegerea modelului de management de proiect adecvat proiectului;
- elaborarea documentelor aferente documentației de atribuire pentru alegerea "PM Integrator";
- consultanța pe perioada de desfășurare a procedurii de achiziție pentru alegerea "PM Integrator".

Prin cerința redată se solicită liderului să fi desfășurat activități similare în domeniul conductelor de transport gaze naturale, dar nu identice celor care fac obiectul procedurii, respectiv servicii de consultanță în vederea achiziției de servicii de project & cost management. Sintagma "activități similare în domeniul conductelor de transport gaze naturale" este greu de înțeles prin prisma obiectului expus al achiziției, mai cu seamă că "domeniul conductelor de transport gaze naturale" nu este definit și pare a fi restrictiv (extrem de specializat), în special dacă se raportează doar la conducte și doar la "gaze", și acestea doar "naturale". Pe de altă parte, neclar este și raționamentul excluderii activităților "identice celor care fac obiectul procedurii", în condițiile în care, practic, acestea nu numai că ar fi trebuit acceptate, ci și apreciate suplimentar. Cu titlu colateral, tot greu de înțeles este și de ce ... SA a ales procedura licitației restrânse pentru atribuirea contractului în condițiile în care această procedură este utilizată "atunci când oferta este excedentară" (Manual operațional pentru atribuirea contractelor de achiziție publică, vol. I, pag. 170, editat de Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice), adică atunci când există un număr mare de potențiali ofertanți, operatori

economici capabili și interesați să îndeplinească viitorul contract, ceea ce nu se poate spune că este cazul în speța de față (raportat la rigorile de calificare introduse de autoritate).

La întrebarea dacă autoritatea recunoaște ca experiență profesională similară prezentarea de contracte care presupun servicii de consultanță în vederea achiziției de servicii de proiect & cost management indiferent de domeniul proiectului sau recunoaște ca experiență profesională similară doar acele proiecte atrase în domeniul ..., răspunsul autorității a fost: "*Experiența profesională specifică a liderului de echipă presupune participarea în cel puțin un proiect/contract de consultanță în vederea achiziției de servicii de ...*". Această frază reformulează cerința inițială, în direcția acceptării experienței în *proiecte de transport gaze naturale*, ceea ce nu se identifică cu sintagma "activități similare în domeniul conductelor de transport gaze naturale".

Proiectele de transport de gaze naturale constituie un gen proxim față de "activități similare în domeniul conductelor de transport gaze naturale". Indiferent din ce unghi ar fi privită clarificarea adusă de autoritate, ea nu seamănă cu cerința inițială.

Întrebarea operatorului economic nedumerit era dacă sunt admise ca experiență servicii de consultanță în vederea achiziției de ... oricare ar fi domeniul proiectului sau doar pentru proiectele din domeniul ..., întrebare la care autoritatea răspunde că serviciile de proiect & cost management trebuie să fie în "...", deci nu numai în proiectele din domeniul conductelor de transport gaze naturale, lărgind, practic, sfera experienței similare.

Reperul inițial erau proiectele din domeniul conductelor de transport, iar după răspuns reperul sunt proiectele de transport. Nici prima și nici secunda variantă nu beneficiază de o definiție în funcție de care se va stabili caracterul specific al experienței.

Din răspunsul furnizat de autoritate se observă facil că explicațiile sunt de natură a schimba condițiile de participare la licitație pentru operatorii economici, din perspectiva liderului de echipă.

Intră în sfera evidenței că rigorile de participare inițiale au fost relaxate de autoritate prin clarificarea reprodusă, efectul constând în acceptarea proiectelor de transport gaze naturale, nu doar a celor în domeniul conductelor de transport gaze naturale. Pe de altă parte, nu mai apare circumstanțierea "*dar nu identice celor care fac obiectul procedurii*", ceea ce a determinat contestatoarea să aprecieze că autoritatea, prin clarificarea dată, urmărește să îngreuneze condițiile de acces la licitație.

Problema în dezbatere nu o constituie formularea inițială a cerinței de calificare, ea însăși interpretabilă după cum s-a arătat, ci răspunsul dat de autoritate prin clarificarea nr. 1286/12.01.2016,

care vine să relaxeze sfera proiectelor admise la procedură pentru îndeplinirea cerinței de calificare și pe care contestatoarea îl apreciază a fi contrar legislației în vigoare.

Astfel cum a sesizat și contestatoarea, art. 179 din ordonanța privind achizițiile publice prevede, între altele:

"(3) Criteriile de calificare și selecție precizate în cadrul invitației/anunțului de participare trebuie să fie aceleași cu cele precizate în cadrul documentației de atribuire.

(4) Orice modificare și/sau completare a criteriilor de calificare și selecție precizate potrivit alin. (3) conduce/conduc la anularea procedurii de atribuire, cu excepția:

a) modificărilor dispuse prin decizia Consiliului;
b) modificărilor dispuse prin hotărâri ale instanțelor judecătorești;

c) măsurilor de remediere dispuse de autoritatea contractantă în temeiul art. 256 ind. 1 [alin. \(3\)](#) și art. 256 ind. 3 [alin. \(1\)](#)."

Deși soluția imposibilității modificării voluntare a criteriilor de calificare (sub sancțiunea anulării procedurii) nu este cea mai indicată, întrucât unele modificări reprezintă simple remedieri ale unor deficiențe constatate de autoritate pe parcursul licitației, iar luarea măsurii de remediere este în interesul atât al autorității, cât și al operatorilor economici, spre deosebire de anularea licitației și reluarea ei, soluția gândită de legiuitor trebuie respectată, dincolo de cât de nedreaptă sau exagerată ar fi ea.

Prin intermediul clarificării din 12.01.2016, autoritatea a ignorat textele expuse ale art. 179 și a operat o modificare indirectă a cerinței de calificare privind experiența specifică similară a liderului, făcând-o să devină mai greu de îndeplinit, în opinia contestatoarei, iar în cea a Consiliului mai ușor de îndeplinit, prin extinderea domeniului la "...". Consiliul nu tăgăduiește justetea argumentelor vizând complexitatea și obiectul specific ale viitorului contract, însă reține că autoritatea trebuia să indice încă de la început, în cadrul cerinței de calificare, domeniul antemenționat, iar nu pe parcursul derulării procedurii. Așadar, culpa este a autorității, iar scuza că obiectul contractului este diversificat și complex nu o exonerează de obligația respectării normelor art. 179. Nimic nu a oprit-o pe autoritate să prevadă în anunț și în fișa de date, încă de la început, cum trebuie înțeleasă experiența specifică a liderului de proiect.

Puse față în față, textul inițial:

- "participarea în cel puțin un proiect/contract la nivelul căruia să fi desfășurat activități similare în domeniul conductelor de transport gaze naturale, dar nu identice celor care fac obiectul procedurii, respectiv servicii de consultanță în vederea achiziției de servicii de proiect & cost management."

și textul final, rezultat din clarificare:

"Experiența profesională specifică a liderului de echipă presupune participarea în cel puțin un proiect/contract de consultanță în vederea achiziției de servicii de proiect & cost management în proiecte de transport gaze naturale."

au nu numai formulări diferite, ci și înțelesuri diferite, primul referindu-se la orice fel de servicii similare (asemănătoare) în domeniul conductelor de transport gaze naturale, dar nu identice, iar cel secund doar la servicii în cadrul unor proiecte de transport gaze naturale, fără a se mai aminti de cele identice.

Prin urmare, într-adevăr, au fost nesocotite de către autoritate dispozițiile art. 179 alin. (4) din ordonanța privind achizițiile publice, context în care, singura soluție pe care o poate pronunța Consiliul este aceea a anulării procedurii de atribuire, astfel cum prescriu imperativ respectivele dispoziții – "orice modificare și/sau completare a criteriilor de calificare și selecție precizate potrivit alin. (3) conduce/conduc la anularea procedurii de atribuire [...]" și art. 209 alin. (1) lit. c), coroborat cu alin. (4) lit. a) din ordonanță – "Autoritatea contractantă are obligația de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică în următoarele cazuri: [...] c) dacă abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului. (4) În sensul prevederilor alin. (1) lit. c), prin abateri grave de la prevederile legislative se înțelege: a) criteriile de calificare și selecție și/sau criteriul de atribuire sau factorii de evaluare prevăzuți în cadrul invitației de participare/anunțului de participare, precum și în documentația de atribuire au fost modificate/modificați, cu excepția situațiilor prevăzute la art. 179 alin. (4)".

De altminteri, o eventuală continuare a licitației ar expune autoritatea contractantă la săvârșirea contravenției prevăzute la art. 293 lit. l) din ordonanță, constând în "aplicarea incorectă, în cadrul procesului de selecție și/sau de evaluare, a criteriilor stabilite prin documentația de atribuire ori aplicarea altor criterii decât a celor stabilite la nivelul invitației/anunțului de participare și prin documentația de atribuire", contravenție sancționată cu amendă de la 80.000 la 100.000 lei.

În Ghidul privind principalele riscuri identificate în domeniul achizițiilor publice și recomandările Comisiei Europene ce trebuie urmate de autoritățile de management și organismele intermediare în procesul de verificare a procedurilor de achiziții publice, aprobat prin Ordinul nr. 543/2.366/1.446/ 1.489/1.441/879/2013, la cap. I – *Riscuri*, pct. 6, se prevede:

6. Modificarea anunțului de participare prin clarificări, și nu prin publicarea unei erate

Note generale

Modificarea pe parcursul procedurii a oricăruia/oricăreia dintre elementele/informațiile obligatorii ale anunțului de participare trebuie publicată sub formă de erată atât în SEAP, cât și (în funcție de valoarea contractului) la nivel european, în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene.

Modificările aduse informațiilor cuprinse în anunțul de participare trebuie publicate pe bază de erată, și nu de clarificări, deoarece pentru asigurarea principiului transparenței este necesar ca modificările intervenite să fie aduse la cunoștința tuturor operatorilor economici.

Modificarea/Completarea criteriilor de calificare și selecție, în condițiile prevăzute de Ordonanța de urgență a Guvernului [nr. 34/2006](#), aprobată cu modificări și completări prin Legea [nr. 337/2006](#), cu modificările și completările ulterioare, se face obligatoriu prin publicarea unei erate și cu prelungirea perioadei necesare elaborării candidaturilor/ofertelor.

Prelungirea termenului de depunere a candidaturilor/ofertelor trebuie, de asemenea, publicată prin erată în SEAP (și în funcție de valoarea contractului, la nivel european), întrucât este vorba de modificarea unei informații obligatorii a anunțului inițial.

Greșeli frecvente care trebuie evitate:

- publicarea în mod eronat a unei clarificări în loc de erată, motivat de faptul că modificarea criteriilor de calificare a vizat relaxarea cerințelor impuse inițial;
- modificarea unor informații din anunțul de participare care au impact asupra modului de elaborare a ofertelor, fără publicarea unei erate care să vizeze prelungirea termenului de depunere a ofertelor, astfel încât să existe un timp suficient inclusiv pentru adaptarea ofertelor la noile condiții.

Relativ la clarificarea adusă prin adresa nr. 2148/18.01.2016, aceasta aduce atingere formei inițiale a cerinței experienței similare din fișa de date a achiziției, respectiv modului de elaborare a ofertelor, operatorii fiind nevoiți să aducă documente justificative limitate la experiența constând în achiziția de servicii identice.

Cerința din fișa de date este:

Candidatul va prezenta o listă a principalelor prestări de servicii efectuate în ultimii 3 ani, calculate de la data limită stabilită pentru depunerea candidaturilor. Din aceasta listă trebuie să rezulte că a prestat servicii **similare** celor supuse prezentei proceduri, servicii a caror valoare cumulată să fie de minim 750.794 lei, care să rezulte din însumarea valorilor a serviciilor prestate și duse la bun sfârșit în ultimii 3 ani impliniți la data limită pentru depunerea ofertelor. Modul de calcul al perioadei, respectiv ultimii 3 ani de la data limită de depunere a ofertelor, nu va fi afectat de eventuale decalări ale termenului limită prevăzut în anunțul de participare publicat inițial. Prestările de servicii se confirmă prin prezentarea unor certificate/documente emise sau contrasemnate de o autoritate ori de către clientul privat beneficiar. Respectiv certificate vor indica beneficiarii, indiferent dacă aceștia sunt autorități contractante sau client privat, valoarea și perioada de prestare.

În adresa nr. 2148/18.01.2016, autoritatea a răspuns:

Cerința privind experiența similară în prestarea de servicii de consultanță în vederea achiziționării de servicii de proiect & cost management a fost stabilită în raport cu nevoile Autorității Contractante, luând în considerare obiectul viitorului contract supus prezentei proceduri. Serviciile de consultanță în vederea achiziționării de servicii de proiect & cost management includ în mod cumulativ atât consultanță în achiziții publice, cât și consultanță în domeniul tehnic, juridic, economic și al managementului de proiect raportat la cerințele din Caietul de Sarcini care impun viitorilor contractanți predarea unor livrabile, pentru întocmirea cărora sunt necesare cunoștințe și expertiză în domeniul exclusiv juridic, exclusiv tehnic, exclusiv financiar, exclusiv management de proiect și nu în domeniul achizițiilor publice. Prin urmare se accepta orice tip de servicii de **consultanță în domeniul achizițiilor publice care trebuie să fie obligatoriu cumulată cu servicii de consultanță în domeniul tehnic, juridic, economic și al managementului de proiect.**

Prin acest răspuns, autoritatea a cerut ca experiența să nu se limiteze la prestarea de servicii similare celor supuse licitației, cum a prevăzut inițial, adică la consultanța în achiziții de servicii de "project & cost management", ci a impus operatorilor că aibă experiență atât în consultanța în achiziții, cât și în domeniile tehnic, juridic, economic și al managementului de proiect. Extinzând sfera de experiență cerută operatorilor economici, este clar că autoritatea a ignorat textul art. 179 alin. (4) din ordonanță și a îngreunat accesul operatorilor la licitație. Dacă în baza cerinței din fișa de date era suficientă experiența similară (nu identică) pe partea de consultanță în achiziții, răspunsul instituie obligația ca această experiență să acopere și consultanța tehnică, juridică, economică și de management de proiect.

Trebuie punctat că nici în fișa de date a achiziției și nici în alt document pe marginea criteriului de calificare privind experiența similară, la data demarării licitației, autoritatea contractantă nu a indicat sau sugerat că serviciile constituind experiență similară trebuie să fie identice cu cele scoase la licitație, respectiv de consultanță tehnică, juridică, economică, de management de proiect și în achiziții. Dimpotrivă, expresia "a prestat servicii similare celor supuse prezentei proceduri" putea fi înțeleasă, cum în mod just a sesizat societatea contestatoare, că era suficientă experiența prealabilă în proceduri de achiziție publică pentru servicii de "...". Niciunde nu a indicat autoritatea că experiența în proceduri de achiziție publică trebuie cumulată cu cea provenind din consultanța tehnică, juridică, economică sau de management de proiect.

Dacă operatorul economic are la activ servicii similare în derularea de achiziții, servicii cuantificate la minimum 750.794 lei, însă nu a prestat consultanță economică, se pune întrebarea de ce ar trebui respins *de plano* un asemenea candidat la licitație? Întrebarea rămâne valabilă față de oricare dintre cele patru domenii suplimentare impuse pentru consultanța candidaților.

Similar înseamnă asemănător, analog, echivalent, comparabil, iar nu identic. Solicitarea unei experiențe identice cu activitățile presupuse de contractul ce urmează a fi atribuit contravine principiilor de bază în materia achizițiilor publice: promovarea concurenței între operatorii economici, garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici, proporționalitatea și asigurarea utilizării eficiente a fondurilor publice, prin aplicarea procedurilor de atribuire de către autoritățile contractante – a statuat, în decizia civilă nr. 6738 din 25 septembrie 2014, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal.

În concluzie, similaritatea unor servicii sau lucrări nu se confundă cu identitatea lor, cum eronat lasă să se înțeleagă organizatoarea achiziției prin clarificarea nr. 2148/18.01.2016,

clarificare care completează cerința referitoare la experiența similară și care, din această cauză, conduce la anularea procedurii de atribuire. Decizia civilă nr. 2118 din 17 mai 2013 a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, este în această direcție:

Intimata-autoritate contractantă a organizat procedura de atribuire a acordului-cadru având ca obiect „Lucrări de reparații și întreținere străzi – sector 1”. La 05.03.2013, a publicat în SEAP anunțul de participare privind organizarea procedurii, precizând că data-limită de depunere a ofertelor este 19.04.2013, ora 16:00, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”. La 11.03.2013, a fost publicată în SEAP nota de clarificări nr. 2 la documentația de atribuire, menționându-se: „se confirmă că cerința privind experiența similară poate fi îndeplinită prin prezentarea unui contract de construcții de drumuri (autostrăzi, drumuri naționale, drumuri expres)”.

Răspunsul formulat de către autoritatea contractantă încalcă dispozițiile ordonanței, autoritatea modificând cerința de calificare în cauză, raportat la conținutul fișei de date a achiziției și al anunțului de participare publicat în SEAP.

Petenta a formulat contestație, ce a fost respinsă ca nefondată de Consiliu.

Decizia Consiliului este nelegală și netemeinică, Consiliul respingând în mod greșit contestația, fără a constata că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, autoritatea a modificat cerința de calificare referitoare la experiența similară, fapt ce impunea anularea procedurii de atribuire.

Prin nota de clarificări nr. 2 la documentația de atribuire, autoritatea a modificat cerința, confirmând că ea poate fi îndeplinită prin prezentarea unui contract de construcții de drumuri de autostrăzi, drumuri naționale, drumuri expres.

În secțiunea II – „Obiectul contractului” din fișa de date a achiziției, se menționează: „II.1.5) Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor: Lucrări de reparații și întreținere străzi sector 1. Lucrările ce fac obiectul procedurii de atribuire sunt prezentate în caietul de sarcini anexat. II.1.6) Clasificare CPV: 45233142-6 Lucrări de reparare a drumurilor (Rev.2), 45233221-4 Lucrări de marcaj rutier (Rev.2), 45233141-9 Lucrări de întreținere a drumurilor (Rev.2)”.

Totodată, în fișa de date, în capitolul destinat experienței similare, se menționează că „ofertanții trebuie să facă dovada că în ultimii 5 ani (calculați până la data-limită de depunere a ofertei) au realizat lucrări similare cu o valoare de cel puțin 63.000.000 lei (exclusiv TVA)”.

Așadar, prin fișa de date a achiziției s-au stabilit cu exactitate lucrările ce urmează a fi realizate, respectiv de reparare a drumurilor, de marcaj rutier și întreținere a drumurilor, iar ofertanții au obligația de a face dovada experienței similare prin dovedirea faptului că au realizat astfel de lucrări.

Mai mult, conform dispozițiilor caietului de sarcini, reiese că se vor executa lucrări de reparații carosabil, lucrări de montare pavele și borduri, lucrări de marcaje rutiere. Or, atât timp cât prin nota de clarificare nr. 2 s-a arătat că cerința privind experiența similară poate fi îndeplinită prin prezentarea unui contract de construcții de drumuri de autostrăzi, drumuri naționale, drumuri expres, în mod evident a fost modificată cerința de calificare, astfel cum a fost reglementată în documentația de atribuire. De altfel, este evident că lucrările de construcții de drumuri nu echivalează cu lucrările de reparare a drumurilor, de marcaj rutier și de întreținere a drumurilor și, mai mult, nici nu includ astfel de lucrări.

În temeiul art. 209 alin. (1) lit. c) din ordonanță, autoritatea are obligația de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică dacă abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului, iar conform art. 209 alin. (4) lit. a), prin abateri grave de la prevederile legislative se înțelege și cazul în care criteriile de calificare și selecție și/sau criteriul de atribuire sau factorii de evaluare prevăzuți în cadrul invitației de participare/anunțului de participare, precum și în documentația de atribuire au fost modificate/modificați, cu excepția situațiilor prevăzute la art. 179 alin. (4).

Drept urmare, în situația în care autoritatea a modificat criteriile de calificare, aceasta avea obligația de a anula procedura pentru atribuirea contractului de achiziție publică.

Consiliul constată, în cuprinsul deciziei atacate: „Această modificare a cerinței de calificare privind experiența similară nu este restrictivă, dimpotrivă, ea lărgeste aria de participare a operatorilor economici interesați. [...] Prin modificarea respectivă, autoritatea contractantă nu a restrâns participarea operatorilor economici la procedură, ci dimpotrivă, a extins cerința de calificare, dând posibilitatea mai multor operatori economici să depună ofertă”. Însuși Consiliul recunoaște faptul că a intervenit o modificare a cerinței de calificare, astfel cum apărea inițial în documentația de atribuire. Cu toate acestea, în mod greșit, Consiliul a considerat că sunt aplicabile în cauză dispozițiile art. 179 alin. (4) lit. c), conform cărora orice modificare și/sau completare a criteriilor de calificare și selecție conduce/conduc la anularea procedurii, cu excepția măsurilor de remediere dispuse de autoritatea contractantă în temeiul art. 256 ind. 1 alin. (3) și art. 256 ind. 3 alin. (1).

Legiuitorul a reglementat în mod expres și neinterpretabil situația în care autoritatea poate adopta măsuri de remediere, respectiv atunci când unul dintre ofertanți o notifică privind o pretinsă încălcare a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, cât și cu privire la intenția sa de a sesiza Consiliul. Nu a fost adoptată o măsură de remediere, ci a intervenit o modificare a cerinței de calificare.

În cauză, unul dintre operatori a adresat autorității contractante o simplă întrebare referitoare la cerința de calificare privind experiență similară, și nicidecum nu a notificat autoritatea referitor la încălcarea unor norme legale și la eventuala sa intenție de a se adresa Consiliului. Aceste aspecte reies chiar din modul de formulare a solicitării de clarificări: „Vă rugăm să ne confirmați că cerința privind experiența similară poate fi îndeplinită prin prezentarea unui contract de drumuri (autostrăzi, drumuri naționale, drumuri expres)”.

Totodată, scopul unei măsuri de remediere este acela de a înlătura eventuale nereguli cuprinse în documentația de atribuire. Confruntându-se cu o astfel de solicitare de clarificări, autoritatea avea obligația de a răspunde negativ, respectând astfel documentația de atribuire. Or, atitudinea autorității denotă nu doar că nu a adoptat o măsură de remediere, ci, mai mult, a adoptat o măsură ce conduce la anularea documentației de atribuire. [...]

Față de considerentele de fapt și de drept învederate mai sus, instanța reține că plângerea este întemeiată, astfel că o va admite și va modifica decizia Consiliului. Va admite contestația și va anula procedura de atribuire.

O abordare asemănătoare regăsim în decizia civilă nr. 3372 din 1 octombrie 2012 a aceleiași instanțe:

Curtea observă, din analiza secțiunii III.2.1 pct. 3 a anunțului de participare și a fișei de date a achiziției, că autoritatea contractantă a prevăzut, ca o condiție de participare privind situația personală a operatorilor economici, depunerea de certificate constatatoare privind achitarea obligațiilor exigibile către bugetul de stat și către bugetele asigurărilor sociale de stat. Ulterior, la data de 15.05.2012, ca urmare a unei solicitări de clarificare, autoritatea a menționat că „operatorul economic are obligația de a prezenta: certificat constatator privind îndeplinirea obligațiilor exigibile de plată a impozitelor și taxelor către bugetul de stat (inclusiv contribuția pentru asigurările sociale de stat, asigurările de sănătate și șomaj); certificat constatator privind îndeplinirea obligațiilor exigibile de plată a impozitelor și taxelor locale”.

[...] după cum corect a fundamentat autoritatea contractantă actul anulării, se introduce, prin solicitarea unui certificat constatator privind îndeplinirea obligațiilor exigibile de plată a impozitelor și taxelor locale, o nouă cerință/condiție de calificare și selecție, neimpusă inițial prin anunțul de participare și fișa de date. Or, într-o astfel de situație, autoritatea contractantă este obligată de art. 209 alin. (1) lit. c) din ordonanță să procedeze la anularea aplicării procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică.

Acceptarea postării în SEAP a documentației de atribuire și a clarificărilor de către Agenția Națională pentru Achiziții Publice nu împiedică atacarea lor prin contestație de către persoanele vătămate și exercitarea funcției jurisdicționale de către Consiliu.

Raportat la cele de mai sus, în baza art. 179 alin. (4) și a art. 278 alin. (2) și (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va admite contestația SC ... SRL nr. 1029/18.01.2016, în contradictoriu cu ... SA, și va anula procedura de atribuire a contractului de servicii de consultanță în vederea achiziției de servicii de "...", cod CPV ..., anunț de participare nr. 165291/01.01.2016. Normele imperative ale art. 179 alin. (4) nu lasă la îndemâna Consiliului altă soluție decât aceea de anulare a procedurii. Ele fac imposibilă continuarea procedurii de atribuire, atât autoritatea contractantă, cât și Consiliul fiind ținuti să le respecte astfel cum sunt redactate. În condițiile date, cercetarea de către Consiliu a celorlalte aspecte reclamate de petentă este de prisos, ea neputând schimba soarta licitației, în sensul compatibilizării ei cu dispozițiile legale, ci dimpotrivă, poate conduce la confirmarea existenței și a altor abateri, de natură să întărească soluția de anulare a licitației, dispusă mai sus. De asemenea, dată fiind anularea de către Consiliu a procedurii de atribuire, desfășurată în mod nelegal de autoritatea contractantă, în baza art. 278 alin. (5) din ordonanță, Consiliul va respinge ca rămasă fără obiect contestația nr. 1036/21.01.2016, cu care a fost investit ulterior de către SC ... SRL, cercetarea acesteia devenind inutilă în raport cu soluția decisă.

Redactată în patru exemplare, conține douăzeci de pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...