

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, 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 alin. (2) 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. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 525/28.03.2016, comunicată prin mijloace electronice (e-mail) și în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 8820/28.03.2016 și respectiv sub nr. 9094/30.03.2016, S.C. ... S.R.L., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având C.U.I. ..., a contestat documentația de atribuire, respectiv cerința din fișa de date a achiziției, secțiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, elaborată în cadrul procedurii de atribuire, prin „cerere de oferte”, cu etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Extindere rețele de ca, Cod CPV 45231112-3 (Rev.2), inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., str. ... și a solicitat, în principal, eliminarea cerințelor privind experiența similară în ceea ce privește prezentarea de contracte similare pentru lucrări de canalizare realizate în mediul urban și modificarea acestei cerințe prin acceptarea demonstrării experienței similare prin prezentarea de contracte pentru lucrări de canalizare realizate în mediul urban și/sau rural și, în secundar, prelungirea perioadei de depunere a ofertelor, astfel încât operatorii economici să beneficieze de un interval de timp suficient pentru pregătirea documentelor de calificare, respectiv pentru elaborarea ofertelor.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a depus contestația nr. 1705/28.03.2016, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 8860/29.03.2016 și respectiv sub nr. 9210/30.03.2016, prin care S.C. ... S.A., cu sediul în municipiul Iași, str. ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având CIF ..., reprezentată de Cabinetul de Avocat ..., cu sediul în municipiul ..., a contestat documentația de atribuire, respectiv cerința nr. 1 privind experiența similară din cadrul secțiunii III.2.1) din Invitația de participare și secțiunii III.2.3.a) - Capacitatea tehnică și/sau profesională din Fișa de date a achiziției și a solicitat următoarele:

suspendarea procedurii de achiziție publică până la soluționarea fondului cauzei; în conformitate cu prevederile art. 275¹ din O.U.G. nr. 34/2006, în principal, anularea prevederii nelegale menționate în cuprinsul documentației de atribuire și obligarea autorității contractante la modificarea cerinței nelegale, astfel încât documentația de atribuire să fie pusă în concordanță cu dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor publice, respectiv modificarea Cerinței nr. 1 privind experiența similară din cadrul secțiunii III.2.1) din invitația de participare și secțiunii III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” din fișa de date a achiziției, după cum urmează: „Ofertantul va demonstra că în ultimii 5 ani a executat cel puțin un contract similar care să fi avut ca obiect realizarea a cel puțin 15 km de rețele de canalizare” și, pe cale de consecință, eliminarea din cadrul cerinței a referirii la „mediul urban”, obligarea autorității contractante la prelungirea corespunzătoare a termenului de depunere a ofertelor; în subsidiar, în măsura în care se va respinge în tot sau în parte capătul de cerere formulat în principal, anularea procedurii de atribuire în conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) lit. c) din O.U.G. nr. 34/2006.

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

DECIDE:

Admite contestația formulată de S.C. ... S.R.L., cu sediul în ..., str. ..., în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., str.

Admite contestația formulată de S.C. ... S.A., cu sediul în ..., reprezentată de Cabinetul de Avocat ..., cu sediul în municipiul ...

Dispune modificarea documentației de atribuire, în sensul eliminării din conținutul cerinței nr. 1 din fișa de date a achiziției, cap. III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” și din invitația de participare nr. 386072/21.03.2016, cap. III.2.1) „Criterii de calificare”, a sintagmei „în mediul urban”.

Obligă autoritatea contractantă să stabilească o nouă dată limită de depunere a ofertelor în conformitate cu dispozițiile art. 50¹ alin. (3) și cu art. 80 din O.U.G. nr. 34/2006.

Modificarea intervenită și noua dată stabilită pentru depunerea ofertelor se vor aduce la cunoștința operatorilor economici, în SEAP, în termen de 10 zile de la primirea prezentei, procedura de atribuire urmând a fi continuată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

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

MOTIVARE:

Prin contestația nr. 525/28.03.2016, comunicată prin mijloace electronice (e-mail) și în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 8820/28.03.2016 și respectiv sub nr. 9094/30.03.2016, formulată de S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă, împotriva documentației de atribuire, respectiv împotriva cerinței nr.1 din fișa de date, Secțiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, elaborată în cadrul procedurii de atribuire, prin „cerere de oferte”, cu etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Extindere rețele de canalizare menajeră în cartierele Munteni și Podeni din ...”, Cod CPV 45231112-3 (Rev.2), s-a solicitat, în principal, eliminarea cerinței privind experiența similară în ceea ce privește prezentarea de contracte similare pentru lucrări de canalizare realizate în mediul urban și modificarea acestei cerințe prin acceptarea demonstrării experienței similare prin prezentarea de contracte pentru lucrări de canalizare realizate în mediul urban și/sau rural și, în secundar, prelungirea perioadei de depunere a ofertelor, astfel încât operatorii economici să beneficieze de un interval de timp suficient pentru pregătirea documentelor de calificare, respectiv pentru elaborarea ofertelor.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a depus contestația nr. 1705/28.03.2016, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 8860/29.03.2016 și respectiv sub nr. 9210/30.03.2016, formulată de S.C. ... S.A., împotriva documentației de atribuire, respectiv a cerinței nr. 1 privind experiența similară din cadrul secțiunii III.2.1) din Invitația de participare și secțiunii III.2.3.a) - Capacitatea tehnică și/sau profesională din Fișa de date a achiziției, prin care s-au solicitat următoarele: suspendarea procedurii de achiziție publică până la soluționarea fondului cauzei, în conformitate cu prevederile art. 275¹ din O.U.G. nr. 34/2006; în principal, anularea prevederii nelegale menționate în cuprinsul documentației de atribuire și obligarea autorității contractante la modificarea cerinței nelegale, astfel încât documentația de atribuire să fie pusă în concordanță cu dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor publice, respectiv modificarea Cerinței nr. 1 privind experiența similară din cadrul secțiunii III.2.1) din invitația de participare și secțiunii III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” din fișa de date a achiziției, după cum urmează: „Ofertantul va demonstra că în ultimii 5 ani a executat cel puțin un contract similar care să fi avut ca obiect realizarea a cel puțin 15 km de rețele de canalizare” și, pe cale de consecință, eliminarea din cadrul cerinței a referirii la „mediul urban”, obligarea autorității contractante la prelungirea corespunzătoare a termenului de depunere a ofertelor; în subsidiar, în măsura în care se va respinge în tot sau în parte capătul de cerere formulat în principal, anularea procedurii de atribuire în conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) lit. c) din O.U.G. nr. 34/2006.

În vederea pronunțării unei soluții unitare, în temeiul prevederilor art. 273 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, Consiliul procedează la conexarea celor două contestații.

În susținerea contestației sale, contestatoarea S.C. ... S.R.L. aduce la cunoștință că autoritatea contractantă a prevăzut în fișa de date a achiziției, la cap. III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” cerința conform căreia „Ofertantul va demonstra că în ultimii 5 ani a executat cel puțin un contract similar care să fi avut ca obiect realizarea a cel puțin 15 km de rețele de canalizare în mediul urban”. Astfel, având în vedere că tehnologiile de execuție pentru rețele de canalizare sunt aceleași, indiferent dacă acestea se desfășoară în mediu urban sau rural, contestatoarea consideră că această condiție este restrictivă și împiedică participarea la procedură a ofertanților care au executat în alte zone decât cele urbane, lucrări de anvergură similare lucrărilor supuse procedurii în cauză, solicitând prin urmare, eliminarea acestei cerințe și modificarea ei prin acceptarea demonstrării experienței similare prin prezentarea de contracte pentru lucrări de canalizare realizate în mediul urban și/sau rural.

În susținerea solicitării sale, contestatoarea face trimitere la prevederile art. 17 din O.U.G. nr. 34/2006 și arată că prin criteriul de calificare privind experiența similară se observă că s-a restrâns aria operatorilor economici care pot deveni contractanți, la cei care au executat contracte similare în mediul urban, prin excluderea celor care au executat contracte similare celui supus licitației în mediul rural. Astfel, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă încalcă prevederile art. 2 alin. (2), art. 178 alin. (2), art. 179 din O.U.G. nr. 34/2006, art. 7 și art. 8 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006.

Totodată, contestatoarea învederează că în anexa nr. 1 a Ordinului președintelui ANRMAP nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, se precizează că este restrictivă cerința ca experiența similară să constea în executarea de contracte pentru obiective de investiții identice cu cel care urmează a se executa, exemplificându-se că execuția de drumuri județene poate reflecta capacitatea de execuție și pentru drumuri naționale; execuția de unități spitalicești poate reflecta capacitatea de execuție a unui sediu de primărie.

În dovedirea contestației sale, contestatoarea S.C. ... S.R.L. a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

În susținerea contestației sale, contestatoarea S.C. ... S.A. arată că, urmare a analizării documentației de atribuire, a constatat că aceasta a fost redactată cu încălcarea gravă a prevederilor legale și a principiilor aplicabile în materia achizițiilor publice, solicitând, prin adresa nr. 166/21.03.2016 remedierea cerinței privind experiența similară. Astfel cum rezultă din Clarificarea nr. 5354/23.03.2016, autoritatea contractantă a refuzat remedierea cerinței, „deoarece cele solicitate nu sunt de natura clarificărilor ci practic se semnalează o pretinsă încălcare a prevederilor legale solicitându-se totodată modificarea unui criteriu de

calificare, acest lucru nu este posibil printr-un răspuns de clarificare, o astfel de modificare putând fi făcută numai în condițiile prevăzute la art. 179 alin. (4) din O.U.G. nr. 34/2006”.

Astfel, contestatoarea consideră că cerința de calificare privind prezentarea unei experiențe similare identice cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit este excesivă și disproporționată față de obiectul contractului și încalcă principiile aplicabile în materia achizițiilor publice, impunându-se remedierea acesteia, dreptul autorității contractante de a stabili cerințele de calificare trebuind exercitat așa cum prevede art. 15 din Codul civil. Prin urmare, regula o constituie accesul nerestricționat al operatorilor economici la procedură și la câștigarea contractului, astfel cum rezultă din prevederile art. 178 alin. (2), art. 179 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, art. 7 și art. 8 alin. (1) din HG nr. 925/2006, această interpretare fiind susținută și de art. 1 alin. (1) și (3) din Ordinul președintelui ANRMAP nr. 509/2011.

De asemenea, contestatoarea susține că cerința experienței similare privind executarea cel puțin a unui contract similar în mediul urban încalcă prevederile care stipulează dreptul autorităților contractante de a solicita experiența similară, iar nu identică, ori similaritatea nu presupune identitate între lucrările executate anterior și lucrările ce fac obiectul contractului ce se atribuie, ci, din contră, presupune caracterul asemănător al acestor lucrări, respectiv că există elemente comune dar, în mod necesar, și elemente care le diferențiază. Contestatoarea învederează, în acest sens, jurisprudența Consiliului și a instanțelor de judecată, potrivit cărora prin „experiența similară” nu trebuie să se înțeleagă „experiența identică”.

Mai mult, contestatoarea face precizarea că dispozițiile Ordinului nr. 2266/335/2012 nu pot deroga de la dispozițiile imperative prevăzute de O.U.G. nr. 34/2006 și H.G. nr. 925/2006, având în vedere caracterul de legislație terțiară al Ordinului nr. 2266/2012, iar potrivit art. 13 lit. a) din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative „proiectul de act normativ trebuie corelat cu prevederile actelor normative de nivel superior sau de același nivel, cu care se află în conexiune”, această interpretare fiind susținută și de jurisprudența anterioară a Consiliului, respectiv Deciziile publicate în Buletinul Oficial nr. 3545/2013, nr. 1160/2014, nr. 1198/2014, nr. 3570/2013.

În concluzie, S.C. ... S.A. consideră că se impune modificarea Cerinței nr. 1 privind experiența similară, potrivit căreia: „Ofertantul va demonstra că în ultimii 5 ani a executat cel puțin un contract similar care să fi avut ca obiect realizarea a cel puțin 15 km de rețele de canalizare în mediul urban”, după cum urmează: „Ofertantul va demonstra că în ultimii 5 ani a executat cel puțin un contract similar care să fi avut ca obiect realizarea a cel puțin 15 km de rețele de canalizare” și, pe cale de consecință, eliminarea din cadrul cerinței a referirii la „mediul urban”.

Contestatoarea menționează că prin stabilirea acestei cerințe au fost încălcate principiile prevăzute de O.U.G. nr. 34/2006.

În final, contestatoarea subliniază că în situația în care Consiliul va înțelege să treacă peste toate aspectele invocate mai sus, respingând capătul de cerere principal, solicită anularea procedurii de atribuire.

În dovedirea contestației sale, contestatoarea S.C. ... S.A. a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 5903/01.04.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 9527/01.04.2016, autoritatea contractantă ... a comunicat punctul de vedere referitor la contestațiile formulate de S.C. ... S.R.L. și de S.C. ... S.A.

Având în vedere obiectul contractului, autoritatea contractantă susține că are obligația de a întocmi documentația de atribuire cu respectarea documentației standardizate aferente contractelor de achiziție de lucrări publice pentru „execuție de rețele de canalizare și rețele de alimentare cu apă” impusă prin Ordinul comun nr. 2266/335/2012, în care, la secțiunea III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” se specifică faptul că „Ofertantul va demonstra că în ultimii 5 ani a executat următoarele: Pentru contractele de execuție rețele de canalizare «Ofertantul trebuie să fi executat cel puțin un contract similar care să fi avut ca obiect realizarea a cel puțin /.../ km de rețele de canal /.../»; la Instrucțiuni pentru cazuri particulare, la pct. 3 precizându-se că «Se va solicita ca obiectul contractului să vizeze rețele de apă și canalizare în mediul urban, numai în cazul în care contractul de achiziție publică se va derula în mediul urban»”.

Autoritatea contractantă subliniază că după primirea celor două contestații, pentru a nu prelungi procedura de atribuire, a optat pentru luarea de măsuri de remediere, prin publicarea unui Anunț de tip erată la invitația de participare numărul 386072/21.03.2016, ce a fost transmis în SEAP spre validare de către ANAP cu nr. 87345 la data de 29.03.2016, însă a fost respins în data de 30.03.2016, cu următoarea motivație: „Întrucât lucrările care fac obiectul achiziției se vor executa în mediul urban, eliminarea impunerii «în mediul urban» de la cerința referitoare la experiența similară, încalcă Ordinul comun nr. 2266/335 al ministrului Mediului și Pădurilor și al președintelui ANRMAP privind documentațiile standardizate pe Mediu /.../”.

Față de acest aspect, autoritatea contractantă confirmă legalitatea cerinței a cărei modificare se cere de către ambele contestatoare.

Prin adresa nr. 1713/05.04.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 9961/05.04.2016, contestatoarea S.C. ... S.A. formulează răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, prin care consideră că autoritatea contractantă achiesează la contestația sa, prin solicitarea acesteia de validare de către ANAP, a anunțului tip erată în vederea eliminării sintagmei „în mediul urban”, prin urmare devenind incidente prevederile art. 436 alin. (1) din Codul de procedură civilă.

Pe de altă parte, contestatoarea invocă absența argumentelor tehnice sau juridice ale autorității contractante care să justifice necesitatea impunerii cerinței de calificare contestată, susținând că o

motivare concludentă ar fi presupus o minimă corelare între lucrările ce vor face obiectul contractului și experiența solicitată.

Reiterând susținerile referitoare la Ordinul nr. 2266/335/2012, contestatoarea consideră că ANAP a interpretat eronat prevederile legale, acestea având doar un caracter de recomandare. Astfel, contestatoarea învederează că execuția unei rețele de canalizare în mediul rural reflectă o experiență suficientă a antreprenorului în a executa același tip de rețea și în mediul urban, iar cerința, așa cum este formulată, îngreuează accesul la procedură al operatorilor care au potențialul necesar îndeplinirii contractului în condiții corespunzătoare, dovedită prin experiența similară în executarea de lucrări de canalizare/rețele de apă care au vizat apa în mediul rural.

Față de cele prezentate, contestatoarea solicită admiterea contestației sale.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul reține următoarele:

Autoritatea contractantă ... a inițiat procedura de atribuire prin „cerere de oferte”, cu fază finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică având ca obiect *„Extindere rețele de canalizare menajeră în cartierele Munteni și Podeni din ...”*, cod CPV 45231112-3 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. 386072/21.03.2016, stabilind data de depunere a ofertelor la 14.04.2016, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și o valoare estimată, fără TVA, de 15.346.033,9 lei.

Împotriva prevederilor documentației de atribuire au formulat contestații S.C. ... S.R.L. și S.C. ... S.A. prin care, ambele contestatoare critică cerința nr.1 privind experiența similară stabilită de către autoritatea contractantă prin fișa de date a achiziției, cap. III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” și prin invitația de participare nr. 386072/21.03.2016, cap. III.2.1) „Criterii de calificare”, solicitând eliminarea cerinței privind experiența similară în ceea ce privește prezentarea de contracte similare pentru lucrări de canalizare realizate în mediul urban și modificarea acestei cerințe prin acceptarea demonstrării experienței similare prin prezentarea de contracte pentru lucrări de canalizare realizate în mediul urban și/sau rural, obligarea autorității contractante la prelungirea perioadei de depunere a ofertelor cât și suspendarea procedurii de atribuire iar în subsidiar anularea procedurii de atribuire, (cerere formulată de S.C. ... S.A.)

Cererea de suspendare a procedurii de atribuire formulată de contestatoarea S.C. ... S.A. a fost soluționată prin Decizia nr. 88s/C5/599/611/31.03.2016, în sensul că aceasta a fost admisă și s-a dispus suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a cauzei.

Pe fondul cauzei, în ceea ce privește criticile formulate, având în vedere că cerința de calificare privind experiența similară este criticată de către ambii contestatori, Consiliul va proceda la analiza acesteia sub toate aspectele (cumulate) invocate de către contestatoarele S.C. ... S.R.L. și S.C. ... S.A.

Astfel, Consiliul constată că cerința criticată este cea stabilită de către autoritatea contractantă prin fișa de date a achiziției, cap. III. 2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” și prin invitația de participare nr. 386072/21.03.2016, cap. III.2.1) „Criterii de calificare”, potrivit căreia *„Ofertantul va demonstra că în ultimii 5 ani a executat cel puțin un contract similar care să fi avut ca obiect realizarea a cel puțin 15 km de rețele de canalizare în mediul urban”*.

Cerința criticată este considerată de către cele două contestatoare ca fiind restrictivă prin raportare la dispozițiile art. 2 alin. (2) lit. e) și f), art. 17, art. 278 alin. (2) și art. 179 alin. (2) și 188 alin. (3) lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006 și art. 7 și art. 8 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006 cât și prevederile Ordinului A.N.R.M.A.P. nr. 509/2011 (Anexa 1).

Se arată de asemenea că, prevederile Ordinului ministrului mediului și pădurilor și al președintelui A.N.R.M.A.P. nr. 2266/335/2016 au un caracter de recomandare, documentația nefiind obligatorie, în opinia contestatoarelor, urmând a fi „adaptată” în funcție de specificul fiecărui contract în parte.

Cu privire la cerința în discuție Consiliul reține că prin solicitarea de clarificări nr. 166/21.03.2016, S.C. ... S.A. a solicitat eliminarea din conținutul cerinței privind experiența similară a sintagmei „în mediul urban”, în sprijinul acestei solicitări aducând o serie de argumente și prevederi legale considerate relevante.

Cu adresa nr. 5354/23.03.2016, autoritatea contractantă a răspuns comunicând următoarele: *„Deoarece cele solicitate nu sunt de natura «Clarificărilor» ci practic se semnalează o pretinsă încălcare a prevederilor legale solicitându-se totodată modificarea unui criteriu de calificare, acest lucru nu este posibil printr-un răspuns de clarificare, o astfel de modificare putând fi făcută numai în condițiile prevăzute la art. 179 al. (4) din OUG 34/2006 cu modificările și completările ulterioare”*.

Analizând documentele din dosarul cauzei și prevederile legale incidente, Consiliul va reține, în ceea ce privește cerința referitoare la experiența similară, așa cum este acesta stabilită prin fișa de date a achiziției, cap. III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, că aceasta are caracter restrictiv.

În acest sens, Consiliul va reține ca relevante, sub aspectul restrictiv al cerinței, următoarele dispoziții legale:

- art. 178 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, potrivit căroră *„Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire”*;

- art. 179 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, potrivit căroră *„Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, precum și nivelul cerințelor minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească”*;

- art. 188 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006, potrivit căroră, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita, printre altele, „a) o listă a lucrărilor executate în ultimii 5 ani, însoțită de certificări de bună execuție pentru cele mai importante lucrări. Respectivele certificări indică beneficiarii, indiferent dacă aceștia sunt autorități contractante sau clienți privați, valoarea, perioada și locul execuției lucrărilor și precizează dacă au fost efectuate în conformitate cu normele profesionale din domeniu și dacă au fost duse la bun sfârșit”;

- art. 7 din H.G. nr. 925/2006, potrivit căroră „Criteriile de calificare și selecție, astfel cum sunt prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedura, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare”;

- art. 8 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006, potrivit căroră „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minim e de calificare, care: a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit”;

Din economia textelor de lege susmenționate, Consiliul reține caracterul restrictiv al cerinței de calificare privind experiența similară, fiind evident că prin aceasta se impune prezentarea unor contracte care au avut ca obiect lucrări identice, situație în care, în mod clar, se încalcă dispozițiile citate anterior.

Față de susținerile contestatoarei și justificările aduse de autoritatea contractantă, Consiliul apreciază că respectiva condiționare privind mediul în care a fost dobândită experiența similară a ofertanților (urban sau neurban) este nelegală. Execuția lucrărilor licate nu depinde, în mod necesar, de existența unei experiențe în construcția de rețele de canalizare, respectiv de canalizare dobândită numai în mediul urban. Nu se poate afirma, în lipsa altor dovezi/altor elemente, că operatorii economici care au avut anterior contracte pentru rețele de apă, respectiv de canalizare în zonele rurale nu au potențialul și capacitatea necesare de a „îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia”.

În acest sens, Consiliul reține în soluționare faptul că și în cadrul altor proceduri de atribuire cu privire la o astfel de cerință, C.N.S.C. s-a pronunțat în sensul eliminării din cadrul acesteia a sintagmei „în mediul urban”, practica CNSC fiind unitară.

Consiliul constată că la dosarul cauzei, în susținerea caracterului legal al cerinței, autoritatea contractantă a depus dovada unei solicitări, către ANAP, la data de 30.03.2016, privind modificarea cerinței de

calificare referitoare la experiența similară în sensul eliminării sintagmei „mediul urban”.

Cu privire la acest demers, Consiliul reține că autoritatea contractantă a uzat, după cum susține și în punctul de vedere, de dreptul de a lua o măsură de remediere, în temeiul art. 256ⁿ alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, potrivit căreia *„După primirea unei contestații, autoritatea contractantă are dreptul de a adopta măsurile de remediere pe care le consideră necesare ca urmare a contestației respective. Orice astfel de măsuri trebuie comunicate contestatorului, celorlalți operatori economici implicați în procedura de atribuire, precum și Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, nu mai târziu de o zi lucrătoare de la data adoptării acestora”*.

Consiliul reține că potrivit documentului *„Anunț de tip erată Numărul 87345 la invitația de participare Numărul 386072/21.03.2016”*, la rubrica *„Stare anunț”* apare mențiunea *„Respins”*, iar ca motiv de respingere a solicitării, ANAP invocă următoarele:

„Întrucât lucrările care fac obiectul achiziției se vor executa în mediul urban, eliminarea impunerii «în mediu urban» de la cerința referitoare la experiența similară – încalcă Ordinul comun Nr. 2266/Nr.335 al Ministrului Mediului și Pădurilor și al Președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice privind documentațiile standardizate pe Mediu publicat în Monitorul Oficial nr. 410 din data de 20 iunie 2012”.

Raportat la motivul de respingere a cererii invocat de A.N.A.P., Ordinul Ministerului Mediului și al Pădurilor și al A.N.R.M.A.P. nr. 2266/335/2012, face ca această cerință de calificare, privind experiența similară, criticată de contestatoare, să apară ca fiind legală, așa cum a indicat și autoritatea contractantă.

Însă, Ordinul comun indicat, a fost emis în baza art. 5 din O.U.G. nr. 13/2015, privind înființarea A.N.A.P., ordonanță care a prevăzut la art. 3 că această instituție are și funcția de *„b) elaborarea politicilor și a legislației în domeniul achizițiilor publice, în conformitate cu legislația europeană și asigurarea interpretărilor unitare în domeniu, pentru care are drept de inițiativă legislativă”*, iar potrivit art. 1 prin acesta *„Se aprobă modelele de documentații standardizate aferente procedurilor de atribuire a contractelor de achiziției de lucrări publice pentru proiecte de „proiectare și execuție de stație de tratare a apei/stație de epurare de ape reziduale”, „execuție de rețele de canalizare și rețele de alimentare cu apă”, „proiectare și execuție de stație de sortare, compostare și tratare mecano-biologică a deșeurilor”, „execuție de depozit conform de deșeuri”, finanțate din fonduri publice, prevăzute în anexele nr. 1-4”*.

Toate actele normative în vigoare în domeniul achizițiilor publice consacră principiul proporționalității definit în literatura de specialitate drept obligația autorității contractante de asigurare a corelației între necesitatea obiectivă a acesteia, obiectul contractului de achiziție publică și cerințele formulate în contextul aplicării procedurii de atribuire.

În soluționarea celor două contestații Consiliul reține faptul că, în temeiul art. 8 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006, autoritatea contractantă a depus la dosarul cauzei documentul „Nota justificativă” nr. 4086/04.04.2016, prin care a justificat impunerea unei astfel de cerințe motivând astfel:

„S-a impus această cerință în concordanță cu prevederile Ordinului nr. 2266/2012 pentru a fi siguri că executantul are o minimă experiență în execuția unor lucrări similare de canalizare în mediul urban, acolo unde există o mai mare concentrație de rețele de utilități, atât din punct de vedere tehnic cât și din punct de vedere al administrării unui astfel de contract, în condițiile în care valoarea lungimii de canalizare impusă de 15 km este mai mică decât lungimea canalizării ce face obiectul contractului, de 21.613 ml așa cum este specificată în documentația tehnică întocmită de proiectant.

Prin această cerință se încearcă, cel puțin, diminuarea riscului de apariție a unor sincope în derularea contractului ca urmare a lipsei de experiență a contractantului de a gestiona, din punct de vedere tehnic și/sau organizatoric, execuția lucrărilor impuse de obiectul contractului”.

În mod evident, felul în care este stabilită cerința de calificare privind experiența similară, în cadrul documentației de atribuire aferentă procedurii în discuție, nu respectă nici susținerile teoretice arătate, dar nici dispozițiile art. 2 alin. (2) lit. e), art. 179 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, art. 8 și 9 din H.G. nr. 925/2006, motivat de faptul că cerința devine restrictivă pentru operatorii economici care au suficientă experiență care să demonstreze un potențial tehnic și organizatoric ce reflectă posibilitatea acestora de a îndeplini contractului și de a rezolva eventuale dificultăți legate de îndeplinirea acestuia. Argumentul potrivit căruia se încearcă „diminuarea riscului unor sincope în derularea contractului” nu poate fi reținut ca suficient în impunerea unei cerințe privind experiența similară în derularea unor lucrări identice ca loc de desfășurare a acestora, respectiv „în mediul urban”.

Pe de altă parte, Ordinul comun nr. 2266/335/2012 (indicat și în justificarea cerinței) care aprobă modelele standardizate ale documentațiilor referitoare, inclusiv la „execuție rețele de canalizare și rețele de alimentare cu apă”, este în contradicție cu ordinul A.N.R.M.A.P. nr. 509/2011, care în Anexa nr. 1, capitolul „Contract de lucrări”, stabilește că este cerință restrictivă „- demonstrarea experienței similare prin executarea de contracte pentru obiective de investiții identice cu cel care urmează a se executa (de exemplu, execuția de drumuri județene poate reflecta capacitatea de execuție și pentru drumuri naționale; execuția de unități spitalicești poate reflecta capacitatea de execuție a unui sediu de primărie)”.

Nu în ultimul rând, Consiliul reține că din conținutul Ordinului nr. 2266/335/2012, așa cum a fost modificat prin Ordinul nr. 373/3240/2012, publicat în Monitorul Oficial al României nr. 610/2012, rezultă atât un caracter imperativ, cât și unul dispozitiv. Astfel, dacă art. 2 al ordinului citat impune autorității contractante utilizarea documentațiilor standardizate, art. 2¹, folosește termeni de „modele” și

„adaptate diverselor tipuri de lucrări în funcție de necesitățile autorității contractante”.

În ceea ce privește cererea contestatoarelor de decalare a termenului de depunere a ofertelor, având în vedere că termenul stabilit inițial a fost 14.04.2016, fiind depășit la data prezentei, procedura de atribuire a fost suspendată prin Decizia nr.88s/C5/599/611 din 31.03.2016, cât și faptul că autoritatea contractantă va fi obligată la modificarea documentației de atribuire, împrejurare care trebuie adusă la cunoștința operatorilor economici, Consiliul stabilește că este necesară stabilirea unei noi date pentru depunerea ofertelor.

În luarea deciziei, Consiliul a avut în vedere dispozițiile art. 50¹ alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006, potrivit cărora *„Modificarea/Completarea criteriilor de calificare și selecție, în condițiile prevăzute la art. 179 alin. (4), se face în mod obligatoriu prin publicarea unei erate și cu prelungirea perioadei necesare elaborării candidaturilor/ofertelor”* și dispozițiile art. 80 din același act normativ, potrivit cărora *„Autoritatea contractantă deschide ofertele la data, ora și adresa indicate în anunțul de participare sau în erată, dacă este cazul, cu excepția situației în care termenul de depunere a ofertelor a fost decalat în urma suspendării procedurii”*, precum și cele ale art. 179 alin. (4) și (5) din ordonanță, potrivit cărora *„(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. 256¹ alin. (3) și art. 256³ alin. (1).*

(5) Orice modificare de natura celor permise potrivit prevederilor alin. (4) se realizează cu prelungirea perioadei de depunere a candidaturilor/ofertelor, astfel încât operatorii economici să beneficieze de un interval de timp suficient pentru pregătirea documentelor de calificare și/sau selecție, respectiv, după caz, pentru elaborarea ofertelor”.

În ceea ce privește cererea S.C. ... S.A., ca în subsidiar, să se dispună anularea procedurii de atribuire în situația în care va fi respins capătul de cerere principal, Consiliul o va respinge, ca nefondată, având în vedere că în prezenta procedură de atribuire au putut fi dispuse măsuri de remediere cu privire la cerința de calificare criticată.

Pentru motivele arătate și în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (2), (4) și (6) din O.U.G. nr. 34/2006, Consiliul va admite contestațiile formulate de S.C. ... S.R.L. și S.C. ... S.A., în contradictoriu cu ..., va dispune modificarea documentației de atribuire, în sensul eliminării din conținutul cerinței nr.1 din fișa de date a achiziției, cap. III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” și punctul III.2.1) „Criterii de calificare” din invitația de participare nr. 386072/21.03.2016 a sintagmei „în mediul urban”.

Va obliga autoritatea contractantă să stabilească o nouă dată limită de depunere a ofertelor în conformitate cu dispozițiile art. 50¹ alin. (3) și cu art. 80 din O.U.G. nr. 34/2006.

Modificarea intervenită și noua dată stabilită pentru depunerea ofertelor se vor aduce la cunoștința operatorilor economici, în SEAP, în termen de 10 zile de la primirea prezentei, procedura de atribuire urmând a fi continuată.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

Redactată în 5 exemplare originale, conține 13 (treisprezece) pagini.