

DECIZIE
BO2012_0526
Data:■.2012

Pe rolul CNSC au fost înregistrate sub nr. ■/03.05.2012, nr. ■/03.05.2012, nr. ■/04.05.2012, nr.■/04.05.2012, nr. ■/04.05.2012 și nr. ■/07.05.2012 contestațiile formulate SCA ■, ■ S.p.a.r.l, ■ Societate profesională cu răspundere limitată, SCPA ■, SCA ■, SCA ■, referitoare la procedura de achiziție, prin „licitație deschisă”, pe loturi, organizată în vederea atribuirii acordului cadru, cu maxim 6 operatori economici și o durată de 26 luni, având ca obiect: „Asistență juridică pentru beneficiarii POST – acordarea de asistență juridică beneficiarilor finali ■ SA și, respectiv, ■ SA în vederea gestionării eficiente a contractelor derulate de aceștia”, cod CPV 79110000-8; principala modalitate de finanțare: „bugetul de stat și fonduri comunitare nerambursabile”, de către autoritatea contractantă ■, cu sediul în ■.

Prin contestația nr. ■/03.05.2012, înregistrată la CNSC cu nr. ■/03.05.2012, formulată de SCA ■, cu sediul procedural ales în ■, autorizată prin Decizia Baroului ■ nr. ■/■.12.2004, având cod fiscal ■, împotriva documentației de atribuire, s-a solicitat, în principal, obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire, în sensul eliminării prevederilor restrictive; în subsidiar, anularea procedurii de atribuire în cauză, conform prevederilor art. 209 al. (1) lit.c) și al.(4) din OUG 34/ 2006; suspendarea procedurii de atribuire.

Prin contestația nr. ■/03.05.2012, înregistrată la CNSC cu nr. ■/03.05.2012, formulată de ■ S.p.a.r.l, cu sediul în ■, având CUI ■, împotriva documentației de atribuire, s-a solicitat modificarea prevederilor de la cap. II.2.1, lit.b) – Capacitatea de exercitare a activității profesionale și cap. III.2.3, lit.a) – Capacitatea tehnică și sau profesională din fișa de date a achiziție; anularea procedurii de atribuire, în situația în care măsurile de remediere, anterior precizate, nu sunt posibile; suspendarea procedurii de atribuire.

Prin contestația nr. ■/04.05.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/04.05.2012, formulată de „■” Societate Profesională cu Răspundere Limitată, cu sediul în ■, înființată prin Decizia nr. ■/2009, emisă de către Baroul ■, împotriva documentației de atribuire, s-a solicitat, în principal, obligarea autorității contractante la eliminarea prevederilor restrictive și nelegale ale documentației de atribuire, în conformitate cu prevederile legale în vigoare; în subsidiar, în măsura în care se va aprecia că nu pot fi dispuse măsurile de mai sus, anularea procedurii de atribuire, în conformitate cu prevederile art. 209 al. (1), lit.c) și al. (4) din OUG 34/2006; suspendarea procedurii.

Prin contestația nr. ■/04.05.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/04.05.2012, formulată de ■, cu sediul în ■, având CUI: ■, împotriva

documentației de atribuire, s-a solicitat: în prealabil, suspendarea procedurii; în principal, obligarea autorității contractante la luarea unor măsuri de remediere; în subsidiar, în ipoteza în care se consideră că remedierea nu este posibilă, anularea procedurii de atribuire.

Prin contestația nr. ■/04.05.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/04.05.2012, formulată de SCA ■, cu sediul în ■, împotriva documentației de atribuire, s-a solicitat, în principal, obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire, în sensul eliminării prevederilor restrictive și nelegale; în subsidiar, în măsura în care se va aprecia că nu pot fi dispuse măsuri de remediere, anularea procedurii de atribuire, în conformitate cu prevederile art. 209 al. (1) lit.c) și al. (4), coroborate cu prevederile art. 278 al. (2) și al. (6) din OUG 34/2006; suspendarea procedurii de atribuire.

Prin contestația nr. ■/04.05.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/07.05.2012, formulată de SCA ■, cu sediul în ■, împotriva documentației de atribuire, s-a solicitat, în principal, obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire, în sensul eliminării prevederilor nelegale; în subsidiar, anularea procedurii de atribuire, în măsura în care se va considera că viciile documentației de atribuire impun anularea acesteia; obligarea autorității contractante la prelungirea perioadei de depunere a ofertelor; suspendarea procedurii.

Conform prevederilor art. 273, al. (1) din OUG 34/2006, aprobată prin Legea 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. ■/2012, nr. ■/2012, nr. ■/2012, nr. ■/2012, nr. ■/2012 și nr. ■/2012 au fost conexe pentru a se pronunța o soluție unitară, deoarece sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

În baza documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

Admite contestațiile formulate de către SCA ■, ■ Societate profesională cu răspundere limitată, SCA ■, SCA ■ în contradictoriu cu autoritatea contractantă ■.

Admite, în parte, contestațiile formulate de către ■ S.p.a.r.l și SCPA ■, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ■.

Pe cale de consecință, va obliga autoritatea contractantă la modificarea documentației de atribuire, conform motivării aferente, cu aplicarea, în mod corespunzător, a dispozițiilor art. 72 coroborate cu cele ale art. 80 din cadrul OUG 34/2006.

Dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză prin aplicarea măsurilor anterior dispuse în termen de 10 (zece) zile de la comunicare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu prevederile art. 280 al. (1) și (3) din OUG 34/2006 aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. ■/03.05.2012, înregistrată la CNSC cu nr. ■/03.05.2012, formulată de SCA ■, împotriva documentației de atribuire s-a solicitat, în principal, obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire, în sensul eliminării prevederilor restrictive; în subsidiar, anularea procedurii de atribuire în cauză, conform prevederilor art. 209 al. (1) lit.c) și al.(4) din OUG 34/ 2006; suspendarea procedurii de atribuire.

Pe fondul cauzei, contestatorul susține următoarele:

- documentația de atribuire încalcă principiile nediscriminării și tratamentului egal, prevăzute de art. 2 lit. a) și b) din OUG 34/ 2006, în sensul că, în cadrul cap. Capacitatea tehnică și/sau profesională - Secțiunea III.2.3.a din fișa de date a achiziției există solicitări, care în opinia sa, sunt restrictive, respectiv:

- *„în ultimii 5 ani ofertantul a finalizat/derulează cel puțin 3 contracte/proiecte/mandate al căror obiect îl constituie litigii/dispute în care au fost aplicate regulile de contract FIDIC, cu valori de minim 10 milioane Euro sau echivalent fără TVA/per dispută sau echivalent fără TVA/per dispută sau litigiu;*

- *în ultimii 5 ani ofertantul a reprezentat angajatorul autoritate publică în minim o procedura de adjudecare a disputelor pentru care s-au aplicat condiții de contract FIDIC;*

- *în ultimii 5 ani, ofertantul a reprezentat angajatorul autoritate publică în minim un arbitraj internațional în care au fost aplicate regulile de contract;*

- *experiența specifică impusă avocaților pentru ambele loturi: experiență în litigii în care a reprezentat o parte în baza condițiilor generale de contract FIDIC - Minim 5 cauze;*

- *experiența specifică impusă avocaților pentru ambele loturi: să prezinte experiență în formularea de acțiuni în instanță pentru contracte de infrastructură de transport rutier - Minim 2 contracte”;*

- față de cele de mai sus, contestatorul afirmă că scopul urmărit de legiuitor atunci când a stabilit cadrul general al achizițiilor publice l-a reprezentat permiterea unui număr cât mai mare de operatori economici de a depune ofertă; prin urmare, respectând principiile nediscriminării și tratamentului egal, autoritatea contractantă beneficiază de concurență, iar agenții economici au posibilitatea de a depune oferte și de a-și

promova serviciile pe care sunt capabili să le presteze; concurența liberă fiind motorul economiei;

- în același sens, contestatorul invocă dispozițiile art. 178 al. 2) din OUG 34/2006, prin care se interzice autorității contractante utilizarea de cerințe de calificare de natură a restricționa dreptul agenților economici de a participa la procedura de achiziției publice, respectiv pe cele ale art. 1 din Ordinul nr. 509/2011 al ANRMAP, conform cărora „criteriile de calificare și de selecție stabilite de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătură concretă cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, iar nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire se va limita numai la cele strict necesare pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului”;

- prin urmare, susține contestatorul, deoarece obiectul contractului de achiziție publică în cauză este unul general, criteriile de calificare nu pot fi decât generale, precizând că scopul autorității contractante îl reprezintă achiziționarea „serviciilor de asistență juridică [...] în vederea gestionării eficiente a contractelor derulate de aceasta”;

- față de cele de mai sus, contestatorul susține că autoritatea contractantă, prin cerințele de mai sus, aferente experienței similare, restricționează participarea la procedură deoarece „solicită experiență în materia arbitrajului internațional, pentru litigii născute din derularea contractelor tip FIDIC, pentru lucrări de infrastructură, cu valori mari ale obiectului litigiului”;

- de asemenea, menționează contestatorul, intervalul de timp avut în vedere de către autoritatea contractantă pentru „experiența similară”, excede termenele prevăzute la art. 188 al 2) lit. a) din OUG 34/2006, care statuează un interval maxim de 3 ani pentru analizarea serviciilor similare prestate de ofertant;

- în același registru, contestatorul susține că este restrictivă și cerința potrivit căreia se solicită o „valoare minimă de 10 milioane Euro per/ dispută pentru care a fost acordată asistență juridică. Ofertantul trebuie să dovedească faptul că a încheiat cel puțin 3 asemenea contracte”, deoarece capacitatea unui avocat de a acorda asistență juridică nu depinde nici de valoarea obiectului judecății și nici de domeniul economic la care se referă contractul în litigiu;

- în acest sens, afirmă contestatorul, numărul de litigii izvorâte din derularea de contracte FIDIC, în domeniul infrastructurii, este redus, astfel încât numărul avocaților care ar putea respecta cerința în cauză este foarte mic; dintre aceștia, un număr și mai redus fie a reprezentat un client care să aibă calitatea de autoritate publică, fie reprezentarea a fost acordată în cel puțin 3 litigii cu valoare mai mare de 10 milioane euro;

- totodată, susține contestatorul, o altă cerință a autorității contractante privind capacitatea profesională este cea referitoare la „experiența în instanță în două contracte având ca obiect litigiile în domeniul

infrastructurii”; o altă cerință precizând „un nivel de experiență similară dobândită în litigii privind condițiile generale de contract FIDIC - Minim 5 cauze”;

- față de cele de mai sus, contestatorul afirmă că aceste cerințe au un caracter extrem, în condițiile în care autoritatea contractantă ar trebui să fie preocupată, de exemplu, de experiența în lucrul cu fonduri comunitare, dacă dorește să optimizeze absorbția, urmând a conta doar experiența în litigii cu valoare foarte mare, criteriile care în opinia contestatorului nu sunt discriminatorii și au relevanță prin raportare la specificul contractului supus procedurii de achiziție publică;
- ca atare, afirmă contestatorul, cerința potrivit căreia potențialul ofertant trebuie să fi „reprezentat un beneficiar având calitatea de autoritate publică, în cel puțin 3 litigii privind contracte FIDIC, cu valoare de minim 10.000.000 Euro fiecare; în domeniul infrastructurii; în proceduri de arbitraj internațional; care are în echipă cel puțin 3 avocați cu experiență în litigii izvorâte din contracte FIDIC, cu referire la cel puțin 2 contracte de infrastructură de transport rutier”, este, în mod evident, restrictivă deoarece, de exemplu, arbitrajul conform clauzelor tip FIDIC nu este rezervat numai avocaților cu experiență similară în domeniu; prin urmare, afirmă contestatorul, în condițiile menținerii cerințelor de mai sus se va ajunge la situația în care se interzice, în fapt, exercitarea profesiei;
- în favoarea criticilor sale, contestatorul invocă și dispozițiile Ordinului nr. 509/2006, emis de A.N.R.M.A.P, în cadrul căruia se menționează că autoritatea contractantă trebuie să se raporteze la condițiile strict necesare pentru îndeplinirea contractului; în cazul de față, urmând a ține cont de instanța în fața căreia se desfășoară procedurile arbitrale/litigioase, precum și calitatea soluției propuse prin raportare la caietul de sarcini și la criteriile de evaluare, respectiv la faptul că obiectul contractului supus procedurii este unul de asistență juridică, în general; asistența juridică nelimitându-se numai la reprezentarea în cazul litigiilor;
- în domeniul avocaturii, afirmă contestatorul, pot fi utilizate o serie de criterii obiective care privesc, de exemplu, numărul avocaților, nivelul de pregătire profesională a acestora sau cifra de afaceri raportată la valoarea pieței de avocatură;
- un alt aspect, afirmă contestatorul, se referă și la faptul că autoritatea contractantă utilizează criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut”, care, în opinia sa, nu o asigură cu privire la nivelul serviciului prestat;
- de asemenea, contestatorul susține că documentația de atribuire încalcă și principiul asigurării utilizării eficiente a fondurilor publice, prevăzute de art. 1 lit.d) din OUG 34/2006, deoarece teoria economică a demonstrat faptul că numai concurența duce la creșterea nivelului serviciilor; ori, în cazul de față, limitarea nelegitimă a numărului de

agenți economici care pot depune oferta, în mod nejustificat, conduce la restricționarea concurenței;

- prin urmare, contestatorul solicită eliminarea integrală din cadrul fișei de date a achiziției a următoarelor cerințe:

- „A – în ultimii 5 ani ofertantul a finalizat/derulează cel puțin 3 contracte/proiecte/mandate al căror obiect îl constituie litigii/dispute în care au fost aplicate regulile de contract FIDIC cu valori de minim 10 milioane EURO sau echivalent fără TVA per dispută sau echivalent fără TVA per dispută sau litigiu;

- B – în ultimii 5 ani Ofertantul a reprezentat Angajatorul Autoritate Publică în minim o procedură de adjudecare a disputelor pentru care s-au aplicat condiții de contract FIDIC;

- C – în ultimii 5 ani Ofertantul a reprezentat Angajatorul Autoritate Publică în minim un arbitraj internațional în care au fost aplicate regulile de contract FIDIC;

- D – experiența specifică impusă avocaților pentru ambele loturi: experiență în litigii în care a reprezentat o Parte în baza Condițiilor Generale de Contract FIDIC – Minim 5 cauze;

- E – experiența specifică impusă avocaților pentru ambele loturi: să prezinte experiență în formularea de acțiuni în Instanță pentru contracte de infrastructură de transport rutier – Minim 2 contracte”.

Prin contestația nr. ■/03.05.2012, înregistrată la CNSC cu nr. ■/03.05.2012, formulată de ■ S.p.a.r.l, împotriva documentației de atribuire, s-a solicitat modificarea prevederilor de la cap. II.2.1, lit.b) – Capacitatea de exercitare a activității profesionale și cap. III.2.3, lit.a) – Capacitatea tehnică și sau profesională din fișa de date a achiziției; anularea procedurii de atribuire, în situația în care măsurile de remediere, anterior precizate, nu sunt posibile; suspendarea procedurii de atribuire.

Pe fondul cauzei, contestatorul prezintă următoarele aspecte:

- în cadrul documentației de atribuire, autoritatea contractantă a impus respectarea următoarelor criterii de selecție (condiții de participare):

- *„dovedirea capacității de exercitare a activității profesionale de către ofertanții - operatori economici români prin intermediul unui certificat constatator emis de Oficiul Registrului Comerțului, care să dovedească faptul că obiectul de activitate al operatorului economic participant la procedura corespunde obiectului contractului;*

- *derularea/finalizarea de către ofertant a cel puțin 3 contracte/ mandate al căror obiect îl constituie litigii/dispute în care au fost aplicate regulile de contract FIDIC, cu valori de minim 10 milioane Euro per dispută sau litigiu;*

- *existența unei experiențe similare a ofertantului constând în reprezentarea angajatorului autoritate publică în proceduri de adjudecare a disputelor, precum și în arbitraje internaționale pentru care s-au aplicat condiții de contract FIDIC;*

- *existența a trei experți, practicieni ai dreptului având calitatea de avocat definitiv, care să facă dovada unei experiențe în formularea de acțiuni în instanță pentru contracte de infrastructură de transport rutier (Lotul 1 ofertat), respectiv de transport feroviar (Lotul 2 ofertat) de minimum 2 contracte, precum și a unei experiențe în litigii decurgând din contracte de tip FIDIC de minimum 5 cauze*".

- contestatorul susține că, potrivit dispozițiilor OUG 34/2006, „nu se vor încadra în ipoteza legii criterii de calificare/selecție care nu au legătură concretă cu obiectul contractului, depășesc nivelul minim necesar pentru asigurarea îndeplinirii în condiții optime a contractului de achiziție publică sau restricționează participarea unor potențiali ofertanți la procedura de achiziție publică”;

- față de cele de mai sus, contestatorul afirmă că existența, în cadrul documentației de atribuire, a cerinței privind *„dovedirea capacității de exercitare a activității profesionale prin intermediul unui certificat constatator emis de Oficiul Registrului Comerțului”* încalcă flagrant legea română, deoarece, prin raportare la obiectul prezentului contract de achiziție publică *„servicii de consultanță și de reprezentare juridică - CPV: 79110000”*, experții propuși de ofertant pentru îndeplinirea contractului trebuie să aiba calitatea de avocați definitiv (Secțiunea I III.2.3 lit. a); prin urmare, în condițiile în care, în mod indubitabil, se intenționează achiziționarea de servicii și activități avocațiale, actul normativ care trebuie luat în considerare este Legea nr. 51/1995, privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat;

- ori, afirmă contestatorul, în conformitate cu prevederile art. 13 din Normele Metodologice privind modul de ținere a registrelor comerțului, de efectuare a înregistrărilor și de eliberare a informațiilor, aprobate prin Ordinul Ministrului Justiției nr. 2594/2008, Oficiul Registrului Comerțului are, printre altele, funcția de a elibera la cererea celor interesați *„certificate constatatoare care atestă că un anumit act sau fapt este înregistrat ori nu în registrul comerțului”*;

- de asemenea, precizează contestatorul, în conformitate cu cerințele de la secțiunea III.2.1 (pag. 3/7) din fișa de date a achiziției *„ofertanții - operatori economici români vor face dovada capacității de exercitare a activității profesionale prin intermediul unui astfel de certificat constatator, emis de Oficiul Registrului Comerțului și obținut direct de către autoritatea contractantă; respectivul certificat trebuie să dovedească faptul că obiectul de activitate al operatorului economic participant la procedură corespunde obiectului contractului, nefiind prevăzute modalități suplimentare sau alternative prin care cerința să poată fi îndeplinită de către ofertanții - operatori economici români”*;

- potrivit Legii nr. 26/1990 privind Registrul Comerțului, sunt supuși procedurii de înmatriculare/înregistrare în Registrul Comerțului exclusiv comercianții, enumerați limitativ în art. 1 al acestei legi, după cum urmează: *„persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și*

întreprinderile familiale, societățile comerciale, companiile naționale și societățile naționale, regiile autonome, grupurile de interes economic, societățile cooperative, organizațiile cooperatiste, societățile europene, societățile cooperative europene și grupurile europene de interes economic cu sediul principal în România, precum și alte persoane fizice și juridice prevăzute de lege”;

- prin urmare, contestatorul afirmă că cerința în cauză este restrictivă deoarece numai „comercianții” pot obține un certificat constatator emis de Registrul Comerțului, care să ateste obiectul lor de activitate; în același timp, susține contestatorul, profesia de avocat este o profesie liberală, care se poate exercita, în mod legal exclusiv, în cadrul uneia dintre formele de exercitare a profesiei, limitativ enumerate de art. 5 din Legea nr. 51/1995, după cum urmează: „formele de exercitare a profesiei de avocat sunt: cabinete individuale, cabinete asociate, societăți profesionale, cu sau fără personalitate juridică sau societăți profesionale cu răspundere limitată”; actul normativ anterior invocat, prevăzând și faptul că „avocații și formele de exercitare a profesiei de avocat se supun obligației de înregistrare în tabelul baroului, barou component al Uniunii Naționale a Barourilor din România”;

- față de cele de mai sus, contestatorul afirmă că în situația în care formele de exercitare a profesiei de avocat nu au corespondent în calitatea de comerciant și nu sunt supuse obligației de înregistrare la Registrul Comerțului, sens în care, ONRC a și emis o serie de precizări, arătând că este interzisă exercitarea profesiei de avocat (corespunzătoare CAEN 6910 – activități juridice) de către comercianți, cerința anterior criticată este nelegală;

- mai mult, susține acesta, art. 113 al.(1) din Legea 51/1995 prevede, în mod expres, faptul că *„la data intrării în vigoare a prezentei legi, persoanele fizice sau juridice care au fost autorizate în baza altor acte normative ori au fost încuviințate prin hotărâri judecătorești să desfășoare activități de consultanță, reprezentare sau asistență juridică, în orice domenii, își încetează de drept activitatea. Continuarea unor asemenea activități constituie infracțiune și se pedepsește potrivit legii penale”*; față de acest aspect, în opinia contestatorului, „cerința dovedirii capacității de exercitare a profesiei prin intermediul unui certificat constatator emis de Oficiul Registrului Comerțului”, nu este numai profund nelegală, dar este de natură a încuraja exercitarea, în mod fraudulos, a profesiei de avocat;

- o altă critică a contestatorului se referă la cerințele existente la Secțiunea 111.2.3 a) - Capacitatea tehnică și/sau profesională reprezintă din fișa de date a achiziției, care, în opinia sa, încalcă principiile proporționalității, nediscriminării și tratamentului egal;

- astfel, contestatorul susține că cerința privind o experiență similară în sensul derulării/finalizării a cel puțin 3 contracte/mandate al căror obiect îl constituie litigii/dispute în care au fost aplicate regulile de contract

FIDIC, cu valori de minim 10 milioane Euro, per dispută sau litigiu, a prestării unor servicii juridice având drept obiect reprezentarea angajatorului, autoritate publică, în proceduri de adjudecare a disputelor, precum și în arbitraje internaționale pentru care s-au aplicat condiții de contract FIDIC, precum și cele privind necesitatea dovedirii unei experiențe a avocaților implicați, constând în litigii decurgând din contracte tip FIDIC și în formularea de acțiuni în instanță pentru contracte de infrastructură de transport rutier și feroviar, restricționează participarea la procedura de atribuire;

- în acest sens, afirmă contestatorul, participarea la procedura de atribuire în cauză este accesibilă doar unui grup restrâns de avocați, care au încheiat sau au avut în derulare, în ultimii 5 ani, contracte de servicii juridice cu autorități publice decurgând din contracte de tip FIDIC;

- față de cele de mai sus, contestatorul afirmă că autoritatea contractantă nu a respectat prevederile art. 2 al. (2) din OUG 34/ 2006 (principiile proporționalității, nediscriminării și tratamentului egal) și art. 176 din același act normativ, respectiv pe cele ale art. 7 și 8 din HG 925/2006, conform cărora, în mod fundamental, cerințele trebuie să vizeze potențialul minim, din punct de vedere tehnic, financiar și organizatoric al ofertantului, strict necesare executării, în condiții optime, a contractului în cauză;

- totodată, afirmă contestatorul, cerința privind „prestarea de servicii juridice legate, spre exemplu, de reprezentarea angajatorului autoritate publică în proceduri de adjudecare a disputelor, precum și în arbitraje internaționale pentru care s-au aplicat condiții de contract FIDIC sau de formularea de acțiuni în instanță pentru contracte de infrastructură de transport rutier și feroviar”, este irelevantă; față de acest aspect, susținând că autoritatea contractantă nu a respectat prevederile art. 176-179, 188 și 189 din OUG 34/2006;

- în ceea ce privește cerința privind „Plafonul valoric de 10 milioane de Euro pentru minimum trei contracte”, contestatorul arată că autoritatea contractantă a solicitat dovedirea de către ofertanți a „derulării/finalizării a cel puțin 3 contracte/mandate al căror obiect îl constituie litigii/dispute în care au fost aplicate regulile de contract FIDIC, cu valori de minim 10 milioane Euro per dispută sau litigiu”.

- în opinia contestatorul, raportarea la un număr de minimum 3 (trei) mandate vizând litigii sau dispute decurgând din contracte de tip FIDIC, încalcă principiile nediscriminării și al tratamentului egal, reglementate de art. 2 al. (2) din OUG 34/2006, întrucât nu se poate aprecia complexitatea și/sau dificultatea executării unui astfel de contract prin raportare la valoarea litigiului/disputei în cauză; în acest sens, precizând că este posibilă participarea în litigii cu valoare a capetelor de cerere mai redusă, care sunt mult mai dificile și complexe, din punct de vedere juridic;

- de asemenea, contestatorul invocă și Ordinului ANRMAP nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, prin care, în cazul contractelor de servicii, autoritățile contractante au obligația de a nu prevede o cerință privind experiența similară prin impunerea atât a unui nivel valoric, cât și a unui nivel cantitativ; în speța de față, norma juridică fiind încălcată deoarece există atât un nivel valoric - 10 milioane Euro/dispută sau litigiu, cât și unul cantitativ (cel puțin 3 contracte);
- tot ca nelegală, afirmă contestatorul, este și cerința potrivit căreia „se permite accesul la procedură exclusiv pentru ofertanții care au reprezentat în trecut Angajatorul Autoritate Publică în proceduri de adjudicare a disputelor, precum și în arbitraje internaționale pentru care s-au aplicat condiții de contract FIDIC”; față de această cerință, contestatorul susține că riscul neexecutării contractului de achiziție publică nu este, în niciun caz, redus; în opinia contestatorului, de multe ori este mai profitabilă experiența proprie pe care unele societăți importante de avocatură au dezvoltat-o lucrând cu clienți din mediul privat în contracte de tip FIDIC;
- în mod suplimentar, față de cerința respectivă, contestatorul susține că autoritatea contractantă nu a respectat nici prevederile art. 188 al. (2) lit. a) din OUG 34/2006, conform căruia nu se permite diferențierea, în scopul dovedirii experienței similare, între clienți/ beneficiari din sistemul public și din cel privat, orice situație contrară conducând la restrângerea concurenței;
- privitor la cerința prin care se solicită *„experiență în formularea de acțiuni în instanță pentru contracte de infrastructură de transport rutier și feroviar”*, contestatorul arată că este la fel de restrictivă ca și cele anterior criticate, întrucât se restrânge și mai mult concurența;
- în acest sens, precizează contestatorul, se solicită prezentarea unui personal cheie necesar îndeplinirii contractului, format din „experți, practicieni ai dreptului având calitatea de avocat definitiv, care să facă dovada unei experiențe în formularea de acțiuni în instanță pentru contracte de infrastructură de transport rutier (Lotul 1 ofertat), respectiv de transport feroviar (Lotul 2 ofertat) de minimum 2 contracte, suplimentar, respectiv minim 5 cauze decurgând din litigii având ca obiect contracte de tip FIDIC”;
- ori, în condițiile în care, litigiile având ca obiect contracte de tip FIDIC, aferente proiectelor de infrastructură rutieră și feroviară, derulate în România, sunt reduse ca număr, contestatorul susține că cerința prezentării „unor acțiuni în instanță pentru minim 2 (două) contracte de infrastructură rutieră, respectiv feroviară este unul extrem de mic”, ceea ce conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire în cauză;
- de asemenea, afirmă contestatorul, asistența și reprezentarea juridică în fața instanțelor judecătorești, conform art. 3 lit. b) din Legea 51/1995, poate îmbrăca, în practică, o diversitate de forme (ex.

formularea de întâmpinări, susținerea de concluzii orale, formularea și depunerea de note scrise, administrarea probelor, ridicarea și susținerea unor excepții etc.); în acest context, în opinia contestatorului, permiterea accesului la procedură exclusiv pentru ofertanții care au drept personal cheie „avocați definitivi”, este restrictivă;

- cerința de mai sus, apare ca restrictivă și din perspectiva faptului că aceste contracte de infrastructură de transport rutier, respectiv feroviar, încheiate de autoritățile publice române, au la bază condiții generale de contract FIDIC; modalitatea de soluționare a conflictelor apărute din executarea contractelor respective fiind, de regulă, arbitrajul, aducerea litigiului în fața instanțelor de drept comun, având un caracter excepțional; prin urmare, afirmă contestatorul, nu este necesară o expertiză aparte, astfel cum impune documentația de atribuire aferentă.

Prin contestația nr. ■/04.05.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/04.05.2012, formulată de „■” Societate Profesională cu Răspundere Limitată, împotriva documentației de atribuire, s-a solicitat, în principal, obligarea autorității contractante la eliminarea prevederilor restrictive și nelegale ale documentației de atribuire, în conformitate cu prevederile legale în vigoare; în subsidiar, în măsura în care se va aprecia că nu pot fi dispuse măsurile de mai sus, anularea procedurii de atribuire, în conformitate cu prevederile art. 209 al. (1), lit.c) și al. (4) din OUG 34/2006; suspendarea procedurii.

Pe fondul cauzei, contestatorul susține următoarele:

- în cadrul secțiunii III – Informații juridice economice, financiare și tehnice, pct. 2.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale din fișa de date a achiziției se solicită demonstrarea exercitării activității profesionale printr-un certificat constatator din care să rezulte obiectul de activitate, care trebuie să corespundă obiectului contractului, cu mențiunea că „nu se solicită transmiterea formularului întrucât autoritatea contractantă va efectua verificările direct la Registrul Comerțului pentru operatorii economici români”;

- față de cerința de mai sus, contestatorul afirmă că prezentarea certificatului constatator, emis de către Registrul Comerțului, nu este aplicabilă formelor de exercitare a profesiei de avocat din România, fiind, deci, imposibil de îndeplinit de către avocații interesați să participe la procedura, indiferent de forma de exercitare a profesiei de avocat în care sunt organizați; în același sens, susține contestatorul, cerința în cauză este contrară prevederilor legale în vigoare, respectiv Statutului profesiei de avocat, Legii nr. 51/1995, privind organizarea și exercitarea profesiei de avocat și principiilor reglementate de art. 2 al. (2) lit. a) și b) din OUG 34/2006;

- prin urmare, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței privind prezentarea, de către toți operatorii economici interesați, a unui certificat constatator și relații obținute de către achizitor direct de la ONRC;

- în continuare, afirmă contestatorul, în cadrul Secțiunii III: Informații juridice, economice, financiare și tehnice, pct.2.3 a) Capacitate tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției, se impune ca operatorii economici să facă dovada experienței profesionale, din care să reiasă experiența „în ultimii 5 ani în reprezentarea Angajatorului Autoritate Publică în minim un arbitraj internațional în care au fost aplicate regulile de contract FIDIC. Acest criteriu se aplică pentru fiecare lot”; pentru Lotul 1 - operatorii economici trebuie să dețină experiență în litigii în care au reprezentat o parte în baza Condițiilor Generale de Contract FIDIC - minim 5 cauze; să prezinte experiența în formularea de acțiuni în instanță pentru contracte de infrastructură de transport rutier - minim 2 contracte; pentru Lotul 2 - să dețină experiență în litigii în care au reprezentat o parte în baza Condițiilor Generale de Contract FIDIC - minim 5 cauze; să prezinte experiența în formularea de acțiuni în instanță pentru contracte de infrastructură de transport feroviar - minim 2 contracte;
- față de cerința de mai sus, contestatorul afirmă că încalcă principiile nediscriminării, proporționalității și egalității de tratament, creând un avantaj clar în favoarea anumitor operatori economici, respectiv restricționează accesul la procedura de atribuire în cauză deoarece ar putea participa numai operatorii economici ce pot face dovada respectării unor cauze supuse condițiilor generale de contract FIDIC; faptul contravenind și dispozițiilor art. 11 al. 2) din HG nr. 925/2006;
- o altă critică a contestatorului se referă la cerința privind „dovedirea finalizării, în ultimii 5 ani, a 3 contracte /proiecte/mandate al căror obiect îl constituie litigii/dispute în care au fost aplicate regulile de contract FIDIC, cu valori de minim 10 milioane Euro sau echivalent fără TVA per dispută sau litigiu”;
- de asemenea, contestatorul susține că este nelegală cerința de mai sus și pentru că, în opinia sa, raportarea la un număr minim de 3 contracte pentru care să se întrunească și cerința valorică de minim 10 milioane de euro fără TVA per dispută sau litigiu încalcă principiile reglementate de art. 2 al. 2 din OUG 34/2006, în acest sens susținând că nu se poate aprecia complexitatea derulării unui astfel de contract din prisma valorii litigiului, potrivit și dispozițiilor legale, avocații fiind obligați să depună toate diligențele necesare pentru îndeplinirea mandatului care le-a fost încredințat și să soluționeze cauzele cu respectarea legii, indiferent de valoarea litigiului sau a disputei dedusă judecății;
- în susținerea criticilor sale, contestatorul invocă și prevederile Ordinului nr. 509/2011, emis de către ANRMAP, arătând că autoritatea contractantă le încalcă deoarece impune în sarcina ofertanților un nivel valoric și unul cantitativ; acest fapt conduce, în opinia contestatorului, și la încălcarea dispozițiilor art. 178 din OUG 34/2006 și art. 8 din HG nr. 925/2006.

Prin contestația nr. ■/04.05.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/04.05.2012, formulată de ■, împotriva documentației de atribuire, s-a solicitat: în prealabil, suspendarea procedurii; în principal, obligarea autorității contractante la luarea unor măsuri de remediere; în subsidiar, în ipoteza în care se consideră că remedierea nu este posibilă, anularea procedurii de atribuire.

În fond, contestatorul susține următoarele:

- solicită Consiliului obligarea autorității contractante la aplicarea unor măsuri de remediere, care urmează a fi precizate ulterior;
- astfel, solicită eliminarea cerinței de calificare potrivit căreia *„în ultimii 5 ani ofertantul a finalizat/derulează cel puțin 3 contracte/proiecte/mandate al căror obiect îl constituie litigii/dispute în care au fost aplicate regulile de contract FIDIC, cu valori de minim 10 milioane Euro sau echivalent fără TVA per dispută sau litigiu”* - art. III.2.3-a) din fișa de date a achiziției, pentru ambele loturi;
- eliminarea cerinței de calificare conform căreia *„în ultimii 5 ani ofertantul a reprezentat Angajatorul Autoritate Publică în minim o procedură de adjudecare a disputelor pentru care s-au aplicat condiții de contract FIDIC”* - art. III.2.3.a) din fișa de date a achiziției, pentru ambele loturi;
- eliminarea cerinței de calificare conform căreia *„în ultimii 5 ani ofertantul a reprezentat Angajatorul Autoritate Publică în minim un arbitraj internațional în care au fost aplicate regulile de contract FIDIC”* - art. III.2.3-a) din fișa de date a achiziției, pentru ambele loturi;
- eliminarea cerinței de calificare prin care se solicită *„avocat definitiv înscris în barou în România (Uniunea Națională a Barourilor)”* - art. III.2.3-a) din fișa de date a achiziției, pentru ambele loturi;
- eliminarea cerinței de calificare prin care se solicită *„experiență în litigii în care a reprezentat o Parte în baza Condițiilor Generale de Contract FIDIC - Minim 5 cauze”* - art. III.2.3.a) din fișa de date a achiziției, pentru ambele loturi;
- eliminarea cerinței de calificare conform căreia trebuie *„să prezinte experiență în formularea de acțiuni în Instanță pentru contracte de infrastructură de transport rutier - Minim 2 contracte”* - art. III.2.3.a) din fișa de date a achiziției, pentru ambele loturi;
- modificarea Secțiunii II - Caiet de sarcini, în sensul precizării cerințelor/specificațiilor tehnice concrete ce trebuie îndeplinite de propunerea tehnică a ofertantului, în conformitate cu cerințele OUG 34/2006, cu asigurarea unei perioade adecvate de timp pentru elaborarea ofertelor și pentru pregătirea documentelor de calificare;
- în sensul celor de mai sus, contestatorul susține că cerința de la art. III.2.3-a) din fișa de date a achiziției, conform căreia *„în ultimii 5 ani ofertantul a finalizat/derulează cel puțin 3 contracte/proiecte/mandate al căror obiect îl constituie litigii/dispute în care au fost aplicate regulile de contract FIDIC, cu valori de minim 10 milioane Euro sau echivalent fără*

TVA per dispută sau litigiu", este disproporționată, prin raportare la prevederile art. 9 lit. a) din HG nr. 925/2006;

- contestatorul menționează că valoarea estimată totală a fiecărui lot în parte este de ■ ron, prin urmare, suma valorilor contractelor ce ar trebui depuse în dovedirea acestei cerințe de calificare este de 3x10.000.000 euro=30.000.000 euro, valoarea respectivă fiind cu peste 80% mai mare decât ceea ce urmează a fi achiziționat, fapt ce conduce și la încălcarea prevederilor art. 8 al. (1) lit.b) din HG nr. 925/2006;

- în opinia contestatorului, o astfel de cerință are rolul de a elimina „*ab initio*” marea majoritate a ofertanților potențiali din piață, deoarece, este extrem de dificil să se identifice măcar câteva societăți civile de avocatură, care să fi desfășurat arbitraje FIDIC de 30.000,000 euro în ultimii 5 ani; asigurarea de asistență juridică în litigii FIDIC cu un prag valoric ridicat, nu reprezintă un element în baza căruia să poată fi apreciată aptitudinea ofertantului de a asigura executarea performantă a contractului licitat;

- o altă critică a contestatorului se referă la cerința prevăzută la art. III.2.3.a) din fișa de date a achiziției potrivit căreia „*în ultimii 5 ani ofertantul a reprezentat angajatorul autoritate publică în minim o procedură de adjudecare a disputelor pentru care s-au aplicat condiții de contract FIDIC*”; „*în ultimii 5 ani ofertantul a reprezentat angajatorul autoritate publică în minim un arbitraj internațional în care au fost aplicate regulile de contract FIDIC*”;

- față de cerința de mai sus, contestatorul precizează că, potrivit documentației de atribuire, termenul „Autoritate Publică” este definit ca fiind „*orice organ de stat sau al unităților administrativ - teritoriale care acționează, în regim de putere publică, pentru satisfacerea unui interes legitim public; sunt asimilate autorităților publice, în sensul legii 554/2004 cu modificările și completările ulterioare, persoanele juridice de drept privat care, potrivit legii, au obținut statut de utilitate publică sau sunt autorizate să presteze un serviciu public, în regim de putere publică*”;

- cu alte cuvinte, un ofertant este eligibil numai dacă a reprezentat un organism etatic, în schimb, unul care, deși, a participat în același tip de litigii, dar a reprezentat o persoană privată, nu este; față de cerința în cauză, contestatorul afirmă că este discriminatorie, bazată pe un criteriu arbitrar de delimitare a agenților economici, încălcând „*garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici*”, principii salvagardate de art. 2 lit.b) din OUG. nr. 34/2006;

- referitor la cerința potrivit căreia avocații propuși trebuie să fie „*înscriși în barou în România (Uniunea Națională a Barourilor)*”, contestatorul susține că și această cerință contravine principiilor nediscriminării, tratamentul egal și principiul recunoașterii reciproce, concretizate prin art. 2 din OUG 34/2006;

- privitor la solicitarea aferentă art. III.2.3.a) din fișa de date a achiziției, prin care se solicită *„experiență în litigii în care au reprezentat o parte în baza condițiilor generale de contract FIDIC – minim 5 cauze”*, contestatorul consideră că această cerință de calificare încalcă dispozițiile art. 188 al. (2) din ordonanța de urgență, precum și pe cele ale art. 7 și art. 8 al. (1) din HG nr. 925/2006, neavând relevanță pentru evaluarea *„posibilității concrete a ofertantului de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia”*;

- de asemenea, contestatorul susține că cerința respectivă încalcă și prevederile art. 178 al. (2) din ordonanța de urgență, pentru că, în opinia sa, a solicita unui potențial ofertant prezentarea a trei avocați, care să fi parcurs deja 5 dispute în baza Condițiilor Generale de Contract FIDIC echivalează cu o excludere imediată a imensei majorității a pieței avocaturii;

- în ceea ce privește cerința prevăzută de art. III.2.3.a) din fișa de date a achiziției, potrivit căreia, avocații identificați prin ofertă *„să prezinte experiență în formularea de acțiuni în instanță pentru contracte de infrastructură de transport rutier - Minim 2 contracte”*, contestatorul afirmă că încalcă dispozițiile art. 178 al. 2) și art. 188 al. (2) din ordonanța de urgență și pe cele ale art. 7 și art. 8 al. (1) al HG. nr. 925/2006, neavând relevanță pentru evaluarea *„posibilității concrete a ofertantului de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia”*;

- referitor la cerința prevăzută de art. III.2.3.a) din fișa de date a achiziției, potrivit căreia, avocații identificați prin ofertă trebuie să: *„prezinte experiență în formularea de acțiuni în instanță pentru contracte de infrastructură de transport rutier – Minim 2 contracte”*, contestatorul susține că și această cerință încalcă prevederile art. 178 al. 2) și art. 188 al. (2) din OUG 34/2006 și pe cele ale art. 7 și art.8 al. (1) din HG nr. 925/2006, neavând relevanță pentru evaluarea *„posibilității concrete a ofertantului de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acesteia”*;

- în ceea ce privește cerința de la art.IV.4.1 din fișa de date a achiziției, potrivit căreia *„propunerea tehnică va fi întocmită în conformitate cu cerințele caietului de sarcini”*, coroborat cu art. 3, lit.ț) din ordonanța de urgență potrivit căreia, propunerea tehnică este definită ca fiind *„parte a ofertei elaborată pe baza cerințelor din caietul de sarcini sau, după caz, din documentația descriptivă”*, contestatorul susține că în cadrul caietului de sarcini propus, nu există nicio cerință a cărei îndeplinire trebuie a fi demonstrată de către participanții la procedură; documentul în cauză oferind informații pur descriptive, fără a avea o anume cerință adresată participanților.

Prin contestația nr. ■/04.05.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/04.05.2012, formulată de SCA ■, împotriva documentației de atribuire, s-a solicitat, în principal, obligarea autorității contractante la modificarea

documentației de atribuire, în sensul eliminării prevederilor restrictive și nelegale; în subsidiar, în măsura în care se va aprecia că nu pot fi dispuse măsuri de remediere, anularea procedurii de atribuire, în conformitate cu prevederile art. 209 al. (1) lit.c) și al. (4), coroborate cu prevederile art. 278 al. (2) și al. (6) din OUG 34/2006; suspendarea procedurii de atribuire.

Pe fondul cauzei, contestatorul susține următoarele:

- la pct. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției autoritatea contractantă solicită, în vederea calificării, ca fiecare dintre operatorii economici interesați să demonstreze că întrunește următoarele criterii minime obligatorii: *„a) în ultimii 5 ani ofertantul a reprezentat angajatorul autoritate publică, în minim un arbitraj internațional în care au fost aplicate regulile de contract FIDIC”*;
- contestatorul afirmă că cerința de mai sus este excesivă și limitativă, restrângând, în mod nejustificat, accesul la procedură al operatorilor economici care au acumulat experiență similară în reprezentarea în arbitraje internaționale, în care au fost aplicate regulile de contract FIDIC a altor părți decât o autoritatea publică, deoarece, în opinia sa, prestarea în favoarea unei autorități publice a serviciilor de reprezentare în arbitraje internaționale în care au fost aplicate regulile de contract FIDIC nu prezintă nicio particularitate semnificativă față de prestarea aceluiași servicii către un beneficiar privat;
- de asemenea, afirmă contestatorul, alegerea regulilor de contract FIDIC în vederea guvernării unor relații contractuale are drept semnificație, atât pentru partenerul contractual, subiect de drept public cât și pentru cel de drept privat, respectarea unui set de reguli, termeni și condiții prestabilite drept bune practici unitare și de comun acord la nivel internațional în domeniul de activitate respectiv; prin urmare, tipul de experiență similară solicitat ofertanților în cadrul procedurii exclude orice diferențiere asupra calității subiectului de drept, beneficiar al respectivelor servicii; comisia europeană interpretând, în mod constant, ca fiind discriminatorii și restrictive cerințe aferente dovedirii experienței similare prin care operatorii economici să prezinte contracte încheiate cu instituții/autorități publice;
- în același sens, contestatorul susține că Ordinul nr. 915/2008 a fost în vigoare în perioada august 2008 - mai 2009; ulterior, prin HG nr. 1405/2010, intrată în vigoare în ianuarie 2011, s-a reluat utilizarea condițiilor de contract FIDIC, numai pentru unitățile din subordinea ■ și pentru contracte de lucrări a căror valoare excede pragul de 4.845.000 Euro; ca atare, numărul avocaților români care au acumulat experiență în litigii de acest gen, în ultimii 5 ani, fiind extrem de redus; prin urmare, susține contestatorul, se impune obligarea autorității contractante la reformularea cerinței privind impunerea demonstrării experienței similare în reprezentarea, în ultimii cinci ani, a unei părți, în minim un arbitraj internațional;

- în ceea ce privește cerința de la pct. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției conform căreia *„în ultimii 5 ani ofertantul a finalizat/derulează cel puțin trei contracte/proiecte/mandate al căror obiect îl constituie litigii/dispute în care au fost aplicate regulile de contract FIDIC, cu valori de minim 10 milioane de euro sau echivalent, fără TVA, per dispută sau litigiu”*, contestatorul susține că încalcă, în mod flagrant, dispozițiile Ordinului ANRMAP nr. 509/2011, în conformitate cu care nu se poate solicita îndeplinirea cerinței privind experiența similară prin impunerea atât a unui nivel valoric, cât și a unui nivel cantitativ și nici prin solicitarea unui număr minim de contracte;
- totodată, contestatorul afirmă că, prin raportare la prevederile art. 9 din HG nr. 925/2006, pragul valoric de 10 milioane de euro, impus pentru valoarea litigiilor considerate a constitui experiență relevantă, este disproporționat în raport cu valoarea contractului care face obiectul prezentei proceduri de atribuire; amintind, în acest sens, că, dacă s-ar aplica cerința în cauză, valoarea experienței similare va depăși cu mult valoarea serviciilor care vor fi solicitate prin contractele subsecvente aferente fiecărui lot; în conformitate cu prevederile caietului de sarcini, secțiunea 2.5.1, bugetele contractelor subsecvente se vor încadra, de regulă, între 5140,56 lei, fără TVA și 5.400.000 lei fără TVA;
- prin urmare, contestatorul solicită Consiliului obligarea autorității contractante la reformularea cerinței privind demonstrarea „experienței similare prin demonstrarea faptului că în ultimii 5 ani ofertantul a finalizat/derulează cel puțin 1 contract/proiect/mandat al cărui obiect îl constituie litigii/dispute implicând cunoștințe specifice unei anumite ramuri de drept, spre exemplu în materie comercială, civilă sau a achizițiilor publice”;
- în ceea ce privește cerința de la pct. III.2.3. lit.c) din fișa de date a achiziției potrivit căreia *„în ultimii 5 ani, ofertantul a reprezentat angajatorul autoritatea publică în minim o procedură de judecare a disputelor pentru care s-au aplicat condiții de contract FIDIC”*, contestatorul susține că este restrictivă nepermițând accesul la procedură al operatorilor economici cu experiență în reprezentarea și asistarea părților în litigii sau proceduri de arbitraj internațional;
- referitor la Lotul 1, contestatorul menționează că se solicită demonstrarea capacității profesionale cu o echipă de *„trei experți cheie, avocați, licențiați în studii universitare juridice, cunoscători - nivel excelent – de „limba româna sau engleză”, avocați definitiv înscriși în barou în România (Uniunea Națională a Barourilor). Fiecare din cei trei experți cheie trebuie să întrunească următoarele cerințe minime obligatorii de experiență generală: (i) experiență ca Avocat Definitiv de Minim 8 (opt) ani; (ii) experiență în reprezentarea intereselor unei părți în cadrul litigiilor sau în consultanță juridică de minim 5 (cinci) ani. Fiecare din cei trei experți cheie trebuie să întrunească următoarele cerințe minime obligatorii de experiență specifică. (i) experiență în litigii: minim*

2 (doi) ani sau minim 5 cauze; (ii) experiență în litigii în care a reprezentat o parte în baza Condițiilor Generale de Contract FIDIC - minim 5 cauze; (iii) experiență în formularea de acțiuni în instanță pentru contracte de infrastructură de transport rutier - minim 2 contracte”, contestatorul precizează că toate cerințele de mai sus sunt obligatorii pentru Lotul 1, prin urmare, neîndeplinirea oricăruia dintre acestea atrage descalificarea ofertantului;

- ori, în opinia contestatorului, cerința de a demonstra experiență în formularea de acțiuni în instanță pentru contracte de infrastructură de transport rutier, respectiv experiență în litigii în care a reprezentat o parte în baza Condițiilor Generale de Contract FIDIC, este restrictivă și irelevantă pentru selectarea operatorului economic în cadrul unei proceduri guvernată de principiile atribuirii contractului în cauză;

- contestatorul precizează că experiența în formularea de acțiuni în instanță este generală, iar o circumstanțiere a acesteia în funcție de obiectul concret al cauzei ar putea fi acceptată numai prin raportare la materia de bază la care se referă și care impune efectiv reguli procedurale specifice - spre exemplu drept civil, drept comercial, drept penal, dreptul muncii;

- cu privire la Lotul 2, contestatorul menționează că se solicită demonstrarea capacității profesionale cu o echipă de „trei experți cheie, avocați, licențiați în studii universitare juridice, cunoscători - nivel excelent - de „limba româna gau engleză”, avocați definitiv înscrisi în barou în România (Uniunea Națională a Barourilor). Fiecare din cei trei experți cheie trebuie să întrunească următoarele cerințe minime obligatorii de experiență generală: (i) experiență ca Avocat Definitiv de Minim 8 (opt) ani; (ii) experiență în reprezentarea intereselor unei Părți în cadrul litigiilor sau în consultanță juridică de minim 5 (cinci) ani. Fiecare din cei trei experți cheie trebuie să întrunească următoarele cerințe minime obligatorii de experiență specifică: (i) experiență în litigii: minim 2 (doi) ani sau minim 5 cauze; (ii) experiență în litigii în care a reprezentat o parte în baza Condițiilor Generale de Contract FIDIC - minim 5 cauze; (iii) experiență în formularea de acțiuni în instanță pentru contracte de infrastructură de transport feroviar - minim 2 contracte”;

- față de cerințele de mai sus, contestatorul afirmă că sunt restrictive, pentru motive identice cu cele invocate pentru Lotul 1, solicitând, în acest sens, Consiliului, obligarea autorității contractante la eliminarea acestora;

- contestatorul menționează că, în conformitate cu prevederile Secțiunii VI.3 din fișa de date a achiziției, „în cazul în care pe locul 6 în clasament (pentru fiecare dintre loturi) sunt mai multe oferte cu prețuri egale (valoarea totală a acordului cadru fără TVA - pentru fiecare dintre loturi), se va întocmi un clasament în funcție de valoarea totală a serviciilor fără TVA și se va accepta oferta cu cea mai mică valoare totală

a serviciilor fără TVA. În cazul în care există din nou egalitate se va solicita reofertarea valorii întregului acord cadru, în plic închis, numai operatorilor economici care sunt la egalitate. Prezenta procedură de achiziție este organizată în conformitate cu prevederile art. 16 din OUG 34/2006, cu modif. și compl. ulterioare. Ofertele se depun separat pentru fiecare lot”;

- față de cerința de mai sus, contestatorul afirmă că este confuză, în sensul că, deși autoritatea contractantă specifică, în mod clar, faptul că departajarea inițială a ofertelor cu preț egal se va realiza pentru fiecare dintre loturi, în ceea ce privește runda a doua de departajare, autoritatea contractantă favorizează ofertanții care au depus oferte în ambele loturi, stabilind că departajarea se va realiza prin reofertarea întregii valori a acordului cadru, fapt care, în opinia contestatorului, impune reformularea acesteia;

- contestatorul invocă și nelegalitatea cerinței de la Secțiunea VI.3 din fișa de date a achiziției potrivit căreia *„operatorul economic câștigător al licitației este obligat să dețină/să-și deschidă cont la Trezorerie în vederea efectuării plăților aferente serviciilor prestate în cadrul contractului subsecvent”,* deoarece conform dispozițiilor Ordinului nr. 1235/2009, „ ... în scopul respectării principiilor nediscriminării și tratamentului egal, prevăzute la art. 2 al. (2) lit.a) și b) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 (...), instituțiile publice nu pot impune condiția de a avea conturi deschise la Trezoreria Statului operatorilor economici interesați să participe la procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică. Contravaloarea bunurilor achiziționate, serviciilor prestate sau lucrărilor executate instituțiilor publice de către operatorii economici organizați ca societăți civile, fundații, organizații neguvernamentale, societăți cooperative sau alte forme de asociere ale acestora, alte persoane fizice sau juridice care nu se încadrează în prevederile pct. 6.1.1 se achită în conturi de disponibilități ale acestora, deschise la instituții de credit”; impunându-se eliminarea sa.

Prin contestația nr. ■/04.05.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/07.05.2012, formulată de SCA ■, împotriva documentației de atribuire, s-a solicitat, în principal, obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire, în sensul eliminării prevederilor nelegale; în subsidiar, anularea procedurii de atribuire, în măsura în care se va considera că viciile documentației de atribuire impun anularea acesteia; obligarea autorității contractante la prelungirea perioadei de depunere a ofertelor; suspendarea procedurii.

Pe fondul cauzei, se precizează următoarele:

- cerința aferentă experienței similare, respectiv de prezentarea de contracte al căror obiect îl constituie litigii/dispute în care au fost aplicate regulile de contract FIDIC, precum și experiența într-o procedură de adjudecare a disputelor și într-un arbitraj internațional în care s-au aplicat regulile de contract FIDIC, este restrictivă întrucât permite

participarea la procedura de atribuire numai a ofertanților care *„deruleaza/au derulat 3 contracte de asistență juridică având ca obiect litigii/dispute în care au fost aplicate regulile de contract FIDIC și care au avut o valoare de minim 10 milioane euro fiecare; au experiența într-o procedură de adjudecare a disputelor în care s-au aplicat regulile de contract FIDIC; au experiență într-un arbitraj internațional în care s-au aplicat regulile de contract FIDIC îndeplinesc condițiile de calificare impuse”*;

- față de cerința de mai sus, contestatorul precizează că de fapt, litigiile de tip FIDIC sunt o subspecie a litigiilor comerciale, autoritatea contractantă având obligația de a explica de ce nu este suficientă dovedirea experienței similare cu privire la litigii comerciale, care, în opinia sa, ar fi suficientă, având în vedere inclusiv activitățile pe care, conform caietului de sarcini, urmează a le presta avocatul respectiv (ex: activitatea nr. 1, nr. 2, nr. 3, nr. 4, nr. 5 și nr. 6); din caietul de sarcini rezultă faptul că numai o parte din activitățile pe care avocatul le va presta în realizarea contractului presupun acordarea de asistență juridică în contract de tip FIDIC;

- de asemenea, contestatorul afirmă că autoritatea contractantă a încălcat și Ordinul nr. 509/2011, emis de ANRMAP, unde, prin Anexa nr. 1, s-a stabilit că *„nu se poate solicita îndeplinirea cerinței privind experiența similară prin impunerea atât a unui nivel valoric, cât și a unui nivel cantitativ”*; în cazul de față, în mod nelegal, autoritatea contractantă a impus, atât un prag valoric: *„contracte având ca obiect litigii în care au fost aplicate regulile FIDIC, cu valori de minim 10 milioane Euro”* cât și un prag cantitativ: *„minim 3 contracte”*;

- referitor la Lotul 1 și Lotul 2, precum și raportat la solicitarea potrivit căreia, pentru dovedirea capacității profesionale, trebuie *„să prezinte experiență ca Avocat Definitiv - minim 8 (opt) ani; să prezinte experiență în reprezentarea intereselor unei părți în cadrul litigiilor sau în consultanță juridică - minim 5 (cinci) ani. Experiență specifică: experiență în litigii- minim 2 (doi) ani sau minim 5 cauze; experiență în litigii în care a reprezentat o parte în baza Condițiilor Generale de Contract FIDIC- Minim 5 cauze; să prezinte experiență în formularea de acțiuni în Instanță pentru contracte de infrastructură de transport rutier- Minim 2 contracte”*, contestatorul susține că aceste cerințe sunt nelegale deoarece încalcă principiul proporționalității și restricționează participarea operatorilor economici la procedura de atribuire;

- de asemenea, contestatorul susține că acestea încalcă și prevederile art.178 al. (2) din OUG 34/2006, fiind necesar a fi reformulate astfel: *„Lot I și II Experiența generală: să prezinte experiența ca Avocat Definitiv - minim 5(cinci) ani; să prezinte experiență în reprezentarea intereselor unei părți în cadrul litigiilor sau în consultanță juridică - minim 5(cinci) ani. Experiență specifică: experiență în litigii - minim 2 (doi) ani;*

să prezinte experiență în formularea de acțiuni în Instanță/ acțiuni arbitrate pentru contracte de drept comercial - Minim 2 contracte".

În vederea soluționării contestațiilor susmenționate, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresele nr. ■/05.05.2012, nr. ■/05.05.2012 și nr. ■/09.05.2012, transmiterea dosarului achiziției publice, în copie, întocmit conform precizărilor art. 213 din OUG 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 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, precum și punctul de vedere cu privire la contestațiile în cauză.

Prin adresa nr. ■/11.05.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/11.05.2012, autoritatea contractantă transmite documentele solicitate, în copie; ulterior, prin adresa nr. ■/14.05.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/14.05.2011, autoritatea contractantă precizează nu va transmite un punct de vedere față de contestațiile formulate, solicitând Consiliului să emită o decizie, pe baza elementelor din dosarul cauzei.

Ultimul document, aferent dosarelor cauzei, îl reprezintă adresa nr. ■/11.05.2012, transmisă de către SCA ■ și înregistrată la CNSC sub nr. ■/14.05.2012.

Analizând actele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

■ a organizat, în calitate de autoritate contractantă, procedura de achiziție, prin „licitație deschisă”, în vederea atribuirii, pe loturi, a acordului cadru, cu maxim 6 operatori economici, pe o durată de 26 luni, având ca obiect: „Asistență juridică pentru beneficiarii POST – acordarea de asistență juridică beneficiarilor finali ■ SA și, respectiv, ■ SA în vederea gestionării eficiente a contractelor derulate de aceștia”, cod CPV 79110000-8; principala modalitate de finanțare: „bugetul de stat și fonduri comunitare nerambursabile”; elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr. ■/■.04.2012, conform căruia valoarea estimată este de ■ lei, fără TVA, reprezentând echivalentul a ■ euro, fără TVA.

Potrivit cap. IV.2.1) din fișa de date a achiziției, criteriul de atribuire ales este „prețul cel mai scăzut”.

De asemenea, Consiliul va reține că în cadrul secțiunii II – caiet de sarcini din cadrul documentației de atribuire se precizează existența a două loturi supuse atribuirii, respectiv. Lotul 1 – Asistență juridică pentru ■ SA, respectiv Lotul 2 – Asistență juridică pentru ■ SA.

Ulterior luării la cunoștință a conținutului documentației de atribuire, emise de către autoritatea contractantă, prin contestația nr. ■/03.05.2012, înregistrată la CNSC cu nr. ■/03.05.2012, formulată de SCA ■ împotriva documentației de atribuire s-a solicitat, în principal, obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire, în sensul eliminării prevederilor restrictive; în subsidiar,

anularea procedurii de atribuire în cauză, conform prevederilor art. 209 al. (1) lit.c) și al.(4) din OUG 34/ 2006; suspendarea procedurii de atribuire.

În conformitate cu dispozițiile art. 275¹⁾ al.1) și 2) din OUG 34/2006, „în cazuri temeinic justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, Consiliul, până la soluționarea fondului cauzei, poate să dispună, în termen de 3 zile, la cererea părții interesate, prin decizie, măsura suspendării procedurii de achiziție publică; cererea de suspendare fiind soluționată cu luarea în considerare a consecințelor acestei măsuri asupra tuturor categoriilor de interese ce ar putea fi lezate, inclusiv asupra interesului public”.

Aplicând, în mod corespunzător, norma juridică anterior invocată, conform celor consemnate în cadrul Deciziei nr. ■/■.05.2012, Consiliul a dispus suspendarea acesteia, până la soluționarea, pe fond, a cauzei, urmând ca, referitor la celelalte capete de cerere, să se pronunțe, pe fond, în termenul legal, astfel cum este acesta stipulat la art. 276 al.1) din OUG 34/2006, cu luarea în considerare a legislației în vigoare, din domeniul achizițiilor publice.

Totodată, prin Decizia nr. ■/■.05.2012 și Decizia nr. ■/■.05.2012, Consiliul a respins, pe cale de excepție, în virtutea „puterii lucrului judecat” solicitările de suspendare a procedurii de atribuire în cauză, formulate de către SCPA ■, SCA ■, respectiv SCA ■.

În conformitate cu dispozițiile art. 269 din OUG 34/2006, „procedura de soluționare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiilor legalității, celerității, contradictorialității și a dreptului la apărare”.

Aplicând, în mod corespunzător, norma legală anterior invocată, prin adresa nr. ■/05.05.20121, Consiliul a solicitat ■ transmiterea unui punct de vedere cu privire la cele 6 (șase) contestații deduse soluționării; prin adresa nr. ■/14.05.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/14.05.2012, aceasta din urmă răspunde că „nu va transmite un punct de vedere scris față de contestațiile formulate, urmând ca CNSC să emită o decizie pe baza elementelor din dosarul cauzei”.

În conformitate cu dispozițiile art. 247 al. 1) din OUG 34/ 2006 „...lipsa punctului de vedere al autorității contractante nu împiedică soluționarea contestației/contestațiilor, în măsura în care s-a făcut dovada comunicării acesteia/acestora”.

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul va proceda la soluționarea contestației deduse judecății cu luarea în considerare atât a legislației în vigoare, din domeniul achizițiilor publice, cât și a modului în care autoritatea contractantă a elaborat cerințele aferente documentației de atribuire, respectiv fișei de date a achiziției și caietului de sarcini.

Potrivit dispozițiilor art. 7 din HG 925/2006, „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 procedură, 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”.

De asemenea, Consiliul va lua în considerare faptul că, în cadrul art. 176 din OUG 34/2006 se menționează că „autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criteriile de calificare și selecție referitoare numai la: a) situația personală a candidatului sau ofertantului; b) capacitatea de exercitare a activității profesionale; c) situația economică și financiară; d) capacitatea tehnică și/sau profesională; e) standarde de asigurare a calității, f) standarde de protecție a mediului, în cazurile prevăzute la art. 188 al. 2) lit. f) și al. 3) lit. e)”.

În conformitate cu dispozițiile art. 273 al. 1) din OUG 34/ 2006 „contestațiile formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire vor fi conexe de către Consiliu pentru a se pronunța o soluție unitară. Pentru contestațiile formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire se va păstra continuitatea completului de soluționare”.

Din această perspectivă, în baza cadrului legal anterior invocat, precum și a aprecierii potrivit căreia cele 6 (șase) contestații conțin, în principiu, critici similare, Consiliul va proceda la contopirea acestora, urmând a le analiza, în mod unitar, deoarece consideră că în acest fel, va putea propune o soluție unitară care, în final, va profita părților.

În acest sens, Consiliul va reține că la pct. II.1.5) Descrierea succintă a contractului din fișa de date a achiziției se precizează următoarele: „obiectivul specific al fiecărui acord-cadru îl reprezintă acordarea de asistență juridică beneficiarilor finali ■ SA și, respectiv ■ SA în vederea gestionării eficiente a contractelor derulate de aceștia”; în mod corelativ, la pct. 2.3), 2.4) și 2.5) din cadrul caietului de sarcini fiind enunțate „activitățile principale pentru fiecare dintre beneficiarii finali, rezultatele așteptate de la consultant, activități specifice în acordul cadru”.

Potrivit doctrinei juridice, asistența juridică este una din formele importante prin care se manifestă dreptul la apărare, constând, în principiu, în sprijinul pe care apărătorii îl dau părților în cadrul procesului (civil/penal) prin lămuririle, sfaturile și intervențiile lor ca specialiști în domeniul dreptului.

Conform „Clasificării Ocupațiilor din România” – C.O.R., grupa de bază 2611 „avocații oferă clienților consultanță juridică pe o mare varietate de subiecte, întocmesc documente juridice, reprezintă clienții în fața consiliilor de administrație sau în fața tribunalelor, pledează cazuri ori conduc activități de urmărire penală în fața instanțelor de judecată sau instruiesc avocații pledanți pentru a pleda în instanțele de judecată superioară”.

În opinia Consiliului, faptul că serviciile, aferente procedurii de atribuire în cauză, urmează a fi prestate de către avocați, este mai presus de orice îndoială și datorită mențiunilor de la pct. 5.2 din cadrul caietului de sarcini, în care se precizează că „pentru fiecare lot, echipa ... va fi formată din minim 3 experți cheie – avocați definitiv, care vor lucra permanent cu personalul beneficiarilor finali”.

Consiliul va reține că în cadrul art. 1) din Legea 51/1995, pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat se stipulează următoarele:

- „al. 1) Profesia de avocat este liberă și independentă, cu organizare și funcționare autonome, în condițiile prezentei legi și ale statutului profesiei;

- al. 2) Profesia de avocat se exercită numai de avocații înscriși în tabloul baroului din care fac parte, barou component al Uniunii Naționale a Barourilor din România, denumită în continuare U.N.B.R.;

- al. 3) Constituirea și funcționarea de barouri în afara U.N.B.R. sunt interzise. Actele de constituire și de înregistrare ale acestora sunt nule de drept. Nulitatea poate fi constatată și din oficiu”.

Consiliul consideră că, în cadrul procedurii de atribuire în cauză, nu există nicio îndoială asupra faptului că personalul care urmează a presta serviciile contractelor de achiziție publică, subsecvente acordului – cadru, trebuie să aibă calitatea de avocat, conform actului normativ anterior invocat; raționamentul respectiv fiind validat și de prevederile de la pct.2.3/Activități principale pentru fiecare dintre beneficiarii finali din cadrul caietului de sarcini, potrivit cărora, ofertantul/ofertanții desemnat/desemnați câștigător/câștigători trebuie să presteze:

- „1. asistență juridică pentru beneficiarul final în vederea unei bune derulări a contractelor;

- 2. consultanță juridică și reprezentarea intereselor beneficiarului final în instanțele de mediere/conciliere/soluționare a disputelor în ceea ce privește negocierea, încheierea, derularea și finalizarea tuturor contractelor de lucrări, servicii de consultanță, asistență tehnică și altele asemenea, aferente proiectelor finanțate prin fonduri structurale și de coeziune, pe toată perioada de implementare a acestora, în baza mandatului acordat;

- 3. asistență oferită beneficiarului final în procedurile de recuperare/încasare a debitelor (inclusiv în executarea garanțiilor de participare la licitații, a celor de bună execuție, a scrisorilor de garanție bancară pentru returnarea avansului);

- 4. asistență juridică în formularea poziției beneficiarului final în cadrul etapelor procedurale ale CE în privința aplicării de corecții financiare;

- 5. asistență juridică în situațiile în care se decide rezilierea unor contracte de către oricare din cele două părți contractante, formularea punctelor de vedere juridice și în reprezentarea beneficiarului final în cazul în care astfel de dispute ajung în instanțe naționale și/sau internaționale, precum și reprezentarea intereselor beneficiarului final în

vederea soluționării pe cale amiabilă/negociere, în fața instanței arbitrale au a oricărei instanțe de judecată (națională sau internațională, după caz), a oricăror diferende, dispute, litigii care decurg din proiectele care se derulează cu finanțare prin fonduri de coeziune, în baza mandatului acordat;

- 6. elaborarea unei baze de date utilizând informațiile rezultate pe parcursul derulării acestui proiect care va cuprinde datele relevante și cazuistica referitoare la litigiile privind licitațiile și revendicările/disputele/litigiile comerciale”.

În aceste condiții, Consiliul apreciază că, dat fiind faptul că obiectul contractului de achiziție publică în cauză are ca element principal furnizarea de asistență juridică, cu element de finalitate, „reprezentarea beneficiarului final în cazul în care astfel de dispute ajung în instanțe naționale și/sau internaționale”, se impun următoarele:

- potrivit dispozițiilor art. 183 din OUG 34/2006, în ceea ce privește „capacitatea de exercitare a activității profesionale”, autoritatea contractantă „are dreptul de a solicita oricărui operator economic să prezinte documente edificatoare care să dovedească forma de înregistrare ca persoană fizică sau juridică și, după caz, de atestare ori apartenență din punct de vedere profesional, în conformitate cu prevederile din țara în care ofertantul/candidatul este stabilit”;

- la art. 4) al. 1) lit. a) din Ordinul nr. 509/2011, emis de către ANRMAP se precizează că „autoritatea contractantă, în vederea desemnării câștigătorului/câștigătorilor procedurii de atribuire, va avea în vedere două aspecte distincte: a) criteriile de calificare și selecție din care rezultă capacitatea ofertantului ca firmă, organism, entitate juridică de a duce la îndeplinirea viitorului contract”;

- în cadrul anexei nr. 1 – „Formulări nerestrictive/Documentația de atribuire/Anunțul de participare/Invitația de participare se acceptă/ validează” din cadrul actului normativ anterior invocat se precizează următoarele: „2.Document edificator considerat necesar pentru dovedirea apartenenței la categoria profesională impusă de îndeplinirea contractului solicitat – certificate, atestate, autorizații etc., în funcție de specificul contractului în situația în care există reglementările legale care impun deținerea unor astfel de documente”;

- interpretând norma juridică anterior invocată, referitor la „capacitatea de exercitare a activității profesionale”, Consiliul apreciază că se impune reformularea cerinței aferente în sensul în care ofertanții trebuie să demonstreze că au calitatea de a presta asistență juridică, în conformitate cu dispozițiile Legea 51/ 1995; prin urmare, autoritatea contractantă, procedând la verificarea documentelor edificatoare va putea beneficia de suportul Uniunii Naționale a Barourilor din România (U.N.B.R.) sau de autoritatea echivalentă, conform prevederilor „din țara în care ofertantul/candidatul este stabilit”;

- prin urmare, Consiliul va obliga autoritatea contractantă la eliminarea cerinței de la pct. III.2.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale din fișa de date a achiziției, potrivit căreia se solicită prezentarea unui „certificat constatator – din care să rezulte obiectul de activitate al respectivului operator economic, care trebuie să corespundă obiectului contractului. Nu se solicită transmiterea formularului întrucât autoritatea contractantă face verificările direct la Registrul Comerțului pentru operatorii economici români. În cazul persoanelor juridice/fizice străine se solicită documente care dovedesc o formă de înregistrare/atestare ori apartenență din punct de vedere profesional, conforme legii țării de rezidență a operatorului economic și din care să rezulte obiectul de activitate al respectivului operator economic, care trebuie să corespundă obiectului contractului. În cazul asocierii mai multor operatori economici cerințele privind capacitatea de exercitare a activității profesionale (certificat constatator emis de ORC) trebuie să fie îndeplinite de fiecare asociat” și reformularea acesteia conform motivării anterioare.

Potrivit art. 178 al. 1) din OUG 34/2006, „în cazul în care, pentru criteriile de natura celor prevăzute la art. 176 lit. c) și d) autoritatea contractantă consideră că se justifică impunerea anumitor cerințe minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească pentru a fi considerați calificați, atunci aceste cerințe trebuie să fie precizate, conform principiului transparenței, în cadrul invitației/ anunțului de participare”.

În ceea ce privește justificarea „impunerii anumitor cerințe minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească pentru a fi considerați calificați”, a fost coroborată de către legiuitor cu impunerea, în sarcina autorității contractante, a obligațiilor prevăzute de dispozițiile art. 8 al. 2) din HG 925/2006, conform cărora „atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel cum este prevăzut la art. 178 al. 1) din ordonanța de urgență, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției”.

Altfel spus, prin raportare inclusiv la dispozițiile art. 178 al. 2) din OUG 34/2006, potrivit cărora „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”, legiuitorul a plasat în sarcina exclusivă a autorității contractante motivarea (argumentarea, justificarea, explicarea rațiunii introducerii acestora în cadrul fișei de date a achiziției) în cadrul unui document intitulat „notă justificativă”; procedând la verificarea dosarului cauzei, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a aplicat, în mod corespunzător, dispozițiile anterior invocate, aceasta din urmă, în cadrul

notei justificative nr. ■/12.04.2012, filele ■ – ■, limitându-se la a copia dispozițiile corespondente din cadrul OUG 34/2006 și la a concluziona astfel: „aceste cerințe au fost stabilite având în vedere specificul proiectului, complexitatea activităților care vor fi desfășurate și în același timp să nu fie restricționată competiția, pe baza propunerilor beneficiarilor finali ai proiectului”.

Consiliul nu poate lua în considerare afirmații de genul celor de mai sus, emise de către autoritatea contractantă, deoarece, pe de-o parte, în mod evident, nu a avut în vedere „specificul proiectului”, iar, pe de altă parte, ■ s-a abținut în a formula un punct de vedere, după cum rezultă din adresa nr. ■/14.05.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/14.05.2011, fapt care, în opinia Consiliului, echivalează cu renunțarea, din propria voință, la exercitarea dreptului fundamental la apărare de către autoritatea contractantă, situație care nu poate fi considerată, sub nicio formă, în beneficiul acesteia din urmă.

Însă, chiar și în aceste condiții, Consiliul va proceda la soluționarea dosarului cauzei, aplicând, cu maximă responsabilitate, dispozițiile art. 269 din OUG 34/2006, potrivit cărora „procedura de soluționare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiilor legalității, celerității, contradictorialității și a dreptului la apărare”.

Prin urmare, fixându-și cadrul legal specific, Consiliul va reține că o altă critică comună celor 6 (șase) contestatori se referă la modul „restrictiv” în care autoritatea contractantă a formulat cerințele de la pct. III.2.3.a)/Capacitatea tehnică și/sau profesională din cadrul fișei de date a achiziției, potrivit cărora:

- „în ultimii 5 ani ofertantul a finalizat/derulează cel puțin 3 contracte/proiecte/mandate al căror obiect îl constituie litigii/dispute în care au fost aplicate reguli de contract FIDIC, cu valori de minim 10 milioane de EURO sau echivalent fără TVA per dispută sau litigiu. Criteriul se va aplica pentru fiecare lot;
- în ultimii 5 ani ofertantul a reprezentat Angajatorul Autoritate Publică în minim o procedură de adjudecare a disputelor pentru care s-au aplicat condițiile de contract FIDIC. Criteriul se va aplica pentru fiecare lot în parte;
- în ultimii 5 ani ofertantul a reprezentat Angajatorul Autoritate Publică în minim un arbitraj internațional în care au fost aplicate regulile de contract FIDIC. Criteriul se aplică pentru fiecare lot în parte”.

FIDIC reprezintă acronimul, din limba franceză, pentru Federația Internațională a Inginerilor, organism internațional ale cărui obiective le reprezintă promovarea, în comun, a intereselor profesionale ale asociațiilor membre și difuzarea informațiilor de interes comun membrilor asociațiilor naționale componente; formele de contract aferente fiind recomandate, pentru uz general, în cazurile în care se organizează licitații internaționale.

Sub egida FIDIC sunt promovate 4 (patru) forme standard de contract, respectiv: contract pentru construcții, contract pentru echipamente și construcții inclusiv proiectare, contract pentru PAC/proiecte la cheie, forma scurtă a contractului.

Ori, din analiza dosarului cauzei, autoritatea contractantă, pe lângă faptul că nici în cadrul caietului de sarcini nu a menționat absolut deloc acronimul FIDIC, aceasta din urmă nu a prezentat niciun argument care să poată fi reținut prin raportare la „beneficiarii proiectelor de infrastructură în cadrul POST”, astfel cum sunt aceștia enumerați în cadrul pct. 1.3/Situația actuală în sectorul relevant din fișa de date a achiziției, fila 11, respectiv: ■, ■ SA, ■, ■, ■ SA, ■, ■ SA, ■ SA.

Mai mult, în condițiile în care la pct. 1.4/Alte programe/proiecte în legătură cu prezentul proiect din fișa de date a achiziției se menționează faptul că „prezentul contract aparține unui set de proiecte, care vor fi finanțate prin POS-T, Axa prioritară 4 „Asistență tehnică”, Domeniul major de intervenție 4.1.„Sprijin pentru managementul, implementarea, monitorizarea și controlul POST”, Consiliul apreciază că cerințele de calificare trebuie să reflecte inclusiv „setul de proiecte” căruia urmează a se racorda „prezentul contract”, tocmai pentru „a crește capacitatea de absorbție a fondurilor comunitare nerambursabile în domeniul infrastructurii rutiere și feroviare de interes național”.

În acest sens, Consiliul urmează a obliga autoritatea contractantă la modificarea cerinței anterior comentată, respectiv la eliminarea acronimului FIDIC și relaționarea viitoarei cerinței cu „rezultatele așteptate de la consultant”, astfel cum sunt acestea prevăzute la pct. 2.4 din cadrul fișei de date a achiziției, fila 12.

Pe cale de consecință, Consiliul va obliga autoritatea contractantă și la eliminarea cerințelor aferente experienței specifice solicitată „experților cheie – avocați 1, 2, 3”, pentru ambele loturi, prin care se solicită acestora „experiență în litigii în care au reprezentat o Parte în baza Condițiilor Generale de Contract FIDIC – Minim 5 cauze”.

O altă critică a contestatorilor vizează aceleași cerințe de la pct. III.2.3.a)Capacitatea tehnică și/sau profesională anterior comentate, prin care se solicită un interval de timp dat - „ultimii 5 ani”, în care ofertantul să fi reprezentat „Angajatorul Autoritate Publică”, respectiv ofertantul „să deruleze 3 contracte cu valori de minim 10 milioane Euro sau echivalent fără TVA per dispută sau litigiu”.

În conformitate cu dispozițiile art. 188 al. 2 lit. a din OUG 34/2006, „în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de servicii, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului ...a) o listă a principalelor servicii prestate în ultimii 3 ani, conținând valori, perioade

de prestare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați”.

De asemenea, Consiliul reține ca fiind relevante pentru fondul cauzei și dispozițiile art. 9 lit. a din HG 925/2006, potrivit cărora „...se prezumă că cerințele minime de calificare sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, dacă se impune îndeplinirea unor condiții cum ar fi: a) suma valorilor/cantităților de produse furnizate, servicii prestate și lucrări executate, incluse în contractul/contractele prezentat/prezentate de către operatorul economic ca dovadă a experienței lui similare, să fie mai mare decât valoarea/cantitatea de produse/servicii/lucrări ce vor fi furnizate/prestate/executate în baza contractului care urmează să fie atribuit”.

În același sens sunt și precizările din cadrul Ordinului nr. 509/ 2011, emis de către ANRMAP, referitor la contractele de servicii, conform cărora este nerestrictivă solicitarea „unei liste a principalelor servicii prestate în ultimii 3 ani, conținând valori perioade de prestare, beneficiari, indiferent dacă aceștia din urmă sunt autorități contractante sau clienți privați. Note: 1) Valoarea solicitată de autoritatea contractantă trebuie să fie mai mică sau egală cu valoarea estimată; 2) Nu se poate solicita îndeplinirea cerinței privind experiența similară prin impunerea atât a unui nivel valoric, cât și a unui nivel cantitativ”.

Având în vedere cadrul legal anterior invocat, Consiliul consideră că autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile aferente în ceea ce privește: perioada de timp - „ultimii 5 ani”, valoarea contractelor - „minim 10 milioane Euro sau echivalent per dispută/litigiu”, „angajatorul autoritate publică”, urmând a obliga „expresis verbis” autoritatea contractantă la modificarea acestora, astfel:

- se înlocuiește sintagma „în ultimii 5 ani” cu sintagma „în ultimii 3 ani”;
- se modifică sintagma „valori de minim 10 milioane euro sau echivalent fără TVA per dispută sau litigiu”, cu valoarea estimată „de ■ lei, fără TVA, reprezentând echivalentul a ■ euro, fără TVA” astfel cum este aceasta precizată în cadrul anunțului de participare nr. ■/■.04.2012, cu mențiunea că aceasta reprezintă pragul maximal la care se poate ajunge, fiind formată din totalitatea contractelor care urmează a fi prezentate;
- se modifică sintagma „Angajatorul Autoritate Publică” prin adaugarea sintagmei „sau client privat”.

De asemenea, Consiliul va reține afirmațiile contestatorilor potrivit cărora solicitarea numai a „experienței în formularea de acțiuni în instanță pentru contracte de infrastructură de transport rutier și feroviar” este restrictivă, apreciind că, cel puțin, prin raportare la natura beneficiarilor finali, cerința în cauză trebuie reformulată prin precizarea celor trei domenii majore acoperite de aceștia din urmă, respectiv: rutier, feroviar și maritim.

Fiind vorba despre avocați, în calitate de „experți cheie”, Consiliul reamintește părților că, în România, „avocatul este persoana licențiată în științe juridice care, ulterior, este admisă în profesie, în baza unui examen organizat de baroul în care intenționează să profeseze; după admiterea în profesie, avocatul poartă titlul profesional de avocat stagiar, urmând a fi înscris pe Tabloul avocaților stagiaari; ulterior efectuării stagiului obligatoriu de 2 ani, avocatul stagiar trebuie să susțină un examen de definitivat organizat de barou, în urma căruia avocatul este înscris pe Tabloul avocaților definitivivi”.

Din această perspectivă, Consiliul va respinge afirmațiile ■ S.p.a.r.l, respectiv SCPA ■, potrivit cărora „permiterea accesului la procedură exclusiv pentru ofertanții care au drept personal cheie „avocați definitivivi”, este restrictivă”, deoarece, prin raportare atât la precizările anterioare, cât și la complexitatea activităților care urmează a fi derulate de către aceștia, astfel cum sunt acestea redate la pct. 2.4/Rezultate așteptate de la consultant în cadrul caietului de sarcini, fila 12, apreciază că experții cheie trebuie să aibă un minimum de experiență, validată de examenul de definitivat organizat de barou, experiența fiind cu atât mai necesară în condițiile în care trebuie elaborate, de exemplu „puncte de vedere privind orice aspecte juridice și de interpretare în cadrul etapelor procedurale ale Comisiei Europene în privința aplicării de corecții financiare”.

Consiliul nu va reține nici afirmația aparținând SCPA ■, potrivit căreia „cerința prin care se solicită ca avocații propuși trebuie să fie înscriși în barou în România (Uniunea Națională a Barourilor) contravine principiilor nediscriminării, tratamentul egal și principiul recunoașterii reciproce, concretizate prin art. 2 din OUG 34/2006”, deoarece experții cheie trebuie să aibă capacitatea de a-și reprezenta clienții, în mod nemijlocit, în principal pe teritoriul României; demonstrarea capacității de exercitare a activității profesionale urmând a se face prin aplicarea, în mod corespunzător, a dispozițiilor art. 183 din OUG 34/2006, coroborate cu cele ale art. 10 din Legea 51/1995, potrivit cărora „Avocatul străin nu poate pune concluzii orale și nici scrise în fața instanțelor judecătorești și a celorlalte organe de jurisdicție din România, cu excepția instanțelor de arbitraj comercial”.

Pe de altă parte, în conformitate cu dispozițiile art. 19 din Legea 51/1995, „avocatul stagiar poate pune concluzii numai la judecătoria. Avocatul definitiv are dreptul să pună concluzii la tribunale, ca instanțe de fond, după 2 ani de la definitivare, la tribunale, ca instanțe de recurs, și la curțile de apel, după 3 ani de la definitivare, și la Curtea Supremă de Justiție, la Curtea de Conturi sau la Curtea Constituțională, după 8 ani de la definitivare”.

În aceste condiții, Consiliul apreciază că fiind contradictorii solicitările autorității contractante de la pct. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din cadrul fișei de date a achiziției privind experiența

generală - „să prezinte experiență ca avocat definitiv – minim 8 (opt) ani” și experiența specifică - „experiență în litigii – minim 2 (doi) ani sau minim 5 cauze”, în măsura în cadrul documentației de atribuire, respectiv a caietului de sarcini ■ nu a precizat, nici măcar cu titlu de ipoteză, rangul instanței la care va trebui reprezentată, oferindu-le potențialilor ofertanți „informații pur descriptive”, după cum afirmă SCPA ■.

Pe cale de consecință, va obliga autoritatea contractantă la reformularea cerințelor privind experiența generală și cea specifică astfel încât, pe de-o parte, să fie respectate dispozițiile Legii nr. 51/1995, iar, pe de altă parte, să fie puse în consonanță cerințele de calificare cu cerințele caietului de sarcini, potrivit dispozițiilor art. 35 al. 1) și 2) din OUG 34/2006.

Conform normei juridice anterior invocate „caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice, care, la rândul lor, reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesității autorității contractante”.

O altă critică aparținând SCA ■ se referă la cerința enunțată la cap.VI.3) Alte informații din cadrul fișei de date a achiziției, potrivit căreia „în cazul în care pe locul 6 în clasament (pentru fiecare dintre loturi) sunt mai multe oferte cu prețuri egale (valoarea totală a acordului cadru fără TVA - pentru fiecare dintre loturi), se va întocmi un clasament în funcție de valoarea totală a serviciilor fără TVA și se va accepta oferta cu cea mai mică valoare totală a serviciilor fără TVA. În cazul în care există din nou egalitate se va solicita reofertarea valorii întregului acord cadru, în plic închis, numai operatorilor economici care sunt la egalitate. Prezenta procedură de achiziție este organizată în conformitate cu prevederile art. 16 din OUG 34/2006, cu modif. și compl. ulterioare. Ofertele se depun separat pentru fiecare lot”.

Referitor la cerința de mai sus, Consiliul apreciază că la elaborarea acesteia, autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile art. 178 al. 2) din OUG 34/2006, deoarece, pe de-o parte mențiunea respectivă nu se află plasată în secțiunea corectă, putând eventual fi atașată, sub formă de „notă” secțiunii IV.2/Criterii de atribuire din cadrul fișei de date a achiziției, iar, pe de altă parte, în situația în care „se va întocmi un clasament în funcție de valoarea totală a serviciilor fără TVA”, în mod evident, sunt favorizați ofertanții care au depus ofertă pentru ambele loturi, fiind nerespectate în acest fel principiile nediscriminării și tratamentului egal, consacrate de art. 2) al. 2) lit. a) și b) din OUG 34/2006, în condițiile în care, potrivit mențiunilor de la pct. II.1.8) din fișa de date a achiziției se poate depune ofertă numai pe unul dintre loturi sau amândouă loturile; prin urmare, va obliga autoritatea contractantă la eliminarea acesteia.

De asemenea, același contestator critică și cerința figurând tot la cap.VI.3) Alte informații din cadrul fișei de date a achiziției, potrivit căreia

„operatorul economic câștigător al licitației este obligat să dețină/să-și deschidă cont la Trezorerie în vederea efectuării plăților aferente serviciilor prestate în cadrul contractului subsecvent”, deoarece conform dispozițiilor art. 6.1.6 din Ordinul nr. 1235/2009, pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor OUG 146/2002 privind formarea și utilizarea resurselor derulate prin trezoreria statului aprobată cu modificări prin Legea nr. 201/2003, cu modificările și completările ulterioare, „în scopul respectării principiilor nediscriminării și tratamentului egal, prevăzute la art. 2 al. (2) lit.a) și b) din OUG 34/2006 (...), instituțiile publice nu pot impune condiția de a avea conturi deschise la Trezoreria Statului operatorilor economici interesați să participe la procedura de atribuire a contractelor de achiziție publică. Contravaloarea bunurilor achiziționate, serviciilor prestate sau lucrărilor executate instituțiilor publice de către operatorii economici organizați ca societăți civile, fundații, organizații neguvernamentale, societăți cooperative sau alte forme de asociere ale acestora, alte persoane fizice sau juridice care nu se încadrează în prevederile pct. 6.1.1 se achită în conturi de disponibilități ale acestora, deschise la instituții de credit”.

Procedând la analiza dosarului cauzei, Consiliul constă că se impune obligarea autorității contractante la eliminarea cerinței anterior criticată deoarece în conformitate cu dispozițiile art. 6.1.1 din Norma metodologică 2003, de aplicare a prevederilor OUG 146/2002 privind formarea și utilizarea resurselor derulate prin Trezoreria Statului, aprobată cu modificări prin Legea nr. 201/2003, „prin agent economic, în înțelesul art. 6 din ordonanța de urgență, se înțeleg: regii autonome, societăți sau companii naționale și societăți comerciale persoane juridice, inclusiv filialele sau sucursalele acestora”; în situația de față, Consiliul apreciază că ofertantul câștigător, prezentându-se într-un din formele de organizare prevăzute de Legea nr. 51/1995, intră în categoria excepțiilor prevăzute, în mod limitativ, de dispozițiile art. 6.1.4. din cadrul aceluiași act normativ.

În conformitate cu prevederile art. 179 al. 4) din OUG 34/ 2006, „orice modificare și/sau completare a criteriilor de calificare și selecție precizate conform al. 3) conduce la anularea procedurii de atribuire, cu excepția modificărilor dispuse prin decizia Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor”.

Având în vedere faptul că prin Decizia nr. ■/■.05.2012, Consiliul a dispus suspendarea procedurii de atribuire în cauză până la soluționarea pe fond a litigiilor deduse soluționării, apreciază că referitor la documentația de atribuire se pot adopta măsuri de remediere, fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 al. 2 lit. a) – f) din ordonanța de urgență.

Față de cele mai sus, în temeiul art.278 al.2), 4), 5) și 6) din OUG 34/2006, Consiliul urmează să:

- admită contestațiile formulate de SCA ■, ■ Societate profesională cu răspundere limitată, SCA ■, SCA ■ în contradictoriu cu autoritatea contractantă ■;
- admită, în parte, contestațiile formulate de ■ S.p.a.r.l și SCPA ■, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ■.

Pe cale de consecință, va obliga autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire în cauză prin modificarea documentației de atribuire, conform motivării anterioare, cu aplicarea, în mod corespunzător, a dispozițiilor art. 72 coroborate cu cele ale art. 80 din cadrul aceluiași act normativ.

PREȘEDINTE COMPLET

■

MEMBRU COMPLET

■

MEMBRU COMPLET

■

Redactat în 9 (nouă) exemplare originale, conține 33 (treizecișitri) pagini