



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea,

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare cu nr. ..., S.C. ...S.R.L., cu sediul în ..., str. ...și cu sediul profesional ales la cabinet de avocat ...în ..., str. ..., CUI ..., împotriva răspunsului la clarificări nr. ...emis în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte, a contractului de lucrări având ca obiect "Realizarea rețelelor publice de alimentare cu apă, canalizare, iluminat public, precum și a drumurilor aferente Ansamblului de Locuințe ...sector ...loturi", organizată de (PRIMĂRIA), cu sediul în ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat obligarea autorității contractante la modificarea răspunsului la întrebarea nr. 3 privitoare la cerința III.2.3 a) Capacitatea tehnică și/sau profesională în sensul eliminării interpretării restrictive privitoare la dovedirea experienței similare.

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

DECIDE:

Admite contestația formulată de S.C. ...S.R.L., cu sediul în ..., str. ..., în contradictoriu cu (PRIMĂRIA), cu sediul în ..., ..

Anulează, în parte, adresa de clarificări ...Nr....., respectiv răspunsul nr.3 dat la întrebarea nr.3, și obligă (PRIMĂRIA) la emiterea unui nou răspuns care va avea următorul conținut „În situația în care ofertantul uzează de posibilitatea de a prezenta terț susținător pentru dovedirea experienței similare, cerința poate fi îndeplinită și prin luarea în considerare a susținerii acordată de terțul susținător”.

Obligă (PRIMĂRIA) la publicarea în SEAP a anulării răspunsului nr.3 dat la întrebarea nr.3 din adresa ...Nr....și a noului răspuns, în termen de 10 zile de la data primirii prezentei decizii.

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

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. ..., S.C. ...S.R.L. precizează că autoritatea contractantă a publicat anunțul de participare în SEAP sub nr. ...privind achiziția publică de lucrări "Realizarea rețelelor publice de alimentare cu apă, canalizare, iluminat public, precum și a drumurilor aferente Ansamblului de Locuințe - 2 loturi" publicând totodată documentația de atribuire a procedurii.

Contestatorul arată că în fișa de date a achiziției, Cerința III.2.3 a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, autoritatea contractanta a formulat 2 cerințe distincte de calificare privind experiența similară pentru proiectare și execuție.

În ceea ce privește aceasta cerință, contestatorul precizează că s-a formulat clarificarea - întrebarea nr. 3 dacă se consideră îndeplinită cerința privind experiența similară dacă aceasta este asigurată pe partea de proiectare de către ofertant și pe partea de execuție de către un terț susținător.

S.C. ...S.R.L. adaugă că prin răspunsul la clarificare nr....-întrebarea nr.3 publicat în SEAP nr. ..., autoritatea contractantă răspuns în sensul că în conformitate cu Ordinul 509/2011, Anexa 2, în situația în care ofertantul uzează de posibilitatea de a prezenta terț susținător pentru dovedirea experienței similare, cerința va fi îndeplinită în întregime de către un singur susținător.

Contestatorul arată că prevederile legale incidente în situația în care un ofertant invocă, pentru a dovedi îndeplinirea cerinței

privind experiența similară, susținerea unui terț, sunt următoarele: art. 190 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, art. 11¹ alin. (1) din H.G. nr. 925/2006, anexa 1 a Ordinului ANRMAP nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, anexa 2 a Ordinului ANRMAP nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție.

Față de prevederile legale invocate, S.C. ...S.R.L. apreciază că interpretarea dată de către autoritatea contractantă dispozițiilor Ordinului ANRMAP 509/2011, Anexa 2, respectiv că cerința privind experiența similară trebuie îndeplinită în totalitate de către un singur sustinator, conduce la o restricționare nejustificată a participării operatorilor economici care pot executa numai proiectarea sau numai execuția lucrărilor, la procedura de atribuire, fiind încălcate astfel principiul tratamentului egal și cel al proporționalității, principii ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. b) și e) din O.U.G. nr. 34/2006.

Având în vedere faptul ca autoritatea contractantă a formulat 2 cerințe de calificare distincte privind experiența similară, respectiv pentru proiectare și execuție, în situația în care ofertantul uzează de posibilitatea de a prezenta terț susținător pentru dovedirea experienței similare, contestatorul apreciază că cerința poate fi îndeplinită separat pentru proiectare și separat pentru execuție.

În aceste condiții, contestatorul precizează că se desprinde concluzia că pentru dovedirea experienței similare a celor două elemente de ofertat se poate îndeplini cerința de calificare prin dovedirea experienței similare, atât de către ofertant singur (pentru execuție și/sau proiectare) cât și împreună cu un terț susținător (pentru experiența similară pe care ofertantul înțelege să dovedească prin intermediul terțului susținător - fie execuție, fie proiectare).

Concluzionând, contestatorul precizează că dispoziția din Anexa 2 a Ordinului ANRMAP nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, trebuie interpretată, în acest caz, ca referindu-se la fiecare dintre aceste cerințe.

S.C. ...S.R.L. menționează că în sensul celor motivate mai sus, s-a pronunțat CNSC într-o speță similară prin Decizia nr.....

Având în vedere cele menționate mai sus, contestatorul apreciază că măsura restrictivă a autorității contractante este de natură a distorsiona principiile și scopul O.U.G. nr. 34/2006.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., (PRIMĂRIA) a transmis punctul său de vedere, prin care solicită respingerea contestației, ca nefondată.

Referitor la obligarea la modificarea răspunsului la întrebarea nr.3 privitoare la cerința III.2.3 a) Capacitatea tehnică și/sau profesională în sensul eliminării interpretării restrictive privitoare la dovedirea experienței similare, autoritatea contractantă solicită respingerea acestui capăt din contestație ca nefondat pentru următoarele considerente:

-autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile art. art. 11¹ din H.G. nr. 925/2006 potrivit căroră: "*(1) În cazul în care, în conformitate cu prevederile art. 186 și 190 din ordonanța de urgență, ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară ori capacitatea tehnică și/sau profesională prin prezentarea unui angajament de susținere din partea unui terț, autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere pentru verificarea îndeplinirii cerințelor minime impuse în cadrul documentației de atribuire*", iar în Fișa de date a achiziției a prevăzut, "*Capacitatea tehnică și profesională a unui ofertant poate fi susținută de o terță persoană, fizică sau juridică, indiferent de relațiile juridice existente între aceasta și ofertant*".

-autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile din anexa 1 a Ordinului ANRMAP nr. 509/2011 a solicitat prin Fișa de date a achiziției Cerința III.2.3 a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, pentru dovedirea experienței similare, prezentarea de contracte de proiectare și execuție separat pe fiecare specialitate sau contracte care să fi cuprins și proiectare și execuție (separat și defalcat) pentru toate tipurile de lucrări solicitate. Deci autoritatea contractantă nu a formulat 2 cerințe de calificare distincte privind experiența similară ci aceeași cerință de calificare este formulată în două moduri distincte, tocmai pentru a nu restricționa participarea ofertanților prin solicitarea de a prezenta minim un contract de valoare estimată pentru fiecare lot și care să fi inclus toate specialitățile solicitate.

-prin răspunsul la solicitarea de a comunica dacă cerința de experiență similară poate fi îndeplinită prin susținerea dată de mai mulți terți, autoritatea contractantă nu a interpretat restrictiv prevederile din anexa 2 a Ordinului ANRMAP nr. 509/2011, ci a enunțat exact prevederea din ordin care menționează că în situația în care ofertantul care depune ofertă comună uzează de posibilitatea de a prezenta terț susținător pentru dovedirea experienței similare, "*indiferent dacă există un singur sau mai mulți*

susținători cerința privind cifra de afaceri sau cea privind experiența similară va fi îndeplinită în întregime de către o singură persoană, respectiv un singur terț susținător".

- autoritatea contractantă consideră că sensul prevederii din anexa 2 a Ordinului ANRMAP nr. 509/2011, este acela că operatorul poate prezenta propria experiență similară pentru partea de proiectare sau execuție pe care o acoperă, restul de experiență similară pentru proiectare sau execuție, putând fi îndeplinită în întregime de către o singură persoană, respectiv un singur terț susținător.

În replică la punctul de vedere al autorității contractante, contestatorul a transmis adresa ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., prin care solicită respingerea susținerilor autorității contractante.

Contestatorul reiterează aspectele prezentate în contestație și apreciază că interpretarea dată de către autoritatea contractantă dispozițiilor Ordinului ANRMAP 509/2011, anexa 2, respectiv că cerința privind experiența similară trebuie îndeplinită în totalitate de către un singur susținător, conduce la o restricționare nejustificată a participării operatorilor economici care pot executa numai proiectarea sau numai execuția lucrărilor, la procedura de atribuire, fiind încălcate astfel principiul tratamentului egal și cel al proporționalității, principii ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. b) și e) din O.U.G. nr. 34/2006.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține că autoritatea contractantă, (PRIMĂRIA) prin anunțul de participare nr. ..., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice - SEAP, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, pentru atribuirea contractului având ca obiect "Realizarea rețelelor publice de alimentare cu apă, canalizare, iluminat public, precum și a drumurilor aferente Ansamblului de Locuințe ...sector ...loturi", documentația de atribuire fiind postată în SEAP alături de anunțul de participare. Valoarea estimată a contractului este de 265.576.078 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire "oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic".

Împotriva răspunsului la clarificarea postată în SEAP de către autoritatea contractantă cu nr. ..., în speță răspunsul la întrebarea nr.3, S.C. ...S.R.L. formulează contestația ce formează obiectul prezentei cauze.

În susținerea contestației S.C. ...S.R.L. arată că prin răspunsul transmis de către autoritatea contractantă, respectiv ca cerința privind experiența similară să fie îndeplinită în totalitate de către un singur susținător, este restricționată nejustificat participarea la procedura de atribuire a operatorilor economici care pot executa numai proiectarea sau numai execuția lucrărilor, fiind încălcate astfel principiul tratamentului egal și cel al proporționalității, motiv pentru care solicită obligarea autorității contractante la modificarea răspunsului la întrebarea nr.3 privitoare la cerințe III.2.3 a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” în sensul eliminării interpretării restrictive referitoare la modul de dovedire a experienței similare.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată că prin adresa nr....autoritatea contractantă a postat în SEAP răspuns la o solicitare de clarificări, iar răspunsul la întrebarea *„Având în vedere cele precizate anterior, se consideră îndeplinită cerința privind experiența similară dacă aceasta este asigurată pe partea de proiectare de către ofertant, și pe partea de execuție de către un terț susținător?”* a fost următorul *„În conformitate cu Ordinul 509/2011, Anexa 2, în situația în care ofertantul uzează de posibilitatea de a prezenta terț susținător pentru dovedirea experienței similare, cerința va fi îndeplinită în întregime de către un singur susținător”*.

Consiliul constată că la capitolul III.2.3. “Capacitatea tehnică și/sau profesională” din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a stabilit ca cerință de calificare privind experiența similară să fie îndeplinită atât pentru partea de proiectare cât și pentru cea de execuție, pentru fiecare dintre cele două loturi.

În soluționarea contestației, Consiliul va reține ca relevante dispozițiile legale incidente în situația în care un ofertant invocă, dovedirea îndeplinirii cerinței privind experiența similară, prin susținerea unui terț, respectiv:

- dispozițiile art. 190 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, care prevăd: “Capacitatea tehnică și profesională a ofertantului/candidatului poate fi susținută, pentru îndeplinirea unui contract, și de o altă persoană, indiferent de natura relațiilor juridice existente între ofertant/candidat și persoana respectivă”;

- dispozițiile art. 11¹ alin. (1) din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora: “ În cazul în care, în conformitate cu prevederile art. 186 și 190 din ordonanța de urgență, ofertantul/candidatul își demonstrează situația

economică și financiară ori capacitatea tehnică și/sau profesională prin prezentarea unui angajament de susținere din partea unui terț, autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere pentru verificarea îndeplinirii cerințelor minime impuse în cadrul documentației de atribuire”;

- Anexa 1 a Ordinului ANRMAP nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, care prevede că: ”În situația unui contract de achiziție publică ce presupune atât proiectare, cât și execuție, autoritatea contractantă nu va limita operatorii economici la prezentarea unui contract având ca obiect atât proiectare, cât și execuție, permițându-le acestora prezentarea de contracte distincte.”;

- Anexa 2 a Ordinului ANRMAP nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, care prevede că: ”Indiferent dacă există un singur sau mai mulți susținători, cerințe privind cifra de afaceri sau cea privind experiența similară va fi îndeplinită în întregime de către o singură persoană respectiv un singur terț susținător”.

Ori, având în vedere complexitatea contractului de achiziție publică în cauză, respectiv de proiectare și execuție, recunoscută de legiuitor, conform prevederilor legale mai sus menționate, precum și valoarea estimată a acestuia, Consiliul constată că interpretarea dată de autoritatea contractantă, acestor dispoziții legale, respectiv că cerința privind experiența similară trebuie îndeplinită în totalitate de ofertant sau de către terțul susținător, conduce la o restricționare nejustificată a participării operatorilor economici care pot executa numai proiectarea sau numai execuția lucrărilor, la procedura de atribuire în cauză, fiind încălcate astfel principiul tratamentului egal și cel al proporționalității, principii ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, enunțate la art. 2 alin. (2) lit. b) și e) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Totodată, Consiliul reține, în soluționare, că autoritatea contractantă a formulat 2 cerințe de calificare distincte privind experiența similară pentru proiectare și execuție, care, în cazul unei asocieri, pot fi îndeplinite separat de asociați; nota din Anexa 2 a Ordinului ANRMAP nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție trebuie interpretată, în acest caz, ca referindu-se la fiecare dintre aceste două cerințe.

Prin urmare, având în vedere cele prezentate anterior, în temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite

contestația formulată de S.C. ...S.R.L., în contradictoriu cu (PRIMĂRIA).

Pentru considerentele din motivare, urmează a anula, în parte, adresa de clarificări ...Nr...., respectiv răspunsul nr.3 dat la întrebarea nr.3, și obligă (PRIMĂRIA) la emiterea unui nou răspuns care va avea următorul conținut „În situația în care ofertantul uzează de posibilitatea de a prezenta terț susținător pentru dovedirea experienței similare, cerința poate fi îndeplinită și prin luarea în considerare a susținerii acordată de terțul susținător”.

Obligă (PRIMĂRIA) la publicarea în SEAP a anulării răspunsului nr.3 dat la întrebarea nr.3 din adresa ...Nr....și a noului răspuns, în termen de 10 zile de la data primirii prezentei decizii.

În temeiul art. 278 alin. (6) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va dispune continuarea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

....

MEMBRU,

...