



# CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

**C. N. S. C.**

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România  
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

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

## DECIZIE

**Nr. ...**

**Data: ...**

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de SC ...SA, cu sediul în str. ..., ..., județul ..., CUI ..., privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de lucrări de extindere a infrastructurii de canalizare în ... și în ..., coduri CPV 45000000-7, 45111000-8 și altele, cu data de deschidere a ofertelor 28.02.2013, organizată de SC ..... SA, cu sediul în str. ..., ..., județul ..., CUI ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat obligarea autorității la modificarea cerințelor III.1.1.b) și III.2.3.a) din fișa de date a achiziției, referitoare la garanția de bună execuție și la experiența similară, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

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

## DECIDE:

În baza art. 278 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, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite în parte contestația SC ...SA nr. ..., în contradictoriu cu SC ..... SA, și obligă autoritatea contractantă ca, în termen de zece

zile de la data primirii prezentei decizii, să remedieze cerința de calificare – din anunțul de participare și din fișa de date a achiziției – conform căreia *"ofertantul trebuie sa fi executat cel puțin un contract similar care sa fi avut ca obiect realizarea a cel puțin 65 km de rețele de canalizare în mediul urban"*, în sensul eliminării sintagmei *"în mediul urban"*, precum și al permiterii ca ofertanții să își dovedească experiența similară prin prezentarea mai multor contracte executate în ultimii cinci ani, care cumulate să acopere pragul de 65 km de rețea de canalizare. Actul (sau actele) de remediere va fi adus la cunoștința operatorilor economici prin postare în Sistemul Electronic de Achiziții Publice.

Respinge, ca rămasă fără obiect, cererea de suspendare a procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006. Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de zece zile de la comunicare.

## MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestația de față, prin care operatorul economic SC ...SA reclamă cerințele III.1.1.b) și III.2.3.a) din fișa de date a achiziției întocmită de SC ..... SA pentru derularea licitației antemenționate, cerințe pe care contestatoarea le apreciază ca fiind restrictive.

În motivarea acțiunii se arată că, la prima dintre cerințe se prevede: *"Cuantumul garanției de buna execuție este de 10% din valoarea fara TVA a contractului si se constituie conform art. 90 din HG 925/2006 printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancara sau de o societate de asigurari, care devine anexa la contract"*. Prin această redactare, autoritatea limitează posibilitatea operatorilor economici de a constitui garanția de buna execuție numai printr-un instrument de garantare în conformitate cu art. 90 alin. (1), ceea ce contravine principiului tratamentului egal, deoarece nu se ia în considerare posibilitatea ca operatorii economici să constituie garanția de buna execuție în celelalte forme reglementate de art. 90 alin. (1)-(3) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 Este de observat și notificarea Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice din 22 iunie 2012 privind modul de întocmire a fișei de date a

achiziției, în ceea ce privește modalitatea de constituire a garanției de buna execuție.

Referitor la cerința secundă – "*ofertantul trebuie sa fi executat cel puțin un contract similar care sa fi avut ca obiect realizarea a cel puțin 65 km de rețele de canalizare în mediul urban*" –, impunerea ca experiența similară să conștie în realizarea de rețele de canalizare numai în mediul urban este restrictivă. Realizarea de rețele în mediul rural nu diferă cu nimic în ceea ce privește categoriile de lucrări similare realizate în mediul urban. Inclusiv solicitarea aducerii a "cel puțin un contract similar" este restrictivă. Ținând seama de valoarea estimată a lucrării și de cantitatea solicitată (65 de km de rețele de canalizare) este imposibil ca mai mulți operatori economici, care dețin capacitatea tehnico-financiară de a realiza lucrarea, să poată participa la procedura în cauză, deoarece nu dețin numai un contract similar cu cantitatea solicitată, ci din mai multe contracte. Cerința încalcă prevederile Ordinului președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. ....

În punctul său de vedere nr. .../... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. ..., autoritatea contractantă susține în apărare că documentația de atribuire a contractului a fost întocmită în conformitate cu legislația în materia achizițiilor publice, inclusiv cu Ordinul ministrului mediului și pădurilor și al președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. ...privind aprobarea modelelor de documentații standardizate aferente procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție de lucrări publice pentru proiectele de "proiectare și execuție de stație de tratare a apei/stație de epurare de ape reziduale", "execuție de rețele de canalizare și rețele de alimentare cu apă", "proiectare și execuție de stație de sortare, compostare și tratare mecanobiologică a deșeurilor", "execuție de depozit conform de deșeuri", fapt demonstrat de însăși validarea de către Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice a anunțului de participare.

Cu privire la modalitatea de constituire a garanției de bună execuție, indicată la cap. III.1.1.b), autoritatea a respectat formularea din modelul standardizat de fișă de date a achiziției din anexa nr. .... Totodată, ea este în concordanță și cu prevederile art. 90 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006. Pe de altă parte, invocarea de către contestator a prevederilor art. 90 alin. (3) din aceeași hotărâre este nefondată, textul normei fiind: "*Dacă părțile convin, garanția de bună execuție se poate constitui și prin rețineri succesive [...]*". În plus aplicarea acestui text intervine ulterior semnării contractului, când autoritatea și ofertantul câștigător devin părți contractante.

Relativ la cerința de la cap. III.2.3.a), ea respectă formularea cap. III.2.3.a) din modelul standardizat de fișă de date a achiziției din anexa nr. ...:

*"Pentru contracte de executie rețele de canalizare*

*- Ofertantul trebuie să fi executat cel puțin un contract similar care sa fi avut ca obiect realizarea a cel puțin ... km de rețele de canal (se va completa de autoritatea contractantă, numărul de km va fi mai mic sau egal cu cel care face obiectul contractului ce urmeaza a fi atribuit)."*

În cadrul contractului care urmează să fie atribuit se vor executa rețele de canalizare în lungime de 42,501 km în municipiul ..., respectiv 27,271 km în orașul ..., adică un total de 69,772 km, situație în care lungimea de 65 km impusă în fișa de date este conformă ordinului precitat. Condiția realizării experienței "în mediul urban" este în concordanță cu prevederile aceluiași ordin, potrivit căruia: *"3. Se va solicita ca obiectul contractului sa vizeze rețele de apa si canalizare in mediul urban numai in cazul in care contractul de achizitie publica se va derula in mediul urban"*.

Notificările Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice au caracter de recomandare, neputându-se substitui prevederilor legale în vigoare, pe care autoritatea contractantă are obligația să le respecte.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după deliberare Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ..., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ..., autoritatea contractantă SC ..... SA a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de lucrări de extindere a infrastructurii de canalizare în ... și în ..., în cadrul proiectului "Extinderea și reabilitarea infrastructurii ...și apă uzată în județul ...", lucrări estimate valoric la 94.375.375 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP, la ..., alături de anunțul de participare. După consultarea respectivei documentații, pentru motivele evocate mai sus, operatorul economic SC ...SA a investit Consiliul, în termen legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Asupra aspectelor sesizate de reclamant, Consiliul reține că, atât în cuprinsul anunțului de participare, cât și în cel al fișei de date a achiziției, organizatoarea licitației a prevăzut, la rubrica privind garanția de de bună execuție a contractului: *"Cuantumul garantiei de buna executie este de 10% din valoarea fara TVA a contractului si se constituie conform art. 90 din HG 925/2006 printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancara sau de o societate de asigurari, care devine anexa la contract. [...]"*. Din perspectiva reclamantului, prevederea reprodusă este restrictivă, întrucât nu permite ofertanților să își

constituie garanția sub altă formă, respectiv potrivit art. 90 alin. (1)-(3) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006.

Aprecierea SC ...SA se vedește a fi nefondată. Astfel, art. 90 în discuție stabilește:

*"(1) De regulă, garanția de bună execuție se constituie printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară sau de o societate de asigurări, care devine anexă la contract. [...]"*

*(2) În cazul în care valoarea garanției de bună execuție este redusă ca valoare, autoritatea contractantă are dreptul de a accepta constituirea acesteia prin depunerea la casierie a unor sume în numerar.*

*(3) Dacă părțile convin, garanția de bună execuție se poate constitui și prin rețineri succesive din sumele datorate pentru facturi parțiale. [...]"*

În speță, entitatea contractantă a aplicat regula prescrisă de art. 90 alin. (1), respectiv a solicitat constituirea garanției de bună execuție printr-un instrument de garantare emis de o societate bancară sau de o societate de asigurări. Așadar, argumentul imposibilității constituirii garanției potrivit art. 90 alin. (1) nu are nimic în comun cu realitatea.

De la această regulă, art. 90 alin. (2) și (3) prevăd două excepții, inaplicabile în cauza de față. Prima este aplicabilă când valoarea garanției de bună execuție este redusă, ceea ce nu se confirmă la licitația prezentă, în care quantumul garanției este de 10% din valoarea viitorului contract, fără TVA, adică de ordinul milioanelei de lei. Pe de altă parte, chiar dacă SC ...SA ar obișnui să efectueze operațiuni de tranzacționare în numerar a milioane de lei, prin depunere directă la casierie, este de prisos a se face justificarea că o asemenea practică încalcă normele financiar-contabile în vigoare. Operațiunile de încasări și plăți între persoanele juridice se efectuează numai prin instrumente de plată fără numerar, cu excepțiile prevăzute la art. 5 alin. 2 lit. a), b) și c) din Ordonanța Guvernului nr. 15/1996 privind întărirea disciplinei financiar-valutare. Nerespectarea prevederilor privind plata fără numerar constituie contravenție, potrivit aceleiași ordonanțe.

În plus, art. 90 alin. (2) în discuție stabilește că autoritatea contractantă are dreptul de a accepta constituirea garanției prin depunerea de numerar la casierie, ceea ce înseamnă că ea nu poate fi obligată nici de SC ...SA și nici de către Consiliu să renunțe la dreptul său și să accepte o asemenea soluție, de excepție de la regulă. Exercițarea sau nu a dreptului său nu contravine legii care i-l conferă.

În concluzie, constituirea garanției în forma de la art. 90 alin. (2) este exclusă.

Relativ la varianta de la art. 90 alin. (3), ea este operabilă, de asemenea cu titlu de excepție de la regulă, doar dacă părțile din viitorul contract de achiziție convin în acest sens. Drept urmare, varianta implică acordul de voință a părților contractante, iar autoritatea, ca și ofertantul contractant, este liberă să accepte sau nu ca garanția să fie constituită prin rețineri succesive din sumele datorate pentru facturi parțiale. Drept urmare, acceptarea este lăsată la discreția părților contractante, ceea ce înseamnă că nu le poate fi impusă de către Consiliu, neexistând un temei legal în acest sens, dimpotrivă.

Pe de altă parte, conform art. 89 alin. (1) și (2) din hotărârea amintită, garanția de bună execuție a contractului se constituie de către contractant în scopul asigurării autorității contractante de îndeplinirea cantitativă, calitativă și în perioada convenită a contractului, iar autoritatea contractantă are obligația de a stabili în documentația de atribuire modalitatea de constituire a acestei garanții. Cu alte cuvinte, legea obligă autoritatea să stabilească în documentația de atribuire modalitatea de constituire a garanției, adică să aleagă acele modalități care îi sunt adecvate, iar nu să accepte toate modalitățile. Altminteri nu ar mai fi necesară stabilirea respectivelor modalități în documentație, întrucât ele ar fi deja prestabilite de lege.

Separat de toate acestea, nu trebuie omisă că orice contract de achiziție publică este un contract administrativ, nu unul comercial (civil). Fiind un contract cu ajutorul căruia administrația publică își realizează o parte din sarcinile sale, avându-se în vedere și obiectul său, se consideră că regimul juridic aplicabil contractelor administrative este unul exorbitant de drept public. Prerogativele de putere publică ale administrației au la bază faptul că administrația încheie contractul în scopul de a satisface un interes general. În virtutea acestor prerogative, administrația are posibilitatea de a impune clauze exorbitante în contract, de a controla modul de executare al contractului și de a dispune rezilierea contractului atunci când interesul public nu mai primește prin executarea contractului o satisfacție completă și continuă.

Notificarea Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice din ...nu este un act oficial, nu are număr de înregistrare, nu o semnează nimeni, nu este publicată în Monitorul Oficial al României (ceea ce înseamnă că nu este opozabilă) și are doar valoare informativă și consultativă. Opiniile pe care le conține sunt doar simple păreri ale autorului/ autorilor aceluși model de fișă de date, păreri care pot fi legale sau dincolo de limita legii. În niciun caz o asemenea notificare, neasumată de nimeni, nu poate reprezenta un criteriu în funcție de care să se determine legalitatea actelor autorităților contractante.

Față de cele ce preced, se constată că obiecțiile pe care le ridică SC ...SA în privința cerinței de la pct. III.1.1.b) – "Garanția de bună execuție", din fișa de date a achiziției, sunt nefondate.

În schimb, obiecțiile sale vizavi de cerința de la pct. III.2.3.a) – *ofertantul trebuie să fi executat cel puțin un contract similar care să fi avut ca obiect realizarea a cel puțin 65 km de rețele de canalizare în mediul urban* – se vădesc a fi judicioase.

Reprezentând o cerință de calificare, după cum rezultă și din încadrarea pe care i-o face autoritatea, cerinței îi devin aplicabile rigorile legale aferente cerințelor de calificare. Raportat la aceste rigori, Consiliul stabilește că, într-adevăr, autoritatea contractantă a nesocotit dispozițiile legale pe linie de achiziție publică, restrângând în mod nejustificat sfera operatorilor economici acceptați la procedură.

Astfel, prescripțiile art. 2 din ordonanță impun autorității să nu aducă atingere, prin cerințele de calificare pe care le stabilește, principiilor liberei concurențe, nediscriminării, tratamentului egal și proporționalității, principii pe baza cărora orice operator economic interesat are dreptul de a participa la procedura de atribuire și de a i se atribui contractul licitat în condițiile în care are capacitatea de îndeplinire a lui. Prin impunerea cerinței amintite autoritatea a restricționat în mod nepermis aria operatorilor economici care pot deveni contractanți, excluzând practic de la procedură pe acei operatori care, deși au capacitatea de a îndeplini corespunzător contractul în discuție, nu au executat un contract similar în mediul urban, ci un contract similar în mediul rural.

Următoarele prescripții legale au incidență în cauză:

- art. 2 alin. (2) lit. e) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006: "Principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică sunt: [...] proporționalitatea". Principiul proporționalității este înțeles ca asigurare a corelației dintre necesitatea autorității contractante, obiectul contractului de achiziție publică și cerințele solicitate a fi îndeplinite;

- art. 178 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006: "Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire";

- art. 179 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006: "(1) Criteriile de calificare și selecție stabilite de către autoritatea contractantă trebuie să aibă o legătură evidentă cu obiectul contractului ce urmează să fie atribuit. (2) Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, precum și nivelul

cerințelor minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească. [...]";

- art. 7 din Hotărârea Guvernului nr. 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";

- art. 8 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006: "Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care:

a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;

b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit".

Luând în considerare aceste dispoziții legale, susținerile petentei și justificările aduse de autoritatea contractantă, Consiliul apreciază că respectiva condiționare privind mediul în care a fost dobândită experiența similară a ofertanților (urban sau neurban) este nelegală. Execuția lucrărilor licitate nu depinde în mod necesar de existența unei experiențe în construcția de rețele de canalizare dobândită numai în mediul urban. Nu se poate afirma că operatorii economici care au avut anterior contracte pentru rețele de canalizare în zonele rurale nu au potențialul și capacitatea necesare de a "îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia".

Din acest motiv, în anexa nr. 1 la Ordinul președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. ... privind formularea criteriilor de calificare și selecție, se precizează că este restrictivă cerința ca experiența similară să conștă în executarea de contracte pentru obiective de investiții identice cu cel care urmează a se executa. În același ordin se dau ca exemplu: execuția de drumuri județene poate reflecta capacitatea de execuție și pentru drumuri naționale; execuția de unități spitalicești poate reflecta capacitatea de execuție a unui sediu de primărie. În speța discutată, este evident că execuția unei rețele de canalizare în mediul rural reflectă o experiență suficientă a antreprenorului în a executa același tip de rețea și în mediul urban. În niciun caz experiența prealabilă similară nu trebuie confundată cu experiența prealabilă identică, cum a procedat autoritatea contractantă. Prin urmare, accentul trebuia pus pe capacitatea de



execuție de lucrări specifice a ofertantului, iar nu pe amplasamentul urban sau neurban al lucrărilor.

Explicațiile produse de autoritatea contractantă în punctul de vedere aflat la dosar nu sunt în măsură să reflecte imposibilitatea operatorilor economici care au executat anterior lucrări similare în zone neurbane de a îndeplini corespunzător contractul supus licitației. Faptul că rețeaua care trebuie extinsă se află în municipiul .../orașul ... nu presupune ca toți antreprenorii specializați în lucrări de canalizare să își fi desfășurat activitatea numai în municipii sau orașe, condiție evident discriminatorie și restrictivă.

Atunci când, *în mod excepțional*, autoritatea contractantă găsește de cuviință să introducă cerințe de calificare pentru ofertanți, ea este ținută să se limiteze cu aceste opreliști în calea participării la achiziție doar la cele *absolut necesare* și strict la pragurile care îngrădesc *cel mai puțin* operatorii economici, după cum prescrie și Ordinul nr. ....

Raportat la dispozițiile legale enumerate și la cele statuate mai sus, Consiliul stabilește că cerința evocată îngrădește accesul la procedură al tuturor operatorilor economici care au potențialul necesar îndeplinirii contractului în condiții corespunzătoare, dovedită prin experiența similară în executarea de contracte de canalizare, care, însă, au vizat rețele de canalizare în mediul rural. În atari circumstanțe, cerința nelegală trebuie să fie remediată, prin eliminarea din cuprinsul ei a sintagmei "*în mediul urban*", scopul noii legislații privind achizițiile publice fiind de a asigura accesul cât mai multor operatori economici la procedurile de atribuire, de promovare a concurenței între aceștia și de garantare a tratamentului egal și nediscriminatoriu. Încălcarea principiului proporționalității prin utilizarea criteriilor de calificare ca mijloc de a restricționa concurența constituie și contravenție [art. 293. lit. i)], sancționabilă cu amendă de până la 100.000 lei.

Este veridică norma la care face trimitere autoritatea contractantă, cuprinsă în Ordinul ministrului mediului și pădurilor și al președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. ..., însă ea nu are forța juridică necesară pentru a deroga de la dispozițiile superioare din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 și Hotărârea Guvernului nr. 925/2006.

Nu trebuie uitat că scopul cerințelor de calificare este de a se confirma capacitatea corespunzătoare a ofertanților, iar de a face dificilă participarea operatorilor economici la procedură. Autoritatea nu este abilitată să introducă cerințe care nu îi servesc la nimic sau care au ca unică menire (nelegală) excluderea participării la licitație a anumitor potențiali ofertanți.

Vizavi de condiționarea ca experiența similară să fie dovedită doar printr-un singur contract, obiecțiile contestatoarei sunt, de asemenea, întemeiate. Cerința prezentării doar a unui singur contract de lucrări similare pentru 65 km de canalizare conduce la situații de neacceptat, din care se degajă lipsa sa de relevanță concretă în verificarea capacității ofertanților de a executa lucrarea scoasă la licitație. De pildă, cu ce ar fi mai prejos pentru autoritate un ofertant care a executat anterior zece contracte similare cu pentru o rețea de 20 km fiecare, care împreună totalizează lucrări de 200 km? De ce ar trebui descalificat un astfel de ofertant, a cărui experiență profesională este arhisuficientă pentru probarea potențialului de finalizare a investiției? Este limpede că autoritatea contractantă se găsește într-o eroare, întrucât nu se poate afirma că operatorii economici care în ultimii cinci ani (potrivit formularului nr. 8) nu au executat un contract similar de minimum 65 km, însă au executat mai multe contracte pentru astfel de lucrări, care cumulate valoric acoperă pragul impus, nu au potențialul și capacitatea necesare de a "îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia".

Așadar, prin solicitarea în dezbatere autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 2 alin. (2) lit. e), art. 179 și ale părții introductive a 188 alin. (3) din ordonanță, dar și pe cele ale art. 8 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, respectiv nu a asigurat corelația dintre informațiile necesare pentru probarea capacității ofertanților și cerințele obligatorii stabilite pentru aceștia, în funcție de exigențele specifice impuse de natura și complexitatea contractului care urmează să fie atribuit. Pe cale de consecință, dat fiind că este restrictivă cerința dovedirii experienței similare doar printr-un singur contract, cum s-a arătat în amonte, se impune revizuirea corespunzătoare a ei. Cerința prezentării doar a unui singur contract îngreșează accesul la procedură al operatorilor economici și aduce atingere prevederilor anterior menționate.

Pe lângă toate acestea, o dovadă mai elocventă și mai solidă decât decizia nr. ..., pronunțată într-o speță similară chiar de către Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, în care s-a statuat asupra nelegalității cerinței dovedirii experienței similare doar cu un unic contract, nici nu poate să existe. Argumentele - indiscutabile - aduse de instanța supremă își păstrează valabilitatea și în cauza de față:

*"În cuprinsul fișei de date a achiziției autoritatea contractantă a impus o serie de criterii de calificare pentru verificarea capacității economico-financiare și a capacității tehnice și profesionale. Autoritatea a prevăzut drept cerință minimă de calificare, în cap. V.4 - Capacitatea tehnică și profesională, condiția că „ofertantul trebuie să facă dovada că a finalizat în ultimii 5 ani (pentru lucrări)/3 ani*

*(pentru servicii) câte un contract de fiecare tip de lucrare/serviciu” a căror valoare să atingă un anumit prag specificat. Așadar, autoritatea a impus ca ofertanții să facă dovada experienței similare prin prezentarea unui singur contract pentru fiecare din cele patru tipuri de lucrări/servicii ce fac obiectul acordului-cadru, precizând totodată și un prag valoric pentru fiecare tip de lucrare/serviciu.*

*După cum rezultă din dispozițiile legale de la art. 176, 178 alin. (1), art. 179, 182 alin. (1) și (2), art. 188 alin. (2) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 și de la art. 7 și 8 alin. (1) și (2) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, esențial în soluționarea prezentei cauze este de a se verifica respectarea de către autoritatea contractantă, odată cu impunerea cerinței minime de calificare de la cap. V.4 din fișa de date a achiziției, a principiilor nerestricționării participării la procedura de atribuire, proporționalității în raport cu obiectul contractului, respectiv cel al luării în considerare a exigentelor specifice impuse de natura și complexitatea contractului care urmează să fie atribuit. Or, sub acest aspect se constată că prima instanță (Curtea de Apel ..., Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, sentința civilă nr. ...) a apreciat corect că, prin impunerea ca ofertanții participanți să facă dovada experienței similare prin prezentarea unui singur contract pentru fiecare din cele patru tipuri de lucrări/servicii ce fac obiectul acordului-cadru autoritatea a încălcat aceste principii, cu consecința încălcării și a principiilor nediscriminării și egalității de tratament, prevăzute de art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 și cea a neatingerii scopurilor pentru care se desfășoară achiziția publică, anume cele de la art. 2 alin. (1) lit. a), b) și d) din ordonanță. Obiectivul asigurării utilizării eficiente a fondurilor publice, prin aplicarea procedurilor de atribuire de către autoritățile contractante, poate să nu fie realizat cât timp, prin cerința restrictivă și nejustificată de mai sus, se ajunge la eliminarea unor posibili ofertanți ce dețin capacitatea tehnică necesară executării contractului și care ar putea propune și prețul cel mai scăzut.*

*Scopul stabilirii cerinței minime de calificare ținând de experiența similară este atins, fără echivoc, și în situația în care ofertantul prezintă două sau mai multe contracte pentru fiecare tip de lucrare/serviciu, care însumate să atingă pragul valoric impus prin fișa de date pentru fiecare tip de lucrare/serviciu, sub condiția executării lucrărilor, respectiv prestării serviciilor derivând din respectivele contracte, în același timp. Aceste contracte relevă în egală măsură posibilitatea concretă a ofertantului de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare, iar riscul neîndeplinirii sau îndeplinirii*

*necorespunzătoare a contractului de către ofertantul declarat câștigător nu este unul mai mare decât în situația în care dovada se realizează printr-un singur contract.*

*Ținând seama de scopul impunerii cerințelor minime de calificare și, în speță, de natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, impunerea pragurilor valorice nu este nelegală, însă stabilirea modalității de dovadă a capacității tehnice experienței similare, aptitudinilor, eficienței și eficacității ofertanților, de natură a reduce riscul neîndeplinirii sau îndeplinirii necorespunzătoare a contractului de către ofertantul declarat câștigător, prin prezentarea unui singur contract pentru fiecare tip de lucrări, are caracter restrictiv și disproporționat, limitând în mod artificial competiția și încălcând principiul egalității de tratament și nediscriminării, totodată nefiind justificată de autoritatea contractanta în condițiile art. 8 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006."*

În decizia sa civilă nr. ..., Curtea de Apel ..., Secția contencios administrativ și fiscal, a recurs la aceeași interpretare, în sensul dovedirii capacității tehnice prin prezentarea unuia sau mai multor contracte. Mai recent, este de remarcat decizia similară nr. ...a Curții de Apel ..., Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal.

În considerarea acestei practici judiciare statornice și a celor ce preced, după cum s-a menționat mai sus, obiecția în discuție a contestatoarei este întemeiată.

Astfel fiind, în temeiul art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul urmează a admite în parte contestația SC ...SA nr. ..., în contradictoriu cu SC ..... SA, și dispune remedierea de către autoritatea contractantă a cerinței de calificare – din anunțul de participare și din fișa de date a achiziției – conform căreia "*ofertantul trebuie să fie executat cel puțin un contract similar care să fi avut ca obiect realizarea a cel puțin 65 km de rețele de canalizare în mediul urban*", în sensul eliminării sintagmei "*în mediul urban*", precum și al permiterii ofertanților să își dovedească experiența similară prin prezentarea mai multor contracte executate în ultimii cinci ani, care cumulate să acopere pragul de 65 km (prag ce respectă dispozițiile legale).

Actul de modificare a documentației și/sau erata la anunțul de participare vor fi postate de autoritate în SEAP, pentru a fi aduse la cunoștința operatorilor economici interesați.

Vizavi de cererea secundă a SC ...SA, de suspendare a procedurii de atribuire până la momentul soluționării contestației, întrucât la această dată a fost soluționată contestația, nemaifiind necesară pronunțarea unei decizii distincte legate de suspendarea

procedurii, Consiliul va respinge respectiva cerere ca rămasă fără obiect.

...

**PREȘEDINTE COMPLET,**

...

**MEMBRU,**

...

**MEMBRU,**

...