



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax +4 021 3104642 și +4 021 8900745 www.cnscc.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 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 sub nr. ... depusă de ... cu sediul în ... județul ... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CUI ... reprezentată prin ... împotriva fișei de date a achiziției, elaborată de către ... cu sediul în ... județul ... în calitate de autoritate contractantă, în procedura de cerere de oferte, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări, având ca obiect „Asfaltare DC 85, km. 0+000 - 10+000, DN 64 – ... com. ... județul ... cod CPV 45233220-7 *Lucrări de îmbrăcare a drumurilor* (Rev. 2), s-a solicitat admiterea contestației, modificarea fișei de date prin solicitarea a mai multor contracte privind demonstrarea experienței similare.

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

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (2) și (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, admite contestația formulată de ... în contradictoriu cu ... și dispune anularea 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 10 zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația ce face obiectul prezentei cauze, ... a solicitat cele precizate în partea introductivă a deciziei, arătând că, în fișa de date a achiziției la cap. III.2.a) „Capacitatea economică și/sau financiară” se solicită un singur contract de lucrări pentru demonstrarea experienței similare.

În aceste condiții, contestatoarea apreciază cerința amintită ca fiind restrictivă, îngrădind participarea la „licitație”, favorizând anumiți ofertanți. Conform Ordinului nr. 509/2011 lista privind lucrările executate în ultimii 5 ani, poate fi însoțită de cel puțin un document sau un număr maxim de documente prin care să confirme executarea lucrărilor în suma solicitată de autoritatea contractantă în fișa de date.

Prin adresa „nr. 2239/12.12.2012”, autoarea contestației susține că a solicitat clarificări, la care nu a primit niciun răspuns.

În vederea soluționării contestației, prin adresa nr. 24518/.../C9/19.12.2012, Consiliul a solicitat autorității contractante transmiterea copiei dosarului achiziției, precum și punctul de vedere cu privire la contestație, inclusiv dovada comunicării acestuia contestatoarei.

Prin adresa nr. 193/25.01.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 3419/30.01.2013, autoritatea contractantă a transmis documentele solicitate, precum și punctul de vedere cu privire la contestația formulată de ... solicitând respingerea acesteia ca neîntemeiată, precum și menținerea ca legală a documentației de atribuire și continuarea procedurii de atribuire.

În acest sens, autoritatea contractantă a susținut că în data de 12.12.2012 cu adresa nr. 2739, ... a înaintat solicitarea de clarificări vizând prevederile documentației de atribuire „Conform Cap. III 2.3. a - Capacitatea economică și/sau financiară Solicitați 1 singur contract de lucrări în valoare de 6216312,0 lei. Conform Ordin 509/14.09.2011 autoritatea contractantă nu va limita operatorii economici la prezentarea unui singur contract deci nu poate solicita îndeplinirea cerinței privind experiența similară prin impunerea atât a unui nivel valoric cât și a unui nivel cantitativ aceasta fiind restrictivă conf. Ordinului 509/14.09.2011. Solicităm îndeplinirea cerinței privind experiența similară prin cumul de mai multe contracte”.

În termenul prevăzut de art. 78 alin. (2) și alin. (3) din OUG 34/2006, a fost formulat răspunsul la solicitarea de clarificări în data de 15.12.2012, prin care s-a decis menținerea cerinței de calificare astfel cum aceasta a fost stabilită prin invitația de participare nr. ... și fișa de date aferentă.

În aceste condiții, autoritatea contractantă a considerat afirmațiile contestatoarei referitoare la cerința privind experiența similară, ca fiind neîntemeiate, întrucât cerința din fișa de date punctul III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională - experiența similară” este formulată în conformitate cu prevederile art. 188 alin. (3) lit. a) din ordonanță și respectă întocmai dispozițiile Ordinului ANRMAP nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, Anexa 1 unde se precizează: „FORMULĂRI NERESTRICTIVE *O listă a lucrărilor executate în ultimii 5 ani, însoțită de certificări de bună execuție pentru cele mai importante lucrări. Această listă poate fi însoțită de cel puțin un document sau de un număr maxim de documente [contract(e)/proces(e) verbal(e) de recepție etc.] prin care să se confirme executarea lucrărilor în valoare de ... și, după caz, având o capacitate de ...*”

Din prezentarea cerinței așa cum a fost solicitată în fișa de date este vizată numai valoarea minimă a contractului nu și a unor cantități de lucrări. Prin urmare documentația de atribuire stabilește corect numai un nivel valoric pentru această cerință.

La stabilirea cerințelor de calificare și selecție menționate și în Nota justificativă, autoritatea contractantă a avut în vedere dispozițiile art. 2 alin. (2) lit. e) din OUG nr. 34/2006 corelat cu prevederile art. 8 respectiv art. 9 din HG nr. 925/2006, cu scopul asigurării corelației între necesitate, obiectul contractului și cerințele solicitate, urmărindu-se ca operatorul economic, potențial câștigător al contractului de achiziție publică, să aibă o experiență dovedită în executarea de lucrări similare, asigurându-se totodată respectarea dispozițiilor art. 187 și art. 188 alin. (3) lit. a) din OUG nr. 34/2006.

Referitor la afirmația contestatoarei, potrivit căreia a solicitat clarificări la care nu a primit răspuns, autoritatea contractantă a susținut lipsa de obiect a acesteia deoarece conform prevederilor art. 78 alin. (2) din ordonanță a postat în SEAP toate răspunsurile la solicitările de clarificări.

Totodată, autoritatea contractantă a subliniat că documentația de atribuire a fost verificată și validată de către Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice (ANRMAP) în conformitate cu dispozițiile art. 33¹ din OUG nr. 34/2006.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În vederea atribuirii contractului de lucrări, având ca obiect „Asfaltare DC 85, km. 0+000 - 10+000, DN 64 - ... com. ... județul ... cod CPV 45233220-7 *Lucrări de îmbrăcare a drumurilor* (Rev. 2), ... în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de cerere de oferte, prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. Din informațiile documentului amintit, s-a reținut că valoarea estimată a contractului de achiziție publică ce urmează a se atribui

este de 6.216.312 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic*.

Nemulțumită de conținutul documentației de atribuire, respectiv de modul în care a fost impusă cerința de calificare privind experiența similară, ... a formulat contestația de față solicitând modificarea fișei de date prin acceptarea mai multor contracte.

Critica contestatoarei formulată împotriva caracterului restrictiv al cerinței de calificare privind experiența similară, în condițiile în care se solicită pentru demonstrarea îndeplinirii acesteia doar un singur contract, este considerată de Consiliu întemeiată.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul a avut în vedere cerința de calificare astfel cum a fost impusă prin fișa de date a achiziției, la pct. III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională”: „Ofertantul trebuie să fi executat și finalizat: un contract similar în valoare de cel puțin 6216312 lei pentru executarea de lucrări de drumuri. Se vor prezenta: Formularul nr. 8, 8A; Certificări, conf. cu originalul, din care să reiasă beneficiarii, valoarea, perioada și locul execuției lucrărilor și precizarea dacă au fost efectuate în conformitate cu normele profesionale din domeniu și dacă au fost duse la bun sfârșit ...”.

În referire la aceeași cerință, la modalitatea de îndeplinire s-a precizat: „Se vor prezenta: Formularul nr. 8, 8A; Certificări, conf. cu originalul, din care să reiasă beneficiarii, valoarea, perioada și locul execuției lucrărilor și precizarea dacă au fost efectuate în conformitate cu normele profesionale din domeniu și dacă au fost duse la bun sfârșit ...”.

Se constată așadar că cerința de calificare ce a făcut obiectul contestației, în forma în care a fost impusă, fiind solicitat un contract, este restrictivă, fiind contrară prevederilor art. 178 alin. (2) din OUG 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.*].

Autoritatea contractantă a susținut contrariul cu privire la cerința amintită, prin punctul de vedere față de contestație, pretinzând respectarea prevederilor art. 188 alin. (3) lit. a) din ordonanță și a dispozițiilor Ordinului ANRMAP nr. 509/2011, având în vedere că a impus numai o valoare minimă pentru contractul solicitat, nu și cantități de lucrări, cu toate că aceste aspecte nu au făcut obiectul contestației.

Contestatoarea a formulat prezenta contestație motivat de faptul că s-a impus prezentarea unui singur contract, pentru îndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară, și nu pentru că s-ar fi impus pentru cerința respectivă un prag valoric și unul cantitativ.

Ori, impunerea prezentării unui contract pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței de calificare privind experiența similară, este restrictivă.

Potrivit prevederilor Anexei 1 din Ordinul ANRMAP nr. 509/2011, pentru ca cerința să fie nerrestrictivă, ar trebuie să se solicite *O listă a lucrărilor executate în ultimii 5 ani, însoțită de certificări de bună execuție pentru cele mai importante lucrări. Această listă poate fi însoțită de cel puțin un document sau de un număr maxim de documente [contract(e)/proces(e) verbal(e) de recepție etc] prin care să se confirme executarea lucrărilor în valoare de ...*, după cum și autoritatea contractantă a admis în punctul de vedere față de contestație.

Cu toate că în textul de mai sus autoritatea contractantă a ținut să marcheze anumite cuvinte, faptul nu poate susține legalitatea cerinței aflată în discuție.

Doar în cazul în care s-ar fi permis operatorilor economici prezentarea a cel puțin un contract, în sensul celor de mai sus, prin urmare mai mult de unul, cerința impusă nu ar fi fost restrictivă.

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. 178 alin. (2) din ordonanță];

- de a restricționa participarea la procedura de atribuire prin introducerea unor cerințe minime de calificare care nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit sau care sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului [art. 8 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006].

„Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, iar aceste criterii *trebuie să aibă o legătură concretă cu obiectul contractului care urmează a fi atribuit*. În acest sens, nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe *trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului* respectiv, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia” – prevederi ce formează cuprinsul art. 179 din ordonanță.

Atunci când autoritatea contractantă introduce în documentația de atribuire anumite cerințe de calificare pentru ofertanți, ea este ținută să se limiteze doar la cele *absolut necesare* și strict la pragurile care îngrădesc *cel mai puțin* operatorii economici.

Autoritatea are dreptul de a impune cerințe minime de calificare care *au o legătură concretă* – deci nu ipotetică, abstractă – cu un

eventual risc de neîndeplinire a contractului (la art. 7 din HG nr. 925/2006 se prevede: „Criteriile de calificare [...] 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”).

Atunci când, *în mod excepțional*, autoritatea contractantă găsește de cuviință să introducă anumite 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 care *îngrădesc cel mai puțin* operatorii economici.

Autoritatea contractantă nu poate considera că operatorii economici care în ultimii ani nu au executat un contract de lucrări cu valoare impusă pentru acest caz, însă au executat mai multe contracte având obiect similar cu cel ce urmează a se atribui, care cumulate acoperă valoarea impusă, nu au potențialul și capacitatea necesare de a îndeplini contractul.

În același sens s-a pronunțat și Curtea de Apel Ploiești, prin decizia nr. 1997 din 6 aprilie 2012, prin care a decis că, „în mod corect Consiliul a concluzionat că, prin cerința potrivit căreia capacitatea tehnică se dovedește printr-un singur contract cu o valoare de minimum ... se restricționează participarea la procedura de achiziție, iar pentru a se respecta prevederile art. 178 alin. 2 din ordonanță se impune modificarea acestei cerințe, în sensul posibilității dovedirii capacității ofertanților prin prezentarea unuia sau mai multor contracte”.

De altfel, s-a reținut în acest context și că în procedură a depus ofertă un singur operator economic, fapt consemnat în procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 3537/21.12.2012.

În ceea ce privește critica contestatoarei cu privire la faptul că autoritatea contractantă nu i-a răspuns solicitării cuprinse în adresa „nr. 2239/12.12.2012”, în fapt fiind vorba despre adresa nr. 2739/12.12.2012, astfel cum rezultă din documentele aflate la dosarul cauzei, în legătură cu modalitatea de îndeplinire a cerinței de calificare privind experiența similară, constatând că în SEAP se găsește publicat, din data de 15.12.2012, răspunsul, fiind menținută cerința impusă în fișa de date a achiziției, Consiliul constată că aceasta este rămasă fără obiect.

Față de cele constatate, în temeiul art. 278 alin. (2) și (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, fiind în imposibilitate de a dispune măsuri de remediere, oferta depusă fiind deschisă (conform procesului-verbal al ședinței de deschidere nr. 3537/21.12.2012),

Consiliul admite contestația formulată de ... în contradictoriu cu ... și dispune anularea procedurii de atribuire.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

...

MEMBRU COMPLET,

...