



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din O.U.G. 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 fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliu sub nr. ... depusă de către ... cu sediul în având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și CIF RO ... împotriva documentației de atribuire și a răspunsului la clarificări din „Nota de clarificări nr. 2 – lucrări de reparații și întreținere străzi ... 2013 uuu ([CN.../006] Nota de clarificări nr. 2 – reparații și întreținere străzi – 2013.doc.p7s)”, emise de către, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru încheierea acordului-cadru de lucrări, având ca obiect „Lucrări de reparații și întreținere străzi – ...”, s-a solicitat anularea procedurii de atribuire, ca urmare a încălcării dispozițiilor art. 179 alin. (4) din O.U.G. nr. 34/2006 prin modificarea cerințelor minime de calificare privind experiența similară și resursele umane.

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., depusă de către ..., cu sediul în, având număr de înregistrare la Oficiul Registrul Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ..., împotriva documentației de atribuire, respectiv a clarificărilor publicate pe SEAP de către, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași procedurii, s-a solicitat:

- constatarea modului nelegal în care au fost întocmite răspunsurile la solicitările de clarificări;
- constatarea imposibilității elaborării unor propuneri tehnice și/sau financiare în raport cu elementele incomplete indicate în documentația de atribuire și raportat la omisiunea indicării necesităților concrete ale autorității contractante;
- obligarea autorității contractante să dispună măsuri de remediere constând în prezentarea informațiilor necesare pentru ca operatorii

economici să-și poată întocmi ofertele în conformitate cu necesitățile achizitorului și de a răspunde în mod clar, explicit și în acord cu obligațiile legale la solicitările de clarificări;

- în subsidiar și în măsura în care Consiliul nu va mai putea dispune măsuri de remediere, anularea procedurii de atribuire.

În temeiul art. 273 alin. (1) din O.U.G. 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, cele două contestații au fost conexe.

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR
...DECIDE:

Admite excepția tardivității introducerii contestației, invocată de autoritatea contractantă.

Respinge ca tardiv introdusă contestația formulată de către ..., în contradictoriu cu

Respinge ca nefondată contestația formulată de ... în contradictoriu cu

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din O.U.G. nr. 34/2006, 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 formulată, ... contestă documentația de atribuire și răspunsul la clarificări din „Nota de clarificări nr. 2 – lucrări de reparații și întreținere străzi ... 2013 uuu ([CN.../006] Nota de clarificări nr. 2 – reparații și întreținere străzi – 2013.doc.p7s)”, emise de către, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru încheierea acordului-cadru de lucrări, având ca obiect „Lucrări de reparații și întreținere străzi – ...”, solicitând, anularea procedurii de atribuire, ca urmare a încălcării dispozițiilor art. 179 alin. (4) din O.U.G. nr. 34/2006 prin modificarea cerințelor minime de calificare privind experiența similară și resursele umane.

Contestatorul învederează că în data de 11.03.2013 a fost publicată în SEAP Nota de clarificări nr. 2 la documentația de

atribuire, prin răspunsul furnizat fiind menționat că se confirmă faptul că cerința privind experiența similară poate fi îndeplinită prin prezentarea unui contract de construcții de drumuri de autostrăzi, drumuri naționale, drumuri expres.

Față de acest aspect, ofertantul apreciază că o astfel de interpretare constituie o modificare a cerinței în cauză, raportat la conținutul fișei de date a achiziției și al anunțului de participare publicat în SEAP.

În acest sens, petentul susține că, prin coroborarea cerinței din fișa de date a achiziției cu tipurile de lucrări menționate în caietul de sarcini, rezultă că, potrivit documentației de atribuire inițială, ofertanții aveau obligația să demonstreze că beneficiază de experiență în realizarea de lucrări de reparații carosabil, lucrări de montare pavele și borduri, lucrări de marcaje rutiere.

Însă, urmare a răspunsului din Nota de Clarificare nr. 2 postată pe SEAP în data de 11.03.2013, autoritatea contractantă permite ca ofertanții să prezinte, pentru dovedirea cerinței privind experiența similară, contracte având ca obiect construcția de drumuri care implică execuția de lucrări distincte de cele pe care aceasta intenționează să le execute.

Totodată, ofertantul contestator precizează că un alt motiv pentru care se impune anularea procedurii de atribuire îl constituie includerea, în obiectul acordului-cadru, a unor activități absolut diferite, astfel cum sunt lucrările de reparații străzi și lucrările de marcaje rutiere, care au și coduri CPV diferite, fapt de natură să încalce în mod grav principiul promovării concurenței și implicit, al utilizării eficiente a fondurilor publice.

În acest context, contestatorul opinează că, prin cumularea celor două tipuri distincte de lucrări se restricționează accesul la procedura de atribuire al operatorilor economici specializați în majoritate doar pentru una dintre cele două activități: lucrări de reparații străzi sau lucrări de marcaje rutiere.

Concluzionând, ofertantul contestator apreciază că pentru toate motivele de fapt și de drept expuse, se impune anularea procedurii de atribuire în cauză și solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. 1924/2/18.03.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. 8562/18.03.2013,, în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației formulate de ... ca fiind neîntemeiată.

Autoritatea contractantă susține că, în urma asumării criticilor formulate de ... în contestația depusă în data de 25.01.2013, referitoare la documentația de atribuire, respectiv cerința privind experiența similară, aceasta a procedat la anularea procedurii inițiate

În data de 15.01.2013 și a organizat o nouă procedură în vederea încheierii acordului cadru aflat în dezbatere.

În ce privește experiența similară, autoritatea precizează că, prin sintagma „lucrări similare” înscrisă în fișa de date a achiziției, a înțeles să accepte în dovedirea acestora și lucrări de aceeași natură cu cele care fac obiectul procedurii de atribuire în cauză, spre exemplu lucrări de drumuri.

Față de susținerea contestatorului potrivit căreia autoritatea contractantă ar fi modificat prin răspunsul la clarificări cerința referitoare la experiența similară, aceasta subliniază că nu a dorit decât să aducă lămuriri, clarificări cu privire la contractele de lucrări pe care le pot prezenta operatorii economici drept experiență similară.

Referitor la includerea în obiectul acordului cadru a lucrărilor de marcaj rutier, autoritatea contractantă face precizarea că lucrările ce fac obiectul acordului cadru (reparare, întreținere, marcaj) sunt lucrări de aceeași natură (lucrări de drumuri).

În lumina celor relatate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației și menținerea ca legală, a documentației de atribuire, precum și a Notei de clarificări nr. 2 publicată pe SEAP în data de 11.03.2013.

Prin contestația formulată, ...contestă procedura antemenționată, inițiată de către, în calitate de autoritate contractantă, având solicitările expuse mai sus în motivarea prezentei decizii.

În acest sens, ofertantul analizând răspunsurilor la solicitările de clarificări, postate pe SEAP în data de 08.03.2013, respectiv 13.03.2013, opinează că autoritatea contractantă evită să ofere un răspuns clar și concis, astfel cum este prevăzut în obligația sa la art. 78 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006.

Totodată, contestatorul susține că autoritatea formulează un răspuns neclar, punând accentul pe modul în care vor fi stabilite cantitățile de lucrări pentru fiecare contract subsecvent în parte, respectiv „cu respectarea prevederilor art. 65 alin. (1) lit. g) din H. G. nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare și punctelor de vedere ale ANRMAP” și nu pe formularea unui răspuns care să confirme sau să infirme posibilitatea ca aceste cantități de lucrări să fie modificate, acest aspect ducând la concluzia că între realitatea necesităților autorității contractante și listele de cantități prezentate sunt discrepante majore.

Față de acest aspect, coroborat cu lipsa unei cerințe clare prin documentația de atribuire conform căreia prețurile unitare pentru material, manoperă, utilaj și transport nu pot diferi de la o categorie de prețuri la alta astfel încât să existe o bază unitară pentru compararea ofertelor ce vor fi depuse în cadrul procedurii de atribuire,

petentul consideră ca autoritatea contractantă a încălcat art. 143 din O.U.G. nr. 34/2006, respectiv „autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza în mod abuziv sau impropriu acordurile-cadru, astfel încât să împiedice, să restrângă sau să distorsioneze concurența”.

În acest context, ofertantul este de părere că fără o determinare concretă a unor cantități minime de lucrări avute în vedere de autoritatea contractantă, este evident că propunerile financiare vor fi elaborate doar prin aprecieri subiective iar în conținutul prețului total ofertat se vor regăsi prețuri ale unor lucrări care în mod evident nu vor fi ulterior executate.

În lumina celor expuse, respectiv faptul că o eventuală nerealizare a cantităților minime, respectiv o depășire a cantităților maxime specificate în documentația de atribuire conduce în mod direct la denaturarea scopului prezentei proceduri de achiziție publică, coroborat și cu sustragerea autorității contractante de a oferi un răspuns clar și în raport cu prevederile legale care să elimine posibilitatea ca acest lucru să se întâmple efectiv, ofertantul contestator apreciază că intenția autorității este aceea de a restricționa accesul operatorilor economici la procedura de atribuire prin descurajarea depunerii de oferte la o licitație cu rezultat predeterminat și de a crea avantaje clare aceluia operator economic familiarizat cu situația reală inclusiv prin prisma contractelor deja devenite tradiționale.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. 2091/2/25.03.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. 9430/25.03.2013,, în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației în principal, pe cale de excepție invocând tardivitatea acesteia și în subsidiar, pe fondul cauzei ca nefondată.

Față de excepția tardivității, autoritatea contractantă susține că prezenta contestație se referă la Nota de clarificări nr. 1 publicată pe S.E.A.P. în data de 08.03.2013, clarificări ce vizează prevederile documentației de atribuire, astfel că, luând în calcul data depunerii contestației, se poate observa că termenul legal de depunere a contestației de 10 zile, este depășit.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă învederează că susținerile contestatorului potrivit cărora, între necesitățile autorității contractante și listele de cantități prezentate există discrepante majore și că prin neindicarea cu exactitate a cantităților ce vor face obiectul contractelor subsecvente s-ar încălca prevederile art. 143 din O.U.G. nr. 34/2006, sunt neîntemeiate.

În acest context, autoritatea contractantă este de părere că un răspuns mai clar decât cel prezentat era imposibil de editat, specificațiile tehnice stabilite permițând oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „licitație deschisă”, pentru încheierea acordului-cadru de lucrări, având ca obiect „Lucrări de reparații și întreținere străzi – ...”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ... din data de 05.03.2013, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Având în vedere prevederile art. 278 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepțiilor de procedură și de fond.

Rezultă fără putință de tăgadă faptul că potrivit rolului activ al consilierilor de soluționare, aceștia trebuie să verifice dacă au fost legal investiți cu soluționarea contestațiilor formulate, sens în care trebuie să analizeze înainte de toate excepțiile – de procedură și de fond – care fac inutilă cercetarea în fond a contestațiilor.

Nerespectarea termenului legal și imperativ de depunere a unei contestații determină, ca efect al decăderii, pierderea dreptului nevalorificat în termenul prevăzut de lege. Prin constatarea decăderii dispăre cadrul procesual pentru realizarea controlului legalității derulării procedurii de achiziție, astfel încât admiterea acestei excepții exclude analiza celorlalte aspecte invocate.

Excepțiile absolute (ce privesc încălcarea unor norme cu caracter imperativ) pot fi invocate de oricare dintre părți sau de Consiliu din oficiu în orice moment al soluționării contestației.

Referitor la contestația formulată de....., Consiliul reține următoarele:

Valoarea estimată a contractului de lucrări, fără T.V.A., prevăzută în anunțul de participare nr. ... din data de 05.03.2013, este de 195.509.475,49 RON, respectiv 43.446.550,108 EUR.

Având în vedere faptul că din conținutul contestației rezultă „*ipso facto*” căcontestă documentația de atribuire, constatând că data depunerii contestației la Consiliu este 21.03.2013 și ținând cont de dispozițiile art. 278 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, potrivit cărora „*Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond (...)*” și de excepția tardivității introducerii contestației invocată de autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere formulat, Consiliul va analiza contestația din punctul de vedere al termenului la care a fost depusă, astfel:

Prin contestația transmisă la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, la data de 21.03.2013,a solicitat obligarea autorității contractante de a oferi răspunsuri clare și la obiect solicitărilor de clarificări.

Valoarea estimată fiind de 43.446.550,108 EUR, deci peste pragul prevăzut de art. 55 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, termenul în care contestația poate fi depusă, conform art. 256² alin. (1) din aceeași ordonanță, coroborat cu prevederile art. 2 din Regulamentul nr. 1251/2011 (Regulament care, potrivit art. 288 din Tratatul CEE, se aplică direct în legislația internă, excluzând orice măsură de receptare națională sau tot ceea ce ar putea disimula natura și efectele sale), este de 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință de către contestator de un act al autorității contractante pe care acesta îl consideră nelegal.

Din conținutul contestației depuse derezultă că actul contestat al autorității contractante este documentația de atribuire.

Contestația fiind depusă la Consiliu personal în data de 21.03.2013 și calculând termenul legal în careputea formula contestație, Consiliul reține următoarele:

Documentația de atribuire a fost postată pe SEAP la data de 05.03.2013.

Din documentele existente la dosarul cauzei rezultă că autoritatea contractantă a primit mai multe solicitări de clarificări, în care s-a solicitat modificarea documentației de atribuire.

Prin Notele de clarificări postate în SEAP la data de 08.03.2013, respectiv 13.03.2013, autoritatea contractantă aduce lămuriri cu privire la aspectele sesizate, fără a aduce modificări documentației de atribuire.

Ca urmare a răspunsurilor antemenționate,a investit Consiliul prin contestația nr. 24/21.03.2013, înregistrată la Consiliu sub nr. 8967/21.03.2013, depusă la registratura Consiliului în data de 21.03.2013, prin care solicită cele evocate în partea introductivă a prezentei decizii.

Ca aspect preliminar, Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință despre cerințele contestate la data de 05.03.2013.

Conform art. 256² alin. (2) din ordonanță, în cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire publicată în SEAP, data luării la cunoștință este data publicării ei, în speță 05.03.2013, reieșind așadar că legiuitorul prezumă absolut luarea la cunoștință despre documentație (din care face parte integrantă și fișa de date a achiziției și caietul de sarcini) la data publicării ei, orice dovadă contrară neputând fi primită.

Ținând cont de dispozițiile art. 256² din O.U.G. nr. 34/2006 și cele ale art. 3 lit. z) din O.U.G. nr. 34/2006, rezultă așadar, că data de 05.03.2013 reprezintă data la care se va raporta termenul legal de depunere a contestației împotriva documentației de atribuire, termen

care este depășit la data depunerii contestației, respectiv la data de 21.03.2013.

Prin urmare, data de la care curge termenul de decădere, în baza art. 185 alin. (1) Cod procedură civilă, pentru reclamarea la Consiliu a cerințelor din documentație, este 05.03.2013, iar calculând termenul pentru contestare conform dispozițiilor procedurale aplicabile se constată că acesta era depășit la data de 21.03.2013, a depunerii contestației la Consiliu. În atari condiții, este evidentă tardivitatea contestării cerințelor documentației de atribuire postată în SEAP de autoritatea contractantă.

Purtarea de către un operator economic a unei corespondențe cu autoritatea contractantă, prin care solicita precizări cu privire la conținutul documentației de atribuire nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației împotriva documentației de atribuire sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta.

Legiuitorul nu dispune în mod expres faptul că o solicitare de clarificări întrerupe termenul de depunere a contestației, potrivit principiului de drept *„ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”*.

Față de aceste aspecte, rezultă faptul că, Consiliul nu poate lua în considerare un alt termen de la care să curgă dreptul contestatorului de a formula contestația, cum ar fi spre exemplu data răspunsului la solicitările de clarificări, deoarece legiuitorul nu dispune în mod expres că solicitările de clarificări cu privire la documentația de atribuire întrerup și nici nu suspendă termenul de depunere a contestației împotriva acesteia. Astfel, solicitarea de către contestator sau de către alți operatori economici a unor clarificări la care autoritatea contractantă a răspuns nu poate conduce la o repunere în dreptul de a formula contestație împotriva documentației de atribuire.

Potrivit art. 78 din ordonanță, *„operatorul economic interesat are dreptul de a solicita clarificări”*. Astfel, această solicitare nu are rolul de a repune în termen operatorul economic care nu a formulat contestația în termen la documentația de atribuire, și nici nu suspendă acest termen.

Analizând răspunsurile la adresele formulate, rezultă că autoritatea contractantă menține cerințele prevăzute în cadrul documentației de atribuire.

Având în vedere prevederile art. 256² raportat la art. 78 din O.U.G. nr. 34/2006, prin cererea de clarificare a documentației de atribuire nu se poate „masca” o repunere în termen pentru formularea unei contestații cu privire la unele cerințe tehnice impuse de către autoritatea contractantă.

Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări duce la prelungirea termenului de atac al

actului contestat, s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiuitor.

Operatorul economic cunoștea aspectele reclamate din documentația de atribuire încă de la data publicării ei – 05.03.2013 - și trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal cerințele în discuție, dacă dorea înlăturarea/modificarea sau completarea lor. Altfel, acest termen legal ar ajunge să fie golit de orice fel de efect și, în acest fel, deturnat textul legii, dacă sub acoperirea unor solicitări de clarificări, operatorul economic ar putea să conteste ulterior clauzele din Documentația de atribuire, invocând curgerea termenului de la răspunsul primit la o solicitare de clarificare.

De asemenea, în speță, modalitatea de calcul a termenului de depunere a contestației este reglementat de art. 3 lit. z) din O.U.G. nr. 34/2006 în sensul că *„termenul exprimat în zile începe să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului; ziua în cursul căreia a avut loc un eveniment sau s-a realizat un act al autorității contractante nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi de sărbătoare legală, o duminică sau o sâmbătă, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare”*. Față de aceste aspecte coroborat cu art. 297 din O.U.G. nr. 34/2006 care stipulează că *„În măsura în care prezenta ordonanță de urgență nu prevede altfel, sunt aplicabile dispozițiile dreptului comun”*, rezultă fără putință de tăgadă faptul că nu sunt incidente prevederile art. 181 din Codul de Procedură Civilă.

Așadar, raportat la normele art. 278 alin. (1) din ordonanță și la cele ale art. 248 C. proc. civ., este incidentă tardivitatea reclamării cerințelor din documentația de atribuire.

De asemenea, prin necontestarea în termenul legal a documentației de atribuire, aceasta și-a consolidat forța obligatorie. În cauză prezintă relevanță normele art. 78 alin. (1) și (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, conform cărora orice *„operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări privind documentația de atribuire”*, iar *„autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități, cât mai repede posibil, la orice clarificare solicitată [...]”*.

Niciunde în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea/completarea documentației de atribuire și, nici atât, obligația autorității contractante de a modifica/completa documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită. Astfel fiind,

autoritatea contractantă nu avea nicio obligație legală de a modifica/completa documentația de atribuire după voința contestatorului. Opțiunea modificării/completării cerințelor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al autorității, iar nu o obligație, Consiliul neputând sancționa autoritatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări/ completări documentației de atribuire. Obligația legală a autorității contractante era aceea de a răspunde operativ, în mod clar, complet și fără ambiguități la solicitarea de clarificări, obligație care a fost respectată de aceasta prin răspunsurile transmise contestatorului, chiar dacă acestea nu au fost în direcția așteptată de operatorul economic solicitant. Astfel, prin răspunsurile furnizate, autoritatea contractantă a specificat în mod clar că menține în continuare caracteristicile tehnice specificate în documentația de atribuire.

Niciun text normativ în vigoare nu obligă autoritatea contractantă să își modifice/completeze cerințele după cum doresc operatorii interesați, aceștia având la îndemână posibilitatea legală de a contesta respectivele cerințe la Consiliu, în perioada prevăzută de lege, în scopul obținerii modificării/completării pe care o doresc.

De altminteri, legislația nu prevede nici obligația autorității de a își justifica în fața operatorilor economici cerințele sau de a preciza rațiunea pentru care au fost impuse. Cum s-a reținut mai sus, potrivit art. 78 alin. (1) și (2) din ordonanță, orice operator economic interesat are dreptul de a solicita „clarificări”, iar *„autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități, cât mai repede posibil, la orice clarificare solicitată”*. Nicăieri nu figurează dreptul de a se cere justificări sau rațiuni pentru cerințele autorității, mai ales dacă ele sunt clare și înțelese de cei interesați. Bunăoară, nici nu își are rostul o solicitare de clarificare a unei cerințe care este clară și înțeleasă de aceștia.

De bună seamă că autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa sau favoriza participarea anumitor operatori economici la procedura de atribuire prin intermediul cerințelor impuse, însă dacă existau obiecțiuni de nelegalitate în privința respectivelor cerințe din documentația de atribuire, operatorul economic trebuia să le conteste înainte de expirarea termenului legal, iar nu să aștepte împlinirea lui.

Față de toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, Consiliul urmează ca, în temeiul art. 278 alin. (1) și (5) din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, să admită excepția invocată de autoritatea contractantă și pe cale de consecință să respingă, ca tardiv introdusă, contestația formulată de....., în contradictoriu cu....., fără a mai proceda la analiza pe fond a cauzei.

Analizând criticile formulate de ... Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de modul în care comisia de evaluare a răspuns unei solicitări de clarificări din partea unui operator economic interesat, precum și anumite cerințe din documentația de atribuire.

Solicitarea contestatorului de anulare a procedurii, în baza art. 179 alin. (4) din O.U.G. nr. 34/2006, nu este întemeiată, deoarece:

Conform acestui articol:

(4) Orice modificare și/sau completare a criteriilor de calificare și selecție precizate potrivit alin. (3) conduce/conduc la anularea procedurii de atribuire, cu excepția:

c) măsurilor de remediere dispuse de autoritatea contractantă în temeiul art. 256¹ alin. (3) și art. 256³ alin. (1).

- art. 256¹ alin. (3):

(3) Notificarea prevăzută la alin. (1) nu are ca efect suspendarea de drept a procedurii de atribuire. După primirea notificării, autoritatea contractantă poate adopta orice măsuri pe care le consideră necesare pentru remedierea pretinsei încălcări, inclusiv suspendarea procedurii de atribuire sau revocarea unui act emis în cadrul respectivei proceduri

- art. 256³ alin. (1):

(1) După primirea unei contestații, autoritatea contractantă are dreptul de a adopta măsurile de remediere pe care le consideră necesare ca urmare a contestației respective. Orice astfel de măsuri trebuie comunicate contestatorului, celorlalți operatori economici implicați în procedura de atribuire, precum și Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, nu mai târziu de o zi lucrătoare de la data adoptării acestora.

Prin fișa de date (III.2.3.a. Capacitatea tehnică și/sau profesională) autoritatea contractantă a solicitat:

„Ofertanții trebuie să facă dovada că în ultimii 5 ani (calculați până la data limită de depunere a ofertei) au realizat lucrări similare cu o valoare de cel puțin 63.000.000 lei (exclusiv T.V.A.)”.

Un operator economic interesat de participarea la procedură a formulat următoarea notificare:

„vă rugăm să ne confirmați că cerința privind experiența similară poate fi îndeplinită prin prezentarea unui contract de construcții de drumuri de (autostrăzi, drumuri naționale, drumuri expres)”,

la care autoritatea contractantă a răspuns „da” prin adresa nr. 1724/2/11.03.2013.

Din cele de mai sus rezultă că modificarea cerinței privind experiența similară a fost făcută ca urmare a unei notificări postată în SEAP la data de 11.03.2013 din partea unui operator economic interesat de participarea la procedură, autoritatea contractantă luând măsura remedierii în sensul modificării cerinței de calificare cu

respectarea prevederile art. 179 alin. (4) lit. c) din O.U.G. nr. 34/2006, situație în care nu se impune anularea procedurii.

Măsurile de remediere luate de către autoritatea contractantă au ca temei legal prevederile art. 256¹ alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006 care reglementează acest drept al autorității contractante de a modifica documentația de atribuire în situația în care a fost primită o notificare.

Mai mult, această modificare a cerinței de calificare privind experiența similară, nu este restrictivă, dimpotrivă ea lărgeste aria de participare a operatorilor economici interesați, autoritatea contractantă aplicând principiul „cine poate mai mult, poate și mai puțin”.

Rolul cerinței experienței similare este de a dovedi faptul că operatorii economici participanți au experiență în domeniul lucrărilor similare cu cea ce urmează a fi executat în urma încheierii acordului cadru care face obiectul acestei proceduri, că are cunoștințele/ experiența și capacitatea necesară derulării unor astfel de contracte subsecvente și că au finalizat astfel de contracte similare.

Consiliul constată că prin adresa de răspuns la solicitarea de clarificări primită din partea unui operator economic interesat de procedură, publicată în data de 11.03.2013 în SEAP, autoritatea contractantă a modificat cerința de calificare privind experiența similară, impusă inițial.

Având în vedere cerința privind demonstrarea experienței similare, așa cum este formulată în urma modificării anterior menționate, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a respectat dispozițiile legale cu privire la stabilirea cerinței contestate.

Prin modificarea respectivă, autoritatea contractantă nu a restrâns participarea operatorilor economici la procedură, cu încălcarea dispozițiilor art. 8 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006, ci dimpotrivă a extins cerința de calificare, dând posibilitate mai multor operatori economici să depună ofertă.

Conform art. 188 din O.U.G. nr. 34/2006:

(3) În cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de lucrări, 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 lucrărilor ce urmează să fie executate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, următoarele:

a) o listă a lucrărilor executate în ultimii 5 ani, însoțită de certificări de bună execuție pentru cele mai importante lucrări.

Potrivit principiului juridic „ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”, Consiliul apreciază că nici contestatorul și nici

altă societate/autoritate/instituție nu poate adăuga la lege în sensul impunerii autorității contractante să elimine o anumită cerință pentru simplul motiv că „*lucrările de construcții de drumuri (autostrăzi, drumuri naționale, drumuri expres) nu cuprind operațiuni de frezare, montare pavele sau marcaje rutiere (care se execută separat)*”.

Cerința de calificare, impusă de autoritatea contractantă, nu este restrictivă, ci este în concordanță cu scopul noii legislații privind achizițiile publice, acela de a asigura accesul cât mai multor operatori economici la procedurile de atribuire, de promovare a concurenței între aceștia.

În cauză, Consiliul determină că este relevantă și următoarea prescripție legală, respectiv 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.

În considerarea celor prezentate, Consiliul apreciază ca fiind netemeinică solicitarea contestatoarei referitoare la anularea procedurii.

Cerințele de calificare coroborate cu caracteristicile tehnice impuse pentru acestea, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante, relevante în acest caz fiind dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. a) și art. 4 alin. (3) lit. a) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006.

Față de aceste aspecte, rezultă că această cerință a autorității contractante, expres menționată în cadrul fișei de date și în răspunsul la solicitarea de clarificări, nu este restrictivă, având în vedere:

- pe de o parte necesitatea ei,
- iar pe de altă parte, aceste contracte au rolul de a demonstra capacitatea operatorilor economici de a îndeplini contractul.

Astfel, Consiliul nu poate reține în soluționare alegația pe care contestatorul o face cu privire la această cerință având în vedere următoarele aspecte:

- prin impunerea acestei cerințe, autoritatea contractantă nu a restricționat participarea la procedură, ci dimpotrivă a lărgit aria operatorilor economici care se pot înscrie la procedură;
- solicitarea contractelor respective este o cerință de calificare și selecție, este o necesitate a autorității contractante detaliată în mod expres în fișa de date și în răspunsul la solicitarea de clarificări. Necesitatea autorității contractante constă în mod suplimentar și în

dovedirea faptului că operatorii economici au mai realizat astfel de contracte.

Consiliul consideră că autoritatea contractantă a respectat următoarele prevederi legale:

- art. 178 alin. (2) din O.U.G. 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 O.U.G. 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. 8 alin. (1) lit. a) din H.G. 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: nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit”.

Afirmația ... că *„un alt motiv care impune anularea procedurii de atribuire îl constituie includerea, în obiectul acordului-cadru, a unor activități absolut diferite, astfel cum sunt lucrările de reparații străzi și lucrările de marcaje rutiere, care au și coduri CPV diferite”*, nu este întemeiată, având în vedere necesitatea autorității contractante, fiind valabile argumentele reținute mai sus, în acest sens. Mai mult, lucrările ce fac obiectul acordului cadru (reparare, întreținere, marcaj) sunt lucrări de aceeași natură, adică lucrări de drumuri.

În considerarea celor antemenționate, susținerile contestatorului potrivit cărora *„(...) lucrările de construcții de drumuri (autostrăzi, drumuri naționale, drumuri expres) nu cuprind operațiuni de frezare, montare pavele sau marcaje rutiere (care se execută separat)”*, nu pot fi reținute în soluționare ca fiind relevante întrucât lucrările de construcții de autostrăzi, drumuri naționale, drumuri expres includ și lucrări de artă (poduri, pasaje), care implică lucrări de montare borduri și marcaje rutiere.

Pentru realizarea contractului (acordului cadru), operatorii economici se pot asocia, conform prevederilor art. 44 din O.U.G. nr. 34/2006.

De asemenea, nici solicitarea contestatorului de împărțire pe loturi a procedurii, nu este întemeiată, având în vedere prevederile

art. 10 din H.G. nr. 925/2006, respectiv că autoritatea contractantă are dreptul, nu obligația, de a recurge la atribuirea contractului pe loturi.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) și (6) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de ... în contradictoriu cu..... și va dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...