



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 ... cu sediul în ... județul ... CUI ... privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de lucrări "construirea stației de tratare mecano-biologică a deșeurilor biodegradabile ... aferentă ...", coduri CPV 45000000-7, 45253800-3 și 71322000-1, cu data de deschidere a ofertelor 20.08.2013, organizată de ... cu sediul în ... județul ... în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat obligarea autorității la modificarea cerinței de calificare III.2.3.a) din fișa de date a achiziției, referitoare 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 ... nr. ... în contradictoriu cu ... 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 să fi executat/dus la bun sfârșit în ultimii 5 ani cel puțin un contract care să aibă ca obiect proiectarea și execuția unei lucrări similare cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit – stație de tratare mecano-biologică a deșeurilor cu o capacitate de minim 50.000 tone/an"*, în sensul permiterii ca ofertanții să își dovedească experiența similară și prin prezentarea de contracte separate de proiectare, respectiv de execuție. 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 ... reclamă cerința de calificare cuprinsă la pct. III.2.3.a) din fișa de date a achiziției elaborată de ... pentru derularea licitației antementionate, cerință pe care contestatoarea o apreciază ca fiind restrictivă. În motivarea acțiunii se arată că, prin impunerea îndeplinirii experienței similare printr-un singur contract se încalcă Ordinul președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, conform căruia *"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, permitându-le acestora prezentarea de contracte distincte"*. În acest context, se solicită acceptarea dovedirii experienței similare prin prezentarea de contracte distincte, de proiectare, respectiv de execuție.

În punctul său de vedere nr. 10822/27.06.2013 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 21344/..., 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. 2266/335/2012 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". Autoritatea nu a impus condiții de calificare restrictive, ci doar a respectat prevederile ordinului menționat.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ... publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 21.06.2013, autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de servicii de proiectare și lucrări de construire a unei stații de tratare mecano-biologică a deșeurilor biodegradabile din municipiul ... – parte a sistemului de management integrat al deșeurilor în județul ... – cu o capacitate de 150.065 tone/an, inclusiv furnizarea și instalarea utilajelor și echipamentelor tehnologice, testarea, punerea în funcțiune, instruirea și suportul necesare, contract estimat valoric la 70.946.642 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 21.06.2013, alături de anunțul de participare. După consultarea respectivei documentații, pentru motivele evocate mai sus, operatorul economic ... a investit Consiliul, în termen legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Asupra aspectelor sesizate de reclamantă, 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 "capacitatea tehnică și/sau profesională a ofertanților" [pct. III.2.3.a)], următoarea cerință nr. 2 – "Experiența similară": *"Ofertantul trebuie sa fi executat/dus la bun sfârșit în ultimii 5 ani cel puțin un contract care sa aiba ca obiect proiectarea si executia unei lucrari similare cu obiectul contractului ce urmeaza a fi atribuit - statie de tratare mecano-biologica a deșeurilor cu o capacitate de minim 50.000 tone/an."*

Reprezentând o cerință de calificare, după cum rezultă și din încadrarea pe care 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 de proiectare și execuție, ci au îndeplinit asemenea activități prin intermediul unor contracte separate, de proiectare, respectiv de execuție.

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. 17 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006: "Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) în relația cu operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire";

- 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 obligatorii, susținerile petentei și justificările aduse de autoritatea contractantă, Consiliul apreciază că respectiva condiționare privind dobândirea experienței similare exclusiv prin intermediul unui singur contract cu dublu obiect – proiectare și execuție – este restrictivă și, în consecință, nelegală. Proiectarea și execuția investiției scoase la licitație nu depinde în mod necesar de existența unei experiențe obținute printr-un singur contract, aceeași experiență fiind la fel de relevantă și valabilă chiar dacă a fost obținută prin executarea unor contracte separate, de proiectare și de lucrări, inclusiv în perioade diferite, însă în interiorul perioadei de cinci ani stabilită de autoritate. Nu se poate afirma că operatorii economici care au avut anterior contracte distincte de proiectare și de execuție nu ar avea 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. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, se precizează expres 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."* Totodată, în aceeași anexă se prevede că este restrictivă solicitarea de către autoritate a unei dovezi că ofertantul a finalizat în ultimii cinci ani un contract care cuprinde atât proiectarea, cât și execuția de lucrări. Din parcurgerea acestor dispoziții se desprinde concluzia că nici autoritatea guvernamentală responsabilă de domeniul achizițiilor publice nu agreează cerința de calificare în discuție, pe care o prohibește expres.

Așadar, fiind judicioasă critica pe care o aduce societatea contestatoare, se impune ca autoritatea contractantă să accepte ca experiența similară a ofertanților să poată fi dobândită pe calea executării de contracte distincte, de proiectare, respectiv de execuție, care să acopere aria de activități ce fac obiectivul investiției care urmează a se concretiza. După cum s-a evocat, în cazul disputat, este evident că prestarea de activități relevante prin intermediul unui contract sau a două contracte separate (cu același sau cu beneficiari diferiți) nu ar trebui să preocupe autoritatea

contractantă, dat fiind că ambele ipoteze reflectă o experiență suficientă a proiectantului și antreprenorului în a executa același tip de activități. Prin urmare, accentul trebuia pus pe capacitatea de execuție de a investiției specifice a ofertantului, iar nu pe numărul de contracte care au stat la baza dobândirii ei.

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 proiecte și lucrări similare prin contracte distincte de a îndeplini corespunzător contractul supus licitației.

Condiționarea dovedirii experienței similare doar printr-un singur contract cu obiect multiplu – proiectare și execuție – 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 de proiectare stații de tratare mecano-biologică a deșeurilor biodegradabile și, separat, zece contracte de construire de astfel de stații? 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 nu au executat un unic contract similar, însă au executat contracte separate pentru proiectare și execuție, cu respectarea pragului impus de 50.000 tone/an, nu au potențialul și capacitatea necesare de a "îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia".

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. 509/2011.

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 similare care, însă, au vizat doar proiectare sau doar execuție de lucrări. În atari circumstanțe, cerința nelegală trebuie să fie remediată, prin acceptarea ca ofertanții să își dovedească experiența similară și prin prezentarea de contracte separate de proiectare, respectiv de execuție, 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. 2266/335/2012, 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. Principiului ierarhiei actelor normative, detaliat în corpul Legii nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, republicată, interzice ca un act normativ să aducă atingere unuia cu o forță juridică inferioară, în cazul concret ca Ordinul nr. 2266/335/2012 să instituie soluții contrare ordonanței de urgență privind achizițiile sau hotărârii Guvernului de aprobare a normelor de aplicare a ei. Cu alte cuvinte, dispozițiile ordonanței sau ale normelor sale de aplicare prevalează în fața dispozițiilor contrare din Ordinul nr. 2266/335/2012.

Nu trebuie uitat că scopul cerințelor de calificare este de a se confirma capacitatea corespunzătoare a ofertanților, iar nu 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.

Așadar, prin solicitarea în dezbatere autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 2 alin. (2) lit. e), art. 17, 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 îngrădește accesul la procedură al operatorilor economici și aduce atingere prevederilor anterior menționate.

Pe lângă toate acestea, elocventă este și decizia nr. 3785 din 19 august 2009, pronunțată într-o speță asemănătoare 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.

În decizia sa civilă nr. 318 din 23 februarie 2011, Curtea de Apel Timișoara, 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. 1997 din 6 aprilie 2012 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 ... nr. ... în contradictoriu cu ... 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 fi executat/dus la bun sfârșit în ultimii 5 ani cel puțin un contract care să aibă ca obiect proiectarea și execuția unei lucrări similare cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit – stație de tratare mecano-biologică a deșeurilor cu o capacitate de minim 50.000 tone/an*", în sensul permiterii ca ofertanții să își dovedească experiența similară și prin prezentarea de contracte separate de proiectare, respectiv de execuție.

Actul de modificare a documentației și erata la anunțul de participare [potrivit art. 50 ind. 1 alin. (3) din ordonanță] vor fi postate de autoritate în SEAP, pentru a fi aduse la cunoștința operatorilor economici interesați.

Vizavi de cererea secundă a ... 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.

Redactată în patru exemplare, conține opt pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...