



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 OUG 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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ... formulată de ... cu sediul în municipiul având Număr de Înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ... cu sediul procesual ales la ... în municipiul ... formulată împotriva adresei nr. 9003/30.05.2013 de rectificare a răspunsului formulat la punctul 1) din Clarificări 24 din 16.05.2013, emisă de către ... în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în județul ... în cadrul procedurii de licitație deschisă, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „CREȘTEREA MOBILITĂȚII TRANSPORTULUI PUBLIC PRIN REABILITAREA TRASEULUI ... CU LUCRĂRI VIZÂND CALEA DE RULARE, STAȚII CU PEROANE ADAPTATE PERSOANELOR CU DIZABILITĂȚI, MATERIAL RULANT, ELEMENTE DE SEMNALIZARE ȘI AUTOMATIZARE – ETAPA I”, cod CPV 45234120-3, 45231400-9, 45232000-2, 45232411-6, 45233000-9, s-a solicitat:

- suspendarea procedurii de achiziție publică până la soluționarea fondului cauzei;
- anularea răspunsului nr. 9003/30.05.2013 privitor la capitolul III.2.3 a) «Capacitatea tehnică și/sau profesională» Cerința nr. 1 din fișa de date a achiziției și menținerea ca valabil a Răspunsului la clarificări cu nr. 24 (adresa 8164,8166,8284,8338,8345,8347/16.05.2013) prin care autoritatea contractantă a recunoscut dreptul ofertantului de a

dovedi experiența similară prin cumulare cu cea a tertului/lor susținător/i;

- obligarea autorității contractante la menționarea expresă a posibilității cumulării experienței similare între ofertant și tertul susținător/terții susținători atunci când fiecare din acești agenți economici dovedește experiența similară pe unul sau mai multe din cele patru domenii distincte menționate la cerința 1 capitolul III.2.3 a) din fișa de date a achiziției (execuție cale simplă tramvai, alimentare cu apă, așternere mixturi asfaltice, montare/demontare linie de contact):

- în subsidiar, în măsura în care este imposibilă adoptarea măsurilor de remediere, anularea procedurii de atribuire în cauză.

În baza dispozițiilor legale aplicabile,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) și alin.(6) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, respinge ca nefondată contestația formulată de ... în contradictoriu cu ... și dispune continuarea procedurii de achiziție publică.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) 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:

... a formulat contestație împotriva adresei nr. 9003/30.05.2013 de rectificare a răspunsului formulat la punctul 1) din Clarificări 24 din 16.05.2013, emisă de către ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „CREȘTEREA MOBILITĂȚII TRANSPORTULUI PUBLIC PRIN REABILITAREA TRASEULUI ... CU LUCRĂRI VIZÂND CALEA DE RULARE, STAȚII CU PEROANE ADAPTATE PERSOANELOR CU DIZABILITĂȚI, MATERIAL RULANT, ELEMENTE DE SEMNALIZARE ȘI

AUTOMATIZARE – ETAPA I”, cod CPV 45234120-3, 45231400-9, 45232000-2, 45232411-6, 45233000-9, solicitând:

- suspendarea procedurii de achiziție publică până la soluționarea fondului cauzei;

- anularea răspunsului nr. 9003/30.05.2013 privitor la capitolul III.2.3 a) «Capacitatea tehnică și/sau profesională» Cerința nr. 1 din fișa de date a achiziției și menținerea ca valabil a Răspunsului la clarificări cu nr. 24 (adresa 8164,8166,8284,8338,8345,8347/16.05.2013) prin care autoritatea contractantă a recunoscut dreptul ofertantului de a dovedi experiența similară prin cumulare cu cea a terțului/lor susținător/i;

- obligarea autorității contractante la menționarea expresă a posibilității cumulării experienței similare între ofertant și terțul susținător/terții susținători atunci când fiecare din acești agenți economici dovedește experiența similară pe unul sau mai multe din cele patru domenii distincte menționate la cerința 1 capitolul III.2.3 a) din fișa de date a achiziției (execuție cale simplă tramvai, alimentare cu apă, așternere mixturi asfaltice, montare/demontare linie de contact):

- în subsidiar, în măsura în care este imposibilă adoptarea măsurilor de remediere, anularea procedurii de atribuire în cauză.

În fapt, contestatorul menționează că dorește să depună o ofertă în cadrul procedurii în cauză, însă în ceea ce privește îndeplinirea experienței similare pe o parte din cele patru domenii enumerate în cadrul cerinței nr. 1 dorește să facă dovada prin experiența similară a doi terți susținători, în conformitate cu legislația română (OUG 34/2006 și HG 925/2006) și europeană (Directiva 18/2004) în vigoare, așa cum a fost interpretată de jurisprudența CNSC, respectiv a Curții de Justiție a Uniunii Europene.

Contestatorul arată că prin cerința nr. 1 capitolul III.2.3 a) «Capacitatea tehnică și/sau profesională» autoritatea contractantă solicită în Fișa de date a achiziției ca experiență similară dovedirea executării în ultimii 5 ani de lucrări similare ce fac obiectul prezentului contract după cum urmează:

- execuție cale simplă tramvai în lungime de cel puțin 3,3 km,
- execuție de lucrări de alimentare cu apă,
- execuție de lucrări de așternere mixturi asfaltice,
- execuție de lucrări de montare/demontare linie de contact.

În ceea ce privește modalitatea de îndeplinire a acestei cerințe, contestatorul arată că autoritatea contractantă a precizat în fișa de date a achiziției că în cazul depunerii ofertei comune, cerința minimă poate fi îndeplinită de către oricare dintre asociații sau prin cumularea resurselor deținute de toți asociații, fără să precizeze

nimic cu privire la modul în care cumulul experienței similare se poate face între ofertant și/sau terț/i susținător/i.

Dorind să aibe un răspuns clar, complet și fără ambiguități la întrebarea referitoare la cumulul experienței similare între ofertant și terți susținător/i, contestatorul arată că în temeiul art. 78 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 a formulat următoarea întrebare de clarificări:

„Vă solicităm să ne precizați dacă în prezenta procedura de licitație, unde se solicită experiență similară în domenii diferite care, în practica, sunt imposibil de întrunit de un singur agent economic, dovada îndeplinirii experienței similare prevăzută în documentația de atribuire se poate face astfel:

*- **prin cumulul experienței similare exclusiv între doi terți susținători**, astfel, de exemplu: prin prezentarea unui angajament de susținere din partea unui terț pe partea de lucrări de cale, linii de contact și așternere mixturi asfaltice și prin prezentarea unui angajament de susținere din partea unui alt terț susținător referitoare la experiența similară pe partea de lucrări edilitare (alimentare cu apă);*

*- **prin cumulul experienței similare între ofertant și doi terți susținători**, astfel, de exemplu: prin îndeplinirea de către ofertant a experienței similare pe linii de contact iar a celorlalte cerințe de experiență similară de către doi terți susținători, prin prezentarea unui angajament de susținere din partea unui terț susținător pe partea de execuție de cale și așternere mixturi asfaltice și prin prezentarea unui angajament de susținere din partea unui alt terț susținător referitoare partea de lucrări edilitare (alimentare cu apă);*

*- **prin cumulul experienței similare între ofertant și un terț sustinător**, astfel, de exemplu: ofertantul să îndeplinească cerința experienței similare pe partea de lucrări de cale, linii de contact și așternere mixturi asfaltice și terțul susținător să prezinte un angajament de susținere referitor la experiența similară, pe partea de lucrări edilitare (alimentare cu apă).*

*În opinia noastră, dispozițiile legale în vigoare (articolul 190 alineatul 1 din OUG 34/2006 și articolul 11 indice 1 alineatul 4 HG 925 /2006) coroborate cu jurisprudența națională și europeană **permit cumularea experienței ofertantului cu experiența unuia sau mai multor terți susținători sau susținerea ofertantului de către mai mulți terți**. Așa cum ar reieși din interpretarea gramaticală a dispozițiilor art. 190 alin. 1 din OUG 34/2006 "capacitatea tehnică și profesională a ofertantului/candidatului poate fi susținută, pentru îndeplinirea unui contract **ȘI** de o altă persoană" (directiva europeană 18/2004 referidindu-se la mai multe «persoane», la plural).*

Precizăm că ținând cont de forța juridică superioară a OUG 34/2006 și HG 925 /2006 față de orice ordin al ANRMAP (inclusiv Ordinul ANRMAP 509/14.09.2011) precum și de jurisprudența europeană care permite cumulul experienței similare, indiferent dacă e între terți susținători și/sau ofertant, CNSC a statuat și în România (jurisprudența națională) cu precizie ca **interdicția de a cumula experiența ofertantului cu cea a terțului susținător în cazul în care experiența similară vizează contracte complexe prin obiectiv (cum e cazul în speță) este abuzivă (a se vedea de exemplu decizia CNSC ...).**

În concluzie, având în vedere că în documentația de atribuire nu se face nici o referire la modalitatea de dovedire a experienței similare prin susținerea acesteia de către terți (ci doar de către asociați), deși o astfel de susținere este permisă de lege și ca fiecare domeniu în parte pentru care s-a cerut experiența similară (execuție cale simplă tramvai, alimentare cu apă, așternere mixturi asfaltice, montare/demontare linie de contact) presupune o experiență de sine stătătoare care poate fi susținută în mod distinct, considerăm că, în speță, **sunt admisibile oricare din cele trei ipoteze mai sus menționate.**

În aceste condiții vă rugăm să ne răspundeți în mod clar, complet și fără ambiguități la întrebarea noastră, în conformitate cu art. 78 alin. 2 din OUG 34/2006, pentru a evita eventuale contestații și tergiversarea procedurii”.

Prin răspunsul la clarificări nr. 24 (adresa nr. 8164,8166,8284,8338,8345,8347/16.05.2013), contestatorul arată că autoritatea contractantă a dat următorul răspuns:

„Conform dispozițiilor art. 190 alin. 1 din OUG 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, «capacitatea tehnică și profesională a ofertantului/candidatului poate fi susținută, pentru îndeplinirea unui contract și de o altă persoană, indiferent de natura relațiilor juridice existente între ofertant/candidat și persoana respectivă», acesta fiind un drept al ofertantului stabilit de legiuitor, altfel spus, un drept legal, și nu un drept oferit de autoritatea contractantă. Acesta este motivul pentru care el nu a mai fost menționat în Fișa de date a achiziției, acest aspect **neechivalând cu interdicția de a cumula experiența ofertantului cu cea a terțului susținător.**

În acest context, subliniem faptul că ofertantul poate fi susținut pentru demonstrarea cerințelor minime privind capacitatea tehnică și/sau profesională, precum și situația economică și financiară de o altă persoană în condițiile stabilite de legislația aplicabilă în materia achizițiilor publice”.

Prin urmare, contestatorul precizează că autoritatea contractantă a confirmat prin acest răspuns faptul că experiența

similară se poate cumula între ofertant și terț/i susținător/i (validând în acest fel, în mod expres, cel puțin variantele nr. 2 și 3 din cele trei propuse în întrebarea sa). Astfel prin acest răspuns, autoritatea contractantă a considerat că prevalează dispozițiile art. 190 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 care conferă DREPTUL ofertantului de a fi susținut de către un terț pe toate cerințele privind capacitatea tehnică și profesională (inclusiv pe experiența similară).

Contestatorul învederează faptul că autoritatea contractantă fără nicio justificare, prin adresa nr. 9003/30.05/2013 a «rectificat» răspunsul susmenționat (înlocuindu-l în integralitate) cu următorul răspuns:

"În cazul depunerii de oferta individuală, oferta individuală+susținere, oferta individuală+subcontractare, oferta comună, oferta comună+susținere sau oferta comună +subcontractare, cerința impusă de autoritatea contractantă cu privire la experiența similară va fi îndeplinită de către ofertanți conform prevederilor Anexei nr. 2 la Ordinul 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 687/28.09.2011".

Contestatorul consideră că această rectificare poate conduce la interpretări și este total neclară prin raportare la răspunsul dat prin Clarificările 24.

În cazul în care prin această rectificare autoritatea contractantă interzice cumulul experienței similare între ofertant și terțul/i susținător/i (interpretare care poate rezultă din Anexa 2 la Ordinul 509/2011) contestatorul consideră că respectiva «rectificare» și interpretare a ei este abuzivă având în vedere că o astfel de susținere este permisă de lege și mai ales că fiecare domeniu în parte pentru care s-a cerut experiența similară (execuție cale simplă tramvai, alimentare cu apă, așternere mixturi asfaltice, montare/demontare linie de contact) presupune o experiență de sine stătătoare care poate fi susținută în mod distinct de către un agent comercial (ofertant, respectiv terț susținător).

În drept, contestatorul invocă prevederile art. 187, art. 190 din OUG nr. 34/2006 și art. 11¹ alin. (1) și alin. (4) din HG nr. 925/2006.

Contestatorul arată că din interpretarea gramaticală coroborată a celor două texte legale reiese cu exactitate faptul că legiuitorul a prevăzut în mod expres că experiența similară poate fi susținută ȘI de către un terț/mai mulți terți, și rezultă în mod logic că ofertantul poate deține o parte a experienței și tertul/terții vine/vin în susținere cu restul experienței pe care ofertantul nu o deține.

În concluzie, contestatorul precizează că autoritatea contractantă nu poate încălca aceste dispoziții legale, cumularea experienței ofertantului cu cea a terțului/terților fiind UN DREPT LEGAL conferit de legislația în vigoare în domeniul achizițiilor publice (așa cum și autoritatea contractantă a considerat inițial în Răspunsul la clarificări nr. 24).

Contestatorul menționează că în acest sens este și legislația și jurisprudența europeană, așa cum va arăta în cele ce urmează.

Contestatorul arată că motivele principale în susținerea contestației sunt următoarele:

1. Principiul „ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus”.

Contestatorul arată că art. 190 din OUG nr. 34/2006 precizează că *„Capacitatea tehnică și profesională a ofertantului/candidatului poate fi susținută, pentru îndeplinirea unui contract, și de o altă persoană, indiferent de natura relațiilor juridice existente între ofertant/candidat și persoana respectivă”,* fără a face nici un fel de referire că doar anumite resurse din cele menționate la articolul 187 din OUG 34/2006 ar putea intra sub incidența acestui articol.

Prin urmare, conform ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus” (unde legea nu distinge nici noi nu trebuie să distingem), norma legală NU se poate interpreta că se referă doar la anumite resurse prevăzute la articolul 187 în dovedirea capacității economice, tehnice și profesionale.

Astfel, conform articolului 190, interpretat prin prisma acestui principiu, toate resursele prevăzute în lege pentru dovedirea capacităților economice, tehnice și profesionale, inclusiv experiența similară, pot fi demonstrate prin susținerea acordată conform articolului 190 din OUG 34/2006, așadar inclusiv experiența similară.

2. Prioritatea Jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene față de dreptul național.

Contestatorul precizează că Curtea de Justiție a Uniunii Europene, prin deciziile date în situații similare, confirmă justetea afirmațiilor sale, invocând în acest sens deciziile date în dosarul nr. C-176/98: HOLST Italia SpA contra Commune di Cagliari și dosarul nr. C - 389/92: Ballast Nedam Groep NV contra statul Belgian.

Mai mult, contestatorul învederează Consiliului că plecând de la astfel de decizii, în Directiva 18/2004 în vigoare, s-a prevăzut expres posibilitatea ca capacitatea economică, tehnică și profesională în integralitatea lor, să FIE DOVEDITE PRIN PERFORMANȚELE ALTOR ENTITĂȚI, INDIFERENT DE RELAȚIILE EXISTENTE.

Prin urmare, având în vedere obligativitatea interpretării date de Curtea de Justiție a Uniunii Europene asupra normelor din directive, faptul că conform deciziilor de mai sus experiența similară face parte integrantă din capacitatea tehnică și profesională care poate fi demonstrată prin susținerea acordată de către o altă persoană care a dat un angajament ferm în acest sens, autoritatea contractantă este ținută să precizeze în mod expres faptul că experiența similară poate fiind dovedită prin cumul între experiența similară a ofertantului și experiența similară/experiențele similare ale terțului/terților susținători.

3. Forța juridică inferioară a Ordinului ANRMAP 509/2011 față de OUG 34/2006 și Directiva 18/2004.

Contestatorul învederează faptul că Ordinul ANRMAP 509/2011 nu poate modifica sau adaugă la lege și nici nu poate crea condiții mai restrictive decât cele prevăzute în OUG 34/2006, care transpune Directiva 18/2004 (în ceea ce privește inclusiv dispozițiile interpretate de Curtea Justiție a Uniunii Europene, așa cum a arătat mai sus).

Contestatorul precizează că Ordinul ANRMAP are forța de reglementare inferioară Ordonanței de Urgență, Hotărârii de Guvern și mai ales dreptului european și hotărârilor Curții Europene de Justiție, așa cum a arătat mai sus, care conferă dreptul ofertantului de a-și dovedi experiența similară prin cumulare cu cea a terțului/terților susținător/i. În consecință, Ordinul ANRMAP trebuie să fie interpretat astfel încât să dea valoare și să respecte dispozițiile legale cu forță juridică superioară.

De asemenea, contestatorul precizează că dispozițiile din Ordinul ARMAP care contravin dispozițiilor legale în vigoare sunt nule și nu pot fi aplicate. Prin urmare autoritatea contractantă NU poate interzice cumulul experienței similare, așa cum ea însăși precizează în Clarificarea nr. 24.

Contestatorul consideră că și mențiunile inserate în Ordinul ANRMAP referitoare la imposibilitatea cumulării experienței similare între terț și ofertant, trebuie interpretate în condițiile fiecărei spețe, în funcție de domeniile de activitate pentru care se cere dovedirea experiențelor similare.

Astfel, contestatorul arată că în nota de subsol a Anexei 2 s-a înscris „Indiferent dacă există un singur sau mai mulți terți susținători, cerința privind experiența similară va fi îndeplinită în întregime de către o singură persoană, respectiv un singur terț susținător”.

În speță, contestatorul arată că procedura are ca obiect atribuirea unui contract de lucrări, în care autoritatea contractantă a solicitat experiența similară pe 4 domenii de activitate distincte:

execuție cale simplă tramvai, alimentare cu apă, așternere mixturi asfaltice, montare/demontare linie de contact).

În practică, contestatorul precizează că este foarte greu de găsit agenți economici în piața construcțiilor care să fi realizat, fiecare în parte, toate cele 4 tipuri de lucrări. Soluția privitoare la depunerea unei oferte comune nu poate fi viabilă în cauză, deoarece OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006 permit susținerea și prin urmare ofertantul nu poate fi privat de un astfel de DREPT LEGAL.

Contestatorul consideră că mențiunea de subsol din Anexa 2 a Ordinului ANRMAP 209/2011 ar putea fi interpretată și în sensul că „Cerința privind EXPERIENȚA SIMILARĂ” se referă la experiența similară pe un anumit domeniu de activitate, astfel încât acolo unde există mai multe tipuri de experiențe similare, fiecare să poată fi susținută în mod distinct de către un susținător. Prin această interpretare, în cazul de față, fiecare tip de lucrare din cele 4 urmează a fi considerată ca o experiență de sine stătătoare; cu condiția ca experiența pe un singur tip de contract de lucrări din cele 4 să fie îndeplinită integral de un singur susținător.

Cu toate acestea, contestatorul consideră necesar ca autoritatea contractantă să răspundă „în mod clar, complet și fără ambiguități la clarificare”, în conformitate cu art. 78 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 și nu să facă doar trimitere la Anexa 2 din Ordinul ANRMAP.

În consecință contestatorul consideră că dispozițiile ordinului ANRMAP trebuie interpretate în sensul în care nu pot adăuga condiții mai restrictive decât cele prevăzute în OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006, iar dacă acestea sunt interpretate totuși *ad litteram*, acestea trebuie înlăturate ca atare, deoarece reprezintă dispoziții ale unui ordin cu forță juridică de reglementare inferioară dreptului european și dreptului național reprezentat de ordonanță și hotărârea de guvern.

4. Jurisprudența CNSC și a instanțelor judecătorești române este de asemenea în sensul interpretării legislației conform celor susținute în contestație.

Așa cum a indicat și în întrebarea de clarificări ce face obiectul răspunsului nr. 24 și a rectificării aferente, contestatorul precizează că CNSC, chiar și după intrarea în vigoare a Ordinului ANRMAP din 2011, a pronunțat decizii prin care a admis contestațiile unui potențial ofertant introduse împotriva răspunsului la întrebările de clarificări și a obligat autoritatea contractantă să elimine din documentația de atribuire cerința potrivit căreia experiența similară trebuie îndeplinită în totalitate de ofertant sau de către terțul susținător atunci când experiența similară este solicitată pe un obiectiv multiplu, invocând în acest sens Decizia CNSC

Contestatorul arată că CNSC a decis ca în situația în care experiența similară vizează contracte complexe, nu atât prin valoare sau natura, cât prin obiectiv (cum este cazul în speță: execuție cale simplă tramvai, alimentare cu apă, așternere mixturi asfaltice, montare/demontare linie de contact) interdicția de a cumula în aceste cazuri experiența ofertantului cu cea a terțului este considerată ABUZIVĂ.

Prin urmare, contestatorul precizează că CNSC a confirmat că este posibil cumulul dintre experiența similară a ofertantului pe unul din domenii - de exemplu pe partea de mixturi asfaltice - cu experiența similară a unui terț sustinator pe un alt domeniu de activitate - de exemplu, experiența privind lucrările de alimentare cu apă - și a altui terț susținător, pe un alt domeniu de activitate - de exemplu, pe execuție cale simplă de tramvai și montare/demontare linie de contact.

În concluzie, contestatorul consideră că este inadmisibilă orice interpretare potrivit căreia experiența similară multiplă nu s-ar realiza prin cumul între ofertant și terțul/terții susținător/i, fiecare pentru partea sa de lucrări.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 19945/17.06.2013, ... în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației în temeiul dispozițiilor art. 278 din OUG nr. 34/2006.

Autoritatea contractantă menționează că adresa nr. 9003/30.05.2013, publicată în SEAP sub denumirea CLARIFICĂRI 26 (.../30.05.2013), contestată de ..., rectifică răspunsul anterior la solicitările de clarificari numai în ceea ce privește completarea dispozițiilor legale invocate în acesta cu cele ale Ordinului ANRMAP 509/2011, privind formularea criteriilor de calificare și selecție, cu trimitere, în principal, la prevederile Anexei 2. În acest sens a fost formulată și recomandarea Unității pentru Coordonarea și Verificarea Achizițiilor Publice și anume de publicare a unei *clarificări care să respecte caracterul formal prevăzut de art. 78 alin. (2) din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările și completările ulterioare și să fie întemeiată pe prevederile legale incidente, respectiv art. 190 alin.(1) din O.U.G. nr.34/2006, art.11¹ alin.(I) din H.G. nr.925/2006 cu modificările și completările ulterioare și Anexa nr.2 a Ordinului ANRMAP nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție.*

Având în vedere că, prin răspunsul la clarificări nr. 24, postat în SEAP sub denumirea clarificări 24 ... et.I (...05.2013), s-a precizat că nementionarea în Fișa de date a achiziției a dreptului legal al ofertantului de a avea terț susținător în ceea ce privește capacitatea tehnică și/sau profesională, în speță cu referire la

cerința minimă privind experiența similară, nu echivalează cu interdicția de a cumula experiența ofertantului cu cea a terțului susținător, autoritatea contractantă menționează că a apreciat ca fiind necesară corectarea acestei clarificări cu invocarea prevederilor Anexei 2 la Ordinul ANRMAP 509/2011.

Autoritatea contractantă arată că acest act normativ prevede, în mod expres că, în cazul depunerii unei oferte individuale și a demonstrării experienței similare prin susținerea acordată de un terț, această cerință minimă va fi îndeplinită fie de ofertant, fie de terț, iar în situația participării cu o ofertă comună, experiența similară fiind, de asemenea, demonstrată de un terț susținător *„Cerința privind experiența similară solicitată va fi îndeplinită în întregime de către un singur terț susținător”*.

Cu alte cuvinte autoritatea contractantă arată că este interzis cumulul experienței similare a ofertantului individual cu terțul susținător, după cum este interzis cumulul experienței asociatului/asociaților cu terțul susținător ori demonstrarea experienței similare de către mai mulți terți susținători, fără distincție cu privire la obiectul contractului la care se raportează această cerință minimă, dacă constă într-un singur tip de lucrări/servicii/activități ori este un obiect complex care include mai multe tipuri de lucrări ori lucrări și servicii.

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă precizează că Autoritatea Națională pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice printr-o notă finală întărește cele menționate anterior, astfel: *„Indiferent dacă există unul sau mai mulți susținători, cerința privind cifra de afaceri sau cea privind experiența similară va fi îndeplinită în întregime de către o singură persoană, respectiv un singur terț susținător.”*

Având în vedere complexitatea contractului ce se dorește a fi atribuit, nu numai prin valoare și natură, dar și prin obiect, autoritatea contractantă arată că prin fișa de date a achiziției a solicitat mai multe tipuri de experiență similară care vizează principalele lucrări de executat pentru realizarea obiectivului, după cum urmează:

- Execuție cale simplă de tramvai în lungime de cel puțin 3,3 km;
- Execuție lucrări de alimentare cu apă;
- Execuție lucrări de așternere mixturi asfaltice;
- Execuție lucrări de montare/demontare linie de contact.

Într-o atare situație, autoritatea contractantă consideră că interpretarea și aplicarea prevederilor actului normativ anterior menționat se face prin raportare distinctă la fiecare dintre cele patru cerințe/tipuri de experiență similară solicitată.

În acest context, autoritatea contractantă precizează că nu se poate vorbi de „cumulul experienței similare exclusiv între doi terți susținători”, de „cumulul experienței similare între ofertant și doi terți susținători” ori de „cumulul experienței similare între ofertant și un terț susținător”, conform susținerii contestatorului atât din solicitarea de clarificări, cât și din cuprinsul contestației, ci de îndeplinirea fiecărui tip de experiență similară solicitată, prin prezentarea unui contract sau mai multor contracte pentru fiecare tip în parte, ori de ofertant ori de terț, în cazul ofertei individuale, ori de asociat/asociați ori de terț, în cazul ofertei comune. În niciunul dintre aceste cazuri, respectiv tip de experiență similară solicitat, cumulul nu este permis.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că, potrivit fișei de date a achiziției, ofertantul poate prezenta pentru demonstrarea experienței similare și un singur contract care să cuprindă cele patru tipuri/categorii de lucrări, fie ca experiență proprie, fie ca experiență a asocierii, fie ca experiență susținută de un terț, caz în care nu se pune problema cumulului în înțelesul dat de prevederile Anexei 2 la Ordinul 509/2011.

În final, autoritatea contractantă învederează următoarele:

- în niciunul dintre răspunsurile la solicitările de clarificări nu a interzis contestatorului ca pentru îndeplinirea cerinței minime să se raporteze la fiecare tip de experiență similară solicitat,

- privit distinct, fiecare tip de experiență similară va fi îndeplinită fie de ofertant, fie de asociat/asociați, fie de terț, cumulul fiind exclus conform Ordinului ANRMAP 509/2011 și contrar susținerii contestatorului,

- prin răspunsul contestat, autoritatea contractantă nu a făcut decât să invoce participanților la procedura de achiziție publică că la îndeplinirea criteriilor și a cerințelor de calificare să țină cont și de prevederile Anexei 2 la Ordinul 509/2011, rectificând astfel o clarificare anterioară,

și solicită Consiliului să constate că susținerile contrare ale contestatorului, precum și solicitarea acesteia de anulare a răspunsului autorității contractante nr. 9003/30.05.2013 sunt nefondate.

De asemenea, autoritatea contractantă solicită Consiliului să dispună continuarea procedurii, solicitarea contestatorului de anulare a acesteia fiind nefondată și prematură.

Prin adresa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 20226/19.06.2013, contestatorul răspunde la punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă în punctul de vedere deus la dosarul cauzei (primit prin fax în data de 17

iunie 2013) a achiesat la poziția ... exprimată prin contestație, menționând în mare următoarele aspecte:

- interpretarea prevederilor Ordinului ARMAP 509/2011 se face prin raportare distinctă la fiecare din cele patru cerințe/tipuri de experiență similară solicitată;

- îndeplinirea fiecărui tip de experiență similară solicitat se poate face prin prezentarea unui contract sau a mai multor contracte pentru fiecare tip în parte, ori de ofertant, ori de tert/terți, în cazul ofertei individuale, ori de asociat/asociați în cazul ofertei comune;

- cumulul ofertei similare între ofertat și tert/terți este interzis numai în cadrul fiecărui tip de experiență similară solicitat, fiind permis pentru experiența similară globală, pe cele 4 activități (execuție cale simplă tramvai în lungime de cel puțin 3,3 km, execuție de lucrări de alimentare cu apă, execuție de lucrări de așternere mixturi asfaltice, execuție de lucrări de montare/demontare linie de contact);

- în niciunul dintre răspunsurile la solicitările de clarificări, autoritatea contractantă nu a interzis contestatorului ca pentru îndeplinirea cerinței minime a experienței similare să se raporteze la fiecare tip de experiență similară solicitate;

- privit distinct, fiecare tip de experiență similară va fi îndeplinită fie de ofertant, fie de asociat, fie de tert/terți susținători;

- prin răspunsul la clarificări contestat doar se invocă prevederile Ordinului ANRMAP 509/2011, care din punctul de vedere al autorității contractante nu intră în contradicție cu susținerile de mai sus.

În concluzie, contestatorul consideră că prin punctul de vedere depus la dosarul CNSC, autoritatea contractantă este în acord cu susținerile inserate în contestația sa.

Contestatorul învederează faptul că a susținut că, având în vedere complexitatea contractului, se impune permiterea dovedirii experienței similare de către un singur ofertant sau terți susținători, fiecare pe câte unul din cele patru domenii de lucrări.

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă nu a făcut aplicarea art. 256³ alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006, în sensul de a adopta măsuri de remediere, ci a uzat de dispozițiile art. 274 și a depus un punct de vedere la contestație, prin care însă nu solicită în mod expres respingerea contestației, ci doar consideră că cererea de anulare a procedurii este nefondată și prematură, atâta timp cât autoritatea contractantă, prin răspunsurile la clarificări comunicate, validează susținerile ... (potrivit cărora cumulul experienței similare între ofertant și tert/terți este posibil atunci când fiecare din experiențele similare solicitate se face de către un singur agent economic (ofertant sau tert) pe câte unul din fiecare din cele 4 domenii de activitate).

Contestatorul consideră totuși că în aplicarea dispozițiilor art. 256³ din OUG 34/2006 privitoare la modul de luarea a măsurilor de remediere și luând în considerare poziția autorității contractante exprimate în punctul de vedere, CNSC urmează să admită ÎN PARTE contestația sa și să oblige autoritatea contractantă la luarea măsurilor de remediere în sensul de a se modifica/completa răspunsul la clarificări atacat în sensul menționării exprese a posibilității cumulării experienței similare între ofertant și terțul susținător/terții susținători atunci când fiecare din acești agenți economici dovedește experiența similară pe unul sau mai multe din cele patru domenii distincte menționate la cerința 1 capitolul III.2.3 a) din fișa de date a achiziției (execuție cale simplă tramvai, alimentare cu apă, așternere mixturi asfaltice, montare/demontare linie de contact).

Contestatorul apreciază că această soluție se impune, având în vedere că răspunsul de clarificări atacat nr. 9003/30.05.2013, coroborat cu răspunsul la clarificăricu nr. 24 (adresa 8164,8166,8284,8338,8345,8347/16.05.2013) creează confuzii privind modalitatea în care se poate dovedi experiența similară de către ofertant și terți susținători, în cazul existenței mai multor domenii de activitate și pentru evitarea oricăror interpretări, o astfel de măsura de remediere este absolut necesară.

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

... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „CREȘTEREA MOBILITĂȚII TRANSPORTULUI PUBLIC PRIN REABILITAREA TRASEULUI ... CU LUCRĂRI VIZÂND CALEA DE RULARE, STAȚII CU PEROANE ADAPTATE PERSOANELOR CU DIZABILITĂȚI, MATERIAL RULANT, ELEMENTE DE SEMNALIZARE ȘI AUTOMATIZARE – ETAPA I”, cod CPV 45234120-3, 45231400-9, 45232000-2, 45232411-6, 45233000-9. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ... criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Împotriva răspunsului de la pct.9.1 din clarificarea 9/01.04.2013 ... a formulat contestația care a format obiectul dosarului nr. ... soluționată prin decizia CNSC nr. ... prin care s-a respins ca tardivă contestația.

Împotriva adresei nr. 24/16.05.2013 de răspuns la solicitările de clarificări asupra documentației de atribuire, ... a formulat contestația care a format obiectul dosarului nr. ... soluționată prin decizia CNSC nr. ... prin care s-a luat act de renunțarea la contestație.

Împotriva adresei nr. 9003/30.05.2013 de rectificare a răspunsului formulat la punctul 1) din Clarificări 24/16.05.2013 ... a formulat contestația ce formează obiectul dosarului nr..../2013.

Prin decizia nr. ... Consiliul a respins ca rămasă fără obiect cererea de suspendare a procedurii formulată de ...

În ceea ce privește fondul contestației, examinând susținerile părților, înscrisurile aflate la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul urmează a respinge ca nefondată contestația depusă de ... având în vedere următoarele considerente.

Adresa de rectificare nr. 9003/30.05/2013, act contestat de contestator, specifică următoarele: *"În cazul depunerii de oferta individuală, oferta individuală+susținere, oferta individuală+subcontractare, oferta comună, oferta comună+susținere sau oferta comună +subcontractare, cerința impusă de autoritatea contractantă cu privire la experiența similară va fi îndeplinită de către ofertanți conform prevederilor Anexei nr. 2 la Ordinul 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 687/28.09.2011"*.

Potrivit dispozițiilor art. 190. din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare *"(1) Capacitatea tehnică și profesională a ofertantului/candidatului poate fi susținută, pentru îndeplinirea unui contract, și de o altă persoană, indiferent de natura relațiilor juridice existente între ofertant/candidat și persoana respectivă.*

(2) În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează capacitatea tehnică și profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1), de către o altă persoană, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, de regulă, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, încheiat în formă autentică, prin care aceasta confirmă faptul că va pune la dispoziția candidatului/ofertantului resursele tehnice și profesionale invocate. Persoana care asigură susținerea tehnică și profesională nu trebuie să se afle în situația care determină excluderea din procedura de atribuire, conform prevederilor art. 180 și ale art. 181 lit. a), c¹) și d).

(3) Atunci când un grup de operatori economici depune oferta/candidatura comună, capacitatea tehnică și profesională se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului. În cazul în care grupul beneficiază de susținerea tehnică și profesională a unei/unor terțe persoane, capacitatea tehnică și profesională se demonstrează în condițiile prevăzute la alin. (2)".

Conform prevederilor Anexei nr. 2 la Ordinul ANRMAP nr.509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție –

„Indiferent dacă există un singur sau mai mulți susținători, cerințe privind cifra de afaceri sau cea privind experiența similară va fi îndeplinită în întregime de către o singură persoană respectiv un singur terț susținător.

Analizând clarificarea contestată Consiliul constată că aceasta nu poate avea un caracter restrictiv, de vreme ce conținutul său nu face altceva decât să precizeze operatorilor economici interesați modalitatea de îndeplinire a criteriilor de calificare, așa cum este prevăzută de dispozițiile legale în materia achizițiilor publice.

Consiliul nu poate reține ca întemeiate susținerile contestatorului referitoare la caracterul abuziv al adresei de rectificare întrucât, pe de o parte conținutul acesteia face trimitere la prevederile legale aplicabile tuturor procedurilor de achiziție publică, iar pe de altă parte, potrivit celor susținute de autoritatea contractantă și mențiunilor din fișa de date a achiziției, în ceea ce privește demonstrarea experienței similare, în cauză a fost solicitată prezentarea mai multor tipuri de experiență similară care vizează principalele lucrări de realizat pentru executarea obiectivului, avându-se în vedere natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce se dorește a fi atribuit.

Prin urmare operatorii economici participanți pot demonstra experiența similară, dovedind îndeplinirea fiecărui tip de experiență similară solicitată, prin prezentarea unui contract sau mai multor contracte pentru fiecare tip în parte, ori de ofertant ori de terț, în cazul ofertei individuale, ori de asociat/asociați ori de terț, în cazul ofertei comune.

În consecință Consiliul apreciază ca nefondate susținerile contestatorului referitoare la posibilitatea demonstrării experienței similare prin cumularea experienței similare a terțului/terților susținător/i cu cea a ofertantului, având în vedere dispozițiile art.190 din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, care precizează, așa cum de altminteri explicitează și ordinul ANRMAP, posibilitatea luării în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului doar în cazul unei oferte comune și nu în cazul susținerii de către o altă persoană a capacității tehnice și profesionale a ofertantului.

Pentru considerentele anterior expuse, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de către ... în contradictoriu cu ... și va dispune continuarea procedurii

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

...