



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. T2002/29.08.2013, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ... depusă de ... cu sediul în, județul ... având CUI ... reprezentată prin ... – Director general, privind procedura de licitație deschisă online, organizată ... cu sediul în județul ... în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „*Lucrări de construcții și reabilitare rețele de apă și canalizare în orașul ... și lucrări de construcții rețele de canalizare în orașul ...*”, cod CPV 45231300-8 *Lucrări de construcții de conducte de apă și de canalizare a apelor reziduale la mare distanță* (Rev. 2), 45232100-3 *Lucrări auxiliare pentru conducte de apă* (Rev. 2), 45232152-2 *Lucrări de construcții de stații de epurare* (Rev. 2), 45232400-6 *Lucrări de construcții de canalizare de ape reziduale* (Rev. 2) și 45233000-9 *Lucrări de construcții, de fundație și de îmbrăcare a autostrăzilor și a drumurilor* (Rev. 2), s-a solicitat admiterea contestației și anularea procedurii de atribuire.

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

DECIDE:

În baza art. 278 alin. (2) și (4) 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 ... în contradictoriu cu ... și obligă autoritatea contractantă la remedierea cerinței de calificare privind experiența similară din anunțul de participare și din fișa de date a achiziției, de la pct. III.2.3), prin eliminarea sintagmei „în mediul urban”, în termen de 10 zile de la data

primirii prezentei. Modificarea va fi adusă la cunoștința operatorilor economici prin postare în Sistemul Electronic de Achiziții Publice.

În baza art. 278 alin. (5) și (6) din OUG nr. 34/2006, respinge ca nefondată solicitarea contestatoarei privind anularea procedurii de atribuire, și dispune continuarea procedurii de atribuire, cu respectarea celor din motivare și a prevederilor legale în vigoare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006. Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația depusă, ... a solicitat cele precizate în partea introductivă a deciziei, susținând încălcarea prevederilor art. 2 alin. (1) și (2) din OUG nr. 34/2006, în ceea ce privește cerința impusă, referitoare la experiența similară.

Contestatoarea consideră nelegale și restrictive cerințele din fișa de date a achiziției invocând, în acest sens, prevederile art. 17 din OUG nr. 34/2006.

În fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a solicitat, la capitolul III.2) "Condiții de participare", subcapitolul III.2.3.a) "Capacitatea tehnică și/sau profesională", pentru demonstrarea cerinței nr. 1 (experiență similară lucrări executate), prezentarea a „... cel puțin un contract similar care să fi avut ca obiect realizarea a cel puțin 12 km rețele de apă în mediul urban” și „... cel puțin un contract similar care să fi avut ca obiect realizarea a cel puțin 28 km rețele de canal în mediul urban”.

Având în vedere că, atât proiectarea cât și tehnologiile de execuție pentru cele 2 tipuri de lucrări, respectiv rețele de apă și de canalizare, sunt aceleași indiferent dacă acestea se desfășoară în mediu urban sau rural, contestatoarea susține că această condiție este restrictivă și împiedică participarea la procedura de licitație deschisă a posibililor ofertanți care au executat lucrări de această anvergură, indiferent dacă au fost executate în mediu rural sau urban.

Sunt invocate prevederile art. 176, art. 178, art. 179 din OUG nr. 34/2006 și art. 7 din HG nr. 925/2006.

În opinia contestatoarei, scopul stabilirii cerinței minime de calificare privind experiența similară poate fi atins și în situația în care ofertantul prezintă contracte de execuție pentru lucrări în mediu rural. Aceste contracte pot releva în egală măsură posibilitatea concretă a ofertantului de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare, iar riscul neîndeplinirii sau îndeplinirii necorespunzătoare a contractului de către ofertantul declarat câștigător nu este unul mai mare în situația în care dovada se realizează prin executarea lucrărilor în mediu rural.

Ținând cont de scopul impunerii cerințelor minime de calificare și, în speță, de natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă a încălcat principiul nediscriminării, prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. a) din ordonanța de urgență și a adus atingere scopului pentru care se desfășoară procedura de achiziție publică, prevăzut la art. 2 alin. (1) lit. a) din același act normativ, respectiv promovarea concurenței între operatorii economici, obiectivul asigurării utilizării eficiente a fondurilor publice neputând fi realizat cât timp, prin cerința restrictivă în discuție, se ajunge la eliminarea unor posibili ofertanți ce dețin capacitatea tehnică necesară executării contractului.

În drept, contestatoarea invocă prevederile ale OUG nr. 34/2006 și ale HG nr. 925/2006, iar în susținerea celor criticate a prezentat, în copie, fișa de date a achiziției.

Prin adresa nr. 12766/04.09.2013, înregistrată la CNSC sub nr. 29991/09.09.2013, ... a transmis dosarul achiziției, precum și punctul de vedere față de contestație, solicitând respingerea acesteia ca netemeinică și continuarea procedurii de atribuire.

Referitor la susținerea contestației cu privire la faptul că cerința din fișa de date de la subcapitolul III.2.3 a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, privind experiența similară, este nelegală și restrictivă, autoritatea contractantă a arătat următoarele:

Documentația de atribuire a fost întocmită în baza Ordinului comun MMP/ANRMAP nr. 2266/335 din 20.06.2012 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”, „execuție de rețele de canalizare și rețele de alimentare cu apă”, „proiectare și execuție de stație de sortare, compostare și tratare mecano - biologică a deșeurilor”, „execuție de deposit conform de deșeuri”.

În Anexa 2 a ordinului amintit se regăsește documentația standardizată, pe care a preluat-o, fără modificări, la Capitolul 0, din fișa de date, secțiunea III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, pentru experiența similară, subtitlul „Instrucțiuni pentru cazuri particulare” se precizează „... 3. Se va solicita ca obiectul contractului să vizeze rețele de apă și canalizare în mediul urban, numai în cazul în care contractul de achiziție publică se va derula în mediul urban”.

Potrivit prevederilor art. 2 din Ordinul comun MMP/ANRMAP nr. 2266/335 din 20.06.2012 autoritățile contractante care implementează proiecte în domeniul infrastructurii de mediu prevăzute în acest ordin au obligația utilizării acestor documentații de atribuire începând cu data prezentului ordin.

Înainte de publicarea anunțului de participare, autoritatea contractantă a transmis documentația de atribuire, pentru verificare și validare, în conformitate cu prevederile art. 33¹ din OUG nr. 34/2006, primind acceptul ANRMAP în vederea inițierii procedurii de atribuire.

Totodată, autoritatea contractantă a arătată că, așa cum reiese din actul normativ invocat, această cerință poate fi impusă numai în cazul în care contractul de achiziție publică se va derula în mediu urban, astfel

cum este și contractul de achiziție ce face obiectul acestei proceduri de atribuire, lucrările de execuție rețele de apă și canalizare derulându-se în orașele ... și

Faptul că legiuitorul dorește respectarea întocmai a documentației standardizate aprobată prin Ordinul nr. 2266/335 din 20.06.2012 reiese și din textul Ordinului comun MMP/ANRMAP nr. 3240/373 din 14.08.2012, ce completează Ordinul nr. 2266/335 din 20.06.2012, prin care, pentru a evita întârzierile în atribuirea contractelor de lucrări aferente proiectelor din domeniul infrastructurii de mediu, s-a permis autorităților contractante care au avut deja finalizate documentațiile de atribuire la data publicării ordinului nr. 2266/335, să transmită în SEAP, până în data de 31.08.2012, aceste documentații în forma existentă în vederea evaluării de către ANRMAP, cu condiția ca aceste documentații să fie însoțite de o declarație a proiectantului și/sau de declarația reprezentantului legal al autorității contractante privind respectarea cerințelor tehnice prevăzute în documentația standardizată, respectiv că includ toate informațiile la gradul de detaliere specificate prin modelele din ordin.

Astfel, autoritatea contractantă a considerat că, prin cerința privind experiența similară, nu s-a încălcat niciunul dintre principiile invocate de contestatoare, având în vedere că nu există doar un singur operator economic care să fi executat rețele de apă în mediul urban.

Autoritatea contractantă a subliniat că experiența necesară pentru execuția rețelelor de apă și canalizare în mediul urban diferă față de cea în mediul rural datorită multiplelor dificultăți întâlnite în execuție în zonele traversate de aceste rețele. Aceste dificultăți care îngreunează execuția pot fi: rețele de electricitate, telefonie, gaz și alte rețele de apă și canalizare existente. În aceste situații se utilizează alte modalități (procedee, tehnologii) de execuție decât în cele utilizate în mediul rural unde nu apare un astfel de obstacol; refacerea traseelor rețelelor de apă și canalizare la starea inițială presupune lucrări de infrastructură, respectiv turnarea stratului de mixtură asfaltică sau a stratului de beton, care necesită experiență în execuție și dotări corespunzătoare.

Datorită acestor dificultăți, obstacole ce pot apărea, ofertanții trebuie să aibă experiență în lucrări similare executate în mediul urban, în caz contrar aceștia nu vor putea aprecia corect volumul de muncă, perioada de execuție și prin urmare nu vor putea estima toate cheltuielile necesare și, totodată, nu vor putea oferi un preț corect pentru execuția lucrărilor ce fac obiectul contractului de achiziție publică în cauză.

Referitor la susținerea contestatoarei cu privire la faptul că „Ordinul comun MMP/ANRMAP nr. 2266/335 din 20.06.2012 este doar cu titlu informativ, el nu constituie act normativ în domeniul achizițiilor publice și nu poate fi considerat lege. Ordinele ANRMAP constituie simple recomandări, fără a avea calitatea de izvoare de drept”, autoritatea contractantă a invocat prevederile art. 5 din OUG nr. 74/29.06.2005, privind înființarea ANRMAP, susținând că ordinul a fost publicat în Monitorul Oficial, prin urmare are un caracter normativ și nu constituie o simplă recomandare. Acesta a fost elaborat având în vedere prevederile OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006, luându-se în considerare

necesitatea standardizării documentației aferente procedurilor de atribuire.

Analizând susținerile părților, prin prisma documentelor depuse de acestea la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Lucrări de construcții și reabilitare rețele de apă și canalizare în orașul ... și lucrări de construcții rețele de canalizare în orașul ...”, cod CPV 45231300-8 *Lucrări de construcții de conducte de apă și de canalizare a apelor reziduale la mare distanță* (Rev. 2), 45232100-3 *Lucrări auxiliare pentru conducte de apă* (Rev. 2), 45232152-2 *Lucrări de construcții de stații de epurare* (Rev. 2), 45232400-6 *Lucrări de construcții de canalizare de ape reziduale* (Rev. 2) și 45233000-9 *Lucrări de construcții, de fundație și de îmbrăcare a autostrăzilor și a drumurilor* (Rev. 2), ... în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă online, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... Din informațiile anunțului de participare s-a reținut că valoarea estimată a contractului de achiziție publică este situată în intervalul cuprins între 35.470.339 lei și 37.010.578 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar depunerea ofertelor este stabilită pentru data de 30.10.2013.

Împotriva documentației de atribuire, respectiv împotriva cerinței de calificare de la subcapitolul III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, privind experiența similară impusă, ... a formulat contestația de față, solicitând admiterea acesteia și anularea procedurii de atribuire.

Din analiza criticilor contestatoarei formulate împotriva cerinței nr. 1 privind experiența similară, de la subpunctul III.2.3.a) din fișa de date a achiziției, prin care s-a solicitat operatorilor economici dovada executării a „cel puțin un contract similar care să fi avut ca obiect realizarea a cel puțin 12 km de rețele de apă în mediul urban și cel puțin un contract similar care să fi avut ca obiect realizarea a cel puțin 28 km de rețea de canal în mediul urban”, Consiliul constată temeinicia acestora.

Reprezentând o cerință de calificare, îi sunt aplicabile rigorile legale aferente cerințelor de calificare. Raportat la aceste rigori, Consiliul stabilește că, într-adevăr, autoritatea contractantă a nesocotit dispozițiile legale pe linie de achiziție publică, restrângând în mod nejustificat sfera operatorilor economici acceptați la procedură.

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

executat un contract similar în mediul urban, ci un contract similar în mediul rural.

Următoarele prescripții legale au incidență în cauză:

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

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

- art. 179 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006: „(1) Criteriile de calificare și selecție stabilite de către autoritatea contractantă trebuie să aibă o legătură evidentă cu obiectul contractului ce urmează să fie atribuit. (2) Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, precum și nivelul cerințelor minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească. [...]”;

- art. 7 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006: „Criteriile de calificare și selecție, astfel cum sunt prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare”;

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

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

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

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

Din acest motiv, în anexa nr. 1 la Ordinul președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, se precizează că este restrictivă cerința ca experiența similară să constea în executarea de contracte pentru obiective de investiții identice cu cel care urmează a se executa. În același ordin se dau ca exemplu: execuția de drumuri județene poate reflecta capacitatea de execuție și pentru drumuri naționale; execuția de unități spitalicești poate reflecta capacitatea de execuție a unui sediu de primărie. În speța discutată, este evident că execuția unei rețele de apă, respectiv de canalizare, în mediul rural reflectă o experiență suficientă a antreprenorului în a executa același tip de rețele și în mediul urban. În niciun caz experiența prealabilă similară nu trebuie confundată cu experiența prealabilă identică, cum a procedat autoritatea contractantă. Prin urmare, accentul trebuia pus pe capacitatea de execuție de lucrări specifice a ofertantului, iar nu pe amplasamentul urban sau neurban al lucrărilor.

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

Atunci când, *în mod excepțional*, autoritatea contractantă găsește de cuviință să introducă cerințe de calificare pentru ofertanți, ea este ținută să se limiteze cu aceste opreliști în calea participării la achiziție doar la cele *absolut necesare* și strict la pragurile care *îngrădesc cel mai puțin* operatorii economici, după cum prescrie și Ordinul nr. 509/2011.

Cât privește susținere achiziției cu privire la faptul că impunerea unei cerințe, de tipul celei criticate, a avut în vedere și obstacolele care pot apărea în cazul lucrărilor efectuate în mediul urban, în caz contrar ofertanții neputând aprecia corect volumul de muncă, perioada de execuție și, prin urmare, nu vor putea estima toate cheltuielile necesare și, totodată, nu vor putea oferi un preț corect, Consiliul constată netemeinicia acestora. În condițiile în care contractul care urmează a se executa este de execuție, în baza unui proiect deja realizat, corectitudinea prețului ofertat va fi influențată doar de justetea prețurilor și tarifelor utilizate în cadrul ofertei, cantitățile și categoriile de lucrări fiind deja determinate. Cerința în discuție este o condiție de calificare a ofertantului și nu o garanție a corectitudinii prețului ofertat.

Raportat la dispozițiile legale enumerate și la cele statuate mai sus, Consiliul stabilește că cerința evocată îngrădește accesul la procedură al tuturor operatorilor economici care au potențialul necesar îndeplinirii contractului în condiții corespunzătoare, dovedită prin experiența similară în executarea de contracte de apă, și respectiv de canalizare, care, însă, au vizat astfel de rețele în mediul rural. În atari circumstanțe, cerința nelegală trebuie să fie remediată, prin eliminarea din cuprinsul ei a

sintagmei "în mediul urban", scopul noii legislații privind achizițiile publice fiind de a asigura accesul cât mai multor operatori economici la procedurile de atribuire, de promovare a concurenței între aceștia și de garantare a tratamentului egal și nediscriminatoriu.

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 (avută în vedere la impunerea cerinței criticate: „Se va solicita ca obiectul contractului să vizeze rețele de apă și canalizare în mediul urban, numai în cazul în care contractul de achiziție publică se va derula în mediul urban.”), însă ea nu are forța juridică necesară pentru a deroga de la dispozițiile superioare din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 și Hotărârea Guvernului nr. 925/2006.

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

Astfel fiind, constatând că este posibilă remedierea procedurii, depunerea ofertelor fiind stabilită pentru data de 30.10.2013, în baza art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, Consiliul respinge ca nefondată solicitarea contestatoarei privind anularea procedurii, iar în baza alin. (2) și (4) al aceluiaș articol, admite, în parte, contestația ... în contradictoriu cu ... și obligă autoritatea contractantă la remedierea cerinței de calificare privind experiența similară din anunțul de participare și din fișa de date a achiziției, de la pct. III.2.3), prin eliminarea sintagmei „în mediul urban”, în termen de 10 zile de la data primirii prezentei. Actul de modificare a documentației și/sau erata la anunțul de participare vor fi postate de autoritate în SEAP, pentru a fi aduse la cunoștința operatorilor economici interesați.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

...

MEMBRU COMPLET,

Redactată în 4 exemplare originale, cuprinde 8 (opt) pagini.