



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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... depusă de ... cu sediul în ... județul ... CUI ... privind procedura de licitație deschisă organizată de ... cu sediul în ... județul ... în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de ..., contestatoarea a solicitat dispunerea anulării parțiale a fișei de date a achiziției, obligarea autorității contractante la comunicarea modificărilor intervenite tuturor participanților și continuarea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică.....În baza legii și a documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul 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, admite contestația ... în contradictoriu cu ... și obligă autoritatea contractantă la modificarea cerinței de calificare privind experiența similară din anunțul de participare și din fișa de date a achiziției, de la pct. III.2.3.a), în sensul de a se permite ca experiența similară să fie demonstrată prin prezentarea mai multor contracte a căror valoare cumulată să fie de 696.960 lei, fără TVA , în termen de 10 zile de la data primirii prezentei. Actul de modificare va fi adus la cunoștința operatorilor economici prin postare în Sistemul Electronic de Achiziții Publice.

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:

Prin contestația depusă, ... a solicitat cele menționate în partea introductivă a deciziei, criticând documentația de atribuire – fișa de date a achiziției, prin care autoritatea contractantă a stabilit criteriile de calificare și selecție pentru procedura de atribuire.

Contestatoarea redă cerința minimă de calificare cuprinsă în Secțiunea III.2.3) lit. a) din fișa de date a achiziției și precizează că este restrictivă.

La secțiunea III.2.3. lit. a) privind experiența similară se solicită ca operatorii economici să facă dovada că au prestat în ultimii 3 ani, în cadrul a maxim 3 contracte similare, servicii de natura celor ce fac obiectul prezentei achiziții, în valoare cumulativă de minim 696.960 lei, fără TVA.

Cerința minimă de calificare prin care se solicită dovada executării unor servicii similare în ultimii 3 ani în cadrul a maxim 3 contracte care trebuie să depășească un anumit prag valoric impus este o cerință nelegală și restrictivă.

Sunt invocate dispozițiile art. 178 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 și se precizează că efectul obținut prin impunerea unei asemenea cerințe este unul contrar dispozițiilor legale invocate și constă în restricționarea participării la procedura de atribuire a acelor operatori economici care pot face dovada executării mai multor contracte de servicii desfășurate concomitent, a căror valoare însumată atinge/depășește pragul minim impus.

În opinia contestatoarei, cerința minimă de calificare nu face altceva decât să restrângă nejustificat sfera participanților la procedura de atribuire, respectiv acei operatori economici care pot face dovada atingerii pragului minim valoric impus prin contracte de o valoare ridicată pentru fiecare tip de serviciu.

Contestatoarea invocă dispozițiile art. 7 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 și consideră că nu ar trebui să fie relevant pentru autoritatea contractantă dacă un operator economic poate să facă dovada atingerii pragului valoric impus prin prezentarea unor contracte de valoare ridicată ori prin dovada executării concomitente a mai multor contracte a căror valoare însumată să atingă pragul respectiv.

Operatorul își poate îndeplini un contract și probând că a prestat servicii similare de valori însumate egale sau mai mari decât cea stabilită de autoritatea contractantă, chiar dacă aceste servicii au fost realizate în baza mai multor contracte, însă executate concomitent.

Diferența făcută de către autoritatea contractantă între operatorii economici care pot face dovada experienței similare, prin executarea a trei contracte de valoare mare și acei operatori care pot îndeplini această cerință prin mai multe contracte, de valori mai reduse, executate concomitent în aceeași perioadă, aduce atingere principiului promovării concurenței între operatorii economici.

Pe de altă parte, prestarea unor servicii în temeiul unor contracte de valoare mare nu înseamnă neapărat și prestarea unor servicii de mare complexitate, tot astfel cum, faptul că un operator economic care a prestat servicii similare celor solicitate prin fișa de date, prin intermediul mai multor contracte desfășurate concomitent, însă de valoare redusă, nu înseamnă că nu dovedește o experiență similară sau o capacitate de a presta serviciile impuse prin contractul ce face obiectul achiziției publice.

Capacitatea de a presta servicii similare poate fi dovedită la fel de bine prin impunerea ca, simultan, operatorul economic să fi prestat servicii similare care puteau face obiectul mai multor contracte diferite. În opinia contestatoarei, prestarea concomitentă a mai multor servicii pe baza unor contracte diferite este mai greu de realizat din cauza faptului că resursele societății nu sunt concentrate într-un singur punct sau în puncte de lucru apropiate, ci sunt dispersate pe o arie geografică mai mare, ceea ce impune și un efort în plus de organizare, alocare a resurselor, a echipamentelor etc.

În încheiere, contestatoarea invocă Ordinul nr. 509/2011 și precizează că se interzice autorității contractante să impună ofertanților, pentru probarea cerinței minime a experienței similare, solicitarea unui număr fix de contracte sau a unui cumul cantitativ și valoric.

În punctul său de vedere nr. 8592/22.10.2013, înregistrat la Consiliu cu nr. 36273/25.10.2013, asupra contestației, precizează că respectivele criterii de calificare au fost elaborate în conformitate cu dispozițiilor Ordinului nr. 509/2011, *Anexa nr. 1 Formulări nerestrictive*.

Cerința prevăzută la Secțiunea III.2.3) lit. a) a fost formulată respectând cu strictețe prevederile legislative. A fost solicitată o valoare de 696.960 lei pentru valoarea cumulată a cel mult 3 contracte care au avut ca obiect prestarea de servicii de natura celor care fac obiectul prezentei achiziții, având în vedere necesitatea probării unei experiențe anterioare în domeniul serviciilor privind *descrierea factorilor abiotici, inventarierea, cartarea și evaluarea stării de conservare a speciilor și habitatelor de interes comunitar și realizarea planurilor de management al ariilor protejate/siturilor Natura 2000*, care fac obiectul procedurii de achiziție publică, nivelul fiind stabilit în raport cu valoarea estimată a contractului, astfel încât aceasta să nu fie depășită, dar să reprezinte o asigurare privind capacitatea ofertantului de a presta serviciile solicitate.

Autoritatea contractantă arată că cerința se consideră îndeplinită și dacă ofertantul prezintă maximum 3 contracte similare (cu valoarea minimă specificată), iar prin orice combinație a celor 3 contracte se dovedește experiența similară (sunt acoperite toate cele trei componente).

Relativ la acest aspect, autoritatea contractantă subliniază că nu se impune un număr fix de contracte pentru fiecare componentă în parte, ci se solicită prestarea fiecărei componente (în cadrul unuia sau a mai multor contracte, maximum 3).

În concluzie, autoritatea contractantă consideră că cerințele formulate sunt nerestrictive și respectă prevederile legale în vigoare.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 36001/24.10.2013, ... transmite răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, precizând că susținerile acesteia, care se prevalează în principal de dispozițiile Ordinului nr. 509/2011 în detrimentul prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006, contravin principiilor derivate din ierarhia actelor normative.

Aplicând aceste principii de drept în speța analizată, contestatoarea consideră că dispozițiile Ordinului președintelui ANRMAP nr. 509/2011 trebuie să se conformeze dispozițiilor cu caracter de principiu instituite de Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, dispoziții ce dau măsura legalității cerințelor minime de calificare.

În opinia contestatoarei, o problemă extrem de importantă o constituie compatibilitatea dispozițiilor ordinului cu cele ale ordonanței și, implicit, cu cele ale Directivei 2004/18/CE transpusă prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

A admite teza autorității contractante înseamnă a admite un conflict între prerogativele ANRMAP și cele ale Consiliului. Evaluarea efectuată de ANRMAP este una pur orientativă atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru Consiliu și nu poate nicidecum semnifica sustragerea fișelor de date verificate și aprobate de ANRMAP controlului de legalitate efectuat de Consiliu.

Contestatoarea apreciază că cerința contestată restricționează accesul la procedura de atribuire:

- a acelor operatori economici care pot face dovada executării mai multor contracte de servicii desfășurate concomitent a căror valoare însumată atinge/depășește pragul minim impus;
- restrângând sfera participanților la procedura de atribuire la acei operatori economici care pot face dovada atingerii pragului minim valoric impus prin contracte de o valoare ridicată pentru fiecare tip de serviciu;
- întrucât diferența făcută de către autoritatea contractantă între operatorii economici care pot face dovada experienței similare, prin executarea a trei contracte de valoare mare și acei operatori care pot îndeplini această cerință prin mai multe contracte, de valori mai reduse, executate concomitent, în aceeași perioadă, aduce atingere principiului promovării concurenței între operatorii economici;
- întrucât avantajează cercul restrâns al operatorilor economici care au încheiat contracte de valori însemnate, având drept principal efect restrângerea concurenței. Lipsa tratamentului egal între operatorii economici este subliniată tocmai de faptul că, în loc să fie punctată

capacitatea lor de a presta servicii prin raportare la contractele executate în ultimii 3 ani, autoritatea contractantă punctează abilitatea acestora de a încheia contracte de valori ridicate.

În încheiere, contestatoarea apreciază că cerința menționată încalcă dispozițiile legale, este restrictivă, discriminatorie și limitează concurența.

Dosarul achiziției publice și documentele necesare soluționării cauzei au fost înregistrate la Consiliu sub nr. 36273/25.10.2013.

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

Procedura de atribuire aplicată de în vederea atribuirii contractului de ..., este licitația deschisă. Conform anunțului de participare nr. ... publicată în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, data limită de depunere a ofertelor este 26.11.2013, ora 14, iar deschiderea acestora a fost programată pentru 27.11.2013, ora 10.

Ulterior consultării documentației de atribuire, considerând că ea nu corespunde prevederilor legale, ... a atacat-o la Consiliu, în termenul legal, prin contestația ce formează obiectul prezentei cauze.

Din analiza criticilor contestatoarei formulate împotriva cerinței privind experiența similară, de la subpunctul III.2.3.a) din fișa de date a achiziției, prin care s-a solicitat *Dovada dobândirii în ultimii 3 ani de către ofertant a unei experiențe similare din punct de vedere tehnic și științific privind descrierea factorilor abiotici, inventarierea, cartarea și evaluarea stării de conservare a speciilor și habitatelor de interes comunitar și realizarea planurilor de management a ariilor protejate/siturilor Natura 2000. Ofertantul trebuie să facă dovada că a prestat în ultimii 3 ani, în cadrul a maxim 3 contracte similare servicii de natura celor ce fac obiectul prezentei achiziții, în valoare cumulativă de minim 696960 lei fără TVA (sau echivalent în Euro).*

Contractele prezentate pentru îndeplinirea cerinței trebuie să acopere prin obiect fiecare componentă în parte din cele enumerate mai jos:

- 1. Descrierea factorilor abiotici (geografie, geologie, pedologie);*
- 2. Inventarierea, evaluarea și cartarea habitatelor și speciilor de interes comunitar (inventarierea și cartarea unor specii și habitate de interes comunitar; realizarea de seturi de date geospațiale (GIS) asociate elementelor de biodiversitate; evaluarea amenințărilor actuale și potențiale la adresa speciilor și habitatelor de interes comunitar);*
- 3. Elaborarea unuia sau mai multor planuri de management pentru arii naturale protejate/Situri Natura 2000 (evaluarea stării de conservare pentru specii și habitate de interes comunitar, elaborarea măsurilor de conservare a habitatelor și speciilor de interes comunitar, evaluarea impactului antropic în arii naturale protejate/Situri Natura 2000).*

Pentru îndeplinirea cerinței cumulate privind nivelul minim al experienței similare se acceptă:

- fie prezentarea unui singur contract care să aibă ca obiect servicii similare (care să acopere toate componentele/elementele principale ale contractului ce urmează să fie atribuit, așa cum este stabilit mai sus) și

care să corespundă cu cerința minimă stabilită privind valoarea cumulată a contractului/contractelor prezentate în scopul dovedirii experienței similare;

- fie prezentarea unui număr de maxim 3 contracte distincte, respectiv câte unul pentru fiecare componentă principală (așa cum este stabilit mai sus), iar suma contractelor prezentate trebuie să corespundă cu cerința minimă stabilită privind valoarea cumulată a contractului/contractelor prezentate în scopul dovedirii experienței similare;

- sau orice altă combinație a obiectelor contractelor prezentate pentru dovedirea experienței similare în limita numărului maxim de 3 contracte.

În raport de cerințele de mai sus este de reținut că 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 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 servicii *similare din punct de vedere tehnic și științific privind descrierea factorilor abiotici, inventarierea, cartarea și evaluarea stării de conservare a speciilor și habitatelor de interes comunitar și realizarea planurilor de management a ariilor protejate/siturilor Natura 2000, în cadrul a maximum 3 contracte, în valoare cumulativă de minimum 696960 lei fără TVA (sau echivalent în Euro).*

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 impunerea ca experiență similară solicitată să fie realizată în cadrul a maximum trei contracte cu valoare cumulată de minimum 696960 lei, fără TVA, este restrictivă. Prestarea serviciilor licitate, ținând cont și de faptul că obiectul cerut pentru contractele prezentate ca experiență similară trebuie să acopere fiecare componentă în parte (*descrierea factorilor abiotici, inventarierea, cartarea și evaluarea stării de conservare a speciilor și habitatelor de interes comunitar și realizarea planurilor de management a ariilor protejate/siturilor Natura 2000*) nu depinde în mod necesar de existența unor contracte cu valori mari. Nu se poate afirma că operatorii economici care au executat anterior mai multe contracte cu obiect similar celui cerut nu au potențialul și capacitatea necesare de a „îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia”, chiar dacă acestea au valori mai mici, dar care cumulate dau valoarea cerută.

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.

Astfel cum s-a arătat, art. 179 din ordonanță prevede imperativ ca nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire să se *limiteze numai la cele strict necesare* pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia, iar pentru contractul pe care dorește să îl atribuie autoritatea cerința în discuție este disproporționată, depășind limita legală a strictului necesar.

În sensul celor de mai sus s-a pronunțat și Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. ..., în care a

reținut, între altele, următoarele: „*Obiectivul asigurării utilizării eficiente a fondurilor publice, prin aplicarea procedurilor de atribuire de către autoritățile contractante, poate să nu fie realizat cât timp, prin cerința restrictivă și nejustificativă [...], se ajunge la eliminarea unor posibili ofertanți ce dețin capacitatea tehnică necesară executării contractului și care ar putea propune și prețul cel mai scăzut.*

Scopul atribuirii cerinței minime de calificare ținând de experiența similară este atins, fără echivoc, și în situația în care ofertantul prezintă două sau mai multe contracte pentru fiecare tip de lucrare/serviciu, care însumate să atingă pragul valoric impus prin fișa de date pentru fiecare tip de lucrare/serviciu, sub condiția executării lucrărilor, respectiv prestării serviciilor derivând din respectivele contracte, în același timp. Aceste contracte relevă 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 decât în situația în care dovada se realizează printr-un singur contract.

Ținând seama de scopul impunerii cerințelor minime și, în speță, de natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuite, impunerea pragurilor valorice nu este nelegală, însă stabilirea modalității de dovadă a capacității tehnice experienței similare, aptitudinilor, eficienței și eficacității ofertanților, de natură a reduce riscul neîndeplinirii sau îndeplinirii necorespunzătoare a contractului de către ofertantul declarat câștigător, prin prezentarea unui singur contract [...] are caracter restrictiv și disproporționat, limitând în mod artificial competiția și încălcând principiul egalității de tratament și nediscriminării, totodată nefiind justificată de autoritatea contractantă în condițiile art. 8 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006”.

Decizia în discuție privește aplicarea prevederilor ordonanței, relevante în soluționarea speței de față, fiind lipsit de importanță aspectul că a fost pronunțată în anul 2009, ca și decizia ..., invocată de societatea contestatoare.

În același sens s-a pronunțat și

Scopul legislației în materie este 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.

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 au ca scop excluderea participării la procedură a anumitor potențiali ofertanți.

În plus, dat fiind că cerința autorității contractante viza ca experiență similară a ofertanților să acopere fiecare componentă în parte (*descrierea factorilor abiotici, inventarierea, cartarea și evaluarea stării de conservare*

a speciilor și habitatelor de interes comunitar și realizarea planurilor de management a ariilor protejate/siturilor Natura 2000), ținând cont și de valoarea impusă (696.960 lei, fără TVA), este lipsit de relevanță, pentru scopul autorității contractante de a verifica potențialul operatorilor economici de a îndeplini contractul în mod corespunzător, numărul de maximum trei contracte în cadrul cărora s-au prestat serviciile amintite.

Separat de cele de mai sus, contrar susținerilor contestatoarei, pentru cerința criticată nu s-a impus un număr fix de contracte, fiind solicitate maximum trei contracte, și nici un cumul cantitativ și valoric, pragul impus fiind exclusiv valoric (696.960 lei, fără TVA).

Astfel fiind, constatând că este posibilă remedierea fișei de date a achiziției, data limită pentru depunerea ofertelor fiind 26.11.2013, în baza art. 278 alin. (2) și (4) al aceluiaș articol, Consiliul va admite contestația ... și va obliga autoritatea contractantă la modificarea cerinței de calificare privind experiența similară din anunțul de participare și din fișa de date a achiziției, de la pct. III.2.3.a), în sensul de a se permite ca experiența similară să fie demonstrată prin prezentarea mai multor contracte a căror valoare cumulată să fie de 696.960 lei, fără TVA , în termen de 10 zile de la data primirii prezentei. Actul de modificare va fi adus la cunoștința operatorilor economici prin postare în Sistemul Electronic de Achiziții Publice.

Redactată în patru exemplare, cuprinde nouă pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

...

MEMBRU COMPLET,