



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleus nr.6 Sector 3, București, 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 nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ... depusă de către ... cu sediul social în ... județul ... având Cod Unic de Înregistrare ... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... cu sediul procesual ales la ... în municipiul ... formulată împotriva documentației de atribuire, elaborată de către ... în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ... în cadrul procedurii de licitație deschisă, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „... în ... cod CPV 45000000-7, 45252123-6, 71321000-4, 71322000-1, s-a solicitat:

ÎN PRINCIPAL:

- suspendarea procedurii de achiziție publică până la soluționarea fondului cauzei, în conformitate cu prevederile art. 275¹ din OUG nr. 34/2006;

- anularea prevederilor nelegale menționate în cuprinsul documentației de atribuire și în consecință, obligarea autorității contractante la modificarea cerinței nelegale astfel încât aceasta să fie pusă în concordanță cu dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor publice și prelungirea corespunzătoare a termenului de depunere a ofertelor, după cum urmează:

- modificarea Cerinței nr. 1 privind experiența similară, menționată în cadrul pct. III.2.3) din Anunțul de participare și din Fișa de date a achiziției, potrivit căreia: „Ofertantul trebuie să fi executat și dus la bun sfârșit în ultimii 5 ani: - cel puțin un contract care să aibă ca obiect execuția unei lucrări similare cu obiectul

contractului ce urmează a fi atribuit, **stație de transfer cu o capacitate de minim 17.000 tone/an [...]**", după cum urmează: "Ofertantul trebuie să fi executat și dus la bun sfârșit în ultimii 5 ani: - cel puțin un contract care să aibă ca obiect execuția unei lucrări similare cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit **(de ex: lucrări de construcții civile și industriale, stații de transfer, sortare, compostare, tratare mecano-biologică a deșeurilor etc.) [...]**", și, pe cale de consecință, **eliminarea din cadrul pct. 9 din Formularul 8¹ - Fișa experiența similară** a referirii la „**stație de transfer a deșeurilor – capacitate_____tone/an [...]**".

ÎN SUBSIDIAR:

- anularea procedurii de atribuire în conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) lit. c) din OUG nr. 34/2006.

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

DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (2) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, admite contestația formulată de către ... în contradictoriu cu ...

Dispune modificarea Cerinței nr. 1 privind experiența similară, menționată în cadrul pct. III.2.3) din Anunțul de participare și din Fișa de date a achiziției, astfel:

Textul : „*Ofertantul trebuie să fi executat și dus la bun sfârșit în ultimii 5 ani: - cel puțin un contract care să aibă ca obiect execuția unei lucrări similare cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, **stație de transfer cu o capacitate de minim 17.000 tone/an***” va fi înlocuit cu textul : „*Ofertantul trebuie să fi executat și dus la bun sfârșit în ultimii 5 ani: - cel puțin un contract care să aibă ca obiect execuția unei lucrări similare cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit **stație de transfer/ stație de sortare/ stație de compostare/ stație de tratare mecano-biologică a deșeurilor cu o capacitate de minim 17.000 tone/an***”.

În temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (4) și (6) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, dispune continuarea procedurii, după publicarea în SEAP a modificării dispuse mai sus, cu decalarea datei limită de deschidere a ofertelor la un interval de minimum 10 zile de la publicarea modificării în SEAP.

Termenul pentru aducerea la indeplinire a dispozițiilor prezentei decizii este de 10 zile de la comunicarea acesteia.

Prezenta decizie este obligatorie pentru autoritatea contractantă, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) 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 documentației de atribuire, elaborată de către ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect ... în ... cod CPV 45000000-7, 45252123-6, 71321000-4, 71322000-1, solicitând:

ÎN PRINCIPAL:

- suspendarea procedurii de achiziție publică până la soluționarea fondului cauzei, în conformitate cu prevederile art. 275¹ din OUG nr. 34/2006;

- anularea prevederilor nelegale menționate în cuprinsul documentației de atribuire și în consecință, obligarea autorității contractante la modificarea cerinței nelegale astfel încât aceasta să fie pusă în concordanță cu dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor publice și prelungirea corespunzătoare a termenului de depunere a ofertelor, după cum urmează:

- modificarea Cerinței nr. 1 privind experiența similară, menționată în cadrul pct. III.2.3) din Anunțul de participare și din Fișa de date a achiziției, potrivit căreia: „Ofertantul trebuie să fi executat și dus la bun sfârșit în ultimii 5 ani: - cel puțin un contract care să aibă ca obiect execuția unei lucrări similare cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, **stație de transfer cu o capacitate de minim 17.000 tone/an [...]**”, după cum urmează: "Ofertantul trebuie să fi executat și dus la bun sfârșit în ultimii 5 ani: - cel puțin un contract care să aibă ca obiect execuția unei lucrări similare cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit **(de ex: lucrări de construcții civile și industriale, stații de transfer, sortare, compostare, tratare mecano-biologică a deșeurilor etc.) [...]**", și, pe cale de consecință, **eliminarea din cadrul pct. 9 din Formularul 8¹ - Fișa experiența similară a referirii la „stație de transfer a deșeurilor – capacitate_____tone/an [...]**".

ÎN SUBSIDIAR:

- anularea procedurii de atribuire în conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) lit. c) din OUG nr. 34/2006.

MODIFICAREA CERINȚEI NELEGALE

Contestatorul arată că scopul legislației în materia achizițiilor publice 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, în conformitate cu prevederile art. 2 din OUG nr. 34/2006.

În acord cu art. 33 alin. (1) din ordonanță, autoritatea contractantă are obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire. Prin urmare, deși instituirea unor cerințe de calificare este lăsată la discreția autorității contractante, regula o constituie accesul nerestricționat al operatorilor economici la procedură și la câștigarea contractului, deci absența prevederii unor cerințe.

Concluzia este întărită și de formularea art. 8 alin. (2) din HG nr. 925/2006, care prevede că, atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției. Drept urmare, rezulta că, doar prin excepție de la regulă, autoritatea își exercită facultatea de a solicita îndeplinirea unor cerințe de calificare și numai dacă solicitarea cerințelor este justificată în prealabil, în scris.

Și exprimarea de la art. 178 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 subliniază regula absenței impunerii de cerințe de calificare: în cazul în care, pentru criteriile privind situația economică și financiară și capacitatea tehnică și/sau profesională, autoritatea contractantă consideră că se justifică impunerea anumitor cerințe minime pe care ofertanții trebuie să le îndeplinească pentru a fi considerați calificați atunci aceste cerințe trebuie să fie precizate, conform principiului transparenței, în cadrul anunțului de participare (decizie CNSC nr. ...).

Totodată, autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire prin introducerea unor cerințe minime de calificare care nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit sau care sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului (art. 8 din HG nr. 925/2006).

De asemenea, contestatorul arată că potrivit art. 1 din Ordinul președintelui A.N.R.M.A.P. nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție:

- nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea lor se vor limita numai la acele strict necesare pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului;

- nu se vor impune condiții ce nu prezintă relevanță sau sunt disproporționate în raport cu ceea ce urmează a se achiziționa.

Într-adevăr, deși stabilirea cerințelor minime de calificare și selecție rămâne la latitudinea autorităților contractante, acest drept este limitat de obligația de a ține cont de complexitatea, volumul, durata, valoarea și natura contractului de achiziție publică care urmează a fi încheiat.

Toate aceste situații permissive pentru ofertanți, dublate de limitarea corespunzătoare a puterii decizionale a autorităților contractante, vin să scoată în evidență caracterul de excepții, care trebuie motivate, al oricăror cerințe de calificare/selecție, privite ca piedici în accesarea contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru, în contrast cu tendința supracondiționării atribuirii contractului manifestată de autoritățile contractante, tendință pe care dreptul comunitar și cel național urmăresc să o reprime. Pornind de la cele arătate și mergând pe firul acestui raționament, se deduce că, atunci când, în mod excepțional, autoritatea contractantă găsește de cuviință să introducă anumite 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 cerințele care îngrădesc cel mai puțin operatorii economici (decizia CNSC nr. ...).

Față de cele de mai sus, contestatorul consideră că prin impunerea cerinței nelegale ca ofertanții să fi executat și dus la bun sfârșit în ultimii 5 ani cel puțin un contract care să aibă ca obiect execuția unei stații de transfer cu o capacitate de minim 17.000 tone/an, autoritatea contractantă a nesocotit normele legale invocate și a restricționat participarea mai multor operatori economici interesați la procedura de atribuire, astfel cum va arăta în continuare.

1. Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita experiența similară, iar nu identică

Contestatorul apreciază că cerința experienței similare în construirea a cel puțin unei stații de transfer deșeurilor încalcă în mod vădit prevederile legale antementionate, care stipulează dreptul autorităților contractante de a solicita experiența similară, iar nu identică. Or, similaritatea nu presupune identitate între lucrările executate anterior și lucrările ce fac obiectul contractului ce se

atribuie, ci, din contră, presupune caracterul asemănător al acestor lucrări, respectiv că există elemente comune dar, în mod necesar, și elemente care le diferențiază.

În acest sens, contestatorul arată că anexa la Ordinul nr. 509/2011 prevede că, în ceea ce privește contractele de lucrări, sunt considerate a fi restrictive următoarele cerințe: „*dovada că a finalizat în ultimii 5 ani un contract de execuție pentru o unitate spitalicească/o unitate de alimentație publică și/sau demonstrarea experienței similare prin executarea de contracte pentru obiective de investiții identice cu cel care urmează a se executa (de 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 aceeași ordine de idei, contestatorul arată că atât jurisprudența (decizia CNSC nr. ..., ...), cât și doctrina („...”), sunt constante în a reține că prin "experiență similară" nu trebuie să se înțeleagă "experiența identică". Orice solicitare contrară este în totală contradicție nu numai cu spiritul, dar și cu litera legislației în materie, în special a prevederilor art. 188 alin. (3) lit. a) din OUG nr. 34/2006.

Astfel, Consiliul a dispus în sensul că „*rolul cerinței experienței similare este de a dovedi faptul că operatorii economici participanți au experiența în domeniul serviciilor similare cu ceea ce urmează a fi prestat în urma încheierii contractului care face obiectul acestei proceduri, că are cunoștințele/experiența și capacitatea necesară derulării unui astfel de contract și că a finalizat un astfel de contract. Mai mult, sintagma „similar”, potrivit dicționarului explicativ al limbii române, înseamnă „de aceeași natură, de același fel, asemănător, analog, apropiat” și nu „identic”, „care coincide întru totul” (...).*

Mai mult, Consiliul a reținut, într-o speță identică (Decizia C.N.S.C. nr. ...), faptul că „*În ceea ce privește critica referitoare la demonstrarea de către ofertanți a capacității tehnice și/sau profesională, prin dovedirea execuției de lucrări care să fi avut ca obiect „construirea cel puțin a unei stații de transfer deșeurilor”, [...] pentru a respecta principiul transparenței prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. d) din OUG nr. 34/2006, Consiliul consideră necesară reformularea acestei cerințe, în sensul înlocuirii ei cu sintagma „în ultimii 5 ani să fi executat lucrări similare cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit (de ex. stații de transfer, sortare, tratare mecano-biologică a deșeurilor)”, sub acest aspect contestați fiind întemeiate*”.

Contestatorul precizează că punctul de vedere tehnic emis de Ing. ... (atașat contestației), potrivit căruia operatorii economici pot face dovada experienței similare în construirea stațiilor de transfer

și prin lucrări de construcții civile și industriale normale de complexitate medie spre redusă, este concludent în acest sens. Proiectantul demonstrează fără echivoc că un proiect de construcții civile și industriale (magazin) are toate caracteristicile cerute pentru construcția unei stații de transfer. După cum se poate observa din planșele anexate punctului de vedere, cele două obiective sunt similare și cuprind lucrări de aceeași complexitate. Concluzia este astfel clară: stația de transfer în sine nu reprezintă un obiect reprezentativ pentru experiența similară, având toate caracteristicile asimilabile unei construcții de tip civil și industrial normale de complexitate medie spre redusă.

2. Cerința de calificare contrazice recomandările A.N.R.M.A.P.

Nici prin documentația standard aferentă contractelor de achiziție de lucrări publice pentru proiectare și execuție stații de transfer, sortare, compostare și tratare mecano-biologică a deșeurilor (aprobată prin Ordinul comun al ministrului mediului și pădurilor și al președintelui A.N.R.M.A.P. nr. 2266/335/2012), nu se solicită experiența identică, ci experiența similară obiectului contractului.

Contestatorul arată că în conformitate cu recomandările A.N.R.M.A.P., autoritățile contractante pot solicita cu privire la îndeplinirea cerințelor privind experiența similară contracte care să aibă ca obiect proiectarea și execuția unei lucrări similare cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit (de ex: stații de transfer, sortare, compostare, tratare mecano-biologică a deșeurilor etc.). Este evident astfel că A.N.R.M.A.P. nu recomandă nicidecum solicitarea unei experiențe identice, respectiv exclusiv construcția unei stații de transfer.

De altfel, nici Formularul 8¹ - Fișa experiența similară, prin care se reiterează cerința de calificare contestată, nu se regăsește în cadrul Documentației standard aprobate prin Ordinul nr. 2266/335/2012.

Având în vedere cele expuse, contestatorul consideră că prin impunerea cerinței ca ofertantul să fi executat lucrări care să fi avut ca obiect construirea cel puțin a unei stații de transfer deșeuri, autoritatea contractantă a încălcat în mod grav și nejustificat prevederile legislației achizițiilor publice menționate de mai sus, nesocotind în mod flagrant și principiile ce guvernează modul de cheltuire a banului public.

3. Cerința de calificare încalcă principiile eficienței utilizării fondurilor publice și proporționalității.

Contestatorul precizează că prin stabilirea cerinței minime de calificare nejustificate și disproportionale, raportat la obiectul contractului, autoritatea contractantă a ignorat cu desăvârșire atât

principiul utilizării eficiente a fondurilor publice, cât și principiul proporționalității.

Principiul eficienței utilizării fondurilor publice, prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. f) din O.U.G. nr. 34/2006, presupune folosirea sistemului concurențial și a criteriilor economice pentru atribuirea contractului cu scopul de a obține valoare pentru banii cheltuiți. Scopul unei proceduri de atribuire nu este, așadar, acela de a elimina un număr cât mai mare de operatori economici participanți.

Dimpotrivă, în vederea asigurării unui climat concurențial și pentru o eficientă utilizare a fondurilor publice, este oportună declararea unui număr cât mai mare de oferte ca fiind admisibile, astfel încât oferta cea mai bună să fie declarată câștigătoare, iar autoritatea contractantă să obțină cel mai bun raport calitate-preț. În opinia contestatorului dacă s-ar admite impunerea unui criteriu de calificare care este în mod vădit disproporționat raportat la obiectul contractului, ne-am abate grav de la respectarea principiului eficienței utilizării a fondurilor publice, ca un efect direct al restricționării accesului la procedură al operatorilor economici.

Impunerea unei asemenea cerințe contravine cu siguranță nu doar legislației europene în materie și principiilor de bază ale achizițiilor publice, ci însuși scopului prevăzut de art. 2 alin. (1) din OUG nr. 34/2006: promovarea concurenței între operatorii economici; garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici; asigurarea transparenței și integrității procesului de achiziție publică; asigurarea utilizării eficiente a fondurilor publice.

De asemenea, contestatorul precizează că autoritatea contractantă avea obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când a stabilit criteriul de calificare cu privire la experiența similară, iar acest criteriu trebuia să aibă o legătură concretă cu obiectul contractului care urmează a fi atribuit. În acest sens, cerințele solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigențele specific impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia - prevederi ce formează cuprinsul art. 179 din ordonanță. Astfel cum constant s-a reținut în jurisprudența europeană „[...] principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite” (...).

Or, atât punctul de vedere tehnic emis de Ing. ..., cât și jurisprudența Consiliului demonstrează faptul că în cazul de față cerința impusă cu privire la experiența „identică” excede celor strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului, deoarece operatorii economici pot face dovada experienței similare în construirea stațiilor de transfer inclusiv prin lucrări de construcții civile și industriale normale de complexitate medie spre redusă.

ANULAREA PROCEDURII DE ATRIBUIRE

În situația în care se respinge capătul de cerere principal, contestatorul solicită anularea procedurii de atribuire, față de abaterile grave de la prevederile legislative care afectează procedura de atribuire.

În concluzie, având în vedere situația de fapt expusă anterior și dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor publice, contestatorul consideră că prevederile documentației de atribuire menționate mai sus sunt nelegale, impunându-se, în principal, modificarea cerinței referitoare la experiența similară, astfel încât aceasta să fie pusă în concordanță cu legislația achizițiilor publice sau, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire cu consecința reluării acesteia de către autoritatea contractantă.

Totodata, contestatorul menționează că își rezervă dreptul de a completa contestația, atât sub aspectul capetelor de cerere, cât și cu privire la suplimentarea motivelor, după ce va lua cunoștință de toate documentele aflate în dosarul de achiziție publică.

În drept contestatorul își întemeiază contestația pe dispozițiile OUG nr. 34/2006, HG nr. 925/2006, Ordinul președintelui A.N.R.M.A.P. nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, Ordinul comun al ministrului mediului și pădurilor și al președintelui A.N.R.M.A.P. nr. 2266/2012 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 mecano-biologică a deșeurilor", "execuție de depozit conform de deșeuri".

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. 16379/14.11.2013, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 38830/14.11.2013, ... în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației ca nefondată.

În ceea ce privește solicitarea de anulare a prevederilor referitoare la cerința nr. 1 privind experiența similară, menționată

în cadrul punctului II.2.3) din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă consideră că această solicitare este nefondată având în vedere că cerința a fost stabilită cu respectarea prevederilor Ordinului comun MMP și ANRMAP 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 sortare, compostare și tratare mecano-biologică a deșeurilor", "execuție de depozit conform de deșeuri", modificat și completat prin Ordinul comun MMF și ANRMAP nr. 3240/373/2012.

Autoritatea contractantă arată că în anexa 3 a Ordinului, la cerința privind experiența similară, se indică faptul că trebuie precizat în mod mai clar obiectul contractului. Se instituie astfel un regim derogator de la prevederile generale în materie. Se poate astfel susține că prevederile Ordinului au caracter de lex specialia în raport de prevederile OUG 34/2006.

Interpretarea logico-gramaticală duce la concluzia că trebuie indicat foarte clar obiectul contractului. În caz contrar nu ar fi fost justificate exemplele date, respectiv stații de transfer, sortare compostare, tratare mecano-biologică.

Dacă leguitorul ar fi dorit extinderea sau relaxarea cerinței în mod evident nu ar mai fi existat mențiunea *„execuția unei lucrări similare cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit (de ex: stații de transfer, sortare, compostare, tratare mecano-biologică) a deșeurilor cu o capacitate de minim ... tone/an.”*

S-ar fi putut foarte simplu să stabilească că toate lucrările enumerate sunt similare și nu ar mai fi dat posibilitatea autorităților contractante să aleagă vreunul sau vreunele dintre obiectele contractului prin exemplificare.

Autoritatea contractantă precizează că eliminarea cerinței, în sensul dorit de contestator, ar duce la apariția unei necorelări totale cu prevederile impuse prin Ordinul menționat, deoarece nu s-ar ține cont de prevederile referitoare la capacitatea minimă.

Se va permite accesul unor participanți care au edificat o categorie sau tip de construcții mult mai generală - construcții civile și industriale, asupra căreia nu se poate impune nici o capacitate minimă.

Astfel autoritatea contractantă nu ar mai avea garanția din partea participanților la procedură că aceștia au capacitatea concretă de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare, în acest fel s-ar aduce atingere prevederilor art. 7 din HG 925/2006.

Cerința solicitată este în strânsă corelare cu obiectul contractului, respectându-se astfel prevederile art. 179 din OUG 34/2006 și art. 8 din HG 925/2006.

Prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit și este proporționată în raport cu natura și complexitatea acestuia, având în vedere că obiectul contractului îl constituie construirea a două stații de transfer, una de capacitate de 17.000 tone/an, iar alta de 44.000 tone/an.

Modalitatea de stabilire a cerinței prin raportare la capacitate mai mică dovedește intenția autorității contractante de a asigura un mediu concurențial cât mai larg eficientizându-se astfel utilizarea fondurilor publice.

Autoritatea contractantă consideră că susținerea contestatorului, potrivit căreia operatorii economici pot face dovada experienței similare în construirea stațiilor de transfer inclusiv prin lucrări de construcții civile și industriale normale de complexitate medie, este nefondată.

Nu se ține cont de specificul acestor lucrări care au o funcționalitate cu totul diferită, decât cea vizată de rampa de andocare exemplificată în contestație și în consecință caracteristici specifice date tocmai de funcționalitatea acesteia, care în mod evident presupune desfășurarea unor alte tipuri de activități.

În ceea ce privește cererea de anulare a procedurii.

Față de cele precizate anterior, autoritatea contractantă consideră că cererea de anulare a procedurii este nefondată.

De asemenea, având în vedere prevederile art. 179 alin. (4) cererea contestatorului este neîntemeiată. Interpretarea per a contrario a textului legal conduce la concluzia că anularea procedurii de atribuire se poate dispune doar dacă modificarea criteriilor nu se face în cazurile prevăzute de literele a) – c) ale respectivului articol.

Din cuprinsul contestației nu rezultă că ne-am afla în vreunul din cazurile prevăzute de lit. a)-c) ale art. 179 alin. (4).

În raport de considerentele expuse autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată.

Autoritatea contractantă solicită Consiliului, în măsura în care este posibil, să acorde prioritate în soluționarea contestației.

Prin adresa nr. 880/20.11.2013 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 39624/20.11.2013 contestatorul formulează concluzii scrise în urma studierii dosarului.

Contestatorul arată că autoritatea contractantă încearcă să justifice impunerea unei experiențe identice exclusiv prin raportare la:

- prevederile Ordinului nr. 2266/335/2012, care, potrivit autorității contractante, au un „regim derogator” de la dispozițiile legale din materia achizițiilor publice;
- o așa-zisă obligație stipulată prin Ordinul nr. 2266/335/2012 în sensul indicării exprese a obiectului contractului în cadrul cerinței privind experiența similară;
- faptul că prin stabilirea experienței similare în construcții civile și industriale, autoritatea contractantă nu ar avea „garanția” capacității de îndeplinire a contractului.

Contestatorul solicită Consiliului să observe grava eroare în care se află autoritatea contractantă atunci când afirmă că legislația terțiară derogă de la legislația primară și secundară, cât și caracterul general și lipsa desăvârșită a argumentelor tehnice sau juridice care să justifice în vreun fel necesitatea impunerii cerinței de calificare contestate.

A. Ordinul nr. 2266/335/2012 nu are caracter derogator și special

Contestatorul consideră că alegațiile autorității contractante potrivit cărora Ordinul nr. 2266/335/2012 instituie „un regim derogator de la prevederile generale în materie”, având caracter de „*lex specialia* în raport de O.U.G. nr. 34/2006” contravin în mod flagrant Legii nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative.

Pe de o parte, potrivit art. 13 lit. a)-c) din actul normativ referit:

- proiectul de act normativ trebuie corelat cu prevederile actelor normative de nivel superior sau de același nivel, cu care se află în conexiune - în speță, O.U.G. nr. 34/2006 și H.G. nr. 925/2006;

- proiectul de act normativ, întocmit pe baza unui act de nivel superior, nu poate depăși limitele competenței instituite prin acel act și nici nu poate contraveni principiilor și dispozițiilor acestuia - în speță, principiile și regulile statuate prin O.U.G. nr. 34/2006 și H.G. nr. 925/2006;

- proiectul de act normativ trebuie să fie corelat cu reglementările comunitare și cu tratatele internaționale la care România este parte - în speță, Directiva 2004/18/CE.

Pe de altă parte, art. 15 din Legea nr. 24/2000, ce stabilește regimul reglementărilor speciale și derogatorii, prevede în mod expres faptul că dispozițiile cu caracter special față de actele ce cuprind reglementări generale pot fi cuprinse doar într-o „*reglementare din aceeași materie și de același nivel*”.

Rezultă, astfel, că autoritatea contractantă a interpretat în mod profund eronat și periculos prevederile legale, atunci când s-a raportat exclusiv la prevederile Ordinului nr. 2266/335/2012 pentru stabilirea cerințelor privind experiența similară, considerând că acestea au caracter special și derogator față de principiile și regulile stabilite prin O.U.G. nr. 34/2006 și H.G. nr. 925/2006.

În același sens, contestatorul subliniază caracterul de recomandare al Ordinului referit. Potrivit art. 2¹ din Ordin, „*modelele prezentate ca documentații standardizate pot fi utilizate și adaptate diverselor tipuri de lucrări, în funcție de necesitățile autorităților contractante*”. Rezultă indubitabil că documentația standard aferentă contractelor de achiziție de lucrări publice pentru proiectare și execuție stații de transfer, sortare, compostare și tratare mecano-biologică a deșeurilor nu este obligatorie, aceasta urmând a fi „adaptată”, în funcție de specificul fiecărui contract în parte, cu respectarea prevederilor legale aplicabile.

B. Ordinul nr. 2266/335/2012 nu impune raportarea experienței similare exclusiv la obiectul contractului

Contestatorul arată că însăși autoritatea contractantă recunoaște că cerința experienței „similare” în construirea a cel puțin unei stații de transfer deșeurilor reprezintă în fapt experiență „identică”.

Aceasta își justifică însă demersul prin denaturarea prevederilor Ordinului nr. 2266/335/2012, afirmând că acesta impune precizarea exactă a obiectului contractului în cadrul cerinței privind experiența similară. Pe de o parte, autoritatea contractantă susține că „în anexa 3 a Ordinului, la cerința privind experiența similară, se indică faptul că trebuie precizat mai clar obiectul contractului”, în timp ce, potrivit paragrafului următor din Punctul de vedere, aceasta concluzie s-ar desprinde din „*interpretarea logico-gramaticală*” a prevederilor Ordinului.

Contestatorul precizează că nu numai că documentația standard nu cuprinde o prevedere expresă în acest sens, dar o asemenea interpretare ar fi și contrară prevederilor legale care stabilesc că experiența similară nu poate fi „identică”, astfel cum au fost acestea învederate în cadrul contestației.

Or, interpretarea restrictivă a cerinței recomandate prin documentația standard, în sensul corelării stricte a acesteia cu obiectul contractului nu poate fi reținută, datorită însuși modului de formulare a cerinței: „*contracte care să aibă ca obiect proiectarea și execuția unei lucrări similare cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit (de ex: stații de transfer, sortare, compostare, tratare mecano-biologică a deșeurilor etc.)*”. Este evident astfel că A.N.R.M.A.P. nu recomandă nicidecum solicitarea unei experiențe identice, respectiv, exclusiv construcția unei stații de transfer.

Față de cele de mai sus, contestatorul consideră că susținerile autorității contractante în sensul în care *„eliminarea cerinței în sensul dorit de contestatoare ar duce la apariția unei necorelări totale cu prevederile impuse prin Ordinul menționat, deoarece nu s-ar ține cont de prevederile referitoare la capacitatea minimă”,* apar ca fiind superflue.

Indiferent de cerințele recomandate prin Ordinul nr. 2266/335/2013, *„stabilirea cerințelor minime de calificare și selecție rămâne la latitudinea autorității contractante, aceasta având obligația de a ține cont de complexitatea, volumul, durata, valoarea și natura contractului de achiziție publică care urmează a fi încheiat”* (art. 1 alin. (2) din Ordinul nr. 509/2011).

C. „Garanția” capacității de îndeplinire a contractului

Contestatorul apreciază că nici „argumentele” potrivit cărora autoritatea contractantă nu ar avea „garanția” că participanții care au edificat construcții civile și industriale au capacitatea concretă de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia nu pot fi reținute, dat fiind că prin punctul de vedere tehnic emis de Ing. ... (atașat contestației), societatea sa a dovedit că operatorii economici pot face dovada experienței similare în construirea stațiilor de transfer și prin lucrări de construcții civile și industriale normale de complexitate medie spre redusă.

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă nu contraargumentează în niciun fel cele demonstrate prin punctul de vedere tehnic, marginându-se la a arăta că susținerile din cadrul acestuia sunt *„nefondate”* și că *„nu se ține cont de specificul acestor lucrări care au o funcționalitate cu totul diferită, decât cea vizată de rampa de andocare exemplificată în contestație și în consecință caracteristici specifice date tocmai de funcționalitatea acesteia, care în mod evident presupune desfășurarea unor alte tipuri de activități”*. Aceste generalități lipsite de orice suport tehnic sau juridic nu fac decât să demonstreze încă o dată lipsa unei justificări pertinente pentru impunerea prezentării experienței similare identice, raportată exclusiv la obiectul contractului de achiziție publică.

2. Nota justificativă

Contestatorul precizează că justificarea impunerii cerinței privind experiența similară este, de altfel, inexistentă chiar și în Nota justificativă privind alegerea cerințelor minime de calificare nr. 15293/24.10.2013. Invocarea prevederilor legale aplicabile sau expresii precum *„având în vedere specificul, volumul și importanța lucrărilor ce urmează a fi executate”, „experiența corespunzătoare derulării unui asemenea contract”, „expertiza și facilitățile necesare pentru a duce la bun sfârșit un contract de natura și complexitatea celui citat”,* nu pot fi catalogate nicidecum drept o “motivare” a

impunerii cerințelor referitoare la experiența similară. În acest sens a reținut și Consiliul prin deciziile sale anterioare:

- Decizia ... - *"Pe de altă parte, prin Nota justificativă nr. ..., nu se motivează în mod concret de ce ar trebui dovedit un astfel de nivel al experienței similare, prin invocarea unui argument tehnic, ci exclusiv prin referiri la reglementări în materia achizițiilor publice, ceea ce nu este de natură să dovedească respectarea principiilor nediscriminării și proporționalității, prevăzute de art. 2 alin. (2) lit. a) și e) din OUG nr. 34/2006"* sau

- Decizia ... - *"Deși a fost elaborată „Nota justificativă privind alegerea criteriilor de calificare și/sau selecție” înregistrată sub nr. .../08.11.2010, autoritatea contractantă nu a motivat cerințele criticate de contestator, respectiv motivarea s-a rezumat la generalități de genul „experiența generală și specifică a experților cheie (...) demonstrează baza de cunoștințe și experiența în domeniile de interes ale acordului cadru și contractelor subsecvente”, fără să motiveze de ce se solicită participarea acestora, tocmai la 3 sau 5 proiecte similare, sau de ce se solicită „minim 7 ani experiența profesională generală” în loc de 3 sau 5 ani, de exemplu."*

Contestatorul menționează că în speța de față, o motivare concludentă ar fi presupus o minimă corelare între lucrările ce vor face obiectul contractului și experiența solicitată. Justificările generale și lipsite de orice relevanță pentru contractul ce urmează a fi atribuit nu fac decât să confirme că autoritatea contractantă nu are de fapt niciun argument pertinent pentru impunerea experienței solicitate, cu atât mai puțin pentru impunerea unei experiențe "identice" pentru lucrările ce vor fi executate.

Contestatorul arată că în nota justificativă s-a precizat: *„solicitarea unei minime experiențe în domeniu este conformă cu reglementările în vigoare în materie de achiziții publice și nu aduce atingere principiilor tratamentului egal și al nediscriminării în condițiile în care, documentația de atribuire le permite ofertanților, care nu au derulat astfel de contracte, asocierea cu cei care dovedesc performanța solicitată în acest domeniu sau susținerea de către un terț. [...] Operatorii economici se pot asocia cu alți operatori pentru îndeplinirea condițiilor impuse prin documentația de atribuire."* Contestatorul consideră că un asemenea argument nu reprezintă o justificare în sensul neîncălțării principiilor din domeniul achizițiilor publice, astfel cum a reținut și CNSC (decizia CNSC nr. ...): *"Consiliul nu poate reține afirmația autorității contractante cu privire la faptul că "unii ofertanți au găsit soluțiile corespunzătoare pentru a îndeplini aceste cerințe prin utilizarea formelor de asociere și subcontractare, aceste modalități fiind prevăzute și permise de documentația de atribuire", deoarece*

asocierea și subcontractarea sunt permise de ordonanță, dar nu pot fi obligatorii pentru ofertanții din cadrul unei proceduri".

În concluzie, contestatorul precizează că inexistența unor justificări pertinente atât a cerinței privind experiența „identică”, cât și a capacității minime solicitate, demonstrează că, în fapt, nu există nicio justificare plauzibilă pentru impunerea cerinței prezentării experienței identice și a capacității minime astfel cum au fost formulate prin documentația de atribuire. Or, art. 8 din H.G. nr. 925/2006 nu numai că interzice restricționarea participării la procedură prin introducerea unor cerințe minime de calificare irelevante și disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, dar stipulează *expressis verbis* și faptul că, „atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel cum este prevăzut la art. 178 alin. (1) din ordonanța de urgență, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției".

Față de aspectele de mai sus, coroborate cu prevederile legale învederate prin contestație, contestatorul consideră că cerința prezentării experienței similare conform căreia „Ofertantul trebuie să fi executat și dus la bun sfârșit în ultimii 5 ani: - cel puțin un contract care să aibă ca obiect execuția unei lucrări similare cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, stație de transfer cu o capacitate de minim 17.000 tone/an” este profund nelegală și se impune modificarea acesteia în cadrul anunțului de participare și a fișei de date a achiziției, după cum urmează: "Ofertantul trebuie să fi executat și dus la bun sfârșit în ultimii 5 ani: - cel puțin un contract care să aibă ca obiect execuția unei lucrări similare cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit (de ex: lucrări de construcții civile și industriale, stații de transfer, sortare, compostare, tratare mecano-biologică a deșeurilor etc.) [...]".

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 „... ..» din cadrul proiectului «... în ... cod CPV 45000000-7, 45252123-6, 71321000-4, 71322000-1. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ... din data de 26.10.2013, criteriul de atribuire stabilit fiind „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”.

Cu privire la cererea de suspendare formulată de ... Consiliul, prin decizia nr. ... a admis cererea de suspendare a procedurii, dispunând suspendarea procedurii de atribuire, până la soluționarea pe fond a contestației.

Pe fondul contestației formulate de către ... Consiliul retine:

1. ca o prima constatare, la modul general, sunt intemeiate toate argumentele legale si de jurisprudenta aduse de contestatorul ... privitor la faptul ca notiunea de „*experienta similara*” nu este interpretabila ca „*experienta identica*” iar solicitarea unei experiente identice reprezinta o restrictionare a participarii la procedura cu incalcarea principiului nediscriminarii si a prevederilor art. 178 alin (2) din O.U.G. nr.34/2006, cu modificările și completările ulterioare, potrivit caruia:

„Art. 178. - (2) 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.”

2. prevederile *Ordinului comun al ministrului mediului și pădurilor și al președintelui A.N.R.M.A.P. nr. 2266/2012 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 mecano-biologică a deșeurilor", "execuție de depozit conform de deșeuri"* iau in considerare faptul ca pentru anumite obiective de investitii cu o specificitate si un grad de complexitate anume, experienta similara nu poate fi obtinuta prin proiectarea si executia unui alt tip de lucrare.

Astfel, modelele de fisa de date din continutul Ordinului 2266/2012 impun practic solicitarea unei experiente identice (pe considerentul ca in aceste cazuri nu exista lucrari similare) pentru:

- a) proiectare și execuție stație de tratare a apei
- b) proiectare și execuție stație de epurare de ape reziduale
- c) proiectare și execuție rețele de canalizare
- d) proiectare și execuție rețele de alimentare cu apă
- e) proiectare și execuție depozit conform de deșeuri

In toate aceste cazuri, luand in considerare o specificitate si o complexitate deosebita, legiuitorul a prevazut explicit faptul ca se va solicita ca experienta similara proiectarea si/sau executia unui exact acelasi tip de obiectiv cu cel care face obiectul achizitiei publice. Mai mult decat atat, in solicitarea experientei similare pentru stații de tratare a apei/stații de epurare de ape reziduale,

legiuitorul a prevazut cerinte distincte chiar functie de capacitatea prevazuta a obiectivului, exprimata in PE (PERSOANE ECHIVALENTE), si a tratat fiecare caz separat.

3. In ceea ce priveste situatia privind obiectivele de investitii *statie de transfer, stație de sortare, stație de compostare și stație de tratare mecano-biologică a deșeurilor*, avand in vedere similaritatea reala dintre cele patru tipuri de constructii amintite si complexitatea mult mai redusa a acestora, modelul de fisa de date din continutul Ordinului 2266/2012 impune, in opinia Consiliului, solicitarea experientei similare prin realizarea anterioara a proiectarii si executiei oricaruia dintre tipurile de constructii enumerate si nu ,in mod strict, a celei care face obiectul procedurii.

In acest sens trebuie interpretate modelele de fisa de date din continutul Ordinului 2266/2012, care prevad intr-un singur paragraf modul de solicitare a experientei similare pentru *statie de transfer, stație de sortare, stație de compostare și stație de tratare mecano-biologică a deșeurilor*, in timp ce, de exemplu, numai pentru stațiile de tratare a apei modul de solicitare este defalcat in patru paragrafe cu cerinte distincte.

Chiar daca formula propusa de contestator nu corespunde prevederilor Ordinului 2266/2012 deoarece conform acestora nu pot fi acceptate orice „*lucrări de construcții civile și industriale*”, modificarea textului se impune prin adaugarea posibilitatii prezentarii experientei similare prin proiectarea si executia unei stații de sortare, de compostare sau de tratare mecano-biologică a deșeurilor.

In concluzie, Consiliul apreciaza ca autoritatea contractantă a interpretat excesiv modelul de fisa de date din continutul Ordinului 2266/2012 si, pentru argumentele mai sus prezentate, se impune modificarea textului cerinței privind prezentarea experientei similare „*Ofertantul trebuie să fi executat și dus la bun sfârșit în ultimii 5 ani: - cel puțin un contract care să aibă ca obiect execuția unei lucrări similare cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, stație de transfer cu o capacitate de minim 17.000 tone/an*” cu textul „*Ofertantul trebuie să fi executat și dus la bun sfârșit în ultimii 5 ani: - cel puțin un contract care să aibă ca obiect execuția unei lucrări similare cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, stație de transfer/ stație de sortare/ stație de compostare/ stație de tratare mecano-biologică a deșeurilor cu o capacitate de minim 17.000 tone/an*”.

Pentru considerentele anterior expuse, Consiliul va admite contestația formulată de către ... în contradictoriu cu ... și va dispune modificarea Cerinței nr. 1 privind experiența similară, menționată în cadrul pct. III.2.3) din Anunțul de participare și din Fișa de date a achiziției, potrivit căreia: „*Ofertantul trebuie să fi*

*executat și dus la bun sfârșit în ultimii 5 ani: - cel puțin un contract care să aibă ca obiect execuția unei lucrări similare cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit **stație de transfer cu o capacitate de minim 17.000 tone/an**" astfel: „Ofertantul trebuie să fi executat și dus la bun sfârșit în ultimii 5 ani: - cel puțin un contract care să aibă ca obiect execuția unei lucrări similare cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit **stație de transfer/ stație de sortare/ stație de compostare/ stație de tratare mecano-biologică a deșeurilor cu o capacitate de minim 17.000 tone/an**"*

Consiliul va dispune continuarea procedurii, după publicarea în SEAP a modificării dispuse mai sus, cu decalarea datei limită de deschidere a ofertelor la un interval de minimum 10 zile de la publicarea modificării în SEAP.

Termenul pentru aducerea la îndeplinire a dispozițiilor prezentei decizii este de 10 zile de la comunicarea acesteia.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...