



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, România, C.P. 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 CNSC sub nr. ... înaintată de **(1)** ... cu sediul în reprezentată legal prin Josep Maria Alama Faubel, prin contestația nr. ... înregistrată la CNSC sub nr. ... înaintată de **(2)** ... cu sediul în înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CUI ... și prin contestația nr. ... înregistrată la CNSC sub nr. ... înaintată de **(3)** ... cu sediul în înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CUI ... reprezentată legal prin ... cu sediul în ... adresă indicată pentru comunicarea actelor de procedură, formulate împotriva adresei nr. 18/1/528/10.03.2014 reprezentând Răspunsul nr. 2 la solicitările de clarificări aferente documentației de atribuire, elaborate de ... cu sediul în în cadrul procedurii, *licitație restrânsă*, organizate în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect: „Reabilitarea liniei de cale ferată Km 614 – Gurasada, subtronsonul 2a: Km 614 – Cap Y Barzava - lot 1; Reabilitarea liniei de cale ferată Km 614 – Gurasada, subtronsonul 2b: Cap Y Barzava - Cap Y Ilteu - lot 2”, coduri CPV 45234100-7 - *Lucrări de construcții de căi ferate (Rev.2)*, 45213321-9 - *Lucrări de construcții de gări feroviare (Rev.2)*, 4522...2-0 - *Lucrări de construcții de poduri feroviare (Rev.2)*, 45234115-5 - *Lucrări de semnalizare feroviară (Rev.2)*, 45315300-1 - *Instalații de distribuție de energie electrică (Rev.2)*, s-a solicitat Consiliului în principal, anularea parțială a actului atacat și, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire (... precum și suspendarea procedurii până la soluționarea fondului cauzei (... și ...

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

DECIDE:

Conexează cele trei contestații.

Admite contestațiile formulate de de și ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... și dispune continuarea procedurii, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, prin modificarea *punctului 3 din Răspunsul nr. 2* (adresa nr. 18/1/528/10.03.2014), ca urmare a solicitării de clarificări asupra conținutului documentației de atribuire, conform celor reținute în motivarea ce urmează.

Respinge, ca rămase fără obiect, cererile de suspendare a procedurii aparținând ... și ...

Respinge, ca nedovedită, cererea contestatoarei ... în ceea ce privește plata cheltuielilor ocazionate cu formularea contestației.

Prezenta decizie este obligatorie, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din OUG 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:

Prin contestația nr. ... înregistrată la CNSC sub nr. atacă adresa nr. 18/1/528/10.03.2014 reprezentând Răspunsul nr. 2 la solicitările de clarificări aferente documentației de atribuire, elaborate de ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii, licitație restrânsă, organizate în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect: „Reabilitarea liniei de cale ferată Km 614 – Gurasada, subtrasonul 2a: Km 614 – Cap Y Barzava - lot 1; Reabilitarea liniei de cale ferată Km 614 – Gurasada, subtrasonul 2b: Cap Y Barzava - Cap Y Ilteu - lot 2”, coduri CPV 45234100-7 - *Lucrări de construcții de căi ferate* (Rev.2), 45213321-9 - *Lucrări de construcții de gări feroviare* (Rev.2), 4522...2-0 - *Lucrări de construcții de poduri feroviare* (Rev.2), 45234115-5 - *Lucrări de semnalizare feroviară* (Rev.2), 45315300-1 - *Instalații de distribuție de energie electrică* (Rev.2), solicitând anularea parțială a actului atacat ca fiind nelegal și obligarea autorității contractante la emiterea unui nou răspuns prin care să permită acordarea susținerii privind experiența similară și doar pe unele dintre specializările identificate la pct. 1.1.- 1.6. din fișa de date a achiziției, iar în subsidiar, în cazul respingerii

primului capăt de cere, *anularea procedurii de achiziție publică ca fiind discriminatorie, descurajând libera concurență comercială și principiul tratamentului egal care guvernează procedura achizițiilor publice.*

În fapt, contestatoarea arată că Răspunsul 2 la clarificări, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 18/1/528/10.03.2014 și publicat în SEAP în aceeași zi, aduce precizări față de posibilitatea de îndeplinire a cerinței de calificare privind experiența similară, cuprinsă în fișa de date a achiziției, la cap. III.2.3.a) *Capacitatea tehnică și/sau profesională*, respectiv: „Conform Ordinului 509/2011 cerința este considerată îndeplinită dacă un subcontractant deține *Agrementul Tehnic Feroviar pentru un anumit tip de lucrări și numai cu condiția ca acesta să execute integral partea din contract pentru care este solicitată autorizarea respectivă.*

Prin urmare, conform Ordinului 509/2011, subcontractantul nu poate fi terț susținător pentru experiența similară în domeniul lucrărilor pe specialități deoarece, cerința privind experiența similară solicitată va fi îndeplinită în întregime de către un singur susținător pentru toate specialitățile, iar în cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, persoana susținătoare se obligă să asigure îndeplinirea completă și reglementară a obligațiilor contractuale prin implicarea sa directă”.

În opinia contestatoarei, prin mențiunea: „*cerința privind experiența similară solicitată va fi îndeplinită în întregime de către un singur susținător pentru toate specialitățile*”, autoritatea contractantă face o interpretare restrictivă a prevederilor Ordinului nr. 509/2011, conduită ce generează restricționarea abuzivă, deci nelegală a participării operatorilor economici la procedură.

În susținerea argumentelor sale, prezintă cerințele (într-un număr de șase) pe care autoritatea contractantă le-a menționat la în fișa de date, la cap. III.2.3..a) – *Capacitatea tehnică și/sau profesională*, punctele 1.1 - 1.6.

În acest sens, arată că legislația incidentă în domeniul achizițiilor publice instituie în sarcina autorităților contractante obligația respectării principiului proporționalității în ceea ce privește stabilirea criteriilor de calificare și de selecție. Totodată, se reglementează restricția conform căreia autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unei cerințe minime referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională, care poate conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire.

Contestatoarea susține că Ordinul nr. 509/2011, în baza căruia autoritatea contractantă își formulează răspunsul, trebuie analizat prin prisma caracterului său de act administrativ cu caracter

normativ care, în preambul, conține mențiunea că a fost emis având în vedere „faptul că limitările în acest sens sunt de ordin general, esențial fiind ca stabilirea cerințelor minime de calificare și selecție să nu conducă la restricționarea participării operatorilor economici la procedura de atribuire sau la încălcarea principiului proporționalității”.

În opinia sa, interpretarea autorității contractante conduce la restricționarea excesivă și are la bază mențiunea dintr-o notă de subsol aferentă Anexei 2 la Ordin care prevede că „Indiferent dacă există un singur sau mai mulți susținători, cerința privind cifra de afaceri sau cea privind experiența similară va fi îndeplinită în întregime de către o singură persoană, respectiv un singur terț susținător”.

Referitor la acest aspect, contestatoarea subliniază că mențiunea de mai sus instituie interdicția de a utiliza mai mulți terți susținători pentru îndeplinirea unei cerințe de calificare. Spre exemplu, în situația în care se permite îndeplinirea cerinței prin prezentarea mai multor contracte, nu se permite însumarea pragului valoric impus prin cumularea susținerilor mai multor terți.

În speță însă, arată contestatoarea, autoritatea contractantă solicită dovedirea experienței similare prin depunerea de contracte pentru 6 specialități diferite - *1. Construcție infra și suprastructura de cale ferată dublă; 2. Realizarea de lucrări de artă; 3. Realizarea de lucrări de electrificare și energoalimentare; 4. Centralizare electronică; 5. Configurare, implementare și punere în exploatare sistem Radio Block Center; 6. Lucrări de construcții clădiri*, fără a indica o limită numerică sau un prag valoric (referitor strict la cerința de calificare, întrucât la criteriile de selecție se acordă punctaj pentru aceste caracteristici).

Prin urmare, consideră că se instituie cerința ca operatorul economic, interesat de participarea la procedură, să demonstreze experiența similară în 6 domenii distincte, prin depunerea ori a unui singur contract care să le cuprindă pe toate, ori prin depunerea de contracte distincte.

În opinia sa, autoritatea contractantă nu a luat în considerare faptul că, în privința obiectului contractului și a experienței similare solicitate, fiind 6 activități în domenii relativ diferite, cu 6 cerințe total distincte ce necesită pregătiri diferite de dotare și ale specialiștilor din cadrul firmelor, abordarea potrivit căreia susținătorul trebuia să prezinte susținere pentru toate specialitățile deși o parte dintre acestea sunt îndeplinite de ofertant/asociere, este total greșită.

Invocând dispozițiile art. 190 din OUG nr. 34/2006, art. ... din HG nr. 925/2006, precum și pe cele ale art. 48 alin. (3) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului

privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, contestatoarea arată că nu există nicio mențiune referitoare la faptul că susținerea din partea unei terțe persoane se acordă integral sau în parte, nefiind, de asemenea, specificată vreo interdicție cu privire la prezentarea experienței similare a susținătorului doar pentru o anumită parte.

Astfel, contestatoarea apreciază că, în mod greșit, autoritatea contractantă a răspuns solicitării sale de clarificări inserând mențiunea că se va putea participa doar în eventualitatea în care terțul va acorda susținere pentru toate specialitățile, neluând în considerare experiența similară a asocierii ofertante, demonstrată cu experiența similară a susținătorului, doar pentru partea de lucrări de electrificare, energoalimentare, centralizare electronică și RBC, lucrări cu particularități speciale.

De asemenea, consideră că se impune și reținerea principiului de drept *a maiori ad minus*, potrivit căruia cine poate mai mult poate și mai puțin, astfel că *dacă susținerea poate viza îndeplinirea întregii cerințe de calificare cu privire la experiența similară, va putea viza și îndeplinirea în parte a acesteia*, menționând că inclusiv CNSC a adoptat această logică în spețe similare.

În acest sens, arată că însăși autoritatea contractantă a precizat cerința privind experiența similară împărțind-o în 6 categorii distincte, putându-se vorbi în esență despre 6 cerințe de calificare diferite care, în ipoteza unei asocieri, pot fi îndeplinite separat de asociați. Drept urmare, în opinia sa, nota din Anexa Ordinului nr. 509/2011, trebuie interpretată în acest caz, ca referindu-se la fiecare dintre aceste 6 cerințe.

În consecință, având în vedere complexitatea contractului de achiziție publică în cauză, precum și valoarea estimată a acestuia, contestatoarea susține că interpretarea dată de autoritatea contractantă acestor dispoziții legale, respectiv că cerința privind experiența similară trebuie îndeplinită în totalitate de ofertant sau de către terțul susținător, conduce la o restricționare nejustificată a participării operatorilor economici care pot executa una sau numai câteva dintre specializările impuse, la procedura de atribuire în cauză fiind încălcate astfel, principiul tratamentului egal și cel al proporționalității, ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică.

Pe de altă parte, contestatoarea apreciază că acceptarea clarificării autorității contractante de maniera în care a fost formulată, presupune restrângerea numărului operatorilor economici care pot participa la procedura de *licitație restrânsă* la un număr extrem de redus.

În opinia sa, conduita autorității contractante creează premisa atribuirii contractului unui număr limitat de operatori economici. Deși instituirea cerințelor de calificare este lăsată la discreția autorității contractante, regula o constituie accesul nerestricționat al operatorilor economici la procedură și la câștigarea contractului, deci absența impunerii unor cerințe sau niveluri minime care să elimine 95% din concurență (art. 179 din OUG nr. 34/2006).

Pentru motivarea în drept a contestației, autoarea acesteia invocă dispozițiile OUG nr. 34/2006, precum și pe cele ale HG nr. 925/2006.

În cadrul aceleiași proceduri, ... a înaintat contestația nr. ... înregistrată la CNSC sub nr. ... prin care atacă aceeași adresă nr. 18/1/528/ 10.03.2014 reprezentând Răspunsul nr. 2 la solicitările de clarificări aferente documentației de atribuire, respectiv punctele 3 și 4, solicitând (i) anularea Clarificării contestate, precum și (ii) stabilirea faptului că îndeplinirea în întregime a fiecăreia dintre cerințele privind experiența similară prevăzute la capitolul III.2.3.a) punctul nr. 1 subpunctele nr. 1.1 - 1.6 din fișa de date a achiziției poate fi realizată de câte un singur terț susținător distinct și, ca urmare, menținerea formei inițiale a documentației de atribuire.

De asemenea, în temeiul art. 275¹ din OUG nr. 34/2006, contestatoarea a solicitat și suspendarea procedurii de atribuire în cauză.

Enunțând prevederile fișei de date a achiziției - cap. III.2.3.a) - *Capacitatea tehnică și/sau profesională*, punctul 1, și având în vedere faptul evident că domeniile de activitate în care se solicită de către autoritatea contractantă experiența similară sunt unele separate, vădit distincte, din punct de vedere tehnic (de exemplu, domeniul de activitate menționat la subpunctul nr. 1.1 sau cel menționat la subpunctul nr. 1.2 este semnificativ și vădit diferit de domeniul de activitate menționat la subpunctul nr. 1.4), contestatoarea indică existența a 6(șase) cerințe distincte privind experiența similară și nu a uneia.

În opinia sa, faptul că, la punctul 1 subpunctele nr. 1.1 - 1.6 din fișa de date a achiziției, există 6 (șase) cerințe distincte privind experiența similară, aspecte recunoscute în mod expres și de către autoritatea contractantă prin precizările de la punctul nr. 11 din Răspunsul nr. 2 la solicitările de clarificări transmise de către operatorii economici interesați de procedură (adresa CFR nr. 18/1/528/10.03.2014), autoritatea contractantă precizând că: „Cele 6 cerințe de experiență similară pot fi îndeplinite, atât prin contracte distincte, cât și din contracte care conțin mai multe categorii de lucrări (specializări), cu condiția respectării cerințelor menționate în fișa de date a achiziției”.

În pofida aspectelor de fapt și legale menționate mai sus și contrazicându-și propriile afirmații susmenționate, prin clarificarea contestată, contestatoarea arată că, în continuare, autoritatea contractanta susține că subpunctele nr. 1.1 -1.6 ale punctului 1 al capitolului III.2.3.a), din fișa de date a achiziției, nu ar constitui cerințe distincte privind experiența similară, ci o singură cerință care ar putea fi îndeplinită în totalitate de către un singur terț susținător.

Astfel, în opinia sa, prin clarificările contestate, s-a impus, practic, de către autoritatea contractantă, în mod nelegal și suplimentar față de prevederile din capitolului III.2.3.a) punctul 1 subpunctele 1.1 - 1.6 din fișa de date a achiziției, ca *cerința privind experiența similară solicitată să fie îndeplinită în întregime de către un singur susținător pentru toate specialitățile, iar în cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, persoana susținătoare se obligă să asigure îndeplinirea completă și reglementară a obligațiilor contractuale prin implicarea sa directă*” (punctul 3. din Răspunsul nr. 2).

În aceste condiții, arată că, prin clarificarea contestată, se elimină, în mod nelegal, posibilitatea legală, pe care ofertantul o are, de a se baza pe sprijinul mai multor terți susținători, care să îndeplinească, fiecare în totalitate, câte una dintre cerințele, solicitate de către autoritatea contractantă, pentru demonstrarea experienței similare cerute la subpunctele nr. 1.1 - 1.6, din capitolul indicat anterior, considerând că o astfel de modificare a documentației de atribuire, bazată pe o interpretare greșită a dispozițiilor Ordinului ANRMAP nr. 509/2011, este deci nelegală.

În continuare, invocând dispozițiile Ordinului ANRMAP nr. 509/2011, precum și pe cele ale art. 2 și art. 190 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, contestatoarea prezintă argumente în scopul demonstrării faptului că criteriul de calificare privind experiența similară, pentru care s-au specificat în fișa de date a achiziției mai multe cerințe, corespunzătoare unor domenii de activitate distincte/ separate, poate fi îndeplinit și prin cumularea susținerilor mai multor terți susținători, dacă fiecare dintre aceștia îndeplinește în totalitate cerința pentru care oferă susținerea.

În acest sens, subliniază că această interpretare a fost confirmată și de către jurisprudența CNSC și a Curților de apel în materie. Cu titlu de exemplu, contestatoarea invocă Decizia CNSC publicată în BO sub nr. 0296/2013, Decizia CNSC nr. 3707/... din 17.10.2012, Decizia nr. 833 din data de 4 noiembrie 2011 a Curții de Apel Iași, precum și Decizia Curții Europene de Justiție în cauza C-94/12 din 10 octombrie 2013, Hotărârea din 18 decembrie 1997, C-5/97, Ballast Nedam Groep I, Hotărârea din 14 aprilie 1994, C-

389/92, Ballast Nedam Groep II și Hotărârea din 18 martie 2004, C-314/01, Siemens AG Osterreich/ARGE Telekom & Partner.

Nu în ultimul rând, contestatoarea amintește că obiectul contractului, ce urmează a fi atribuit, implică executarea unei multitudini de lucrări de mare diversitate și complexitate, care prin natura lor presupun ca experiența similară a ofertantului/candidatului să fie acumulată în domenii de activitate separate și de o mare diversitate, neexistând în fapt niciun singur operator economic care să cumuleze singur toate cerințele, solicitate de autoritatea contractantă, pentru demonstrarea tuturor cerințelor solicitate pentru demonstrarea experienței similare.

De asemenea, prin contestația nr. ... înregistrată la CNSC sub nr. ... Consiliul constată că ... atacă același act, adresa nr. 18/1/528/ 10.03.2014, respectiv punctele 3 și 4 din acest document, solicitând:

- suspendarea procedurii de atribuire în cauză, în temeiul art. 275¹ din OUG nr. 34/2006;

- obligarea autorității contractante la revocarea clarificării 3 din Răspunsul 2, care interzice îndeplinirea cerinței experienței similare prin cumul de mai mulți terți susținători și respectiv prin cumul de candidat/membrii unei asocieri și unul sau mai mulți terți susținători și, pe cale de consecință, la confirmarea, prin clarificări ce urmează a se publica în SEAP, a următoarelor aspecte: *dovedirea experienței similare pentru fiecare dintre cerințele de la 1.1 la 1.6, în parte (din Secțiunea III.2.3) Capacitatea tehnică din anunțul de participare, respectiv Secțiunea III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, punctul 1 din fișa de date a achiziției se poate face în mod distinct, respectiv pe fiecare dintre specialități, de către oricare dintre membrii asocierii sau de către un terț susținător diferit pentru fiecare specialitate/categorie de lucrări în parte, precum și că dovedirea experienței similare se poate face inclusiv prin cumul între mai mulți susținători (fără contribuția candidatului/asocierii participante) sau prin cumul între candidat/unul sau mai mulți membri ai unei asocieri și mai mulți terți susținători (de exemplu: pentru 2 dintre membrii asocierii și pentru 4 specialități/categorii de lucrări de către 4 terți susținători diferiți).*

În fapt, contestatoarea arată că, *prin clarificarea 3, din Răspunsul nr. 2 publicat în SEAP, pe problema îndeplinirii cerințelor privind experiența similară prin cumul de către candidat/membrii unei asocieri împreună cu unul sau mai mulți terți susținători sau numai prin mai mulți terți susținători, autoritatea contractantă încalcă prevederile propriei documentații de atribuire devenite obligatorii prin necontestare pe aceste aspecte.*

În susținerea afirmației sale, contestatoarea prezintă cele 6 cerințe privind demonstrarea experienței similare, pe care autoritatea contractantă le-a menționat în fișa de date, la cap. III.2.3.a) – *Capacitatea tehnică ș/sau profesională*.

În continuare, autoarea contestației prezintă argumente și susțineri similare cu cele invocate de contestatoarele anterioare, în ceea ce privește faptul că solicitarea autorității contractante, conform căreia *cerința privind experiența similară solicitată va fi îndeplinită în întregime de către un singur susținător pentru toate specialitățile*, este restrictivă și încalcă prevederile legale, susținând, pe de o parte, că autoritatea contractantă a interpretat greșit prevederile Ordinului nr. 509/2011, iar pe de altă parte, că acest act normativ are „o forță juridică inferioară OUG 34/2006 și HG 925/2006 și, prin urmare, prevalează cele din urmă referite acte normative”.

În aceste condiții, arată că îndeplinirea fiecăreia dintre cerințele de la 1.1 la 1.6 se poate face în mod distinct, respectiv pe fiecare dintre specialități, de către oricare dintre membrii asocierii sau de un terț susținător diferit pentru fiecare specialitate în parte (deci inclusiv prin cumul între mai mulți susținători sau prin cumul între candidat/mai mulți membrii ai unei asocieri și mai mulți susținători, fiecare dintre aceștia pe o specialitate), arătând că autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 190 alin. (1) și (3) din OUG nr. 34/2006, ale art. 48 alin. (3) și (4) din Directiva 2004/18, precum și pe cele ale Ordinului nr. 509/2011.

Concluzionând că autoritatea contractantă a impus, prin clarificările formulate, cerințe suplimentare total noi care sunt restrictive și disproporționate, de natură să limiteze în mod flagrant accesul operatorilor economici interesați de procedură, contestatoarea cere admiterea cererii așa cum a fost formulată.

Totodată, contestatoarea solicită citarea sa în vederea susținerii de concluzii orale, acordul pentru studierea și fotocopierea documentelor din dosarul cauzei, precum și plata cheltuielilor ocazionate de prezenta contestație.

Ulterior, prin adresa nr. 18/1/659/18.03.2014, înregistrată la CNSC sub nr. 8342/..., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestațiile înaintate de și ...

Raportându-se la criticile celor trei contestatoare, autoritatea contractantă arată că a respectat Ordinul ANRMAP nr. 509/2011 în care se specifică faptul că experiența similară se îndeplinește de către candidat sau de către un singur susținător.

Potrivit acestui Ordin, în cazul unei oferte *comune + susținere*:
- cerința privind experiența similară în domeniul lucrărilor pe specialități poate fi îndeplinită prin cumul de către ofertanții asociați;

- cerința privind experiența similară solicitată va fi îndeplinită în întregime de către un singur susținător.

Astfel că, în opinia sa, indiferent dacă există un singur sau mai mulți susținători, cerința privind cifra de afaceri sau cea privind experiența similară va fi îndeplinită în întregime de către o singură persoană, respectiv un singur terț susținător.

Autoritatea contractantă apreciază că în cazul prezentat de contestatoare, s-ar da posibilitatea prezentării experienței similare în totalitate de către terții susținători. *Ori, se pune întrebarea care mai este rolul candidatului/ofertantului în viitorul contract?*

De asemenea, arată că, potrivit angajamentului de susținere, dacă Antreprenorul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, persoana susținătoare se obligă să asigure îndeplinirea completă și reglementară a obligațiilor contractuale prin implicarea lor directă astfel că, în cazul în care se acceptă mai mulți susținători pentru toate specialitățile, de fapt contractul se divizează.

Prin acordarea posibilității susținerii tehnice și profesionale (experiența similară) de către mai mulți terți susținători, se creează posibilitatea participării la procedură a unor societăți comerciale care nu au capacitatea necesară executării contractului, dar care pot apela la mai mulți susținători.

În plus, susține că, în conformitate cu punctul de vedere exprimat de ANRMAP prin adresa nr. 13153/08.09.2011, *„Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ca operatorul economic care participă la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică să facă dovada capacității tehnice și/sau profesionale. Atunci când solicită îndeplinirea anumitor criterii de calificare, potrivit dispozițiilor art. 11 alin. (1) din HG nr. 925/2006, autoritatea contractantă trebuie să precizeze în anunțul de participare și în documentația de atribuire informațiile pe care operatorii economici urmează să le prezinte în acest scop, precum și documentele prin care se pot confirma informațiile respective.*

În scopul demonstrării acestei capacități, în conformitate cu prevederile art. 190 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, ofertantul poate fi susținut, în vederea îndeplinirii contractului, și de o altă persoană, indiferent de natura relațiilor juridice existente între aceștia.

În situația în care se solicită demonstrarea experienței similare prin îndeplinirea în cadrul unui singur contract a realizării unui număr de 5 specialități de lucrări, această cerință de calificare va fi îndeplinită în totalitate fie de ofertant, fie de operatorul economic susținător, pentru toate specialitățile de lucrări invocate.

În cazul în care autoritatea contractantă a precizat că experiența similară privind specialitățile de lucrări poate fi îndeplinită prin

prezentarea unui număr maxim de contracte, această cerință de calificare solicitată va putea fi dovedită în întregime de către operatorul economic ofertant, prin prezentarea unor contracte similare, sau de către un terț susținător pentru toate contractele solicitate ca experiență similară”.

În încheierea punctului de vedere, autoritatea contractantă subliniază importanța contractelor care se vor încheia ca urmare a acestei proceduri, arătând că linia de cale ferată, pe care se vor executa lucrările, este situată pe Coridorul IV Pan-European, care face legătura între vestul Europei și Marea Neagră.

Făcând aplicarea prevederilor art. 273 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, după conexarea celor trei contestații, din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Reabilitarea liniei de cale ferată Km 614 – Gurasada, subtrasonul 2a: Km 614 – Cap Y Barzava - lot 1; Reabilitarea liniei de cale ferată Km 614 – Gurasada, subtrasonul 2b: Cap Y Barzava - Cap Y Ilteu - lot 2”, coduri CPV 45234100-7 - *Lucrări de construcții de căi ferate (Rev.2)*, 45213321-9 - *Lucrări de construcții de gări feroviare (Rev.2)*, 4522...2-0 - *Lucrări de construcții de poduri feroviare (Rev.2)*, 45234115-5 - *Lucrări de semnalizare feroviară (Rev.2)*, 45315300-1 - *Instalații de distribuție de energie electrică (Rev.2)*, ... în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura, *licitație restrânsă*, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... din data de 22.02.2014 (conform căruia valoarea estimată este de 3.801.716.939,00 lei, fără TVA), odată cu care a postat și documentația de atribuire.

Considerând nelegal punctul 3 din Răspunsul nr. 2 la solicitările de clarificări aferente documentației de atribuire, postat pe SEAP prin adresa nr. 18/1/528/ 10.03.2014, ... și ... au înaintat Consiliului prezentele contestații, solicitând, în principal anularea parțială a actului atacat și, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire (... precum și suspendarea procedurii până la soluționarea fondului cauzei (... și ...))

Având în vedere critica comună a celor trei contestatoare împotriva punctului 3 din Răspunsul nr. 2, aferente solicitărilor de clarificări privind conținutul documentației de atribuire, publicat pe SEAP cu adresa nr. 18/528/10.03.2014, Consiliul va soluționa în mod unitar contestațiile acestora.

Astfel, conform adresei de mai sus, la întrebarea referitoare la fișa de date, Secțiunea III.2.1.b) – Situația personală a candidatului sau ofertantului, respectiv:

„În situația unei asocieri de 2 operatori economici în care fiecare asociat deține Agreement Tehnic Feroviar eliberat de AFGER

pentru execuția de : Lucrări de construcții de căi ferate; Lucrări de construcții de gări feroviare; Lucrări de construcții de poduri feroviare, pentru execuția segmentului de Lucrări de semnalizare feroviară și instalații de distribuție electrică, cerința se consideră îndeplinită dacă operatorul economic, pe care îl vom nominaliza ca și subcontractor în integralitate pentru tipul de lucrări indicate mai sus, deține Acord Tehnic Feroviar pentru acest tip de lucrări? Deși art. 7 din Ordinul 509/2011 reglementează acest aspect, pentru a preîntâmpina orice neînțelegeri, vă solicităm formularea unui răspuns.

Totodată, există posibilitatea ca operatorul economic arătat mai sus, având calitatea de subcontractor pentru lucrări de semnalizare feroviară și instalații de distribuție electrică, să aibă în cadrul ofertei noastre și calitate de terț susținător pentru experiența similară în domeniul lucrărilor indicate anterior?"

Autoritatea contractantă prezentând următorul răspuns:

„Conform Ordinului 509/2011 cerința este considerată îndeplinită dacă un subcontractant deține Acordul Tehnic Feroviar pentru un anumit tip de lucrări și numai cu condiția ca acesta să execute integral partea din contract pentru care este solicitată autorizarea respectivă.

Prin urmare, conform Ordinului 509/2011, subcontractantul nu poate fi terț susținător pentru experiența similară în domeniul lucrărilor pe specialități, deoarece, cerința privind experiența similară va fi îndeplinită în întregime de către un singur susținător pentru toate specialitățile, iar în cazul în care contractul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, persoană susținătoare se obligă să asigure îndeplinirea completă și reglementară a obligațiilor contractuale prin implicarea sa”.

Din analiza celor 3 contestații, Consiliul constată că acuzele autoarelor acestora sunt îndreptate împotriva următoarei mențiuni, din răspunsul de mai sus, pe care autoritatea contractantă l-a formulat, respectiv: cerința privind experiența similară va fi îndeplinită în întregime de către un singur susținător pentru toate specialitățile, pe care o consideră abuzivă, restricționând participarea operatorilor economici interesați de procedura de atribuire în cauză.

Consiliul consideră că prevederile legale incidente în situația în care un ofertant invocă, pentru a dovedi îndeplinirea cerinței privind experiența similară, susținerea unui terț, sunt următoarele:

- art. 190 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, respectiv: „Capacitatea tehnică și profesională a ofertantului/candidatului poate fi susținută, pentru îndeplinirea unui contract, și de o altă persoană, indiferent de

natura relațiilor juridice existente între ofertant/candidat și persoana respectivă”;

- art. 11¹ alin. (1) din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, respectiv: „În cazul în care, în conformitate cu prevederile art. 186 și 190 din ordonanța de urgență, ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară ori capacitatea tehnică și/sau profesională prin prezentarea unui angajament de susținere din partea unui terț, autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere pentru verificarea îndeplinirii cerințelor minime impuse în cadrul documentației de atribuire”.

Pe de altă parte, potrivit dispozițiilor art. 179 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 „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”, iar conform prevederilor art. 8 alin. (1) lit. b) din HG 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: (...) b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit”.

Din analiza documentației de atribuire, Consiliul constată că, în fișa de date a achiziției, la cap. II.1.6), sunt prevăzute următoarele tipuri de lucrări, pe conduri CPV: Lucrări de construcții de căi ferate; Lucrări de construcții de gări feroviare; Lucrări de construcții de poduri feroviare; Lucrări de semnalizare feroviară; Instalații de distribuție electrică.

De asemenea, în aceeași fișă de date, la cap. III.2.2.) – Capacitatea tehnică și/sau profesională, la pct. 1 - Experiența similară, se solicită: „Declarație privind lista contractelor de lucrări executate în ultimii ani (...). Din listă trebuie să reiasă îndeplinirea următoarelor cerințe:

- „1.1. Realizarea de lucrări de construcție infra și suprastructură de cale ferată dublă (...);
- 1.2. Realizarea de lucrări de artă (...);
- 1.3. Realizarea de lucrări de electrificare și energoalimentare pe linii de cale ferată (...);
- 1.4. Centralizare electronică – configurarea, implementarea și punerea în exploatare comercială a unui sistem de centralizare electronică (electronic interlocking) pentru calea ferată;
- 1.5. RBC - configurarea, implementarea și punerea în exploatare comercială a unui sistem Radio Block Center (RBC) pentru o aplicație ERTMS cu ETCS (...);
- 1.6. Lucrări construcții clădiri”.

Având în vedere complexitatea contractului de achiziție publică, determinată nu numai de obiectul acestuia, dar și de valoarea de estimare considerabilă, respectiv: 3.801.716.939,00 lei, fără TVA (conform cap. II.2.1) din fișa de date), Consiliul constată că interpretarea, dată de autoritatea contractantă, asupra Ordinului nr. 509/2011 (Anexa 2), potrivit căreia cerința privind experiența similară trebuie îndeplinită în întregime de către un singur susținător pentru toate specialitățile, conduce la o restricționare nejustificată a participării operatorilor economici, care pot veni, la procedura de atribuire în cauză, cu susținători pentru fiecare specialitate/activitate diferită, fiind încălcate astfel principiul tratamentului egal și cel al proporționalității, principii ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, enunțate la art. 2 alin. (2) lit. b) și e) din OUG nr. 34/2006.

Prin urmare, întrucât în etapa de derulare a contractului de achiziție publică în cauză sunt prevăzute activități/lucrări distincte, care, în cazul unei asocieri, pot fi îndeplinite separat de asociați, așa cum prevede art. 190 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, potrivit căruia: „Atunci când un grup de operatori economici depune oferta/candidatura comună, capacitatea tehnică și profesională se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului (...)”, Consiliul constată că nota din Anexa 2 a Ordinului ANRMAP nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, respectiv: „Indiferent dacă există un singur sau mai mulți susținători, cerința privind cifra de afaceri sau cea privind experiența similară va fi îndeplinită în întregime de către o singură persoană respectiv un singur terț susținător”, trebuie interpretată, în acest caz, ca referindu-se la situația ordinară a atribuirii unui contract oarecare, simplu, nu la unul precum cel de față. În cazul prezent, norma trebuie interpretată în sensul că poate fi pentru fiecare dintre aceste specialități/categorii de lucrări.

În sprijinul argumentelor de mai sus, Consiliul are în vedere și punctul 11 din Răspunsul nr. 2, unde autoritatea contractantă confirmă existența celor 6 cerințe de experiență similară, astfel: „Cele 6 cerințe de experiență similară pot fi îndeplinite atât din contracte distincte, cât și din contracte care conțin mai multe categorii de lucrări (...)”.

În ceea ce privește critica ... și asupra punctului 4 din același Răspuns nr. 2 (adresa CFR nr. 18/1/528/10.03.2014), Consiliul constată că este similară celei aferente punctului 3 din același document, confirmată chiar de autoritatea contractantă, prin mențiunea: „Vezi răspunsul de la pct. 3”. În consecință, pentru același raționament juridic, Consiliul consideră întemeiate criticile cu privire la aceasta, fiind deja soluționate anterior.

Ținând cont de cele prezentate, Consiliul constată temeinicia acuzelor celor trei contestatoare asupra impunerii, de către autoritatea contractantă, ca experiența similară să fie îndeplinită în întregime de către un singur susținător pentru toate specialitățile.

Pe cale de consecință, Consiliul obligă autoritatea contractantă la modificarea punctului 3, din Răspunsul nr. 2 (adresa CFR nr. 18/1/528/10.03.2014), astfel: „*experiența similară solicitată poate fi îndeplinită de către un susținător pentru fiecare specialitate în parte*”.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei ... de a depune concluzii orale, Consiliul o respinge, ca nefondată, întrucât documentele existente la dosarul cauzei, au fost suficiente în soluționarea criticilor sale.

De asemenea, Consiliul nu va admite nici cererea aparținând aceleiași contestatoare, de a studia și fotocopia documentele de la dosarul cauzei, deoarece criticile din contestație se referă exclusiv la *punctul 3, din Răspunsul nr. 2*, ca urmare a solicitărilor de clarificări asupra documentației de atribuire, postat pe SEAP prin adresa nr. 18/1/528/10.03.2014, precum și la cerințele privind experiența similară, care se regăsesc la cap. III. 2.3.a) – *Capacitatea tehnică și/sau profesională*, din fișa de date a achiziției. Prin urmare, contestatoarea a cunoscut toate aceste informații, prin publicarea lor pe SEAP, autoritatea contractantă respectând principiul transparenței, statuat de art. 2 alin. (2) lit. d) din ordonanța de urgență.

În ceea ce privește cererile de suspendare a procedurii de atribuire, aparținând ... și ... Consiliul le respinge, ca rămase fără obiect.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept amintite, în baza art. 278 alin. (2), (4) și (6) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul admite contestațiile formulate de ... și ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... și dispune continuarea procedurii în termen de 10 zile de la primirea deciziei, prin modificarea *punctului 3 din Răspunsul nr. 2* (adresa nr. 18/1/528/ 10.03.2014) conform celor reținute în motivare.

În temeiul art. 278 alin. (5) din ordonanța de urgență, Consiliul respinge, ca rămase fără obiect, cererile de suspendare a procedurii de atribuire, aparținând ... și ...

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei ... de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de prezenta contestație, Consiliul o respinge nefiind dovedită, întrucât nu a depus documente aferente în acest sens (factură fiscală, chitanță etc.)

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din OUG nr. 34/2006 și poate fi atacată cu plângere, potrivit art. 281 din același act normativ.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

...