



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, ... România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 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 FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la CNSC sub nr. ... înaintată ... cu sediul în înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CUI ... reprezentată legal prin ... - ... cu sediul ales pentru corespondență la reprezentantul convențional - ... în ... formulată împotriva adresei nr. 403/02.04.2014, reprezentând un răspuns la solicitarea de clarificare a documentației de atribuire, elaborată de ... cu sediul în județul ... în calitate de autoritate contractantă în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Construirea centrului de management al deșeurilor – stația de sortare și stația TMB în Bircea Mare”, coduri CPV 45000000-7 – *Lucrări de construcții (Rev.2)*, 45222110-3 – *Lucrări de construcții de rampe de deșeuri (Rev.2)*, 45252123-6 – *Instalații de sortare (Rev.2)*, 71320000-7 – *Servicii de concepție tehnică (Rev.2)*, 79930000-2 – *Servicii de proiectare specializată (Rev.2)*, s-a solicitat Consiliului, odată cu suspendarea procedurii,:

- „în principal, anularea Clarificării numărul 10 și, implicit, a cerințelor nelegale indicate în motivarea prezentei contestații;
- obligarea autorității contractante la îndeplinirea măsurii de remediere constând în publicarea în SEAP a unei Clarificări la întrebarea numărul 10 în conformitate cu dispozițiile CNSC prin care să se elimine orice cerința restrictivă și nelegală privind capacitatea tehnică și experiența similară, în termen de maximum 10 zile de la comunicarea deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor („Consiliul” sau „CNSC”);

- în subsidiar, în ipoteza în care s-ar considera că nu pot fi dispuse măsuri de remediere conform capătului de cerere anterior, anularea procedurii de achiziție publică”.

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

DECIDE:

Admite contestația și anulează adresa nr. 403/02.04.2014, postată în SEAP sub titulatura Clarificare nr. 10.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în maxim 10 zile de la primirea prezentei, prin publicarea unui nou răspuns de clarificare, ținând cont de cele reținute în motivarea ce urmează.

Obligatorie.

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 FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la CNSC sub nr. atacă adresa nr. 403/02.04.2014, reprezentând răspunsul la solicitările de clarificări ce privesc documentația de atribuire, elaborată de ... în calitate de autoritate contractantă în procedura de atribuire mai sus arătată, menționând că aceasta a modificat cerințele documentației de atribuire.

În fapt, contestatoarea arată că, prin solicitarea de Clarificări numărul 10, un operator economic interesat să participe la procedura de atribuire a cerut autorității contractante să lămurească *dacă sunt considerate ca fiind îndeplinite cerințele privind capacitatea tehnică - experiența similară (proiectare și execuție stație de sortare cu o capacitate de min. 30.000 tone/an; proiectare și execuție STMB cu o capacitate de minim 80.000 tone/an; execuție depozit cu o capacitate de minim 1.000.000 mc) în cazul în care proiectantul ofertant îndeplinește parte din cerințe (un obiect supus procedurii) urmând ca un terț susținător să îndeplinească restul cerințelor solicitate aferente celorlalte două oferte.*

Autoritatea contractantă a răspuns prin Clarificarea numărul 10 în sens negativ, considerând că în această situație nu sunt îndeplinite cerințele privind capacitatea tehnică.

Referitor la acest aspect, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă a modificat cerințele din documentația de atribuire,

încălcându-se în mod flagrant dispozițiile legale în vigoare în materia achizițiilor publice, precum și principiile transparenței și tratamentului egal al operatorilor economici, consfințite prin dispozițiile art. 2 alin. (2) lit. a), b), d) și e) din OUG nr. 34/2006 coroborate cu cele ale art. 50¹, art. 178 și art. 179, art. 190 din același act normativ și ale art. 11¹ alin. (4) din HG nr. 925/2006.

Raportându-se la prevederile cap. III.2.3.a) din fișa de date a achiziției și având în vedere că cerința privind capacitatea tehnică/experiența similară este considerată îndeplinită dacă se prezintă un singur contract având ca obiect cele trei tipuri de lucrări, contestatoarea consideră că, în mod vădit, prin Clarificarea numărul 10, autoritatea contractantă modifică cerințele din anunțul de participare, fără niciun temei legal și impune condiții suplimentare operatorilor economici interesați să participe la procedura de atribuire.

În acest sens, contestatoarea invocă prevederile art. 190 din OUG nr. 34/2006, care nu impun nicio restricție sau condiție în sensul avut în vedere de autoritatea contractantă în Clarificarea contestată.

De altfel, contestatoarea menționează că în procedura de atribuire a unui contract, reglementată la nivel european de Directiva 2004/18/CE privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, iar la nivel național, de OUG nr. 34/2006, ca legislație primară, este permis oricărui ofertant, care nu are posibilitatea de a îndeplini singur condițiile minime cerute pentru participare în respectiva procedură, și anume, cerințele privitoare la capacitatea economică și financiară, precum și la capacitatea tehnică și profesională, să se bazeze pe susținerea unei alte entități.

Totodată, potrivit dispozițiilor art. 11¹ alin. 4 din HG nr. 925/2006, susținerea terțului vizează și experiența similară.

Ori, prin obligarea ofertantului de a prezenta el însuși contractul ce dovedește experiența similară, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă lipsește de conținut și efect prevederile legale menționate mai sus.

Pentru aceste motive, contestatoarea solicită admiterea cererilor sale de anulare a răspunsului respectiv și de obligare a autorității contractante la emiterea unui răspuns de clarificare conform cu prevederile legale în vigoare.

În drept, contestatoarea invocă prevederile art. 255, art. 256, art. 270 din OUG nr. 34/2006, precum și celelalte dispoziții legale la care a făcut referire pe parcursul prezentei contestații.

Prin adresa nr. 422/09.04.2014, înregistrată la CNSC sub nr. 1157/09.04.2014, autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea ei ca

nefondată și lipsită de temei legal și, pe cale de consecință, dispunerea continuării procedurii.

Invocând prevederile Anexei 2 din Ordinul 509 al Președintelui ANRMAP privind formularea criteriilor de calificare și selecție, autoritatea contractantă arată că susținerea tehnică trebuie acordată în integralitate, cerința neputând fi îndeplinită parțial de operatorul economic și parțial de susținătorul tehnic.

Mai mult, autoritatea contractantă susține nu numai că nu a modificat sub nicio formă prevederile anunțului de participare, dar nici nu a impus condiții suplimentare, ci dimpotrivă, având la bază prevederile legale în vigoare, le menține pe cele deja solicitate prin documentația de atribuire.

În opinia autorității contractante, în mod eronat, contestatoarea consideră că se îngreșește accesul operatorilor economici să se bazeze pe susținerea acordată de alte entități, prin interpretarea voit tendențioasă a prevederilor legale.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Construirea centrului de management al deșeurilor – stația de sortare, depozit și stația TMB în Bircea Mare”, coduri CPV 45000000-7 – *Lucrări de construcții (Rev.2)*, 45222110-3 – *Lucrări de construcții de rampe de deșuri (Rev.2)*, 45252123-6 – *Instalații de sortare (Rev.2)*, 71320000-7 – *Servicii de concepție tehnică (Rev.2)*, 79930000-2 – *Servicii de proiectare specializată (Rev.2)*, ... (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura, licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... din data de 07.03.2014, odată cu care a postat și documentația de atribuire.

Împotriva acestui din urmă act a fost înaintată Consiliului contestația soluționată prin Decizia nr. ... din ... procedura fiind continuată de autoritatea contractantă.

Considerând că, prin emiterea Clarificării nr. 10, autoritatea contractantă a modificat cerințele documentației de atribuire, ... a înaintat Consiliului prezenta contestație, solicitând fie anularea actului atacat, fie anularea procedurii de atribuire.

Totodată, contestatoarea a solicitat suspendarea procedurii de atribuire.

Prealabil analizei pe fond a criticilor, constatând lipsa iminenței vreunei pagube pentru contestatoare, în cazul continuării procedurii de atribuire, Consiliul a respins cererea de suspendare a procedurii de atribuire, ca nefondată (Decizia nr. 258 S/... din 10.04.2014).

Văzând disputa dintre părți, Consiliul constată că acestea se referă, în fapt, la posibilitatea ofertării, prin intervenirea unei susțineri din

partea unui terț operator economic pentru experiența similară a ofertantului, respectiv asupra întinderii acestei susțineri, raportat la interpretarea sensului dat de prevederile Anexei nr. 2 a Ordinului nr. 509/2011 al ANRMAP.

Astfel, solicitarea de clarificare a dispozițiilor documentației de atribuire pornea de la situația faptică în care se derulează achiziția, respectiv de la complexitatea viitorului contract de achiziție publică, ce cuprinde 3 obiective, cu 2 componente fiecare (proiectare și execuție a lucrărilor de construire, inclusiv punere în funcțiune).

De altfel, asupra complexității viitorului contract de achiziție nu există dubiu, autoritatea contractantă indicând (în anunțul de participare și în documentația de atribuire) chiar mai multe coduri CPV pentru identificarea principalelor tipuri de prestații din cadrul proiectului de construire a Centrului de management al deșeurilor, compus din stație de sortare, depozit și stația TMB.

Văzând conținutul întrebării de clarificare asupra posibilității de intervenire a unui terț susținător al experienței similare (*...în cazul în care proiectantul ofertant îndeplinește parte din cerințe (un obiect supus procedurii) urmând ca un terț susținător să îndeplinească restul cerințelor solicitate aferente celorlalte două oferte.*), Consiliul constată că autorul acesteia făcea referire explicită la obiectul complex al achiziției (ce ar fi putut, practic, să facă și obiectul unor contracte distincte fie proiectare/ execuție pe întreaga investiție și/sau proiectare/ execuție pe fiecare din componentele acesteia etc.), precum și la posibila susținere a experienței similare pe obiecte distincte ale acestui contract complex.

Ori, răspunsul autorității contractante a fost emis tocmai prin ignorarea acestei caracteristici al propriei achiziții, respectiv, prin interpretarea exclusiv formală a unor prevederi cu caracter exemplificativ din cuprinsul Ordinului nr. 509/2011 al ANRMAP, respectiv precizarea din Anexa 2 a acestui act normativ, că cerința de experiență similară, în cazul unei oferte bazate pe susținerea unui terț operator economic, trebuie îndeplinită în tot de terțul respectiv.

Consiliul constată, pe de o parte, că autoritatea contractantă nu a ținut cont, la emiterea răspunsului de clarificare atacat, de prevederile art. 1 din Ordinul nr. 509/2011, invocat, în special de acelea din cuprinsul alin. (2), conform cărora: „Stabilirea cerințelor minime de calificare 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”.

De asemenea, autoritatea contractantă nu a avut în vedere nici caracterul exemplificativ, și nu obligatoriu, al prevederilor Anexei

nr. 2, rezultând din art. 4 al ordinului, dar nici dispozițiile de la art. 15 al aceluiași act normativ, ce precizează că: „Abordarea cu privire la cerințele de calificare și selecție nu este exhaustivă, ANRMAP rezervându-și dreptul de a opera completări și modificări ulterioare...”.

Este evident că, la momentul emiterii reglementării în discuție nu a fost anticipată (obiectiv) și posibilitatea practică de a se organiza achiziții de complexități precum cea de față și că, în fapt, situațiile cu caracter exemplificativ din Anexa nr. 2 a ordinului se referă la situații ordinare de atribuire a unor contracte cu obiect al achiziției distinct și determinat.

Tocmai pentru a nu căpăta caracter restrictiv situațiile enumerate, la momentul aplicării lor, Ordinul a reiterat, așa cum s-a arătat anterior, obligația autorității contractante de a ține cont de felul achiziției pe care o organizează.

De altfel, obligația în cauză are aplicabilitate generală, fiind consacrată prin dispozițiile alin. (2) ale art. 179 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.*

De asemenea, raportat și la dispozițiile de la art. 7 din HG nr. 925/2006, care precizează că scopul cerințelor minime de calificare este tocmai relevarea potențialului efectiv al unui ofertant de a executa viitorul contract, Consiliul constată că o interpretare de tipul celei date de autoritatea contractantă, în cazul de față, ar goli de conținut instituția susținerii de către un terț a ofertei, respectiv ar conduce la ideea că ar fi de preferat ca în execuția contractului să fie implicat un operator economic ce nu deține experiență similară dar care este susținut de un alt operator terț, neimplicat direct în contract, decât să fie ales un operator economic ce deține, la rândul său, experiență similară, dar nu în toate tipurile de prestații asociate obiectului achiziției, susținut de un terț cu experiența aferentă acestora din urmă.

Pornind de la dispozițiile de bază ale OUG nr. 34/2006 privitoare la susținerea capacității tehnice și profesionale (criteriu din care face parte și experiența similară), respectiv de la prevederile art. 190, Consiliul consideră că, în cazul de față, răspunsul autorității contractante trebuia să aibă caracter afirmativ, respectiv să se bazeze pe natura complexă a achiziției și pe scopul evident favorabil sie, în utilizarea cerinței de calificare, de a primi în procedură ofertanți ce dețin capacități efective de realizare a viitorului contract.

Pentru cele ce preced, în temeiul dispozițiilor de la art. 278 alin. (2), (4) și (6) din OUG nr. 34/2006, cu modificările la zi, Consiliul

admite contestația, anulează adresa de clarificare nr. 403/02.04.2014, postată în SEAP sub titulatura *Clarificare nr. 10* și obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în maxim 10 zile de la primirea prezentei, prin publicarea unui nou răspuns de clarificare, cu respectarea dispozițiilor de la art. 78 alin. (2) din același act normativ, precum și a celor reținute în motivare prezentei decizii.

La punerea în aplicare a dispozițiilor prezentei decizii, părțile vor avea în vedere caracterul lor obligatoriu, precum și dreptul de a formula plângere, conform art. 280 alin. (3) și ale art. 281 din OUG nr. 34/2006.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...

MEMBRU COMPLET

...