



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

București, Str.Stavropoleos nr.6, sector 3, 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 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 C.N.S.C. sub nr.... formulată de ... cu sediul în jud.... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr.... având C.U.I. RO ... reprezentată legal prin director general ... împotriva fișei de date elaborată de S.C. ...S.A. ... cu sediul în jud.... în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de lucrări având ca obiect „Extinderea rețelelor de apă și canalizare în ZAA/aglomerarea ... s-a solicitat, „în temeiul prevederilor art.17 și art.278 alin.2 din O.U.G. nr.34/2006, modificarea fișei de date cu privire la experiența similară în mediul urban cu experiență similară”.

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

DECIDE:

Admite contestația depusă de către ... cu sediul în jud.... în contradictoriu cu S.C. ...S.A. ... cu sediul în jud.... și dispune remedierea criteriului de calificare referitor la experiența similară, prin eliminarea sintragmei „în mediul urban”.

Remedierea și încunoaștințarea operatorilor economici despre aceasta, prin publicarea în SEAP, se vor face în termen de 11 zile de la primirea prezentei, procedura de atribuire urmând a fi continuată.

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 înregistrată sub numărul de mai sus, ... a criticat fișa de date elaborată de S.C. ...S.A. ... în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de lucrări având ca obiect „Extinderea rețelelor de apă și canalizare în ZAA/aglomerarea ... solicitând „în temeiul prevederilor art.17 și art.278 alin.2 din O.U.G. nr.34/2006, modificarea fișei de date cu privire la experiența similară în mediul urban cu experiență similară”.

În motivarea contestației, ... susține, într-o primă critică, că cerința privind experiența similară prin care se solicită ca ofertantul să fi executat „cel puțin un contract similar la nivelul căruia să se fi realizat cel puțin 33 km de rețea de canalizare și cel puțin un contract similar la nivelul căruia să se fi realizat cel puțin 17 km de rețele de apă” este restrictivă și dispropoționată, deoarece denaturează scopul ordonanței, respectiv promovarea concurenței între operatorii economici, prevăzut la art.2 alin.1 lit.a și încalcă principiile proporționalității, respectiv eficiența utilizării fondurilor publice, prevăzute la art.2 alin.2 lit.c și f din O.U.G. nr.34/2006. Mai mult, se arată că Ordinul ANRMAP 509/2011 consideră restrictive cerințele privind experiența similară, „...minim un contract...”.

Contestatorul susține, într-o a doua critică, că cerințele susenunțate sunt restrictive și împiedică participarea la procedură a posibililor ofertanți care au executat lucrări de această anvergură și sub aspectul faptului că s-a solicitat ca respectivele contracte să fi avut ca obiect lucrări executate în mediul urban, deoarece atât proiectarea cât și tehnologiile de execuție pentru cele 2 tipuri de lucrări sunt aceleași indiferent dacă se desfășoară în mediu urban sau rural.

Astfel, susține contestatorul, scopul cerinței minime de calificare privind experiența similară poate fi atins, fără echivoc, și în situația în care ofertantul prezintă contracte de execuție pentru lucrări în mediu rural, care pot demonstra în egală măsură posibilitatea concretă de îndeplinire a contractului și de rezolvare a eventualelor dificultăți legate de îndeplinirea acestuia în cazul în care oferta ar fi declarată câștigătoare, riscul neîndeplinirii sau îndeplinirii necorespunzătoare a contractului nefiind mai mare în situația în care dovada se realizează prin executarea lucrărilor în mediul rural.

În drept, se invocă dispozițiile O.U.G. nr.34/2006 și ale H.G. nr.925/2006.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, fișa de date a achiziției, decizii ale C.N.S.C.

Prin adresa nr.4282/31.03.2014, înregistrată la C.N.S.C. sub nr....5/01.04.2014, S.C. ...S.A. ... a solicitat respingerea, ca neîntemeiată, a contestației și, pe cale de consecință, continuarea procedurii de atribuire cu menținerea cerinței privind experiența similară prevăzute în documentația de atribuire și în anunțul de participare pentru următoarele considerente:

1.Documentația de atribuire a fost întocmită în baza prevederilor din Ordinul comun al Ministerului Mediului și Pădurilor/ANRMAP nr.2266/335 cu privire la 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 deșuri”, publicat în Monitorul Oficial nr.410 din 20 iunie 2012.

2.Art. 2 din Ordinului 2266/335 din iunie 2012 precizează: "Autoritățile contractante care implementează proiecte din domeniul infrastructurii de mediu prevăzute în acest Ordin au obligația utilizării acestor documentații începând cu data prezentului Ordin, prin transmiterea lor în Sistemul Electronic de Achiziții Publice în vederea inițierii procedurii de atribuire."

3.Documentația de atribuire standardizată a fost întocmită de specialiștii ANRMAP și MMP în scopul prevenirii erorilor în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publică din acest domeniu precum și în scopul atingerii unei calități cât mai bune a acestora comparabilă cu practicile europene și internaționale.

4.Susținerea contestatorului potrivit căreia cerința prevăzută în fișa de date la Cap. III.2.Condiții de participare, subcap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională ar fi restrictivă, este neîntemeiată, după cum se arată, raportat la prevederile Ordinului Comun nr.266/335, din conținutul căruia sunt redate pasaje, cu precizarea că se indică și următoarea prevedere: „Se va solicita ca obiectul contractului să vizeze rețele de apă și canalizare în mediul urban, numai în cazul în care contractul de achiziție publică se va derula în mediul urban”.

Se susține astfel că nu este împiedicată participarea la licitație a posibililor ofertanți care au executat lucrări de această anvergură, deoarece există numeroase contracte de lucrări în mediul urban care pot susține experiența similară a potențialilor ofertanți. Riscul neîndeplinirii sau îndeplinirii necorespunzătoare a contractului, de către ofertantul declarat câștigător, după cum se susține, este enorm având în vedere complexitatea contractului, mediul urban în care se vor executa lucrările și nu în ultimul rând faptul că perioada de programare din care face parte această finanțare se încheie la date de 31.12.2015.

5. Cazul particular al rețelelor de apă și canalizare din mediul urban este precizat în Anexa 2 a Ordinului comun nr.2266/335 al Ministrului Mediului și Pădurilor și al Președintelui ANRMAP, nefiind considerat a fi experiența similară cu lucrările de rețele de apă și canalizare în mediul rural,

Întrucât tipul de execuție/tehnologia de realizare, complexitatea contractului de lucrări a rețelilor de canalizare/apă în mediul urban este mai ridicată decât în mediul rural, fiind prezentate, pe larg, argumente în acest sens.

6.Cerința privind experiența similară, astfel cum a fost formulată, nu se regăsește în Ordinul nr.509/2011 la formulări restrictive, în Anexa 2 fiind precizată „Dacă se solicită cel puțin un contract cerința va fi îndeplinită în totalitate de către unul din membrii asocierii”, de unde rezultă că cerința este în conformitate cu prevederile Ordinului.

7.Afirmația contestatorului conform căreia cerințele sunt disproporționate este neîntemeiată, fiind redate, în argumentare, prevederi ale documentației de atribuire referitoare la lucrările ce urmează a fi executate.

8.Referitor la deciziile prezentate ca practică a Consiliului, se susține că ...ul este încadrat ca municipiu raportat la numărul de locuitori, în timp ce , și sunt orașe cu populație de 5.314 locuitori, 6.231 locuitori, respectiv 8.631 locuitori.

Invocând prevederile Legii nr.351/2001 privind aprobarea Planului de amenajare a teritoriului național, în ceea ce privește diferența dintre oraș și municipiu, autoritatea contractantă susține că numai din analiza acestor date este justificat a se păstra solicitarea ca experiența similară să se refere la contracte executate în mediul urban.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

La data de 19.03.2014, S.C. ...S.A. ... a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de lucrări având ca obiect „Extinderea rețelilor de apă și canalizare în ZAA/aglomerarea ... sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr....

Valoarea estimată a contractului este de 32,606.056 lei, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Împotriva documentației de atribuire, respectiv împotriva criteriului de calificare de la subcap.III.2.3.a) – „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, privind experiența similară, ... a depus, în termen legal, prezenta contestație.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Prin contestația formulată, ... critică criteriul de calificare prevăzut la subcap.III.2.3.a) – „Capacitatea tehnică și/sau profesională”, din fișa de date a achiziției, sub aspectul de a se prezenta „(...) cel puțin un contract similar la nivelul căruia să se fi realizat cel puțin 33 km de rețea de canalizare (...)” și „(...) cel puțin un contract similar la nivelul căruia să se fi realizat cel puțin 17 km de rețele de apă (...)”, dar și sub aspectul de a se fi solicitat ca obiectul contractelor prezentate ca dovadă a experienței similare, să conștie în lucrări executate în „mediul urban”.

În ceea ce privește primul aspect sub care este criticat criteriul de calificare, se constată că ... nu precizează sensul în care dorește să se efectueze o eventuală remediere, solicitarea sa din petitul contestație - „modificarea fișei de date cu privire la experiența similară în mediul urban cu experiență similară” – referindu-se, în fapt, la cel de al doilea aspect sub care este criticat criteriul de calificare.

Dincolo de acest aspect, se observă că ... invocă o serie de dispoziții legale pe care le consideră a fi încălcate, fără, însă, ca acestea să fie însoțite de argumente concrete față de care respectivul criteriu de calificare este considerat restrictiv, disproporționat, că încalcă scopul ordonanței de urgență, dar și principiile proporționalității și eficienței utilizării fondurilor.

Astfel fiind, Consiliul va respinge criticile contestatorului, reținând, totodată, că autoritatea contractantă a făcut aplicarea dispozițiilor art.8 alin.2 din H.G. nr.925/2006 cu modificările ulterioare, întocmind „Nota justificativă privind stabilirea cerințelor minime de calificare referitoare la capacitatea economică și financiară și capacitatea tehnică și/sau profesională” nr.3317/12.03.2014.

În ceea ce privește cel de al doilea aspect sub care este criticat criteriul de calificare în discuție, Consiliul constată susținerile contestatorului ca fiind întemeiate.

Astfel, potrivit art.17 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, *„Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiile prevăzute la art.2 alin.2 în relația cu operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire.”*, principii în baza cărora orice operator economic interesat are dreptul de a participa la procedura de atribuire și de a i se atribui contractul licitat în condițiile în care are capacitatea de îndeplinire a lui.

Prin criteriul de calificare privind experiența similară, se observă că autoritatea contractantă a restrâns aria operatorilor economici care pot deveni contractanți, la cei care au executat contracte similare în mediul urban, excluzându-i pe cei care au executat astfel de contracte, însă, în mediul rural.

În soluționare, se reține a fi relevante următoarele prevederi legale:

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

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

- art. 179 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006: *“(1) Criteriile de calificare și selecție stabilite de către autoritatea contractantă*

trebuie să aibă o legătură evidentă cu obiectul contractului ce urmează să fie atribuit. (2) Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, precum și nivelul cerințelor minime pe care ofertanții/candidații trebuie să le îndeplinească. [...]";

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

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

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

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

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

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

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

Având în vedere dispozițiile legale susenunțate, Consiliul stabilește că respectivul criteriu de calificare, aflat în discuție, îngreudește accesul la procedură al tuturor operatorilor economici care au potențialul necesar îndeplinirii contractului în condiții corespunzătoare, dovedită prin experiența similară în executarea de contracte de canalizare/rețele de apă, care, însă, au vizat rețele de canalizare/apă în mediul rural. În atari circumstanțe, cerința nelegală trebuie să fie remediată, prin eliminarea din cuprinsul ei a sintagmei "*în mediul urban*", scopul noii legislații privind achizițiile publice fiind de a asigura accesul cât mai multor operatori economici la procedurile de atribuire, de promovare a concurenței între aceștia și de garantare a tratamentului egal și nediscriminatoriu.

Este veridică norma la care face trimitere autoritatea contractantă, cuprinsă în Ordinul ministrului mediului și pădurilor și al președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr.2266/335/ 2012, însă ea nu are forța juridică necesară pentru a deroga de la dispozițiile superioare din Ordonanța de urgență a Guvernului nr.34/2006 și Hotărârea Guvernului nr.925/2006.

Nu trebuie uitat că scopul cerințelor de calificare este de a se confirma capacitatea corespunzătoare a ofertanților, iar nu de a face dificilă participarea operatorilor economici la procedură. Autoritatea contractantă nu este abilitată să introducă cerințe care nu îi servesc la nimic sau care au ca unică menire (nelegală) excluderea participării la licitație a anumitor potențiali ofertanți.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.278 alin.2, 4 și 6 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul va admite contestația depusă de ... și dispune remedierea de către autoritatea contractantă a criteriului de calificare referitor la experiența similară, prin eliminarea sintagmei „în mediul urban”. Remedierea și încunoștiințarea operatorilor economici despre aceasta, prin publicarea în SEAP, se vor face în termen de 11 zile de la primirea prezentei, procedura de atribuire urmând a fi continuată.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.280 alin.3 din același act normativ.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

...

MEMBRU,