



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos 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 O.U.G. 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 ... cu sediul în ... județul ... număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Fiscal RO ... împotriva documentației de atribuire, elaborată de către ... în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ... B-dul ... nr. 34, cod poștal ..., județul ... în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Extinderea și reabilitarea rețelelor de apă și canalizare în ZAA/aglomerarea Dorohoi”, coduri CPV 45000000-7, 45231300-8, 45232152-2, sursa de finanțare: „fonduri europene”, s-a solicitat modificarea cerinței din fișa de date a achiziției vizând experiența similară.

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

DECIDE

...Admite contestația formulată de către ... în contradictoriu cu

...

Obligă autoritatea contractantă la remedierea cerinței de calificare privind experiența similară, în termen de 10 zile de la data primirii prezentei, în sensul celor precizate în motivare.

Dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 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

...Prin contestația formulată, ... atacă documentația de atribuire, elaborată de către ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Extinderea și reabilitarea rețelelor de apă și canalizare în ZAA/aglomerarea Dorohoi”, coduri CPV 45000000-7, 45231300-8, 45232152-2, sursa de finanțare: „fonduri europene”, solicitând modificarea cerinței din fișa de date a achiziției vizând experiența similară.

În opinia contestatorului, cerințele din fișa de date a achiziției publice privitoare la experiența similară sunt nelegale și restrictive, autoritatea contractantă încălcând atât prevederile art. 2 alin. (1) și (2), cât și pe cele ale art. 17 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Contestatorul solicită modificarea cerinței din fișa de date a achiziției publice vizând experiența similară, datorită următoarelor considerente:

- din analiza fișei de date a achiziției publice rezultă că autoritatea contractantă a solicitat, în cadrul cap. III.2) Condiții de participare, subcap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, pentru demonstrarea Cerinței nr. 1 prezentarea a „...*cel puțin un contract similar la nivelul căruia să se fi realizat cel puțin 40 de km de rețele de canalizare...*”, precum și „... *cel puțin un contract similar la nivelul căruia să se fi realizat cel puțin 30 de km de rețele de apă...*”;

- autoritatea contractantă, prin cerințele mai sus citate a denaturat scopul O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, respectiv promovarea concurenței între operatorii economici, conform art. 2 alin. (1), lit. a) și principiul proporționalității, și anume eficiența utilizării fondurilor publice conform art. 2 alin. (2), lit. e) și f) din același act normativ;

- Ordinul ANRMAP nr. 509/2011 „consideră restrictive cerințele vizând experiența similară, de ordinul minim un contract”.

Contestatorul susține că atât proiectarea cât și execuția pentru cele două tipuri de lucrări, respectiv rețelele de apă și de canalizare, sunt aceleași, indiferent dacă acestea se desfășoară în mediul urban sau rural, iar condiția impusă de autoritatea contractantă este restrictivă și împiedică participarea la procedura de licitație deschisă a posibilibilor ofertanți care au executat lucrări de această anvergură.

Față de cele afirmate, contestatorul invocă în susținere, prevederile art. 176, art. 178 și art. 179 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, precum și pe cele ale art. 7 din H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, din cuprinsul cărora citează.

În același timp, menționează că cerința minimă de calificare poate fi îndeplinită fără echivoc și în situația în care ofertanții prezintă contracte de execuție pentru lucrări din mediul rural, contracte ce pot releva, în egală măsură, posibilitatea concretă a ofertantului de a îndeplini contractul în cauză și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia dacă oferta sa va fi declarată câștigătoare.

În drept, își întemeiază contestația în baza prevederilor O.U.G. nr. 34/2006 și ale H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Prin adresa nr. .../31.03.2014, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. .../01.04.2014, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, prin care solicită respingerea ei ca neîntemeiată.

Autoritatea contractantă precizează că întreaga documentație de atribuire a fost întocmită cu respectarea prevederilor legale în vigoare, fiind întocmită de specialiștii ANRMAP și MMP pentru prevenirea erorilor.

Autoritatea contractantă consideră că afirmația contestatorului, cum că cerința nr. 1 din fișa de date a achiziției publice ar fi restrictivă, este neîntemeiată, întrucât cerința este conformă prevederilor Anexei nr. 2 al „Ordinului nr. 2266/335 al Ministerului Mediului și Pădurilor și al Președintelui ANRMAP”, pe care îl citează.

Autoritatea contractantă susține că toate cele afirmate de contestator sunt eronate și disproporționate, motiv pentru care solicită respingerea ca nefondată a contestației.

Ultimul document, aferent dosarului cauzei, îl reprezintă adresa nr. .../01.04.2014, emisă de către autoritatea contractantă, înregistrată la Consiliu sub nr. .../04.04.2014.

...Analizând susținerile 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 „Extinderea și reabilitarea rețelelor de apă și canalizare în ZAA/aglomerarea Dorohoi”, coduri CPV 45000000-7, 45231300-8, 45232152-2. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat, în...S.E.A.P., anunțul de participare nr.din data de 22.03.2014, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Analizând criticile formulate de societatea contestatoare, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de modul în care autoritatea contractantă a elaborat documentația de atribuire.

Prin fișa de date (III.2.3.a. Capacitatea tehnică și/sau profesională), autoritatea contractantă a solicitat:

“Cerința nr.1

Ofertantul va demonstra că în ultimii 5 ani raportați la data limită de depunere a ofertei a executat următoarele:

- *cel puțin un contract similar la nivelul căruia să fi realizat cel puțin 40 km de rețele de canalizare în mediu urban;*
- *cel puțin un contract similar la nivelul căruia să fi realizat cel puțin 30 km de rețele de apă în mediu urban”.*

Analizând această cerință de calificare privind experiența similară, Consiliul consideră că este restrictivă, în raport cu natura și complexitatea contractului, deoarece are rolul de a restrânge aria de participare a operatorilor economici interesați, permițând accesul la procedură doar acelor operatori economici care au derulat anterior contracte la nivelul cărora s-au realizat cel puțin 40 km de rețele de canalizare și cel puțin 30 km de rețele de apă în mediu urban.

Consiliul consideră că un operator economic ce a executat 20 de km de rețele, poate executa și 30 sau 40 de km de rețele, sau cine a executat rețele de canalizare și de apă în mediul rural poate să execute astfel de lucrări și în mediul urban.

De reținut este și faptul că lucrările de extindere și reabilitare a rețelelor de apă și canalizare se vor efectua majoritar în orașul Dorohoi, dar o mică parte se va realiza și în localitatea Broscăuți.

În opinia Consiliului, cele două tipuri de lucrări, respectiv rețelele de apă și de canalizare, sunt aceleași, indiferent dacă acestea se desfășoară în mediul urban sau rural. Astfel, scopul stabilirii cerinței minime de calificare ținând de experiența similară poate fi atins, fără echivoc și în situația în care ofertantul prezintă

contracte de execuție pentru lucrări în mediul rural. Aceste contracte pot releva în egală măsură posibilitatea concretă a ofertantului de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare, iar riscul neîndeplinirii sau îndeplinirii necorespunzătoare a contractului de către ofertantul declarat câștigător nu este unul mai mare în situația în care dovada se realizează prin executarea lucrărilor în mediul rural.

Rolul cerinței experienței similare este de a dovedi faptul că operatorii economici participanți au experiență în domeniul lucrărilor similare cu cea ce urmează a fi executat în urma atribuirii contractului care face obiectul acestei proceduri, că are cunoștințele/ experiența și capacitatea necesară derulării unui astfel de contract și că au finalizat astfel de contracte similare.

Consiliul constată că prin solicitarea de a fi executate astfel de lucrări doar în mediul urban, autoritatea contractantă a transformat experiența similară în experiență identică.

Prin cerința respectivă, autoritatea contractantă a restrâns participarea operatorilor economici la procedură, încălcând astfel dispozițiile art. 8 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006.

Cerința de calificare, impusă de autoritatea contractantă, nu este în concordanță cu scopul noii legislații privind achizițiile publice, acela de a asigura accesul cât mai multor operatori economici la procedurile de atribuire, de promovare a concurenței între aceștia.

În cauză, Consiliul determină că este relevantă și următoarea prescripție legală, respectiv 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.

Consiliul consideră că autoritatea contractantă nu a respectat următoarele prevederi legale:

- art. 178 alin. (2) din O.U.G. 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 O.U.G. 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. 8 alin. (1) lit. a) din H.G. 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: nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit”.

Consiliul reține că potrivit dispozițiilor art. 176 din O.U.G. nr. 34/2006, autoritatea contractantă are dreptul de a aplica criterii de calificare și selecție referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională.

În conformitate cu dispozițiile art. 188 alin. (3) lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, în cazul aplicării unei proceduri pentru atribuirea unui contract de lucrări, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților/candidaților, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita acestora, în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea lucrărilor ce urmează să fie executate și numai în măsura în care aceste informații sunt relevante pentru îndeplinirea contractului, *„o listă a lucrărilor executate în ultimii 5 ani, însoțită de certificări de bună execuție pentru cele mai importante lucrări. Respectivul certificări indică beneficiarii, indiferent dacă aceștia sunt autorități contractante sau clienți privați, valoarea, perioada și locul execuției lucrărilor și precizează dacă au fost efectuate în conformitate cu normele profesionale din domeniu și dacă au fost duse la bun sfârșit”.*

În conformitate cu dispozițiile Anexei nr. 1 la Ordinul președintelui Autorității Naționale de Reglementare și Monitorizare a Achizițiilor Publice nr. 509/2011, este considerată nerrestrictivă următoarea formulare din documentația de atribuire/ anunțul de participare/ invitația de participare:

„a) O listă a lucrărilor executate în ultimii 5 ani, însoțită de certificări de bună execuție pentru cele mai importante lucrări. Această listă poate fi însoțită de cel puțin un document sau de un număr maxim de documente [contract(e)/proces(e) verbal(e) de

recepție etc.] prin care să se confirme executarea lucrărilor în valoare de ... și, după caz, având o capacitate de ...”

Cât privește condiția ca experiența similară să fie dovedită prin prezentarea a cel puțin un contract care să fi avut ca obiect execuția de lucrări de construcții similare cu cele care fac obiectul prezentei proceduri, Consiliul reține că aceasta încalcă regulile stabilite de Autoritatea Națională de Reglementare și Monitorizare a Achizițiilor Publice prin Ordinul nr. 509/2011. Posibilitatea de stabilire nerestrictivă a cerinței de calificare vizând experiența similară, prevăzută în Ordinul nr. 509/2011, este aceea prin care se solicită prezentarea a cel puțin unui contract sau a unui număr maxim indicat de contracte prin care să se confirme executarea lucrărilor în valoarea/cantitatea impusă de autoritatea contractantă.

Cu alte cuvinte autoritatea contractantă trebuie să stabilească un număr maxim de contracte, astfel încât operatorii economici să aibă posibilitatea ca însumând numărul de km executați să se ajungă la numărul minim de 30 km, respectiv 40 de km de rețele de apă și canalizare.

Consiliul apreciază că autoritatea contractantă, prin stabilirea unor cerințe limitative/restrictive, a încălcat atât scopul achizițiilor publice, respectiv promovarea concurenței între operatorii economici, cât și principiul utilizării eficiente a fondurilor publice. Limitarea demonstrării experienței similare prin prezentarea unui singur contract (în care s-a executat minim 30 km, respectiv 40 km), în loc de prezentarea mai multor contracte (care prin însumare să rezulte numărul minim de km solicitați prin fișa de date), este contrară principiilor nediscriminării, tratamentului egal și proporționalității (art. 2 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006).

Exercitarea de către autoritatea contractantă a drepturilor sale de elaborare a documentației de atribuire nu trebuie să conducă la înfrângerea principiilor legale, denumite astfel tocmai pentru rolul fundamental și primordial pe care aceste reguli diriguitoare îl au în raport cu celelalte reguli, circumscrise primelor.

Extinzând posibilitatea demonstrării experienței similare prin prezentarea a mai multor contracte (care însumate să îndeplinească cerința de calificare), autoritatea contractantă este avantajată, deoarece ar putea primi mai multe oferte, prin participarea mai multor operatori economici și prin obținerea unor prețuri cât mai avantajoase, fiind respectat astfel și principiul utilizării eficiente a fondurilor publice, consacrat de art. 2 alin. (2) lit. f) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Întrucât este prioritară respectarea scopului și a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă procedează în mod legal prin stabilirea posibilității demonstrării experienței similare prin cumularea mai multor contracte similare.

Referitor la critica contestatorului privind executarea lucrărilor doar în mediul urban, Consiliul constată temeinicia acesteia.

Reprezentând o cerință de calificare, îi sunt aplicabile rigorile legale aferente cerințelor de calificare. Raportat la aceste rigori, Consiliul stabilește că, într-adevăr, autoritatea contractantă a nesocotit dispozițiile legale pe linie de achiziție publică, restrângând în mod nejustificat sfera operatorilor economici acceptați la procedură.

Astfel, prescripțiile art. 2 din ordonanță impun autorității să nu aducă atingere, prin cerințele de calificare pe care le stabilește, principiilor liberei concurențe, nediscriminării, tratamentului egal și proporționalității, principii pe baza cărora orice operator economic interesat are dreptul de a participa la procedura de atribuire și de a i se atribui contractul licitat în condițiile în care are capacitatea de îndeplinire a lui. Prin impunerea cerinței amintite autoritatea a restricționat în mod nepermis aria operatorilor economici care pot deveni contractanți, excluzând practic de la procedură pe acei operatori care, deși au capacitatea de a îndeplini corespunzător contractul în discuție, nu au executat un contract similar în mediul urban, ci un contract similar în mediul rural.

Următoarele prescripții legale au incidență în cauză:

- 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:

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

Luând în considerare aceste dispoziții legale, susținerile petentei și justificările aduse de autoritatea contractantă, Consiliul

apreciază că respectiva condiționare privind mediul în care a fost dobândită experiența similară a ofertanților (urban sau neurban) este nelegală. Execuția lucrărilor licitate nu depinde în mod necesar de existența unei experiențe în construcția de rețele de apă, respectiv de canalizare dobândită numai în mediul urban. Nu se poate afirma că operatorii economici care au avut anterior contracte pentru rețele de apă, respectiv 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 constea 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 apă, respectiv de canalizare, în mediul rural reflectă o experiență suficientă a antreprenorului în a executa același tip de rețele 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 executată și/sau reabilitată se află, în mare parte, în orașul Dorohoi nu presupune ca toți antreprenorii specializați în lucrări de apă și respectiv de canalizare să își fi desfășurat activitatea numai în orașe, condiție evident discriminatorie și restrictivă.

Atunci când, *în mod excepțional*, autoritatea contractantă găsește de cuviință să introducă cerințe de calificare pentru ofertanți, ea este ținută să se limiteze cu aceste opreliști în calea participării la achiziție doar la cele *absolut necesare* și strict la pragurile care îngrădesc *cel mai puțin* operatorii economici, după cum prescrie și Ordinul nr. 509/2011.

Cât privește susținere achizitoarei cu privire la faptul că impunerea unei cerințe, de tipul celei criticate, a avut în vedere și obstacolele care pot apărea în cazul lucrărilor efectuate în mediul urban, în caz contrar ofertanții neputând aprecia corect volumul de muncă, perioada de execuție și, prin urmare, nu vor putea estima toate cheltuielile necesare și, totodată, nu vor putea oferi un preț corect, Consiliul constată netemeinicia acestora. În condițiile în care contractul care urmează a se executa este de execuție, în baza unui proiect deja realizat, corectitudinea prețului oferit va fi influențată doar de justetea prețurilor și tarifelor utilizate în cadrul ofertei, cantitățile și categoriile de lucrări fiind deja determinate. Cerința în discuție este o condiție de calificare a ofertantului și nu o garanție a corectitudinii prețului oferit.

Raportat la dispozițiile legale enumerate și la cele statuate mai sus, Consiliul stabilește că cerința evocată îngreunează 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 apă, și respectiv de canalizare, care, însă, au vizat astfel de rețele în mediul rural. În atari circumstanțe, cerința nelegală trebuie să fie remediată, prin eliminarea din cuprinsul ei a sintagmei "*în mediul urban*", scopul legislației 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.

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

În aceste condiții, Consiliul stabilește că cele susținute de contestatoare cu privire la cerința de experiență similară sunt întemeiate.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, Consiliul, în temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 va admite contestația formulată de ... în contradictoriu cu ... și va obliga autoritatea contractantă la remedierea cerinței de calificare privind experiența similară, în termen de 10 zile de la data primirii prezentei, în sensul celor precizate în motivare.

În baza art. 278 alin. (6) din OUG nr. 34/2006, va dispune
continuarea procedurii de atribuire în cauză.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

.....Redactată în 4
(patru) exemplare originale, conține 11 pagini.