



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, ... cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări 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 cu nr. depusă de SC ... SRL, cu sediul în CUI ... privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de servicii de asistență tehnică pentru sprijin în managementul proiectului și campanii de conștientizare publică în cadrul proiectului "Sistem de management integrat al deșeurilor solide în ... coduri CPV 79411000-8, 72224000-1 și altele, cu data de deschidere a ofertelor 01.08.2014, organizată de ... cu sediul în în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat constatarea modificării criteriilor de calificare cu o zi înainte de deschiderea ofertelor, suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, precum și anularea procedurii. Prin decizia sa nr. ... Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, respingându-l ca rămas fără obiect. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

În baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 179 alin. (4) și al art. 278 alin. (2) și (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu

modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația SC ... SRL nr. ... în contradictoriu cu ... și anulează procedura de atribuire a contractului de servicii de asistență tehnică pentru sprijin în managementul proiectului și campanii de conștientizare publică în cadrul proiectului "Sistem de management integrat al deșeurilor solide în ... coduri CPV 79411000-8, 72224000-1 și altele, cu data de deschidere a ofertelor 01.08.2014.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

MOTIVARE

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu amendamentele ulterioare, să soluționeze contestația de față, prin care operatorul economic SC ... SRL reclamă modificarea intempestivă de către autoritatea contractantă a criteriului de calificare a ofertanților privind experiența similară, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă.

În motivarea contestației, autoarea ei, după evocarea interesului său în cauză, învederează că, în cuprinsul fișei de date a achiziției, la cap. III.2.3.a) - *Capacitatea tehnică și/sau profesională*, autoritatea a stabilit următorul criteriu de calificare:

"Se va prezenta lista principalelor prestări de servicii în ultimii 3 ani (calculate până la data limită pentru primirea ofertelor) - în original. Pentru echivalență se avea în vedere cursul mediu anual leu/valută comunicat de BNR pentru fiecare an în parte.

În ceea ce privește experiența similară ofertanții trebuie să facă dovada că în ultimii 3 ani până la data limită de primire a ofertelor au prestat servicii similare la nivelul a maxim 3 contracte a căror valoare cumulată să fie cel puțin egală cu 3.837.198 lei.

Se vor prezenta orice documente în vederea îndeplinirii cerinței atâta timp cât acestea cuprind informațiile prevăzute la art. 188 alin. (2) lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006."

Acestea sunt singurele informații cu privire la experiența similară. Nici în anunțul de participare și nici în documentația de atribuire autoritatea nu a menționat sensul sintagmei "servicii similare".

Cerința privind experiența similară a făcut obiectul mai multor solicitări de clarificare, iar prin ultimul răspuns dat, autoritatea a circumstanțiat sintagma "servicii similare", prin adăugarea unor elemente care conduc la restrângerea concurenței. Astfel, potrivit răspunsului nr. 10127/31.07.2014, la solicitarea:

"Cu referire la cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională - Experiența similară, dat fiind clasificarea CPV a

serviciilor ce urmează a fi prestate și prevederile Ordinului ANRMAP nr. 509/2011, vă rugăm să confirmați că pentru îndeplinirea cerinței de experiență similară se pot prezenta contracte de prestări servicii de asistență tehnică pentru managementul proiectului și campanie de informare pentru proiecte de mediu",
autoritatea contractantă a oferit următorul răspuns:

"Luând în considerare prevederile legale incidente în materie, raportat la obiectul contractului ce urmează a fi încheiat, pentru dovedirea experienței similare ofertanții vor prezenta contracte de servicii similare cu cele ce fac obiectul acestui contract, respectiv servicii de asistență tehnică pentru sprijin în managementul proiectului și campanii de conștientizare publică în cadrul proiectului Sistem de management integrat al deșeurilor (domeniul managementului integrat al deșeurilor)".

Mai mult, la solicitarea: *"Vă rugăm să ne confirmați că, pentru demonstrarea experienței similare solicitate prin fișa de date la capitolul III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională se pot prezenta maxim 3 contracte a căror valoare cumulată să fie cel puțin egală cu 3.837.198 lei și care să cuprindă servicii aferente oricărui cod CPV menționat în fișa de date la Capitolul 11.1.6.) Clasificare CPV, respectiv 79411000-8 Servicii generale de consultanță în management (Rev 2)/72224000-1 Servicii de consultanță privind gestionarea proiectelor (Rev 2)/79341400-0 Servicii de campanii de publicitate (Rev 2)/90700000-4 Servicii privind mediul (Rev 2)",*
autoritatea contractantă a dat următorul răspuns (nr. 10209/31.07.2014):

"Prin servicii similare se înțelege servicii de aceeași natură și complexitate cu prezentul contract (respectiv să conțină) servicii de asistență tehnică în managementul proiectului și campanii de conștientizare pentru proiecte de infrastructură de mediu); ofertanții trebuie să facă dovada că în ultimii 3 ani până la data limită de primire a ofertelor au prestat servicii similare la nivelul a maxim 3 contracte a căror valoare cumulată să fie cel puțin egală cu 3.837.198 lei, fără TVA. Îndeplinirea cerinței de calificare impusă prin documentația de atribuire pentru dovedirea experienței similare solicitate va fi stabilită de comisia de evaluare prin analiza și verificarea ofertelor depuse, conform art. 33 alin. (6) coroborat cu art. 34 alin. (1) și (2) din H.G. nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare."

După cum se poate observa, între criteriul de calificare stabilit la momentul publicării anunțului de participare și cel modificat prin răspunsurile la solicitările de clarificări există diferențe de conținut evidente.

În anunțul de participare autoritatea a optat pentru o exprimare generală, fără precizarea unor elemente concrete și

explicite cu referire la tipul serviciilor similare, respectiv la domeniul în care acestea trebuie să fi fost prestate. Legislația în materia achizițiilor publice nu definește noțiunea de "serviciu similar", motiv pentru care sensul trebuie determinat prin raportare la dicționarul explicativ al limbii române, conform căruia *similar(ă)* înseamnă *de aceeași natură, de același fel, asemănător, analog*. Prin răspunsurile de clarificare autoritatea a modificat cerința de calificare, considerând că "serviciile similare" reprezintă, în fapt, chiar "servicii identice". Prin răspunsul nr. 10209/31.07.2014, autoritatea a adăugat domeniul concret în care serviciile să fi fost prestate, respectiv "*servicii de asistență tehnică în managementul proiectului și campanii de conștientizare pentru proiecte de infrastructură de mediu*", iar prin răspunsul nr. 10127/31.07.2014 a restrâns domeniul, cerând "*servicii de asistență tehnică pentru sprijin în managementul proiectului și campanii de conștientizare publică în cadrul proiectului Sistem de management integrat al deșeurilor (domeniul managementului integrat al deșeurilor)*".

Având în vedere situația redată, se impune anularea procedurii de atribuire, în baza art. 179 alin. (4) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006: "*Orice modificare și/sau completare a criteriilor de calificare și selecție precizate potrivit alin. (3) conduce/conduc la anularea procedurii de atribuire, cu excepția:*

- *modificărilor dispuse prin hotărâri ale instanțelor judecătorești;*

- *măsurilor de remediere dispuse de autoritatea contractantă în temeiul art. 256¹ alin. (3) și art. 256³ alin. (1).*"

Potrivit art. 26 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006: "*În cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja publicate, autoritatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, în condițiile prevăzute de Regulamentul Comisiei Europene nr. 1.564/2005, care stabilește formatul standard al anunțurilor publicitare în cadrul procedurilor de atribuire prevăzute în directivele nr. 17/2004/CE și 18/2004/CE.*" Pentru respectarea principiului transparenței, dar și a regulilor de publicitate, autoritatea avea obligația de a opera modificările aduse cerinței de calificare prin publicarea unui anunț de tip erată.

Totodată, conform art. 79 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, răspunsul la solicitările de clarificare trebuia să fie publicat/transmis cu cel puțin 6 zile înainte de data-limită stabilită pentru depunerea ofertelor, însă, în speță, răspunsurile criticate au fost publicate la 31.07.2014, în condițiile în care data limită pentru depunerea ofertelor a fost 01.08.2014. Deci, răspunsurile autorității au fost publicate cu doar o zi înainte de data limită de depunere a ofertelor, contrar art. 79 alin. (1). S-a cauzat astfel o restricționare evidentă a participării la procedura de

atribuire. Chiar și în situația în care operatorii economici ar accepta modificarea cerinței de calificare, ei ar fi în imposibilitate de a își procura documentele probante necesare.

Art. 79 alin. (3) din ordonanță califică drept abateri grave de la prevederile legislative, în sensul art. 209 alin. (1) lit. c):

- cazul în care operatorul economic nu a transmis solicitarea de clarificare în timp util, punând astfel autoritatea contractantă în imposibilitate de a respecta termenul prevăzut la alin. (1) al art. 79, și prin răspunsul la solicitarea de clarificare se modifică informațiile deja publicate, se afectează modul de elaborare a ofertelor și devine necesară publicarea unei erate;

- cazul în care autoritatea contractantă constată din oficiu că sunt necesare clarificări cu privire la documentația de atribuire, fiind pusă în imposibilitate de a respecta termenul prevăzut la alin. (1) al art. 79, și prin clarificarea adusă se modifică informațiile deja publicate, se afectează modul de elaborare a ofertelor și devine necesară publicarea unei erate.

Or, autoritatea nu a publicat răspunsurile la clarificări cu cel puțin 6 zile înainte de termenul limită stabilit pentru depunerea ofertelor, iar prin aceasta a modificat informațiile deja publicate, a afectat modul de elaborare a ofertelor și, de asemenea, era necesară inclusiv publicarea unui anunț de tip erată prin care să aducă la cunoștință modificările operate.

Astfel, în conformitate cu art. 209 alin. (1) din ordonanță, se impune anularea procedurii de atribuire.

Nu fără relevanță este și refuzul explicit al autorității contractante de a proceda la prelungirea perioadei de elaborare și depunere a ofertelor.

În punctul său de vedere nr. ... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 25962/27.08.2014, autoritatea contractantă susține, în apărare, că, la baza clarificării nr. 9951/... ce nu este contestată, s-a aflat întrebarea unui posibil ofertant dacă se consideră ca fiind experiență similară contractele de servicii de consultanță în managementul altor tipuri de investiții, decât sisteme de management al deșeurilor, raportat la obiectul contractului. Pentru a nu lăsa loc de interpretare, autoritatea a răspuns făcând trimitere la cerințele fișei de date a achiziției, de unde rezultă că nu pot fi acceptate alte tipuri de investiții decât cele ce fac obiectul acestui contract (cu un caracter complex). Astfel, era evident că nu vor putea fi considerate ca fiind experiență similară contractele de servicii de consultanță în managementul unor proiecte derulate în domeniul turismului, construcției de drumuri sau civile. Prin răspunsul dat, autoritatea a confirmat că natura și complexitatea serviciilor solicitate trebuie să fie "una similară și nu identică".

Și întrebarea la care s-a dat răspunsul nr.10127/31.07.2014, contestat, se referă la experiența similară a ofertanților, cu diferența

că, de această dată, se face în mod direct trimitere la contracte de prestări servicii de asistență tehnică pentru managementul proiectului și campanii de informare pentru proiecte de mediu. Pornind de la această diferență, autoritatea s-a raportat la obiectul contractului - sistem de management integrat al deșeurilor în ... Sintagma *servicii similare* nu poate fi interpretată strict și numai raportat la caracterul contractului, respectiv contract de servicii de asistență tehnică în managementul proiectului și campanii de conștientizare publică, ci se impune raportarea la obiectul acestor servicii, determinat, în acest caz, tocmai de domeniul proiectului ce se dorește a fi implementat. Proiectul este unul complex, cu o valoare ridicată, ce presupune cunoștințe adecvate, în primul rând, în domeniul mediului. Legislația este diferită, astfel că și modul de lucru și activitățile ce urmează a fi desfășurate diferă față de alte domenii.

Întrebarea asociată răspunsului nr. 10209/31.07.2014, contestată, este aceeași cu cea asociată clarificării nr. 9951/ ... Posibilul ofertant solicită autorității să confirme că, pentru demonstrarea experienței similare, se pot prezenta maximum trei contracte care să cuprindă servicii aferente oricărui cod CPV menționat în fișa de date a achiziției, respectiv 79411000-8 servicii generale de consultanță în management, 72224000-1 servicii de consultanță privind gestionarea proiectelor, 739414000-0 servicii de campanii de publicitate, 90700000-4 servicii privind mediul. Or, obiectul contractului se raportează și la domeniul proiectului căruia îi deservește, respectiv domeniul managementului integrat al deșeurilor. Pentru aceste considerente, răspunsul autorității face referire, din nou, la servicii de aceeași natură și complexitate cu cele din prezentul contract, încercând să fie cât mai explicit, prin trimiterea la domeniul determinat al proiectului din care face parte și acest contract, respectiv serviciile ce urmează a fi prestate.

În concluzie, autoritatea nu a modificat sau completat în niciun fel condițiile de calificare stabilite inițial, ci a încercat să răspundă cât mai clar la întrebările formulate de către posibii ofertanți.

Autoritatea relevă lipsa de bună-credință a contestatoarei, care a așteptat până în ultima zi pentru a o notifica asupra pretinselor modificări ale documentației de atribuire, ce stau la baza formulării contestației.

În replică la punctul de vedere exprimat de autoritate, SC ... SRL a înaintat Consiliului concluziile scrise nr. CNMCO/549/29.08.2014.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ... publicat în Sistemul Electronic de Achiziții

Publice – SEAP la 19.06.2014, și cu nr. 210213 în Suplimentul Jurnalului Oficial al Uniunii Europene nr. S118 din 21 iunie 2014, autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării, pentru o perioadă de 15 luni, de servicii de asistență tehnică pentru sprijin în managementul proiectului și campanii de conștientizare publică în cadrul proiectului "Sistem de management integrat al deșeurilor solide în ... estimate valoric la 4.106.741 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 19.06.2014, alături de anunțul de participare. Ulterior consultării acestei documentații, considerând că informațiile pe care le cuprinde sunt neclare sau insuficiente, operatorii economici au solicitat diverse clarificări, iar autoritatea a furnizat și postat în SEAP 20 de răspunsuri de clarificare, dintre care unele privind cerința de calificare constând în experiența similară. Împotriva răspunsurilor de clarificare nr. 10209 și 10127/ 31.07.2014, pentru motivele evocate în paginile anterioare, SC ... SRL a investit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Asupra aspectelor sesizate de petentă, Consiliul constată că, în privința experienței similare, autoritatea achizitoare a impus, pentru calificarea ofertanților, la pct. III.2.3) - *Capacitatea tehnică* din anunțul de participare și la pct. III.2.3.a) - *Capacitatea tehnică și/sau profesională* din fișa de date a achiziției, următoarea cerință: "*În ceea ce privește experiența similară ofertantii trebuie să facă dovada că în ultimii 3 ani până la data limita de primire a ofertelor au prestat servicii similare la nivelul a maxim 3 contracte a caror valoare cumulată să fie cel puțin egală cu: 3.837.198 lei.*"

În niciun document al procedurii autoritatea nu a definit sau explicat în ce constau serviciile similare cerute ca experiență similară, respectiv care este reperul în funcție de care se va stabili caracterul similar al serviciilor.

Din interpretarea succintei cerințe reproduse, reiese cu certitudine că autoritatea care a redactat-o nu a impus ofertanților, pentru calificare, ca aceștia să fi prestat servicii identice cu cele care fac obiectul contractului supus licitației, acceptând ca experiență prestarea de servicii similare, deci asemănătoare. Așadar, în contextul dat, ofertanții își puteau evoca experiența rezultând din servicii de asistență tehnică pentru sprijin în managementul proiectului și campanii de conștientizare publică în orice domeniu, iar nu doar pentru proiecte de infrastructură de mediu/gestionare și eliminare deșeuri solide. De altminteri, autoritatea nici nu era îndrituită să îi excludă din competiție pe acei operatori a căror experiență în servicii de asistență tehnică a fost dobândită în cadrul unor contracte de o complexitate superioară celui care va fi implementat în ... indiferent dacă au vizat sau nu infrastructura de mediu. 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 conștina 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 acordarea de asistență tehnică (consultanță), cu serviciile, furnizările și lucrările adiționale, într-un proiect pentru o investiție superioară ca și complexitate celei la care se referă prezentul contract, chiar dacă proiectul nu ține de infrastructura de gestionare a deșeurilor sau nu include toate componentele acesteia, poate reflecta o experiență suficientă a consultantului în a oferi și executa serviciile ce formează obiectul viitorului contract. În niciun caz experiența prealabilă similară nu trebuie confundată cu experiența prealabilă identică. Prin urmare, accentul trebuie pus pe capacitatea de execuție de servicii de asistență tehnică în managementul de proiect și campanii de conștientizare, indiferent de domeniul în care a fost implementat proiectul, respectiv de tehnologia sau componentele infrastructurii de colectare și gestionare a deșeurilor. Cu alte cuvinte, câtă vreme implică aceleași acțiuni și aceleași livrabile de către consultant, autoritatea trebuie să accepte ca similare și serviciile de asistență tehnică pentru infrastructura din domeniile energetic, turistic, cultură, protecție socială și așa mai departe. Interpretarea permisivă vine în contrapondere la cerințele riguroase de studii și experiență impuse de autoritate pentru personalul de specialitate care urmează a presta serviciile contractate.

Orientarea practicii judiciare în această privință este în aceeași direcție, după cum se observă din următoarele hotărâri irevocabile:

a) decizia nr. 10222 din 9 noiembrie 2012, Curtea de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal:

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 încheierii contractului care face obiectul acestei proceduri, că au cunoștințele/ experiența și capacitatea necesară derulării unui astfel de contract și că au finalizat astfel de contracte. Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita operatorilor economici prezentarea unei liste care să conștina, în funcție de obiectul contractului, principalele servicii prestate sau lucrări executate, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților ori candidaților. Noțiunea de „experiență similară” nu este definită încă în legislația achizițiilor publice, iar Dicționarul explicativ al limbii române definește

„similar(-ă)” ca fiind „de aceeași natură, de același fel, asemănător, analog”.

b) decizia nr. 1129/CA din 2 iunie 2010, Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal:

În privința experienței similare solicitate de autoritate, în mod legal s-a apreciat că cerința de a se prezenta de către ofertanți exclusiv lucrări care se încadrează la codul CPV 45211341-1 este restrictivă și contrară art. 9 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, deoarece limitează criteriul doar la blocurile de locuințe, în condițiile în care prin similar se înțelege asemănător, nu identic.

c) decizia civilă nr. 517 din 1 aprilie 2011, Curtea de Apel Timișoara, Secția de contencios administrativ și fiscal:

Curtea, la fel ca și Consiliul, reține că pretenția autorității contractante ca ofertanții la procedura de atribuire să mai fi realizat proiecte de construcții civile de tip „after school” și „cămin cultural” este excesivă și de natură să limiteze nejustificat numărul participanților la achiziție, experiența în orice alt tip similar de construcție civilă fiind suficientă.

d) decizia civilă nr. 864 din 25 februarie 2013, Curtea de Apel ... Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal:

În etapa de reevaluare a ofertelor, autoritatea contractantă a emis raportul procedurii nr. C1/1753/22.11.2012, conform căruia oferta contestatoarei a fost respinsă ca inacceptabilă, deoarece nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței referitoare la experiența similară, întrucât rezistențele furnizate în baza contractului nr. 800/05.03.2012 nu sunt similare cu produsele care fac obiectul procedurii, fiind elemente încălzitoare în tuburi metalice pentru vagoane, și nu sisteme de încălzire a macazurilor – rezistențe încălzitor de macaz din inox de 700 W, 1100 W, 1700 W și 2000 W.

[...] prin adresa nr. 2931/05.12.2012, ofertanta a adus argumente valide, în sensul că produsele oferite reprezintă același tip de produse (elemente încălzitoare în tuburi metalice), chiar dacă au destinații diferite (pentru vagoane, respectiv pentru macazuri) și a depus și acte din care rezultă că este autorizată să fabrice aceste produse, deținând certificat de omologare tehnică feroviară. Față de aceste împrejurări, decizia prin care Consiliul a admis contestația ofertantei apare ca fiind temeinică și legală, motiv pentru care plângerea autorității contractante va fi respinsă.

e) sentința nr. 730 din 9 noiembrie 2007, Tribunalul Olt, Secția comercială și de contencios administrativ. Sentința a fost menținută de Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, prin decizia nr. 323 din 14 februarie 2008, de respingere a recursului autorității contractante:

Autoritatea a comunicat ofertantei reclamantă respingerea ofertei sale pentru neexecutarea unei lucrări similare celei de alimentare cu apă potabilă, care face obiectul contractului de

achiziție publică, apreciind că o lucrare de alimentare cu gaz nu intră în categoria lucrărilor similare. La dosarul instanței s-a depus adresa Inspectoratului Județean în Construcții Olt în care se menționează că lucrările de alimentare cu apă, de canalizare și de distribuție și transport gaze naturale sunt similare, fac parte din categoria construcții edilitare, iar din punct de vedere al execuției, procedurile tehnice de execuție și fluxurile tehnologice sunt asemănătoare, aproape identice. Lucrările pentru gaze necesită un grad mai mare de calificare a personalului, cu exigențe sporite. Drept urmare, instanța a apreciat că ofertanta a făcut dovada execuției de lucrări similare, iar oferta sa nu trebuia să fie respinsă ca inacceptabilă.

În concluzie, similaritatea unor servicii sau lucrări nu se confundă cu identitatea lor, cum eronat lasă să se înțeleagă autoritatea în punctul său de vedere asupra contestației, deși nu o recunoaște.

În legătură cu solicitările de lămurire a înțelesului cerinței experienței similare adresate de operatorii economici interesați, autoritatea a postat în SEAP următoarele adrese:

a) adresa nr. 9951/...

Întrebare	Răspuns
Va rugam sa clarificați daca pentru indeplinirea cerinței ca in ultimii 3 ani pana la data limita de primire a ofertelor sa fi prestat servicii similare la nivelul a maxim 3 contracte, se pot prezenta contracte de prestări servicii de consultanta in managementul altor tipuri de investiții decât sisteme integrate de management al deșeurilor , tinand cont de faptul ca obiectul contractului este „Asistență tehnică pentru sprijin în managementul proiectului și Campanii de conștientizare publică în cadrul proiectului - Sistem de management integrat al deșeurilor solide in ...” legat de realizarea infrastructurii constructive a obiectivelor si de promovarea sistemului de management al deșeurilor, spre deosebire de activitatea propriu-zisa de management al deșeurilor (ce consta in colectare, sortare, prelucrare deșeuri).	Pentru intocmirea ofertei se vor respecta intocmai prevederile/ solicitările din Fisa de date a achiziției si ale legislației incidente in materia achizițiilor publice.

b) adresa nr. 10209/31.07.2014:

Întrebare	Răspuns
Vă rugăm să ne confirmați că, pentru demonstrarea experienței similare solicitate prin fișa de date la Capitolului.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, se pot prezenta maxim 3 contracte a căror valoare cumulată să fie cel puțin egală cu 3.837.198 lei și care să cuprindă servicii aferente oricărui cod CPV menționat în fișa de date la Capitolul II .1.6) Clasificare CPV, respectiv: 79411000- 8 - Servicii generale de consultanță în management (Rev 2) / 72224000-1 Servicii de	Prin servicii similare se intelege servicii de aceeași natura si complexitate cu prezentul contract (respectiv sa conțină servicii de asistenta tehnica in managementul proiectului si campanii de conștientizare pentru proiecte de infrastructura de mediu); ofertantii trebuie sa faca dovada ca in ultimii 3 ani pana la data limita de primire a ofertelor au prestat servicii similare la

consultanță privind gestionarea proiectelor (Rev 2) / 79341400-0 Servicii de campanii de publicitate (Rev 2) / 90700000-4 Servicii privind mediul (Rev 2).	nivelul a maxim 3 contracte a căror valoare cumulata sa fie cel puțin egala cu 3.837.198 lei, fara TVA. [...]
--	---

c) adresa nr. 10127/31.07.2014:

Întrebare	Răspuns
Cu referire la cap. 111.2.3.a) Capacitatea tehnica si/sau profesionala - Experiența similara, dat fiind clasificarea CPV a serviciilor ce urmeaza a fi prestate si prevederile Ordinului ANRMAP nr. 509/2011, va rugam sa confirmați ca pentru îndeplinirea cerinței de experiența similara se pot prezenta contracte de prestări servicii de asistenta tehnica pentru managementul proiectului si campanie de informare pentru proiecte de mediu.	Luând in considerare prevederile legale incidente in materie, raportat la obiectul contractului ce urmeaza a fi incheiat, pentru dovedirea experienței similare ofertantii vor prezenta contracte de servicii similare cu cele ce fac obiectul acestui contract, respectiv servicii de asistență tehnică pentru sprijin în managementul proiectului și campanii de conștientizare publică în cadrul proiectului Sistem de management integrat al deșeurilor (domeniul managementului integrat al deșeurilor).

Din această succesiune de răspunsuri furnizate de autoritate se observă facil că explicațiile sunt de natură a înăspri condițiile de participare la licitație pentru operatorii economici. Astfel, dacă în forma inițială a cerinței erau admiși și operatorii economici cu experiență dobândită în managementul altor tipuri de investiții decât sisteme integrate de management al deșeurilor, prin clarificarea nr. 10209 autoritatea a restrâns participarea doar la operatorii cu experiență aferentă proiectelor de infrastructura de mediu. Mai mult, prin clarificarea nr. 10127, aceeași autoritate îngreșează încă o dată accesul operatorilor la licitație, cerând ca experiența să se limiteze doar la domeniul managementului integrat al deșeurilor.

Intră în sfera evidenței că rigorile de participare inițiale au fost suplimentate de autoritate prin clarificările precitate, efectul constând în restricționarea participării la achiziție a tuturor operatorilor interesați, din rândul cărora face parte și SC ... SRL. Numărul mare de întrebări legate de experiența similară probează că agenții economici nu au avut la dispoziție încă de la inițierea licitației informații clare și complete asupra cerinței de calificare elaborată de autoritate. Curtea Europeană de Justiție a precizat domeniul de aplicare al obligației de transparență în Hotărârea din 7 decembrie 2000, Telaustria și Telefonadress (C-324/98, Rep., p. I-10745, punctele 61 și 62), precum și în Hotărârea din 13 octombrie 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rep., p. I-8585, punctul 111). Potrivit instanței comunitare, această obligație presupune ca toate condițiile și modalitățile procedurii de atribuire să fie formulate clar, precis și univoc în anunțul de participare sau în documentația de atribuire. Aceasta trebuie să permită tuturor ofertanților mediu

informații și care dau dovadă de o diligență normală să înțeleagă întinderea exactă a acestora și să le interpreteze în același fel.

Dacă în varianta inițială experiența similară se putea interpreta în sensul că nu presupune ca serviciile executate anterior de ofertant să fie obligatoriu în domeniul managementului integrat al deșeurilor, deci identic cu cel la care se referă licitația, fiind suficient ca domeniile să fie similare/apropiate de cel menționat, respectiv să se încadreze în aceleași coduri CPV ori să implice activitățile principale din contract, cerința a fost circumstanțiată de autoritate prin clarificările din 31.07.2014, în direcția agravării ei, acceptând doar servicii în domeniul managementului integrat al deșeurilor.

Problema în dezbateră nu o constituie formularea inițială a cerinței de calificare, interpretabilă după cum s-a arătat, ci răspunsurile date de autoritate prin adresele nr. 10209 și 10127/31.07.2014, care vin să restrângă sfera de operatori calificați la procedură și pe care contestatoarea le apreciază contrare legislației în vigoare.

Astfel cum a sesizat și contestatoarea, art. 179 din ordonanța privind achizițiile publice prevede, între altele:

"(3) Criteriile de calificare și selecție precizate în cadrul invitației/anunțului de participare trebuie să fie aceleași cu cele precizate în cadrul documentației de atribuire.

(4) Orice modificare și/sau completare a criteriilor de calificare și selecție precizate potrivit alin. (3) conduce/conduc la anularea procedurii de atribuire, cu excepția:

a) modificărilor dispuse prin decizia Consiliului;

b) modificărilor dispuse prin hotărâri ale instanțelor judecătorești;

c) măsurilor de remediere dispuse de autoritatea contractantă în temeiul art. 256 ind. 1 alin. (3) și art. 256 ind. 3 alin. (1)."

Deși soluția imposibilității modificării voluntare a criteriilor de calificare (sub sancțiunea anulării procedurii) nu este cea mai fericită, întrucât unele modificări reprezintă simple remedieri ale unor deficiențe constatate de autoritate pe parcursul licitației, iar luarea măsurii de remediere este în interesul atât al autorității, cât și al operatorilor economici, spre deosebire de anularea licitației și reluarea ei, soluția gândită de legiuitor trebuie respectată, indiferent cât de nedreaptă sau exagerată ar fi ea.

Prin intermediul clarificărilor din 31.07.2014, autoritatea a ignorat textele expuse ale art. 179 și a operat o completare indirectă a cerinței de calificare privind experiența similară, făcând-o să devină mai greu de îndeplinit, prin restrângerea domeniilor doar la cel al managementului integrat al deșeurilor. Consiliul nu tăgăduiește justetea argumentelor vizând complexitatea și obiectul specific ale viitorului contract, însă reține că autoritatea trebuia să indice încă de la început, în cadrul cerinței de calificare, domeniul

antementionat, iar nu pe parcursul derulării procedurii. Așadar, culpa este a autorității, iar scuza că obiectul contractului este diversificat și ține de managementul integrat al deșeurilor nu o exonerează de obligația respectării normelor art. 179. Nimic nu a oprit-o pe autoritate să prevadă în anunț și în fișa de date, încă de la început, că experiența similară trebuie probată prin contracte care să se fi derulat în respectivul domeniu.

Cum s-a menționat, prin completarea (detalierea) ulterioară a cerinței autoritatea contractantă a îngreunat situația operatorilor economici, puși în situația de a nu mai putea participa la procedură dacă nu au executat anterior servicii de consultanță pentru managementul integrat la deșeurilor.

Puse față în față, textul inițial:

"În ceea ce privește experiența similară ofertantii trebuie să facă dovada că în ultimii 3 ani până la data limită de primire a ofertelor au prestat servicii similare la nivelul a maxim 3 contracte a caror valoare cumulată să fie cel puțin egală cu: 3.837.198 lei."

și textul final, rezultat din ultima clarificare:

"În ceea ce privește experiența similară ofertantii trebuie să facă dovada că în ultimii 3 ani până la data limită de primire a ofertelor au prestat servicii de asistență tehnică pentru sprijin în managementul proiectului și campanii de conștientizare publică în cadrul proiectului Sistem de management integrat al deșeurilor (domeniul managementului integrat al deșeurilor), la nivelul a maxim 3 contracte a caror valoare cumulată să fie cel puțin egală cu: 3.837.198 lei."

au nu numai formulări diferite, ci și înțelesuri diferite, primul referindu-se la orice fel de servicii similare (asemănătoare), iar cel secund doar la servicii în cadrul unui proiect din domeniul managementului integrat al deșeurilor (în realitate, identice cu cele supuse licitației).

În contextul agravării cerinței din anunțul de participare prin clarificările din 31.07.2014, situației îi erau incidente și normele art. 50 ind. 1 din ordonanță:

"[...] (3) Modificarea/Completarea criteriilor de calificare și selecție, în condițiile prevăzute la art. 179 alin. (4), se face în mod obligatoriu prin publicarea unei erate și cu prelungirea perioadei necesare elaborării candidaturilor/ofertelor.

(4) În cazul contractelor a căror valoare este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2), autoritatea contractantă publică orice modificare/completare a informațiilor cuprinse în anunțul de participare, prin intermediul eratei, atât în SEAP, cât și în JOUE.

(5) Este interzisă modificarea/completarea informațiilor cuprinse în invitația de participare/anunțul de participare prin intermediul clarificărilor și fără publicarea unei erate."

Contrar acestor norme, ... nu a publicat nicio erată, nici în SEAP și nici în JOUE.

Prin urmare, într-adevăr, au fost nesocotite de către autoritate dispozițiile art. 179 alin. (3) și (4) din ordonanța privind achizițiile publice, context în care, singura soluție pe care o poate pronunța Consiliul este aceea a anulării procedurii de atribuire, astfel cum prescriu imperativ art. 179 alin. (4) – "orice modificare și/sau completare a criteriilor de calificare și selecție precizate potrivit alin. (3) conduce/conduc la anularea procedurii de atribuire [...]" și art. 209 alin. (1) lit. c), coroborat cu alin. (4) lit. a) din ordonanță – "Autoritatea contractantă are obligația de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică în următoarele cazuri: [...] c) dacă abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului. (4) În sensul prevederilor alin. (1) lit. c), prin abateri grave de la prevederile legislative se înțelege: a) criteriile de calificare și selecție și/sau criteriul de atribuire sau factorii de evaluare prevăzuți în cadrul invitației de participare/anunțului de participare, precum și în documentația de atribuire au fost modificate/modificați, cu excepția situațiilor prevăzute la art. 179 alin. (4)".

De altminteri, o eventuală continuare a licitației ar expune autoritatea contractantă la săvârșirea contravenției prevăzute la art. 293 lit. l) din ordonanță, constând în "aplicarea incorectă, în cadrul procesului de selecție și/sau de evaluare, a criteriilor stabilite prin documentația de atribuire ori aplicarea altor criterii decât a celor stabilite la nivelul invitației/anunțului de participare și prin documentația de atribuire", contravenție sancționată cu amendă de la 80.000 la 100.000 lei.

În Ghidul privind principalele riscuri identificate în domeniul achizițiilor publice și recomandările Comisiei Europene ce trebuie urmate de autoritățile de management și organismele intermediare în procesul de verificare a procedurilor de achiziții publice, aprobat prin Ordinul nr. 543/2.366/1.446/ 1.489/1.441/879/2013, la cap. I – *Riscuri*, pct. 6, se prevede:

6. Modificarea anunțului de participare prin clarificări, și nu prin publicarea unei erate

Note generale

Modificarea pe parcursul procedurii a oricăruia/oricăreia dintre elementele/informațiile obligatorii ale anunțului de participare trebuie publicată sub formă de erată atât în SEAP, cât și (în funcție de valoarea contractului) la nivel european, în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene.

Modificările aduse informațiilor cuprinse în anunțul de participare trebuie publicate pe bază de erată, și nu de clarificări, deoarece pentru asigurarea principiului transparenței este necesar ca modificările intervenite să fie aduse la cunoștința tuturor operatorilor economici.

Modificarea/Completarea criteriilor de calificare și selecție, în condițiile prevăzute de Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, se face obligatoriu prin publicarea unei erate și cu prelungirea perioadei necesare elaborării candidaturilor/ofertelor.

Prelungirea termenului de depunere a candidaturilor/ofertelor trebuie, de asemenea, publicată prin erată în SEAP (și în funcție de valoarea contractului, la nivel european), întrucât este vorba de modificarea unei informații obligatorii a anunțului inițial.

Greșeli frecvente care trebuie evitate:

- publicarea în mod eronat a unei clarificări în loc de erată, motivat de faptul că modificarea criteriilor de calificare a vizat relaxarea cerințelor impuse inițial;

- modificarea unor informații din anunțul de participare care au impact asupra modului de elaborare a ofertelor, fără publicarea unei erate care să vizeze prelungirea termenului de depunere a ofertelor, astfel încât să existe un timp suficient inclusiv pentru adaptarea ofertelor la noile condiții.

Separat de considerentele expuse, anularea procedurii se vedește a fi obligatorie și în ipoteza în care răspunsurile nr. 10209 și 10127/31.07.2014 ar fi apreciate drept clarificări ce nu modifică cerința inițială de calificare, întrucât ele aduc atingere modului de elaborare a ofertelor, operatorii fiind nevoiți să aducă documente justificative limitate la domeniul managementului integrat al deșeurilor.

În baza art. 79 alin. (3) lit. a) din ordonanță, reprezintă abateri grave de la prevederile legislative în sensul art. 209 alin. (1) lit. c), cazul în care operatorul economic nu a transmis solicitarea de clarificare în timp util, punând astfel autoritatea contractantă în imposibilitate de a respecta un termen de 6 zile înainte de data-limită stabilită pentru depunerea ofertelor, și prin răspunsul la solicitarea de clarificare se modifică informațiile deja publicate, se *afectează modul de elaborare a ofertelor* și devine necesară publicarea unei erate. Cu certitudine, răspunsurile autorității din 31.07.2014 afectează modul de elaborare a ofertelor, situație ce presupunea măcar decalarea de către autoritate a termenului de depunere a ofertelor (01.08.2014), astfel încât potențialii ofertanți să își revizuiască documentele ofertelor conform noilor pretenții ale autorității. Este judicioasă concluzia reclamantei conform căreia chiar și în situația în care operatorii economici ar accepta modificarea cerinței de calificare, ei ar fi în imposibilitate de a își procura documentele probante necesare (în cele câteva ore rămase la dispoziție până la expirarea termenului de depunere a ofertelor).

Raportat la cele de mai sus, în baza art. 179 alin. (4) și a art. 278 alin. (2) și (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va admite contestația SC ... SRL nr. ... în

contradictoriu cu ... și va anula procedura de atribuire a contractului de servicii de asistență tehnică pentru sprijin în managementul proiectului și campanii de conștientizare publică în cadrul proiectului "Sistem de management integrat al deșeurilor solide în ... coduri CPV 79411000-8, 72224000-1 și altele, cu data de deschidere a ofertelor 01.08.2014. Normele imperative ale art. 179 alin. (4) nu lasă la îndemâna Consiliului altă soluție decât aceea de anulare a procedurii. Ele fac imposibilă continuarea procedurii de atribuire, atât autoritatea contractantă, cât și Consiliul fiind ținuți să le respecte astfel cum sunt redactate.

În plus, în condițiile în care procedura a fost continuată de autoritate prin primirea și deschiderea de oferte, la acest moment nu mai este posibilă remedierea procedurii, prin transmiterea și publicarea în SEAP a unei eventuale erate de către autoritatea contractantă, astfel încât la procedură să participe și SC ... SRL. Nu se poate atribui un contract cu valoarea estimată de peste patru milioane de lei în condițiile de încălcare gravă a legii descrise mai sus.

Redactată în patru exemplare, conține șaisprezece pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...