



În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația transmisă prin e-mail, datată 08.04.2024, și înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 21573/09.04.2024, formulată de SC SRL, cu sediul în înmatriculată la Registrul Comerțului cu nr. ..., având cod unic de înregistrare CUI .., reprezentată legal de administrator .., cu sediul profesional în ..., având sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor procedurale în ..., împotriva răspunsului consolidat nr. A5232 din 28.03.2024 la solicitarea de clarificare nr. 9, emis de, cu sediul în municipiul 1, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, derulată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „*PLATFORMĂ PARCARE AERONAVE DE TRANSPORT*”, cod proiect NSIP-3AF35028, inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare, s-au solicitat Consiliului următoarele: anularea parțială a răspunsului consolidat nr. A5232 din 28.03.2024 în ceea ce privește răspunsul la solicitarea de clarificare nr. 9 și, pe cale de consecință, „*obligarea autorității contractante la remedierea nelegalității cauzate prin răspunsul la solicitarea de clarificare nr. 9 prin înlăturarea/modificarea din cuprinsul documentației de atribuire a:*

1. *Notelor de subsol aferente factorilor de evaluare nr. 3: Tehnic 2. Capacitatea ofertantului de a livra pe bază de Building Information Modeling (BIM) - documentațiile de proiectare și Factorului de Evaluare nr. 4: Tehnic 3: Capacitatea ofertantului de a susține utilizarea Building Information Modeling (BIM) - în etapa de execuție a proiectului;*

2. *Factorului de Evaluare nr. 6: Procesul specific de producție exprimat prin raportul durată/lucrări realizate CT/CP;*

3. *Factorului de Evaluare nr. 7: Capacitatea de îndeplinirea a contractului (C) determinată pe baza nivelului specific de producție realizat în contracte similare”.*

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC SRL solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea menționează că, între data publicării documentației de atribuire, după expirarea termenului de 10 zile pentru formularea unei contestații și data la care a formulat o solicitare de clarificare, a fost publicată decizia CNSC nr. 578/C4/406, prin care s-a constatat nelegalitatea factorilor de evaluare nr. 6 și nr. 7 și a notelor de subsol aferente factorilor de evaluare nr. 3 (Tehnic 2) și nr. 4 (Tehnic 3). Luând cunoștință de actul jurisdicțional cu putere de lucru judecat, ... SRL a solicitat autorității contractante *„remediarea nelegalității constatate de Consiliu într-o altă procedură de atribuire pentru factori de evaluare identici pe calea unei solicitări de clarificare”*.

..... SRL precizează că, prin actul mai sus menționat a solicitat *„asanarea/remediarea documentației de atribuire și aplicarea dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 conform cărora Deciziile pronunțate de Consiliu sunt obligatorii pentru autoritatea contractantă, dar și dispozițiile de la art. 55 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016”*.

Subliniază faptul că decizia CNSC nr. 578/C4/406 are putere de lucru judecat și caracter obligatoriu, conform celor dezvoltate în contestație.

Apreciază că achizitoarea este vizată de decizia susmenționată, cu atât mai mult cu cât cunoaște nelegalitatea ce a viciat documentația de atribuire pentru prezenta procedură, decizia Consiliului nr. 578/C4/406 fiindu-i cunoscută.

I. În concret, petenta susține că, prin emiterea răspunsului la clarificarea nr. 9, autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și, în mod flagrant, principiul legalității.

În concret, reclamă următoarele:

1. Nelegalitatea răspunsului la solicitarea de clarificare nr. 9, ca urmare a încălcării caracterului obligatoriu al deciziei nr. 1785/C11/1862/2023.

În opinia contestatoarei, caracterul obligatoriu al deciziilor Consiliului nu este limitat exclusiv la procedura de atribuire cu privire la

care a fost pronunțată decizia, ci se extinde și asupra altor proceduri aflate în derulare sau care vor fi inițiate ulterior de către autoritatea contractantă, dacă documentațiile de atribuire a acestor proceduri conțin aspecte identice cu cele declarate nelegale de către Consiliu.

a. Nelegalitatea răspunsului la solicitarea de clarificare nr. 9, ca urmare a încălcării principiului legalității;

Petenta apreciază că, în contextul în care achizitoarea insistă să folosească factori de evaluare despre care Consiliul a reținut că sunt nelegali într-o decizie, rămasă definitivă, rezultă cu evidență că, în prezenta procedură principiul legalității este încălcat în mod flagrant.

2. Decizia NR. 578/C4/406 se impune cu putere de lucru judecat în prezenta cauză;

Petenta susține că, deși contestația sa nu vizează aceeași procedură de atribuire care a făcut obiectul dosarului nr. 406/2024, având în vedere că părțile cauzei sunt aceleași, atât notele de subsol, cât și factorii de evaluare nr. 6 și 7 sunt identici cu cei ce au făcut obiectul dosarului nr. 406/2024, chestiunea litigioasă fiind identică între cele două cauze, decizia Consiliului nr. 578/C4/406 se impune cu putere de lucru judecat în prezenta cauză, motiv pentru care Completul investit cu soluționarea acesteia este ținut în mod obligatoriu de constatarea nelegalității notelor de subsol și a factorilor de evaluare 6 și 7, reținută în cadrul acestei decizii, neputând ajunge la o altă concluzie în această speță.

Astfel, consideră că, reținerea nelegalității notelor de subsol și a factorilor de evaluare nr. 6 și 7 conduce, în mod obligatoriu, la reținerea nelegalității răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 9, motiv pentru care în cauză se impune admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

3. Nelegalitatea răspunsului la solicitarea de clarificare nr. 9 prin raportare la nelegalitatea notelor de subsol aferente factorilor de evaluare nr. 3 (Tehnic 2) și nr. 4 (Tehnic 3) din documentația de atribuire și a factorilor de evaluare nr. 6 și nr. 7.

..... SRL afirmă că, independent de aspectele dezvoltate anterior, nelegalitatea răspunsului la solicitarea de clarificare nr. 9 rezultă chiar din nelegalitatea notelor de subsol aferente factorilor de evaluare nr. 3 (tehnic 2) și nr. 4 (tehnic 3) și a factorilor de evaluare nr. 6 și nr. 7.

Prin urmare, apreciază că, având în vedere nelegalitatea flagrantă a acestor note de subsol și a factorilor de evaluare, în temeiul principiului legalității care guvernează domeniul achizițiilor publice, autoritatea contractantă avea obligația de a înlătura aceste dispoziții din documentația de atribuire.

3.1. Redând notele de subsol aferente factorilor de evaluare nr. 3 (tehnic 2) și nr. 4 (tehnic 3):

- Pentru factorul de evaluare nr. 3 (tehnic 2): „*NOTA: Ofertantul va face dovada că s-au livrat proiecte pe bază de BIM prin extrase din lucrări anterioare care demonstrează modul de abordare propus în planul*

de execuție BIM al proiectului prezentat în propunerea tehnică (faza de proiectare).";

- Pentru factorul de evaluare nr. (tehnic 3): „*NOTA: Ofertantul va face dovada că s-au executat proiecte utilizând facilitățile BIM prin extrase din lucrări anterioare care demonstrează modul de abordare propus în planul de execuție BIM al proiectului prezentat în propunerea tehnică (faza de execuție)*”, contestatoarea menționează că, potrivit acestora, ofertanții trebuie să demonstreze că au proiectat și executat anterior proiecte pe baza de BIM prin extrase din contractele anterioare care demonstrează modul de abordare propus în propunerea tehnică.

Cu alte cuvinte, arată că, în cadrul acestor factori de evaluare, ofertanții nu trebuie să demonstreze doar că vor utiliza BIM la stadiul 1, 2 sau 3 de maturitate în acest proiect, ci și că au utilizat BIM, la același stadiu de maturitate ca cel propus prin propunerea tehnică, în proiecte anterioare. Or, aceste cerințe reprezintă o încălcare a dispozițiilor legale care reglementează modul de implementare a factorilor de evaluare, fiind totodată discriminatorii și disproporționate.

Subliniind faptul că BIM nu a fost utilizat la scară largă la nivel național, în special în ceea ce privește contractele finanțate din fonduri publice, context în care există număr redus de operatori economici care pot demonstra că au utilizat BIM la un Stadiul 2 sau 3 în proiecte anterioare, consideră că această condiție suplimentară restricționează în mod excesiv un factor de evaluare care deja conducea la o restrângere a concurenței.

Astfel, afirmă petenta, chiar dacă un operator economic ar avea disponibilitatea să efectueze investițiile necesare pentru utilizarea BIM la nivelurile solicitate în factorii de evaluare, aceștia tot nu ar putea obține un punctajul maxim, sau cel de 3 puncte, pentru că nu au utilizat BIM în proiecte anterioare.

În aceste condiții, conchide că impunerea în sarcina ofertanților a obligației de a dovedi că au folosit BIM la un anumit stadiu de maturitate în proiecte anterioare:

- (i) conduce la restrângerea artificială a concurenței;
- (ii) este disproporționată având în vedere că depășește limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite;
- (iii) este discriminatorie, favorizând operatori economici străini care activează în jurisdicții în care nivelul de maturitate a pieței BIM este ridicat.

Învederează faptul că scopul factorilor de evaluare este de a identifica cea mai avantajoasă ofertă dintre din punct de vedere economic și ofertele admisibile, iar admisibilitatea ofertelor (inclusiv, capacitatea tehnică de a executa contractul prin raportare la existența

unei experiențe similare) se determină prin raportare la cerințele minime de participare.

În sprijinul susținerilor sale, face trimitere la jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene.

Autoarea contestației susține că autoritatea contractantă nu poate impune în sarcina ofertanților, în cadrul factorilor de evaluare, obligația de a demonstra modul în care a fost implementat BIM în contractele anterioare, această posibilitate fiind limitată la cerințele de participare.

Conchide că, având în vedere motivele detaliate anterior, rezultă cu evidență că Autoritatea Contractantă în mod nelegal a refuzat înlăturarea acestor Note de Subsoli din cuprinsul Documentației de Atribuire prin Răspunsul la Solicitarea de Clarificare nr. 9.

4.2. Nelegalitatea Factorilor de Evaluare nr. 6 și nr. 7

4.2.1. Petenta învederează faptul că scopul factorilor de evaluare este de a determina cea mai avantajoasă ofertă din punct de vedere economic dintre ofertele admisibile, aceștia neputându-se raporta la istoricul ofertanților

Menționează că, din analiza factorilor de evaluare nr. 6 și nr. 7, rezultă că aceștia se raportează la modul de executare a contractelor invocate drept experiență similară de către ofertanți, respectiv la: raportul durată/lucrări realizate în cadrul contractelor invocate drept experiență similară; nivelul specific de producție realizat în cadrul contractelor invocate drept experiență similară.

Apreciază ca fiind esențial faptul că, prin impunerea acestor factori de evaluare autoritatea contractantă face un amestec nepermis între factori de evaluare și criteriile de calificare (cerințele minime de participare).

Astfel, arată că, doar în cadrul cerințelor minime de participare, achizitoarea are dreptul de a solicita ofertanților să demonstreze capacitatea tehnică de a executa contractul ce face obiectul procedurii de atribuire prin depunerea de dovezi cu privire la modul de executare a unor contracte similare de către ofertant, în schimb, în cadrul factorilor de evaluare se poate analiza și puncta exclusiv oferta depusă de operatorii economici cu privire la procedura de atribuire în curs, nefiind permis ca factorii de evaluare să se raporteze la modul de executare a altor contracte de către operatorii economici.

Redând dispozițiile art. 166 alin. (1) și (8) din H.G. nr. 395/2016, contestatoarea susține că modul în care operatorii economici participanți la procedură au executat alte contracte de achiziție similare se determină prin raportare la documentele constatatoare emise în cadrul acestor contracte, care determină fie admisibilitatea ofertelor, fie excluderea acestora (prin raportare la art. 167 alin. 1 lit. g) din Legea nr. 101/2016,

Iar, în situația în care s-ar aplica factori de evaluare de tipul celor propuși de către autoritatea contractantă, instituția documentului constatator final ar rămâne fără efect, aspect ce dovedește, încă o dată, nelegalitatea celor doi factori de evaluare.

3.2.2. Factorii de evaluare nr. 6 si nr. 7 încalcă principiul proporționalității, nediscriminării și conduc la restrângerea artificială a concurenței.

Astfel, susține contestatoarea, factorul de evaluare nr. 6 analizează durata efectivă în care au fost finalizate lucrările de execuție din contractele invocate drept experiență similară prin raportare la durată agreată inițial și valoarea efectivă a lucrărilor executate prin raportare la valoarea agreată inițial în cadrul acelorași contracte, iar, prin aplicarea acestei formule sunt favorizați operatorii economici care finalizat contractele invocate drept experiență similară în durata agreată inițial (sau mai repede) și în aceeași valoare inițială (sau mai repede).

De asemenea, arată petenta, și în cadrul factorului de evaluare nr. 7 se analizează valoarea și durata finală a execuției contractelor invocate drept experiență similară. Mai mult, afirmă că, la aplicarea formulei de ajustare, sunt favorizați operatorii economici care au avut o valoare mai mare a contractelor de achiziție publică, deoarece cu cât valoarea este mai mare, cu atât „C” va avea o valoare mai mare.

În opinia sa, este esențial faptul că durata de execuție a unui contract de achiziție publică și valoarea sa depind, de cele mai multe ori, de factori ce excedează controlul operatorului economic. De exemplu, durata efectuării lucrărilor de execuție poate fi influențată de descoperiri pe șantier (arheologice, utilități, dispozitive explozive, etc/), pandemii, întârzieri în efectuarea recepției lucrărilor de către beneficiar, modificări ale contractului etc.

Mai mult, menționează că, potrivit secțiunii III.1.2.3. a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date: *„Modalitatea de îndeplinire: În vederea demonstrării potențialului tehnic si organizatoric care să reflecte posibilitatea operatorilor economici de a aduce la îndeplinire contractual ce urmează a fi atribuit, în condiții de calitate si în termenul stabilit, autoritatea contractantă, respectând principiul proporționalității, solicită prezentarea listei lucrărilor executate însoțită de certificări/documente constatatoare sau echivalent, prin care ofertantul trebuie să facă dovada că, în ultimii 5 ani calculați până la data limită stabilită pentru depunerea ofertelor au fost executate în conformitate cu normele profesionale în domeniu si duse la bun sfârșit lucrări similare cu cele ce fac obiectul contractului care se atribuie prin prezenta procedură cu o valoare totală cumulată, fără TVA, mai mare sau cel puțin egală cu 47.300.00,00 lei fără TVA, la nivelul unui contract, maximum 3 contracte”.*

Astfel, arată contestatoarea, factorii de evaluare se aplică prin raportare la contracte de execuție desfășurate în ultimii 5 ani, însă, cel puțin în perioada inițială a pandemiei de Covid 19 (anul 2020-2021), contractele de execuție au fost practic blocate, ca urmare a măsurilor de

distanțare socială și a blocării lanțurilor de furnizare. Prin urmare, toate contractele executate la nivel național (și chiar internațional), în perioada de referință solicitată de autoritatea contractantă, au suferit întârzieri ca urmare a pandemiei Covid-19, toți operatori economici participanți la această procedură de atribuire urmând a fi puternic dezavantajați deși nu au avut posibilitatea de a controla efectele Pandemiei.

De asemenea, subliniază faptul că nici valoarea contractului de achiziție nu poate fi controlată de către operatorii economici.

Prin urmare, rezultă că, prin aplicarea acestor factori de evaluare, sunt dezavantajați antreprenorii care, deși, au executat contracte similare în cele mai bune condiții, în executarea acestora s-au lovit de evenimente care au excedat controlul acestora.

Afirmă că, prin impunerea acestor factori de evaluare, autoritatea contractantă ignoră cu totul specificul pieței naționale și inclusiv istoricul său contractual. Astfel, autoritatea contractantă cunoaște că și în contractele de execuție desfășurate de aceasta au existat numeroase cazuri în care durata contractelor a fost prelungită ca urmare a unor evenimente imprevizibile ce nu au ținut de controlul antreprenorilor.

Petenta concluzionează că menținerea unor criterii care vor favoriza în mod aleatoriu operatorii economici care, pur și simplu, au avut „norocul” să execute contracte de achiziție publică în care nu au apărut evenimente imprevizibile nu poate fi compatibilă cu legislația achizițiilor publice.

Sustine că, procedând în acest mod, autoritatea contractantă: (i) a restrâns concurența în mod nejustificat, având în vedere că există un număr redus de operatori economici care au avut „norocul” să execute contracte de achiziție publică neafectate de evenimente imprevizibile; (ii) a încălcat principiul proporționalității, având în vedere că aplicarea acestor factori de evaluare depășește ce ar fi adecvat pentru îndeplinirea obiectivelor autorității contractante; (iii) a încălcat principiul nediscriminării, având în vedere că prin aplicarea acestor factori sunt discriminați operatorii economici care deși au capacitatea de a executa contractul și care au executat în cele mai bune condiții, contractele invocate drept experiență similară în executarea contractelor anterioare au întâlnit evenimente imprevizibile care au determinat, fie o valoare finală mai ridicată, fie o perioadă de execuție prelungită.

Având în vedere cele expuse, ... SRL solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În drept, au fost invocate dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016 și toate celelalte dispoziții de drept menționate în cuprinsul contestației.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. A5987/09.04.2024, înregistrat la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 22017/10.04.2024, autoritatea contractantă a invocat și motivat excepția tardivității contestației, raportat la art. 2 alin. (1), art. 8 alin. (1) lit. a) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, arătând că actul pe

care SRL îl menționează în cadrul contestației este răspunsul la solicitarea de clarificare nr. 9 din răspunsul consolidat nr. A5232 din 28.03.2024, respectiv: *„Autoritatea contractantă menține factorii de evaluare din fișa de date. Cap. III.2.5 criterii de atribuire, conform algoritmului de calcul revizuit prin clarificarea din data de 22.01.2024”*.

Astfel, susține achizitoarea, însuși conținutul răspunsului relevă faptul că actul atacat de contestatoare nu este răspunsul în sine, ci factorii de evaluare din algoritmul de calcul revizuit. Cu toate că algoritmul de calcul a fost publicat prin clarificare din oficiu în data de 22.02.2024 (fiind vorba de o eroare de tehnoredactare în cadrul răspunsului consolidat), totuși, factorii din algoritm au fost publicați în SEAP și disponibili pentru operatorii economici cu 46 de zile anterior datei înregistrării contestației.

Prin urmare, consideră că nelegalitatea pe care o invocă petenta nu survine din răspunsul la solicitarea de clarificare nr. 9, ci dintr-un document publicat în urmă cu 46 de zile înainte de formularea contestației.

Subliniază faptul că SRL încearcă, în mod artificial, să considere că vătămarea i-a fost adusă de un document (răspunsul consolidat), care nu face altceva decât să confirme informațiile publicate în SEAP în data de 22.02.2024. Autoritatea contractantă susține că a răspuns, în mod clar și fără loc de interpretări, că menține factorii de evaluare publicați.

În susținere, reiterează conținutul algoritmului de calcul revizuit prin clarificarea din data de 22.02.2024, pe care îl compară cu *„factorii de evaluare de interes pentru prezenta contestație”*, prezentați de însăși petentă.

Subliniază faptul că factorii de evaluare menționați de către contestatoare sunt exact cei publicați de autoritatea contractantă prin clarificarea din 22.02.2024, dovadă fiind, în opinia sa, tocmai mențiunea din tabelul prezentat de către SRL.

Apreciază că, împotriva celor luate la cunoștință încă din data de 22.02.2024, *„..... SRL avea deschisă calea contestației la Consiliu”*, însă aceasta nu a uzat de această posibilitate în înăuntrul termenului legal de 10 zile, ci a invocat un motiv artificial „descoperit” la 46 de zile de la data publicării presupusului act vătămător.

Subliniază faptul că, potrivit principiului *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, nimeni nu poate invoca în susținerea intereselor propria sa culpă și nici să se apere valorificând un asemenea temei. Cu alte cuvinte, arată achizitoarea, ... SRL încearcă să motiveze atât formularea unei solicitări de clarificări, cât și a contestației, cu mult după expirarea termenului de 10 zile, prin prisma apariției unei alte decizii a Consiliului, într-o altă procedură de atribuire pentru factori de

evaluare identici, prezumând că, până la apariția deciziei, nu avea cunoștințe cu pretinsa nelegalitate a factorilor de evaluare.

În opinia sa, la fel cum în cadrul respectivei proceduri, ... SRL a atacat factorii de evaluare considerați nelegali în termenul prevăzut de lege, în mod similar ar fi trebuit să procedeze și în acest caz.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Observând că respectiva contestație nu este însoțită de dovada constituirii cauțiunii legale, prin adresa nr. ..., Consiliul, în temeiul art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, a solicitat contestatoarei să comunice, în termen de 3 zile lucrătoare de la data primirii adresei, dovada constituirii, în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului, a cauțiunii legale, respectiv recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantumul stabilit de articolul menționat. Prin același demers al Consiliului, în temeiul art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarei i s-a solicitat să facă dovada comunicării contestației și către autoritatea contractantă și în temeiul dispozițiilor art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 să transmită un punct de vedere cu privire la excepția tardivității contestației, astfel cum a fost invocată și motivată de autoritatea contractantă prin punctul său de vedere nr. A5987/09.04.2024.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, datată 15.04.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 23357/16.04.2024, în temeiul art. 244 alin. (2) din Cod proc. civ., ... SRL a transmis note scrise prin care solicită respingerea excepției tardivității formulării contestației invocată de autoritatea contractantă și, pe cale de consecință, admiterea contestației astfel cum a fost formulată, pentru următoarele motive:

1. Netemeinicia excepției tardivității invocate de autoritatea contractantă. Contestația este îndreptată împotriva răspunsului consolidat nr. A5232 din 28.03.2024 (clarificarea nr. 9)

Contestatoarea susține că afirmațiile achizitoarei potrivit căreia actul pe cale l-a contestat nu ar fi răspunsul consolidat nr. a5232 din 28.03.2024 (clarificarea nr. 9), ci chiar factorii de evaluare din algoritmul de calcul revizuit publicat în data de 22.02.2024 sunt neîntemeiate și „demonstrează neînțelegerea contestației” de către aceasta, întrucât contestația ce face obiectul prezentei cauze este îndreptată împotriva răspunsului consolidat nr. a5232 din 28.03.2024 (clarificarea nr. 9) publicat și comunicat în data de 28.04.2024.

Precizează că a depus la Consiliu prin poștă și prin e-mail contestația în data de 08.04.2024 în termen de 10 zile de la momentul în care a luat la cunoștință de răspunsul consolidat nr. A5232 din 28.03.2024 (clarificarea nr. 9) și, prin urmare contestația ce face obiectul prezentei cauze este formulată în termen.

În opinia sa, nu pot fi reținute susținerile autorității contractante în sensul că societatea sa încearcă „în mod artificial” să îndrepte contestația

împotriva răspunsul consolidat nr. A5232 din 28.03.2024 (clarificarea nr. 9), deși contestația ar viza, în fapt, factorii de evaluare.

Reiterează susținerile din cadrul contestației potrivit cărora, ulterior pronunțării deciziei CNSC nr. . prin care s-a constatat nelegalitatea factorilor de evaluare nr. 6 și nr.7 și a notelor de subsol aferente factorilor de evaluare nr. 3 (tehnic 2) și nr. 4 (tehnic 3) în temeiul art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă avea obligația eliminării factorilor de evaluare declarați nelegali din cuprinsul documentației de atribuire.

Subliniază faptul că, prin contestația formulată a invocat tocmai faptul că prin refuzul de a elimina factorii de evaluare declarați nelegali printr-o altă decizie a Consiliului pronunțată în cursul prezentei procedurii de atribuire, refuz materializat prin răspunsul consolidat nr. a5232 din 28.03.2024 (clarificarea nr. 9), autoritatea contractantă a încălcat articolul 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și a principiului legalității.

Prin urmare, arată petenta, contestația privește încălcarea art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și a principiului legalității prin emiterea răspunsul consolidat nr. a5232 din 28.03.2024 (clarificarea nr. 9), iar încălcarea acestor dispoziții legale nu s-a produs prin factorii de evaluare din algoritmul de calcul revizuit publicat în data de 22.02.2024, deoarece, la acel moment, nu exista o decizie a Consiliului prin care să se rețină nelegalitatea acestora cu caracter obligatoriu pentru autoritatea contractantă, ci exclusiv prin răspunsul consolidat nr. A5232 din 28.03.2024 (clarificarea nr. 9), moment în care, în deplină cunoștință a caracterului nelegal al acestor factori de evaluare și a caracterului obligatoriu a Deciziei CNSC nr. .., autoritatea contractantă a refuzat eliminarea acestora din cuprinsul documentației de atribuire.

Mai mult, învederează faptul că, prin contestația formulată, nu-și invocă în niciun caz propria culpă, după cum încearcă să susțină autoritatea contractantă, având în vedere că contestația nu este îndreptată împotriva factorilor de evaluare, ci împotriva răspunsului Consolidat nr. A5232 din 28.03.2024 (calificarea nr. 9) de a cărui nelegalitate SRL a luat cunoștință în data de 28.03.2024 la momentul comunicării acestuia, moment la care a luat la cunoștință și de refuzul autorității contractante de a nu respecta Decizia ... (Decizie publicată și comunicată autorității contractante, după ce a publicat factorii de evaluare, dar înainte ca aceasta să publice răspunsului consolidat nr. A5232 din 28.03.2024).

În final, menționează că procedura contestației în fața Consiliului este guvernată de principiul disponibilității reglementat de art. 9 C.proc.civ., iar, în temeiul acestuia, ... SRL și-a îndreptat contestația împotriva răspunsului consolidat nr. a5232 din 28.03.2024 (clarificarea

nr. 9) cu privire la care contestația este formulată în termen, iar nici autoritatea contractantă și nici Consiliul nu pot califica această contestație, împotriva voinței sale, ca fiind îndreptată împotriva algoritmului revizuit de calcul al factorilor de evaluare pentru a putea fi incidentă excepția tardivității.

Pentru toate aceste motive de fapt și de drept, petenta solicită respingerea excepției tardivității contestației.

De asemenea, solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată și, în subsidiar, în situația în care Consiliu va constata că măsurile de remediere nu mai pot fi dispuse, în temeiul art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016, anularea procedurii de atribuire.

În drept, au fost invocate dispozițiile art. 244 alin. (2) din Codul de Procedură Civilă, precum și toate celelalte dispoziții de drept menționate în prezenta/incidente în cauză.

Prin adresa nr. A6490/16.04.2024, înregistrată la CNSC cu nr. 23624/16.04.2024, ..., a răspuns notelor scrise transmise de contestatoarea SRL, susținând că excepția tardivității contestației este întemeiată, Consiliul urmând a stabili limitele și obiectului investiției, având în vedere că, în realitate, contestația urmărește tot anularea factorilor de evaluare, de vreme ce se solicită înlăturarea/modificarea factorilor de evaluare în tot cuprinsul documentației de atribuire unde se face referire la aceștia:

„1. Factorul de evaluare nr. 3: Tehnic 2. Capacitatea ofertantului de a livra pe bază de Building Information Modeling (BIM) - documentațiile de proiectare;

2. Factorul de evaluare nr. 4: Tehnic 3: Capacitatea ofertantului de a susține utilizarea Building Information Modeling (BIM) - în etapa de execuție a proiectului;

3. Factorul de evaluare nr. 6: Procesul specific de producție exprimat prin raportul durată/lucrări realizate CT/CP;

4. Factorul de evaluare nr. 7: Capacitatea de îndeplinirea a contractului (C) determinată pe baza nivelului specific de producție realizat în contracte similare”.

Prin urmare, arată achizitoarea, contestatoarea a adresat solicitarea cu scopul de a provoca un răspuns pe baza căruia să-și poată construi „în mod artificial” un nou motiv de contestație, cu scopul de a evita sancțiunea tardivității. Astfel, criticile concrete prezentate în cuprinsul contestației vizează, dincolo de orice dubiu, conținutul factorilor de evaluare, devenind incidente dispozițiile art. 8 din Legea 101/2016 care impun un termen pentru sesizarea Consiliului, de 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal.

Susține că, raportat la data comunicării factorilor de evaluare, respectiv 22.02.2024, acest termen s-a împlinit la 03.03.2024, moment față de care contestația depusă la 08.04.2024 se impune a fi respinsă, ca tardiv formulată.

Cu adresa înregistrată la CNSC cu nr. 22755/12.04.2024, ... SRL a transmis, în original, recipisa de depunere a cauțiunii nr. 210143478/1 din 12.04.2024, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, în valoare de 220.000, 00 lei.

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

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „...”, inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare ...,

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea estimată este de 9.801.555,1 euro.

Din conținutul contestației rezultă că aceasta vizează răspunsul (la clarificarea 9 din adresa nr. A5232 din 28.03.2024) autorității contractante la solicitarea de clarificări privind factorii de evaluare din fișa de date și algoritmul de calcul revizuit prin clarificarea din data de 22.02.2024 (de fapt, 20.02.2024, conform SEAP).

Referitor la excepția tardivității contestației formulate de către SRL, invocată de către autoritatea contractantă, Consiliul face aplicarea dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată, conform căroră *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”* și se va pronunța cu prioritate asupra excepției.

Actul administrativ contestat este adresa nr. A5232 publicată în SEAP la data de 28.03.2024.

Raportat la cele expuse anterior, Consiliul are în vedere faptul că, în prezenta speță, sunt aplicabile dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, conform căroră:

„(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.”

Din probele administrate la dosarul cauzei, prin raportare la valoarea estimată a achiziției publice, menționată în anunțul de participare (9.801.555,1 euro), mai mare decât pragul valoric menționat la art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, și a tipului de contract (lucrări), rezultă faptul că SRL a respectat termenul prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, privind obligația operatorilor economici de a transmite contestația autorității contractante și CNSC într-un anumit termen, respectiv în 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul acesteia considerat nelegal, respectiv adresa nr. A5232/ 28.03.2024.

Urmare a luării la cunoștință despre conținutul adresei nr. A5232/ 28.03.2024, ... SRL a transmis către C.N.S.C. și către autoritatea contractantă, contestația, în termen, prin e-mail, la data de **08.04.2024** (07.04.2024 fiind duminică), respectându-se termenul legal de 10 zile prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, anterior calculat.

Astfel, Consiliul reține că potrivit art. 5 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, *„(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și **se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului**”*, iar potrivit art. 183 art. (1) și (3) din Codul de procedura civilă, *„(1) Actul de procedură, depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare **ori trimis prin fax sau e-mail, este socotit a fi făcut în termen.** (...) (3) În cazurile prevăzute la alin. (1) și (2), recipisa oficiului poștal, precum și înregistrarea ori atestarea făcută, după caz, de serviciul de curierat rapid, de serviciul specializat de comunicare, de unitatea militară sau de administrația locului de deținere, pe actul depus, precum **și mențiunea datei și orei primirii faxului sau a e-mail-ului**, astfel cum acestea sunt atestate de către calculatorul sau faxul de primire al instanței, **servesc ca dovadă a datei depunerii actului de către partea interesată**”*.

În aceste condiții, constatându-se că SRL a formulat și transmis la C.N.S.C. și autoritatea contractantă contestația în termenul legal, Consiliul va respinge excepția invocată de către autoritatea contractantă, referitoare la tardivitatea depunerii contestației de către

În analizarea pe fond a prezentei contestații, Consiliul reține faptul că ofertantul contestator a transmis autorității contractante o solicitare de clarificare privind factorii de evaluare și algoritmul de calcul, la care autoritatea contractantă a răspuns în data de 28.03.2024, răspuns ce face obiectul contestației în analiză.

Prin adresa nr. A5232/ 28.03.2024, răspunzând acestor solicitări de clarificări formulate de contestatoare, autoritatea contractantă a transmis „răspunsul consolidat”, menționând următoarele:

„Autoritatea contractantă menține factorii de evaluare din fișa de date, Cap. III.2.5 Criterii de atribuire, conform algoritmului de calcul revizuit prin clarificarea din data de 22.01.2024”.

Analizând răspunsul autorității contractante și documentația de atribuire, Consiliul reține că acesta nu a modificat cerințele inițiale ale documentației de atribuire și nici revizuirea algoritmului de calcul din data de 20.02.2024. Astfel, prin răspunsul său, autoritatea contractantă menționează că menține factorii de evaluare din fișa de date și algoritmul de calcul revizuit la data de 20.02.2024.

Criticile contestatorului vizează documentația de atribuire, respectiv factorii de evaluare, despre care a luat cunoștință la data de 12.01.2024, și algoritmul de calcul, revizuit la data de 20.02.2024, despre care a luat cunoștință la aceeași dată.

Din contestație rezultă că aceste critici vizează, în fapt, fișa de date și clarificarea din oficiu din data de 20.02.2024, parte a documentației de atribuire, ce nu au făcut obiectul solicitărilor sale de clarificări și a căror contestare, în prezent, este tardivă.

Referitor la răspunsul autorității contractante din data de 28.03.2024, Consiliul reține că ofertantul contestator critică faptul că aceasta nu a eliminat notele de subsol aferente factorilor de evaluare nr. 3 (Tehnic 2) și nr. 4 (Tehnic 3) și nu a eliminat factorii de evaluare nr. 6 și nr. 7, având în vedere faptul că, într-o altă procedură, Consiliul, prin decizia nr. 578/C4/406 din 06.03.2024, a constatat nelegalitatea factorilor de evaluare nr. 6 și nr. 7 și a notelor de subsol aferente factorilor de evaluare nr. 3 (Tehnic 2) și nr. 4 (Tehnic 3).

Însă, Consiliul constată că ofertantul contestator nu trebuia să aștepte decizia Consiliului, dintr-o altă procedură, pentru a solicita eliminarea acestor factori de evaluare și a notelor de subsol, despre care a luat cunoștință la data de 12.01.2024, respectiv la data de 20.02.2024, când a fost revizuit algoritmul de calcul. Ar fi trebuit să critice factorii de evaluare, în termenul legal, așa cum a procedat în procedura pe care o invocă.

În concluzie, niciun element contestat nu ține efectiv de răspunsul la clarificări, ci, invocându-se acesta, se critică în realitate documentația de atribuire, sub aspectul conținutului.

Documentația de atribuire a fost publicată de autoritatea contractantă cu luarea în considerare a prezumției, permise de lege, că operatorii economici interesați de procedură sunt specializați în categoria de lucrări din care face parte proiectul, cunosc prevederile legale necesar a fi respectate în vederea proiectării și executării acestuia și că au expertiza necesară pentru a putea citi și înțelege actele ce constituie documentația de atribuire.

În baza documentelor ce constituie documentația de atribuire și a prezumției privind specializarea operatorilor economici interesați de procedură, este permisă concluzia că răspunsul la clarificări a fost emis suficient de explicit, pentru a permite operatorilor economici interesați formularea conformă a ofertelor.

Consiliul constată că încă de la publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., respectiv la data de 12.01.2024, autoarea contestației a luat cunoștință despre conținutul prevederilor documentației de atribuire, în cuprinsul căreia se regăsesc cerințele a căror eliminare le consideră necesare contestatoarea.

Analizând în mod comparativ, prevederile documentației de atribuire anterior enunțate și răspunsul autorității contractante la solicitarea de clarificări anterior reprodusă se constată că prin acesta se mențin cerințele în discuție, iar dacă autoarea contestației dorea modificarea prevederilor documentației de atribuire în sensul celor solicitate în cadrul contestației, trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal prevederile documentației de atribuire (respectiv până la data de 22.01.2024 inclusiv), neputând fi reținut niciun motiv legal pentru depășirea termenului impus de Legea nr. 101/2016. Altfel, acest termen legal ar ajunge să fie lipsit de orice fel de efect și, în acest fel, deturnat textul legii, dacă, sub acoperirea unor adrese de solicitări de clarificări, operatorul economic ar putea să conteste ulterior prevederile din documentație, invocând curgerea termenului de la răspunsul primit.

Raportat la valoarea estimată a contractului de achiziție publică în cauză, respectiv 9.801.555,1 euro, fără TVA, mai mare decât pragul valoric menționat la art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 (5.538.000 EUR), în speță, sunt aplicabile prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016. Întrucât documentația de atribuire a fost publicată în SEAP la data de 12.01.2024, respectiv revizuirea la data de 20.02.2024, contestațiile împotriva prevederilor acesteia puteau fi formulate până la data de 22.01.2024 (inclusiv), respectiv până la data de 01.03.2024.

În consecință, Consiliul constată că răspunsul autorității contractante prin conținutul lui, nu constituie document de natură să repună contestatoarea în termenul de a contesta prevederile documentației de atribuire.

Solicitarea contestatoarei de a anula răspunsul autorității contractante în funcție de aspectele menționate de aceasta în cuprinsul contestației, ar însemna în fapt modificarea documentației de atribuire.

Purtarea, de către potențialii ofertanți, a unei corespondențe de clarificare a documentației de atribuire cu autoritatea contractantă nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației împotriva prevederilor documentației de atribuire sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta. Dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări privind documentația de

atribuire duce la prelungirea termenului de atac al documentației, s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiuitor.

Astfel, Consiliul constată că, în actualul stadiu al procedurii de atribuire, criticarea prevederilor documentației de atribuire, apare ca tardivă.

În acest context, Consiliul constată că, deși din punct de vedere formal, autoarea contestației a atacat un răspuns la clarificări, în realitate aceasta urmărește modificarea documentației de atribuire.

De asemenea, Consiliul constată că legislația în vigoare nu prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau de a propune modificarea documentației de atribuire și nici obligația autorității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că aceasta nu este întocmită în mod corespunzător.

Astfel, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă nu avea nicio obligație legală de a modifica documentația de atribuire ca urmare a solicitărilor operatorilor economici interesați.

Dreptul acordat operatorilor economici, conform prevederilor art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 „de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire”, nu poate fi înțeles prin obligarea autorității contractante de a modifica documentația de atribuire în conformitate cu solicitările unora sau altora dintre operatorii economici posibili ofertanți. În situația în care operatorii economici interesați apreciază că documentația de atribuire încalcă anumite prevederi legale în vigoare, trebuie să depună diligențe pentru a o contesta, cu respectarea termenului legal aplicabil, stipulat de art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

În consecință, Consiliul va respinge aceste critici ale contestatoarei.

Luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția invocată de autoritatea contractantă, în ceea ce privește contestația formulată de SRL.

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.