



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 636 /C9/356

Data: 29.03.2021

Prin contestația înregistrată la Consiliu cu nr. 8638/19.02.2021, depusă de SA, cu sediul în localitatea, județul, având CUI RO5288452 și număr de înregistrare în Registrul Comerțului ..., cu sediul procesual ales pentru comunicarea actelor de procedură în, privind procedura de licitație deschisă, organizată pentru încheierea acordului-cadru având ca obiect Lucrări de covoare asfaltice pe drumurile județene din județul, cod CPV 45233140-2 Lucrări de drumuri (Rev.2), organizată de, cu sediul în, b-dul ..., județul, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat:

- în principal, anularea cerințelor criticate și obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire, în conformitate cu motivarea deciziei ce urmează a fi pronunțată;

- în subsidiar, anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016;

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, în temeiul art. 22 alin. (1) și următoarele din Legea nr. 101/2016;

- obligarea autorității contractante la suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea contestației.

Cererea de suspendare a fost respinsă ca nefondată de către Consiliu prin Încheierea nr. 451/C9/356/23.02.2021.

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 ofertantul SA critică aspecte din documentația de atribuire întocmită în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare următoarele argumente:

Cu titlu prealabil, în urma controlului *ex ante* exercitat de ANAP cu privire la procedură, a fost emis Avizul Conform Condiționat nr. 1587/28.01.2021, prin care i s-au impus autorității contractante o serie de măsuri de remediere în vederea conformării cerințelor impuse cu prevederile legale în vigoare.

Deși autoritatea contractantă a pus în aplicare o parte din măsurile impuse prin avizul condiționat, majoritatea măsurilor impuse nu au fost implementate sau au fost implementate necorespunzător, sens în care documentația publicată de autoritatea contractantă este în vădită contradicție cu avizul ANAP.

A. Critici vizând prevederile fișei de date a achiziției

i. Factorii de evaluare constând în „repartizator mixtură” și „stație de mixtură” sunt nelegali și restrictivi, după cum s-a statuat și în Avizul condiționat emis de ANAP.

În conformitate cu prevederile secțiunii II.2.5 din fișa de date, criteriul de atribuire al contractului este prevăzut ca fiind „cel mai bun raport calitate-preț”, având un număr de 4 factori de evaluare:

- Prețul ofertei (cu o pondere de 80%);
- Perioada de garanție acordată lucrărilor (cu o pondere de 5%);
- Repartizator mixtură asfaltică (cu o pondere de 10%);
- Stație de preparat mixtură asfaltică (cu o pondere de 5%).

Cu privire la ultimii doi factori de evaluare (cei privitori la utilaje), în cuprinsul Avizului Conform Condiționat emis de ANAP, la punctul 1 se prevăd următoarele: „1) în fapt: Au fost formulați factorii de evaluare care nu se încadrează în prevederile legale („Repartizator mixtură asfaltică” și „Stație de preparat mixtură asfaltică”).

Măsura de remediere: II.2.5 - eliminați factorii de evaluare: „Repartizator mixtură asfaltică” 10% ("10 puncte pentru utilaj fabricat în ultimii 2 ani (2019-2020) - 5 puncte pentru utilaj cu vechime de fabricație mai mare de 2 ani - maxim 4 ani (2017-2018)") și "Stație de preparat mixtura asfaltică" 5% ("Ofertant cu stație de asfalt proprie = 5 puncte") - acești factori nu se încadrează în prevederile art. 187 din Legea nr. 98/2016 și art. 32 din HG nr. 395/2016."

Astfel, deși ANAP a impus în mod expres eliminarea acestor doi factori de evaluare, autoritatea contractantă a ales în mod inexplicabil să îi mențină.

Din punctul său de vedere, contestatoarea susține ca fiind corectă concluzia ANAP cu privire la nelegalitatea acestor doi factori de evaluare.

Sunt invocate dispozițiile art. 187 alin. (4) și (5) și art. 188 din Legea nr. 98/2016.

Chiar dacă cele două utilaje/installații prevăzute ca factori de evaluare sunt utilizate în tehnologia de execuție a covoarelor asfaltice, acesta nu este un motiv suficient pentru ca însăși deținerea lor să fie prevăzută cu titlu de factor de evaluare, ci poate justifica cel mult impunerea deținerii lor ca cerință de calificare sau cerință de conformitate a propunerii tehnice.

În acest sens, petenta invocă prevederile art. 32 alin. (8) din HG nr. 395/2016.

Astfel, simpla deținere a unui repartizator sau a unei stații de mixturi asfaltice nu este de natură să asigure un avantaj, în condițiile în care toți ofertanții vor trebui să dețină astfel de utilaje.

În plus, dacă în ceea ce privește repartizatorul, elementul punctat este vechimea utilajului, în cazul stației de mixturi se punctează simpla deținere a acesteia în proprietate.

Mai mult, în cazul ambelor utilaje, se acordă punctaj doar dacă ele sunt deținute în proprietate, deținerea acestora în folosință (prin contract de închiriere sau comodat) nefiind punctată.

În ceea ce privește vechimea utilajului, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă nu poate justifica în niciun fel obținerea vreunui avantaj prin utilizarea acestui factor de evaluare, ci dimpotrivă, un dezavantaj clar în utilizarea eficientă a fondurilor de care dispune. Astfel, prin menținerea acestui factor de evaluare, autoritatea contractantă nu face altceva decât să acorde un punctaj mai bun unei oferte cu un preț mai mare, ceea ce înseamnă cheltuieli mai mari pentru același rezultat (aceeași cantitate de mixtură asfaltică și în aceleași condiții de calitate poate fi pusă în operă și cu un repartizator cu o vechime de 2 ani, 4 ani sau 5 ani). Punctarea unui anumit an de fabricație al repartizatorului nu înseamnă altceva decât ineficiență în cheltuirea fondurilor.

Aceste aspecte au fost punctate și în avizul ANAP.

Având în vedere toate aceste aspecte, ... SA consideră nelegală impunerea acestor doi factori de evaluare și solicită eliminarea lor din cuprinsul documentației de atribuire.

ii. În ceea ce privește factorul de evaluare constând în perioada de garanție, autoritatea contractantă nu a completat documentația în conformitate cu Avizul ANAP.

În cuprinsul fișei de date a achiziției cu privire la acest factor de evaluare se prevăd următoarele: „Perioada începând de la data recepției la terminarea lucrărilor (minim 36 luni - maxim 60 luni). Ofertele cu o perioadă de garanție mai mică de 36 luni vor fi respinse iar pentru ofertele care au o perioadă de garanție mai mare de 60 luni nu se va acorda punctaj suplimentar.”

Fără a contesta legalitatea în sine a acestui factor de evaluare, în cuprinsul avizului conform condiționat ANAP precizează următoarele: „Factorul de evaluare „Perioada de garanție acordată lucrărilor” nu este complet definit. Nu este atașat Formularul de propunere tehnică.

Măsura de remediere: II.2.5 - factorul de evaluare „Perioada de garanție acordată lucrărilor”:

(a) Completați la această secțiune o mențiune din care să rezulte că ofertele cu o perioadă de garanție mai mică de 36 luni vor fi respinse iar pentru ofertele care au o perioadă de garanție mai mare de 60 luni nu se va acorda punctaj suplimentar;

(b) Aveți în vedere că un simplu angajament cu privire la acordarea unei perioade de garanție a lucrării peste cel minim stabilit prin lege, nu poate fi suficient pentru a garanta autorității contractante că avantajul obținut pe perioada evaluării ofertelor va fi păstrat în implementarea contractului. În acest sens, autoritatea contractantă va solicita ofertanților (ex. în CS) ca, prin propunerea tehnică, aceștia să descrie modul în care planul de management al calității va asigura nivelul necesar de calitate al rezultatelor sale și al procesele de lucru, prin prezentarea abordării generale și metodologiei pentru realizarea activităților din cadrul contractului, inclusiv descrieri detaliate ale metodelor de lucru pentru componentele majore ale lucrărilor precum și materialele pe care le va pune în operă, astfel încât ofertarea unei garanții extinse a lucrărilor să nu se facă doar la nivel declarativ în vederea obținerii unui punctaj mare pentru acest factor de evaluare;

(c) Atașați un Formular de propunere tehnică care să permită structurarea în corelație cu factorii de evaluare stabiliți.”

Dacă primele două măsuri (literale a și b de mai sus) au fost implementate, nu același lucru se poate spune despre obligația de atașare a unui formular de propunere tehnică care să permită structurarea în corelație cu factorii de evaluare stabiliți.

Astfel, în secțiunea Formulare publicată în SEAP, au fost încărcate:

- FORMULAR nr. 1: Împuternicire pentru semnatarii ofertei
- FORMULAR nr. 2 : Formular de ofertă
- FORMULAR nr. 3 : Acord de asociere
- FORMULAR nr. 4 : Declarație privind protecția muncii, a mediului și a obligațiilor în domeniul social
- FORMULAR nr. 5 : Angajament terț susținător.

Lipsește formularul de propunere tehnică impus de ANAP prin avizul condiționat, aspect care adaugă încă o încălcare a avizului și constituie un element de nelegalitate al documentației de atribuire publicate de autoritatea contractantă.

Tot cu privire la perioada de garanție, prin caietul de sarcini, pct. 7.2, se solicită: „Pe toată durata perioadei de garanție lucrarea se află în întreținerea executantului, cu obligația acestuia de a supraveghea și a remedia imediat deficiențele apărute astfel încât la recepția finală,

obiectivul să poată fi preluat în condițiile de la recepția la terminarea lucrărilor."

Această solicitare contravine mențiunii din HG nr. 273/1994, respectiv Regulamentului privind recepția construcțiilor, care la art. 22 pct. (1) prevede că: „Investitorul preia construcția de la executant în baza procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor."

Cu alte cuvinte, conform regulamentului de recepție (HG 273/1994), lucrarea se preia de la executant în baza procesului-verbal de recepție, astfel încât executantul poate interveni asupra lucrărilor doar ca urmare a dispozițiilor date de beneficiar.

De altfel, întreținerea drumurilor județene cuprinde atât lucrări de întreținere de vară, cât și întreținere pe timp de iarnă, lucrări ce nu intră în atribuțiile ofertanților din procedura de față, iar eventualele intervenții asupra lucrărilor executate ar trebui să fie ca urmare a unor deficiențe de execuție a lucrărilor și nu intervenții cu caracter de lucrări de întreținere (curățarea șanțurilor, înierbarea acostamentelor etc), „astfel încât la recepția finală obiectivul să poată fi preluat în condițiile de la recepția la terminarea lucrărilor".

iii. Modalitatea de reglementare a cerințelor de calificare privind capacitatea financiară (cifra de afaceri și lichiditatea generală) este contrară prevederilor art. 34 din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 31 alin. (3) din Normele metodologice.

Fără a contesta dreptul principal al autorității contractante de a impune cerințe minime de calificare privind capacitatea economică și financiară (drept garantat de dispozițiile art. 175 din Legea nr. 98/2016), aceste cerințe trebuie reglementate însă în așa fel încât să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru și să fie proporționale prin raportare la obiectul acestuia.

Din punctul său de vedere, contestatoarea consideră că niciuna dintre cele două cerințe, în maniera în care ele au fost explicitate în fișa de date, nu respectă această exigență.

Astfel, în ceea ce privește cerința privind nivelul minim al cifrei de afaceri, chiar dacă valoarea prag impusă nu depășește valoarea maximă prevăzută de art. 176 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, manieră în care ofertanților li se impune să demonstreze această cerință este nejustificată prin raportare la obiectul contractului.

Se referă la modalitatea de îndeplinire a cerinței în cazul participării în asociere, situație pentru care s-a prevăzut că cerința valorică se îndeplinește în comun prin cumularea cifrelor de afaceri medii anuale generale, aferente fiecărui asociat în parte, proporțional cu cota de implicare în viitorul contract, declarată prin acordul de asociere.

Deși această modalitate de îndeplinire a cerinței este permisă de lege, ea este prevăzută ca o situație de excepție care trebuie argumentată în mod corespunzător în strategia de contractare.

Contestatoarea a invocat prevederile art. 54 alin. (3) și (4) din Legea nr. 98/2016, precum și dispoziții legale art. 31 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Din punctul său de vedere aplicarea acestei ipoteze de excepție nu a fost justificată de către autoritatea contractantă, iar specificul prezentului contract nu impune o astfel de modalitate de îndeplinire a cerinței minime de calificare.

În acest sens s-a pronunțat și ANAP.

În ceea ce privește cerința privind indicatorul de lichiditate generală, nelegalitatea acesteia comportă o dublă perspectivă:

-mai întâi cerința încalcă dispozițiile art. 31 alin. (2) din HG nr. 395/2016;

-pe de altă parte, s-a prevăzut că cerința se îndeplinește individual de către fiecare membru al asocierii. Aceasta prevedere îngreuează dreptul la asociere al operatorilor economici și favorizează participarea la procedură cu oferta individuală. Totodată, cerința este nejustificată și raportat la faptul că în contractele de achiziție publică răspunderea membrilor asocierii este una solidară.

Și cu privire la aceasta cerință opinia sa este confirmată de avizul ANAP.

Pentru toate aceste considerente, ... SA solicită eliminarea celor două cerințe din cuprinsul documentației de atribuire.

iv. Limitarea experienței similare la contracte având ca obiect „drumuri publice” este restrictivă.

În cuprinsul secțiunii III.1.3 Capacitate tehnică și profesională se solicita „prezentarea a minim 1 contract de lucrări de drumuri care să respecte condițiile de similaritate.”

În aceeași secțiune se prevede că „Similaritatea presupune minim un tip de lucrări executate în domeniul drumurilor, indiferent de categoria/clasa drumului, cu condiția să fi fost drumuri publice. Prin lucrări similare se înțeleg lucrări asemănătoare de tipul/natura și complexitatea, cât și din punct de vedere al rezultatului sau funcționalității urmărite prin scopul contractului, cu cele supuse obiectului achiziției, ai căror beneficiari finali sunt autorități contractante”.

Se observă că cerința impune o dublă limitare:

-obiectul contractului trebuie să fie drumuri publice (condiție fără nicio justificare din punct de vedere tehnic);

-beneficiarii finali ai respectivelor contracte trebuie să fi fost autorități contractante (din nou, o cerință fără niciun fel de justificare practică).

Aceste aspecte au fost sesizate și în avizul ANAP, fiind considerate că restricționează participarea.

v. Cerința de calificare privind utilajele nu a fost justificată, după cum s-a constatat prin Avizul ANAP.

Tot ca o cerință privind capacitatea tehnică, autoritatea contractantă a impus ofertanților prezentarea următoarelor dotări

minime: 1 laborator autorizat, de grad corespunzător lucrărilor; 2 buc. rulou compresor static autopropulsat; 1 buc. placă vibratoare sau mai mecanic; 1 buc. autogreder; 1 buc. excavator; 1 buc. stație de preparat mixturi asfaltice; 1 trusă pentru punerea în operă a mixturii asfaltice (repartizator mixtură, cilindri compactori, perie mecanică, cisternă pentru apă, instalație pentru amorsarea mecanică a suprafețelor); 4 buc. autobasculante dotate cu prelate; 1 eșalon de lucru pentru marcaje rutiere.

Contrar celor impuse prin avizul ANAP, autoritatea contractantă nu a justificat numărul de utilaje impuse și nici tipul acestora, dar nici nu a eliminat cerința înlocuind-o cu declarația prevăzută de art. 179 lit. j) din Legea nr. 98/2016. Așadar, și sub acest aspect, autoritatea contractantă nu a ținut cont de avizul conform.

vi. Autoritatea contractantă nu a respectat măsurile de remediere impuse prin Avizul Condiționat în privința cerințelor referitoare la personal.

Deși în cuprinsul secțiunii III.2.3 Informații privind personalul responsabil cu executarea contractului, în dreptul obligației de a preciza numele și calificările profesionale ale angajaților desemnați pentru executarea contractului s-a bifat „NU”, în secțiunea dedicată modalității de prezentare a propunerii tehnice se prevede: „Ofertanților li se solicită indicarea tehnicienilor sau a organismelor tehnice implicate, indiferent dacă fac sau nu parte din organizația operatorului economic. Personalul minim solicitat pentru îndeplinirea contractului:

- 1 Inginer/subinginer specialitatea căi ferate, drumuri și poduri - șef lucrare
- 1 Responsabil tehnic cu execuția atestat în domeniul 2.1 „Construcții rutiere și drumuri”, conform Ordinului 1695/2016,
- 1 Responsabil tehnic cu controlul calității - CQ
- 1 Responsabil SSM;
- 1 Topograf autorizat ANCPI, conform Ordinului 107/2010.

În cuprinsul avizului ANAP s-au impus măsuri în ceea ce privește personalul.

Doar o parte dintre recomandările ANAP au fost respectate (de ex: s-a menținut cerința calificării specifice pentru RTE și specialistul topograf în cadrul fișei de date a achiziției).

vii. După cum s-a constatat și în Avizul ANAP, impunerea prezentării ofertelor de la furnizori în propunerea tehnică este excesivă.

În cuprinsul secțiunii IV.4.1 Modalitatea de prezentare a propunerii tehnice se prevede obligația ofertanților de a prezenta oferte ferme de la furnizorii de profil sau prin încheierea unor contracte de furnizare cu furnizorii de profil, ofertele fiind adresate în mod individual constructorului unic/constructorilor asociați, după caz, exclusiv pentru materialele de construcții necesare execuției.

Măsura de remediere impusă de ANAP în această privință a fost că se va elimina impunerea prezentării de oferte de la

furnizori/contracte cu aceștia, fiind excesivă, iar autoritatea contractantă poate solicita cel mult informații privind resursele materiale.

Cerința a fost menținută în fișa de date cu ignorarea Avizului conform condiționat.

viii. Limitarea posibilității de adjudecare la un singur lot prevăzută în fișa de date vine în contradicție cu dispozițiile privitoare la semnarea acordului-cadru cu 3 operatori cu reluarea competiției (reofertarea anuală între semnatarii acordului-cadru).

În cuprinsul secțiunii II.1.6 din fișa de date se prevede numărul maxim de loturi care pot fi atribuite unui singur ofertant, și deși este permisă depunerea ofertelor pe mai multe loturi, autoritatea contractantă a înțeles să limiteze posibilitatea de adjudecare la un singur lot.

Deși această posibilitate este recunoscută de dispozițiile art. 141 alin. (4)-(7) din Legea nr. 98/2016, contestatoarea consideră că aceasta limitare este incompatibilă cu modalitatea de încheiere a acordului-cadru (cu până la 3 ofertanți), precum și cu dispoziția care prevede reluarea competiției anual între semnatarii acordului-cadru.

În concret, acordul-cadru urmează a fi semnat cu trei operatori economici (în cazul în care vor fi suficient de mulți participanți la procedură), însă contractele subsecvente se vor semna cu un singur operator, cu ocazia încheierii fiecărui contract urmând a fi reluată competiția între cei trei operatori economici.

Astfel, în cuprinsul secțiunii IV.1.3 se prevede: „Detaliere: În perioada acordului-cadru în fiecare an se va proceda la reluarea competiției cf. art. 118 (1) lit. b) și art. 119 din Legea 98/2016, doar între ofertanții aceluiași lot semnatori ai acordului-cadru/lot. Reofertarea implică numai factorii de evaluare: prețul, stația de asphalt și repartizorul de mixturi asfaltice. Garanția acordată lucrărilor rămâne fermă pe toată perioada acordului-cadru”.

Trecând peste faptul că reofertarea este prevăzută a se realiza și pentru factorii „stație de asphalt” și „repartizator”, factorii de evaluare nelegali pe care ANAP a impus autorității să îi elimine, consideră că în cazul de față nu se impune reluarea competiției.

Astfel, art. 118 pct. (1) din Legea nr. 98/2016 stabilește modul în care se execută acordul-cadru și anume: cu sau fără reluarea competiției. În cazul în care acordul-cadru stabilește toți termenii și condițiile care reglementează execuția lucrărilor, modul de execuție este fără reluarea competiției.

Edificatoare în acest sens este și Notificarea ANAP cu privire la utilizarea acordului-cadru din 10 octombrie 2018.

Întrucât avizul condiționat ANAP a impus autorității contractante eliminarea factorilor de evaluare: stație de asphalt și repartizator de mixturi, este cât se poate de clar că toate condițiile sunt stabilite, cu excepția cantității, astfel încât se impune ca atribuirea contractelor subsecvente să se realizeze fără reluarea competiției.

De asemenea, modul în care autoritatea contractantă a înțeles să facă atribuirea pe loturi, cu limitarea posibilității de atribuire la un singur lot, conduce în mod cât se poate de clar la utilizarea ineficientă a fondurilor.

Astfel, la pct. II.1.6) din fișa de date, se menționează: „În cazul în care un ofertant a obținut același loc în clasament la ambele loturi și punctaj egal la ambele loturi, acestuia i se va atribui în ordine cronologică, lotul 1", prin urmare, execuția lucrărilor pentru lotul 1 va implica costuri mai reduse, în timp ce același tip de lucrări, pentru lotul 2, se va executa la prețuri categoric mai mari.

În aceste condiții, îngrădirea dreptului operatorilor economici de a adjuca ambele loturi nu este justificată.

Aceasta este și concluzia verificatorilor ANAP care menționează în avizul conform faptul că recomandă să reanalizeze limitarea „Numărul maxim de loturi care pot fi atribuite unui singur ofertant" la 1, întrucât pot participa operatori economici care să aibă capacitatea tehnică să realizeze lucrările ambelor loturi, în condițiile în care contractul subsecvent se atribuie cu frecvența: Minim 1 contract subsecvent/an/lot.

B. Critici vizând prevederile caietului de sarcini

La punctul 7.6 - Plata din caietul de sarcini se menționează: „...iar ultima factura va fi însoțită și de procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor." Această prevedere nu este corelată cu restul documentației de atribuire, în special cu clauzele modelului de contract subsecvent.

Astfel, în modelul de contract subsecvent, la art. 19.7 se precizează: „Plata facturii finale se va face după verificarea și acceptarea situației de plată definitive de către achizitor.", în timp ce la art. 16.2 pct. 2) se menționează: „Pe baza situațiilor de lucrări executate confirmate și a constatărilor efectuate pe teren, achizitorul va aprecia dacă sunt întrunite condițiile pentru a convoca comisia de recepție."

Față de cele prezentate mai sus, contestatoarea consideră că nu se poate notifica terminarea lucrărilor dacă situațiile de plată nu au fost confirmate și respectiv facturate, astfel încât condiționarea facturii de procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor contravine celorlalte mențiuni din contract, respectiv art. 16.2 și 19.7 din contract.

C. Critici vizând clauzele contractului

Prerogativele de putere publică ale administrației au la bază faptul că administrația încheie contractul în scopul de a satisface un interes general. În virtutea acestor prerogative, administrația are posibilitatea de a impune clauze mai oneroase în contract, însă aceste clauze nu pot fi, *de plano*, nelegale, abuzive.

În consecință, chiar dacă este de esența contractelor de achiziție publică să cuprindă anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc să se implice într-o relație contractuală cu statul sau

entitățile sale publice, solicitările autorității nu pot depăși normele legale în vigoare.

În analiza modelului de contract postat de autoritatea contractantă, dincolo de specificul riguros al contractului de achiziție publică, autoritatea contractantă a inserat o serie de clauze care fie sunt nelegale, fie nu se corelează cu restul prevederilor documentației.

Astfel:

o Clauza 3.3 din acordul-cadru prevede reluarea competiției prin aplicarea factorilor de evaluare inclusiv stația de mixturi și repartizatorul. Această clauză se impune a fi eliminată ca o consecință a eliminării acestor factori de evaluare pentru motivele expuse mai sus.

o Clauza 12 din contractul subsecvent face niște distincții complet artificiale și lipsite de fundament juridic între noțiunile de neexecutare totală, parțială și executare necorespunzătoare cu consecința aplicării unor daune interese cuprinse între 10% din prețul contractului și 20% din preț în funcție de „tipul” de încălcare constatată.

Trecând peste faptul că, în practică, încălcările obligațiilor contractuale vor fi extrem de dificil de încadrat în una dintre cele trei categorii, quantumul daunelor interese stabilite este disproporționat, dat fiind faptul că, în aceeași clauză, sunt prevăzute și penalități de întârziere în quantum de 0.1% pe zi de întârziere.

o Clauza.16.4 din contractul subsecvent precizează: „Recepția lucrărilor se efectuează în conformitate cu Regulamentul privind efectuarea recepției lucrărilor de întreținere și serviciilor de întreținere și reparații curente la drumurile publice Indicativ AND 514/2000.”

Normativul AND 514/2000 a fost abrogat și înlocuit cu Normativul AND 514/2007.

Totodată, petenta arată că o parte din lucrările solicitate a fi executate și anume: tăierea acostamentelor, plombarea gropilor, aducerea la cotă a acostamentelor, marcajele rutiere sunt lucrări pentru care normativul AND 514/2007 nu prevede perioada de garanție, recepția acestora făcându-se într-o singură fază.

o Clauza 20.2 litera d) prevede ca ipoteză de denunțare unilaterală a contractului situația în care executantul se află în „culpa profesională gravă”, noțiune care nu este definită nicăieri în contract. În lipsa unei definiții clare a acestei noțiuni, dreptul autorității contractante de denunțare unilaterală a contractului devine arbitrar.

Pentru toate aceste considerente, ... SA solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 3508/25.02.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 9636/25.02.2021, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestația depusă de SA, prin care susține următoarele:

Conform art. 14 (8) din OUG 98/2017 privind funcția de control ex-ante al procesului de atribuire a contractelor/acordurilor-cadru de

achiziție publică, nulitatea absolută a contractului încheiat ca urmare a unei proceduri de atribuire care a făcut obiectul controlului ex-ante și în care ANAP a emis un aviz conform condiționat se constată doar de către instanța de judecată, aceasta fiind singura îndreptățită a analiza pe fond argumentele aduse de autoritatea contractantă în cauza pentru ignorarea celor reținute de ANAP. Referitor la procedura de conciliere cu ANAP, aceasta este de asemenea facultativă conform art. 16 alin. (3) din OUG nr. 98/2017.

În consecință, autoritatea contractantă este convinsă că nu a încălcat legea achizițiilor publice sub nicio formă.

Având în vedere că toate aspectele de regularitate (cele care nu respectă prevederile legale) au fost luate în seamă de autoritatea contractantă prin modificări ale documentației de atribuire, analizând exclusiv recomandările (aspectele de calitate) făcute de ANAP în Avizul conform condiționat nr. 1587/28.01.2021 aferent procedurii de față. Autoritatea contractantă, prin responsabilul procedurii de achiziție publică, a constatat că anumite recomandări nu sunt deloc motivate ceea ce încalcă obligațiile verficatorului ANAP de a-și justifica activitatea de verificare. Dintre toate aspectele (de regularitate sau de calitate) identificate de ANAP, doar eliminarea factorilor de evaluare (stația de asfalt și repartizatorul de mixtură asfaltică) nu a fost justificată.

Pentru factorii de evaluare recomandați a fi excluși nu există nicio explicație/motivație din partea ANAP, în afară că nu se încadrează în prevederile legale de la art. 187 și art. 189 din Legea nr. 98/2016, art. 32 din HG nr. 395/2016, fără a se indica în concret care este abaterea sau încălcarea efectivă a normei legale.

Aceste articole de lege nu exemplifică factori de evaluare, ci definesc ce pot viza aceștia, printre care și avantaje tehnice, conform art. 187 alin. (5) lit. a), contrar a ceea ce spune verficatorul ANAP. Indicând în aviz că aspectul identificat este unul de calitate, ANAP se și contrazice, întrucât numai aspectele de regularitate identifică nerespectarea legislației. De asemenea, factorii de evaluare nu sunt criterii de calificare, adică nu restrâng într-o anumită măsură participarea la o procedură de achiziție publică, ci reprezintă doar punctajul unor avantaje reale de natură economică sau tehnică care pot fi aduse autorității contractante. În cazul de față, prin criterii de calificare au fost solicitate utilajele considerate obligatorii pentru execuția unor lucrări de asfaltare, iar prin factorii de evaluare se va acorda un punctaj suplimentar ofertanților care vor pune la dispoziție anumite utilaje/echipamente considerate esențiale (repartizatorul de mixtură și stația de asfalt) exclusiv deținute în proprietate, pentru că altfel factorul de evaluare ar deveni formal, datorită faptului că utilajele prezentate în ofertă ca închiriate sau sub altă formă de deținere, nu prezintă credibilitatea utilizării efective a unui utilaj deținut în proprietate. Dacă condiția de deținere în proprietate lipsea, toți ofertanții puteau prezenta în ofertă chiar și același utilaj deținut de

către un operator economic neparticipant la licitație, exact ca în situația susținerii criteriilor de calificare și selecție de către terții susținători, adică practic numai scriptic.

Aspectul privind factorii de evaluare, fiind identificat ca aspect de calitate/recomandare, autoritatea contractantă a justificat în Strategia de contractare la Cap.4.6 - Justificarea criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare, propunerea de utilizare a acestor factori tehnici de evaluare, care, prin definiția generală prevăzută în legea achizițiilor, aduc autorității contractante niște avantaje de natură economică sau tehnică care trebuie să rezulte exclusiv din propunerea tehnică sau financiară prezentată de ofertant, conform art. 32 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

În sensul aceluiași prevederi legale, autoritatea contractantă susține că se poate observa că factorii aleși nu sunt formali, adică pot realiza departajarea între ofertanți, adică concurența și, de asemenea, pot fi urmăriți în cadrul procesului de evaluare a ofertelor și aplicarea criteriului de atribuire care în cazul de față este „cel mai bun raport calitate-preț”.

Factorii de evaluare trebuie să aducă avantaje reale, iar în cazul de față acestea sunt:

1. Perioada de garanție acordată lucrărilor aduce un avantaj financiar autorității contractante în sensul reducerii costurilor de întreținere a drumurilor pentru această perioadă declarată de ofertant. S-a impus o perioadă minimă obligatorie de 36 luni (legală) și una maximă de 60 luni, realistă (pentru cine își asumă calitatea lucrărilor și dorește punctaj suplimentar).
2. Repartizatorul de mixtură asfaltică este utilajul cu cea mai mare importanță în execuția lucrărilor de așternere a covoarelor asfaltice. Pentru o execuție de calitate superioară a covorului asfaltic, este necesar ca acest utilaj să utilizeze tehnologii moderne și cât mai de actualitate. De asemenea, un utilaj vechi și uzat chiar și utilizând aproape aceeași tehnologie comparativ cu unul mai nou ca fabricație, nu are aceeași capacitate de producție sau aceeași calitate în așternerea asfaltului (ex: repartizarea uniformă asistată a mixturii asfaltice în funcție de denivelările drumului sau așternere cu preîncălzirea mixturii asfaltice).

În concluzie, asfaltul poate fi așternut cu orice repartizator de mixturi asfaltice, diferența făcând-o calitatea așternerii care în practică, greu poate fi combătută după execuție, întrucât remedierea aspectului unui drum cu așternere vălurită a asfaltului nu se poate realiza decât prin așternerea unui strat nou de asfalt de o anumită grosime tehnică, care implică costuri serioase pentru executant, conducând la blocarea execuției contractului aflat în derulare.

Vechimea de 4 ani aleasă pentru un punctaj de 5 puncte este maximul apreciat de autoritatea contractantă pentru un utilaj de acest gen pentru a funcționa fără probleme după ce a fost servizat corespunzător în perioada de garanție.

Astfel, ... a hotărât să aprecieze ofertanții care pun la dispoziție, ultimele tehnologii în materie de așternere a asfaltului, pentru ca cetățenii/șoferii să beneficieze de drumuri cu o planeitate de apreciat.

3. Stația de preparat mixtură asfaltică deținută în proprietate reduce riscul neexecutării la timp a lucrărilor de asfaltare din cauza lipsei materiei prime esențiale (mixtură asfaltică) și aduce un plus de încredere în prețul ofertat pentru mixtură asfaltică care reprezintă cca 60% din prețul contractului.

Ofertanții care vor cumpăra mixtura asfaltică de la furnizorii de profil, în realitate nu au o garanție a prețului ofertat la licitație, iar pentru faptul că acest produs reprezintă cca 60% din valoarea contractului, apare riscul neexecutării lucrărilor din motive de profitabilitate.

Din punct de vedere juridic, autoritatea contractantă consideră că nu poate trage la răspundere furnizorii de mixtură asfaltică dacă aceștia nu-și vor respecta prețul oferit ofertanților la momentul depunerii ofertei. Prețul bitumului a produs mereu blocaje în executarea contractelor de asfaltare a drumurilor, întrucât se poate majora artificial în funcție de cerere, în perioada caldă a anului.

Având în vedere starea generală de degradare a drumurilor, mixtura asfaltică este solicitată de mai toate unitățile administrativ teritoriale, pentru executarea diferitelor lucrări de drumuri.

Foarte mulți constructori în domeniul drumurilor își desfășoară activitatea cumpărând această mixtură asfaltică de la agenți economici care sunt atât producători de mixtură asfaltică, cât și executanți de lucrări de drumuri.

Astfel, prin colaborarea cu o firmă de construcții care deține stație de asfalt proprie, autoritatea contractantă beneficiază de un avantaj suplimentar în sensul executării la timp a lucrărilor de asfaltare, în perioade prielnice din punct de vedere meteorologic, față de situația colaborării cu un constructor fără stație de asfalt proprie, care trebuie să aștepte aprovizionarea cu acest produs în funcție de capacitatea de producție a stațiilor de asfalt funcționale, suplimentar față de necesarul contractelor proprii angajate de producătorii de mixtură asfaltică la care se adaugă și contractele de furnizare angajate cu alți constructori fără stație de asfalt. Această situație poate genera creșterea artificială a prețului pe piață a mixturii asfaltice în perioada de execuție a contractului, conducând astfel la un risc de neexecutare pe motive de profitabilitate.

În concluzie, colaborarea cu un operator economic/constructor care este și producător de mixtură asfaltică este mai avantajoasă și mai sigură decât colaborarea cu un operator economic fără stație de asfalt proprie.

În aceeași măsură, conform prevederilor art. 32 alin. (2) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă consideră că stația de mixturi asfaltice proprie va asigura atât siguranța execuției lucrărilor la timp

cât și garantarea prețului ofertat, iar repartizatorul de mixturi asfaltice propriu și dotat cu tehnologie de actualitate va aduce un avantaj calitativ în execuție, punctajul ambelor dotări fiind suplimentar față de cerința de calificare de a dispune sub orice formă de aceste dotări esențiale, cerința de calificare care este evident nerestrictivă.

Pentru participarea la licitație, ofertanții se pot asocia și pot obține punctaj, deci nu este restricționată participarea la licitație. Numai criteriile de calificare restricționează participarea, dar și acestea pot fi îndeplinite prin asociere sau susținere. Criteriile de calificare și factorii de evaluare reprezintă condiții sau avantaje urmărite de achizitor într-un contract de achiziție publică.

Referitor la critica contestatoarei potrivit căreia autoritatea contractantă va utiliza neeficient fondurile publice dacă punctează vechimea utilajului, ... explică faptul că procedura de achiziție are criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” și nu „prețul cel mai scăzut”.

Autoritatea contractantă arată că nu urmărește să atribuie la prețul cel mai scăzut, întrucât valoarea achiziției a fost estimată la un nivel corespunzător pentru execuția unor lucrări de calitate superioară celor executate până acum la covoare asfaltice, fiind în concordanță cu acest factor de evaluare - Repartizator de mixtură asfaltică și ponderea punctajului (10%), la fel și cu tipul de mixtură asfaltică solicitată (BA16-cu criblură), superioară celei din acordul-cadru trecut (BAP16-cu pietriș).

Referitor la nivelul minim solicitat pentru cifra de afaceri medie, ... menționează că, în temeiul dispozițiilor art. 176 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, este valoarea maximă estimată a celui mai mare contract subsecvent/lot. Atât criteriul cât și pragul cifrei de afaceri a fost ales pentru a oferi informații autorității contractante despre capacitatea financiară a ofertanților de a realiza contractul. Pragul minim al cifrei de afaceri a fost ales în scopul de a avea o concurență mai mare la licitație.

Îndeplinirea cerinței proporțional cu cota de implicare în viitorul contract exprimă relevanță față de obligațiile pe care și le asumă fiecare operator economic care participă la licitație în cadrul unui grup. Dacă în cazul unui ofertant unic, cerința valorică este raportată la valoarea maximă a celui mai mare contract subsecvent, atunci pe principiul proporționalității, în cazul unei asocieri/grup, fiecare asociat/subcontractant care va executa o parte din acest contract, nu trebuie să dovedească decât nivelul cotei sale de implicare în contract.

Dacă condiția s-ar îndeplini prin cumularea cifrelor medii anuale generale/asociat/subcontractant, atunci ar putea apărea situația ca unul din asociați/subcontractanți să nu aibă capacitate financiară pentru execuția părții sale de contract sau să fie fictiv introdus în asociere pentru a căpăta experiența similară sau pentru a utiliza experiența lui similară.

Autoritatea contractantă s-a prevalat de prevederile art. 31 alin. (3) din HG nr. 395/2016, dorind să elimine acest risc de neexecutare a contractului.

Indicatorii de lichiditate sunt de 3 feluri: lichiditate curentă, lichiditate imediată și rata capacității de plată.

Lichiditatea curentă este un indicator de lichiditate care măsoară capacitatea companiei de a plăti toate datoriile curente (pasive) prin utilizarea activelor curente (cele care pot fi convertite cu ușurință în cash).

Îndeplinirea cerinței de către fiecare operator economic asociat în parte, justifică solvabilitatea fiecăruia pentru execuția părții sale de contract asumate și reduce riscul neexecutării contractului. Pentru viabilitatea cerinței, ofertantul trebuie să-și mențină nivelul lichidității (>1) și la momentul solicitării documentelor justificative actualizate, adică înainte de semnarea contractului.

În continuare, autoritatea contractantă prezintă explicațiile asupra exemplului dat de ANAP în Legea 98/2016, respectiv prevederile art. 175 alin. (2) lit. b).

Cerința privind utilajele necesare execuției covoarelor asfaltice, autoritatea contractantă menționează că este justificată de faptul că tehnologia și utilajele specifice oricărui tip de lucrare este cunoscută, iar autoritatea contractantă urmărește ca rezultatul final al execuției să fie la standardele calitative și detaliile tehnice de execuție impuse prin caietul de sarcini, acest lucru putând fi realizat mai bine cu utilaje moderne și de actualitate.

Astfel, este necesară o echipare minimă de 4 buc autobasculante dotate cu prelate în scopul aprovizionării finisorului cu mixtură asfaltică pentru realizarea unui flux continuu de așternere în grosime constantă pe toată lungimea suprafeței programată a se executa în ziua respectivă pentru a se evita total, întreruperile covorului asfaltic și apariției crăpăturilor/fisurilor la suprafața, conform Indicativ AND 605-2016-sețiunea 3 și SR 174-2. Numărul de 4 autobasculante a fost stabilit din experiența practică a sa pentru o comandă minimă de covor asfaltic care poate fi solicitată executantului având în vedere o distanță medie apreciată între stația de asfalt și locul execuției lucrării care influențează în mod direct fluxul de aprovizionare a finisorului/repartizatorului de asfalt.

Distanța între stație și locul execuției covorului asfaltic este esențială, iar autoritatea contractantă și-a luat măsuri pentru eliminarea riscului de întrerupere a așternerii în așteptarea mixturii asfaltice, apreciind doar strictul necesar (2 autobasculante care să alimenteze finisorul în mod constant și 2 pe traseul stație - locul execuției, prin rotație).

Este necesară o echipare minimă de 2 buc rulou compresor, deoarece așternerea mixturii asfaltice se face pe întreaga lățime a unei benzi de rulare și va fi compactată uniform dintr-o singură trecere (2 rulouri x 1,5 m = 3 m bandă de rulare). Gradul de

compactare al fiecărui strat de mixtură asfaltică în funcție de tipul de mixtură utilizat sunt prevăzute în Indicativ AND605-2016 secțiunea 4. Restul utilajelor solicitate prin caietul de sarcini sunt necesare pentru orice tip de lucrări de drumuri.

Referitor la prezentarea accesului și disponibilității resurselor umane și materiale, inclusiv modalitatea de solicitare a cerinței, ... precizează că UAT - și-a câștigat acest drept prin Decizia de conciliere nr. 14/07.02.2019 cu ANAP în procedura de licitație privind DF 1033663/03.12.2018 aferentă anunțului de participare simplificat SCN1030257/05.12.2018.

Având în vedere că orice ofertă se întocmește respectând realitatea informațiilor conținute și faptul că evaluarea oricărei oferte se face prin verificarea informațiilor cuprinse, cerința ca ofertele de la furnizori să fie valabile cel puțin pe perioada evaluării ofertelor este motivată de faptul că, la modul general, o ofertă este actul prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic în relația contractuală cu autoritatea contractantă.

În concluzie, pentru ca o ofertă să fie credibilă trebuie justificată din punct de vedere al realității atât a disponibilității materialelor cât și a prețurilor ofertate, având în vedere că, în cazul procedurii de față, se ofertează pe liste de cantități prestabilite.

Astfel, în cadrul propunerii tehnice, ofertele de la furnizori vor fi prezentate fără prețuri. Interesul autorității contractante este de a evalua în primul rând accesul, susținerea și disponibilitatea cantității de resurse materiale solicitată prin listele de cantități maxime.

În cadrul etapei de evaluare financiară, în sensul art. 210 din Legea nr. 98/2016, în cazul în care vor exista indicii rezonabile ca prețul ofertei este neobișnuit de scăzut se vor solicita ofertanților aceleași oferte de la furnizori prezentate în cadrul propunerii tehnice, dar cu prețuri, iar ofertanților care sunt și producători li se vor solicita analize de cost pentru materialele respective, necesare execuției contractului. Evident se va lua în considerare previziunea ofertantului pentru execuția unui contract de maxim 12 luni în viitorul apropiat, ulterior finalizării procesului de evaluare a ofertelor care este inițial preconizat la maxim 3 luni de la termenul limită de depunere a ofertelor, în cazul în care nu vor exista contestații.

În cazul reofertării anuale, ofertele de la furnizori sau analizele de cost se vor solicita doar în sensul prevederilor art. 210 din Legea nr. 98/2016.

Reluarea competiției este în avantajul autorității contractante în ceea ce privește obținerea unui preț actualizat valabil pentru o perioadă de 12 luni, evitând actualizarea prețului contractului pentru materiale. Alt avantaj al reluării competiției este faptul că unii semnatori ai acordului-cadru care nu au beneficiat de punctaj la licitație pentru utilaje/echipamente, își pot achiziționa ulterior utilaje/echipamente noi sau de actualitate pentru participarea la reluarea competiției, fiind în beneficiul autorității contractante care va

beneficia permanent de avansul tehnologiei, prețuri ferme pentru fiecare perioadă de 12 luni a acordului-cadru și, de asemenea, de siguranța existenței materiei prime pentru execuția lucrărilor de asfaltare în orice moment. Acordul-cadru/lot este împărțit în 4 perioade a câte 12 luni fiecare și se va semna cu maxim 3 ofertanți/lot. În oricare din perioadele de 12 luni ale acordului-cadru pot fi semnate unu sau mai multe contracte subsecvente în funcție de fondurile bugetare disponibile, cantitățile de lucrări estimate nefiind limitate. Contractele subsecvente aferente primei perioade de 12 luni de acord-cadru se vor semna cu ofertanții clasați pe primul loc/loturi în urma licitației. Următoarele contracte subsecvente, aferente următoarelor perioade a câte 12 luni fiecare, se vor atribui prin reofertare, numai dacă, în urma licitației, există mai mult de unu, maxim 3 ofertanți semnatori ai acordului-cadru/lot. Reofertarea se va face doar cu ofertanții semnatori ai lotului respectiv.

În vederea soluționării contestației, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 9782/356/C9/26.02.2021, în temeiul art. 18 din Legea nr. 101/2016, transmiterea copiei dosarului achiziției publice, inclusiv strategia de contractare.

Ca răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, ... SA a transmis adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 11045/ 05.03.2021, prin care combate toate susținerile acesteia.

Contestatoarea precizează că autoritatea contractantă nu a respectat termenul prevăzut de lege pentru depunerea punctului de vedere.

Pe de altă parte, aceasta susține că avizul ANAP are un caracter obligatoriu, astfel cum reiese chiar din titlul actului, fiind un aviz conform.

Referitor la fondul contestației, petenta precizează că autoritatea contractantă nu a prezentat apărări decât la o parte dintre criticile aduse prin contestație, adică nu a regăsit niciun fel de contraargumente/ apărări în ceea ce privește criticile vizând cerința de calificare privind experiența similară, limitarea posibilității de adjudecare la un singur lot, criticile cu privire la conținutul caietului de sarcini, precum și referitor la clauzele contractuale.

Față de lipsa unor apărări concrete ale autorității contractante față de aceste apărări, ... SA își menține în totalitate aceste critici pentru argumentele prezentate pe larg în contestație.

Un alt aspect remarcat de către contestatoare, este faptul că ANAP i-a impus autorității contractante să justifice cerințele/factorii de evaluare în cadrul strategiei de contractante, dar aceasta a ignorat avizul și a publicat documentația nemodificată.

Ca urmare a e-mail-ului comunicat de autoritatea contractantă către SA, acesta a transmis Consiliului adresa care a fost înregistrată sub nr. 11330/08.03.2021, prin care atrage atenția asupra afirmațiilor cuprinse în e-mail.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 11241/08.03.2021, comunicate prin e-mail, ... a transmis dosarul achiziției.

Prin e-mail, înregistrat la Consiliu cu nr. 11342/08.03.2021, autoritatea contractantă a precizat că împreună cu clarificările din oficiu –remediere, a rezolvat toate aspectele sesizate inițial în ACC_28.01.2021 la documentația de atribuire, mai puțin cei doi factori de evaluare (finisorul și stația de asfalt) la care nu a renunțat, având justificarea în strategia de contractare și în punctul de vedere la contestație.

Ca urmare a studierii dosarului transmis de autoritatea contractantă cu adresa nr. 4109/08.03.2021, contestatoarea comunică Consiliului concluzii scrise prin adresa nr. 440/11.03.2021, precizând următoarele:

- termenele impuse de Legea nr. 101/2016 nu sunt respectate de autoritatea contractantă;
- fișa de date nu respectă cerințele impuse prin strategia de contractare, adică fișa de date nu preia cerințele formulate, justificate și aprobate prin strategia de contractare;
- cu privire la răspunsurile la clarificări, nu se înțelege care este cantitatea (km echiv.) de marcaje ce se va oferta așa încât ofertele financiare să respecte cerințele strategiei de contractare și să fie evaluate unitar.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

..... a inițiat procedura de licitație deschisă, organizată pentru încheierea, pe loturi, a acordului-cadru având ca obiect Lucrări de covoare asfaltice pe drumurile județene din județul, cod CPV 45233140-2 Lucrări de drumuri (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1028344/12.02.2021, data limită de depunere a ofertelor fiind stabilită prin anunț pentru 10.03.2021, ora 1500. Valoarea estimată a acordului-cadru este 106.974.982,00 lei, fără TVA.

Nemulțumită de unele prevederi ale documentației de atribuire, ... SA a înaintat contestația înregistrată la Consiliu cu nr. 8638/19.02.2021.

Societatea a constituit cautiunea în sumă de 220.000,00 lei, conform prevederilor art. 61¹ alin. (1) și (22) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 206845400/1 din 19.02.2021, eliberată de CEC Bank SA, Sucursala

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 10046/01.03.2021, contestatoarea, ... SA a transmis plângere împotriva Încheierii nr. 451/C9/356/23.02.2021, care a fost respinsă ca nefondată de către Curtea de Apel Ploiești, Secția de contencios administrativ și fiscal, în dosarul nr. 116/42/2021, prin Hotărârea nr. 355/09.03.2021.

Trecând la soluționarea contestației, Consiliul constată că sunt formulate critici împotriva documentației de atribuire publicată în SEAP în data de 12.02.2021.

Astfel o primă critică privește factorii de evaluare "repartizor mixtură asfaltică" și "stație de preparat mixtură asfaltică", apreciați ca fiind nelegali.

Pentru "repartizor mixtură asfaltică" s-au prevăzut următoarele:

Pentru calitatea executiei lucrarilor se puncteaza gradul de uzura al utilajului raportat la vechimea fabricatiei acestuia. Ofertantii care fac dovada detinerii in proprietate a unui utilaj repartizator de mixtura asfaltica avand o vechime maxima de 4 ani primesc punctaj suplimentar fata de ofertantii care indeplinesc conditia prin inchiriere, comodat sau contract de colaborare. Dovada detinerii in proprietate a repartizatorului de mixtura asfaltica, o pot face oricare dintre asociati, exclus subcontractantii. – punctaj maxim 10 puncte.

Pentru "stație de preparat mixtură asfaltică" s-au prevăzut următoarele: Pentru siguranta executiei lucrarilor se puncteaza ofertantii care fac dovada detinerii in proprietate a unei statii de preparare a mixturilor asfaltice, primind 5 puncte suplimentar fata de ofertantii care indeplinesc conditia prin inchiriere, comodat sau contract de colaborare. Dovada detinerii in proprietate a statiei de asfalt, o pot face oricare dintre asociati, exclus subcontractantii. – punctaj maxim 5 puncte.

Criteriul de atribuire aplicat în cauză este "cel mai bun raport calitate-preț".

Relevanță prezintă următoarele dispoziții legale:

- art. 187 alin. (4) În sensul alin. (3) lit. c) și d), cel mai bun raport calitate-preț/calitate-cost se determină pe baza unor factori de evaluare care includ aspecte calitative, de mediu și/sau sociale, în legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului- cadru.

(5) Factorii de evaluare prevăzuți la alin. (4) pot viza, printre altele:

a) calitatea, inclusiv avantajele tehnice, caracteristicile estetice și funcționale, accesibilitatea, conceptul de proiectare pentru toți utilizatorii, caracteristicile sociale, de mediu și inovatoare și comercializarea și condițiile acesteia;

b) organizarea, calificarea și experiența personalului desemnat pentru executarea contractului, în cazul în care calitatea personalului desemnat poate să aibă un impact semnificativ asupra nivelului calitativ de executare a contractului;

c) serviciile postvânzare, asistența tehnică și condițiile de livrare, cum ar fi data livrării, procesul de livrare și termenul de livrare sau de finalizare.

(6) În sensul alin. (3) lit. c), criteriul de atribuire cel mai bun raport calitate-preț include de regulă un element de preț sau de cost; în situația în care autoritatea contractantă inițiază o procedură de atribuire cu buget fix, în care elementul de preț sau de cost este un preț sau cost fix, factorii de evaluare se referă numai la aspecte calitative ale produselor, serviciilor sau lucrărilor care fac obiectul achiziției.

- art. 188. - (1) Factorii de evaluare prevăzuți la art. 187 alin. (4) au legătură directă cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru atunci când se referă în orice mod la produsele, serviciile sau lucrările care urmează a fi furnizate/prestate/executate în temeiul contractului de achiziție publică/acordului-cadru și în orice stadiu al ciclului lor de viață, chiar dacă acești factori nu fac parte din substanța materială a produselor, serviciilor sau lucrărilor respective.

(2) În sensul dispozițiilor alin. (1), autoritatea contractantă poate avea în vedere factori de evaluare în legătură cu:

a) procesul specific de producție, furnizare sau comercializare a lucrărilor, produselor sau serviciilor;

b) un proces specific pentru un alt stadiu al ciclului de viață a lucrărilor, produselor sau serviciilor.

În avizul nr. 1587/28.01.2021, s-au menționat următoarele:

Au fost formulați factorii de evaluare care nu se încadrează în prevederile legale („Repartizator mixtura asfaltică” și „Statie de preparat mixtura asfaltică”).

Măsura de remediere: II.2.5 - eliminați factorii de evaluare: „Repartizator mixtura asfaltică” 10% („10 puncte pentru utilaj fabricat în ultimii 2 ani (2019-2020) - 5 puncte pentru utilaj cu vechime de fabricație mai mare de 2 ani - maxim 4 ani (2017-2018)”) și „Statie de preparat mixtura asfaltică” 5% („Ofertant cu statie de asfalt proprie = 5 puncte”) - acești factori nu se încadrează în prevederile art. 187 din Legea 98/2016 și art. 32 din HG 395/2016.

Se va corecta la nivelul întregii documentații de atribuire - ex. la IV.4.1 se vor elimina cerințele:

„prezentarea dovezilor privind deținerea în proprietate și vechimea fabricației utilajului <repartizator de mixturi asfaltice>, dacă este cazul pentru obținerea unui punctaj tehnic suplimentar. - prezentarea dovezilor privind deținerea în proprietate a stației de preparare a mixturilor asfaltice, dacă este cazul pentru obținerea unui punctaj tehnic suplimentar”; se va corecta în fișierul „Caiet de sarcini-covoare 2021-2024” - pct. 7 (pag. 22-23).

În drept: art. 187 și art. 189 din Legea 98/2016; Art. 32 din HG 395/2016.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă a explicat, între altele: **Repartizatorul de mixtură asfaltică** este utilajul cu cea mai mare importanță în execuția lucrărilor de așternere a covoarelor asfaltice. Pentru o execuție de calitate superioară a covorului asfaltic, este necesar ca acest utilaj să utilizeze tehnologii moderne și cât mai de actualitate. De asemenea, un utilaj vechi și uzat chiar și utilizând aproape aceeași tehnologie comparativ cu unul mai nou ca fabricație, nu are aceeași capacitate de producție sau aceeași calitate în așternerea asfaltului (ex: repartizarea uniformă asistată a mixturii asfaltice în funcție de denivelările drumului sau așternere cu preîncălzirea mixturii asfaltice).

În concluzie, asfaltul poate fi așternut cu orice repartizator de mixturi asfaltice, diferența făcând-o calitatea așternerii care în practică, greu poate fi combătută după execuție, întrucât remedierea aspectului unui drum cu așternere vălurită a asfaltului nu se poate realiza decât prin așternerea unui strat nou de asfalt de o anumită grosime tehnică, care implică costuri serioase pentru executant, conducând la blocarea execuției contractului aflat în derulare.

Vechimea de 4 ani aleasă pentru un punctaj de 5 puncte este maximul apreciat de autoritatea contractantă pentru un utilaj de acest gen pentru a funcționa fără probleme după ce a fost servit corespunzător în perioada de garanție. (...)

Stația de preparat mixtură asfaltică deținută în proprietate reduce riscul neexecutării la timp a lucrărilor de asfaltare din cauza lipsei materiei prime esențiale (mixtură asfaltică) și aduce un plus de încredere în prețul oferit pentru mixtură asfaltică care reprezintă cca 60% din prețul contractului.

Ofertanții care vor cumpăra mixtura asfaltică de la furnizorii de profil, în realitate nu au o garanție a prețului oferit la licitație, iar pentru faptul că acest produs reprezintă cca 60% din valoarea contractului, apare riscul neexecutării lucrărilor din motive de profitabilitate.

Din punct de vedere juridic, autoritatea contractantă consideră că nu poate trage la răspundere furnizorii de mixtură asfaltică dacă aceștia nu-și vor respecta prețul oferit ofertanților la momentul depunerii ofertei. Prețul bitumului a produs mereu blocaje în executarea contractelor de asfaltare a drumurilor, întrucât se poate majora artificial în funcție de cerere, în perioada caldă a anului.

Având în vedere starea generală de degradare a drumurilor, mixtura asfaltică este solicitată de mai toate unitățile administrativ teritoriale, pentru executarea diferitelor lucrări de drumuri.

Foarte mulți constructori în domeniul drumurilor își desfășoară activitatea cumpărând această mixtură asfaltică de la agenți economici care sunt atât producători de mixtură asfaltică, cât și executanți de lucrări de drumuri.

Astfel, prin colaborarea cu o firmă de construcții care deține stație de asfalt proprie, autoritatea contractantă beneficiază de un avantaj suplimentar în sensul executării la timp a lucrărilor de asfaltare, în perioade prielnice din punct de vedere meteorologic, față de situația colaborării cu un constructor fără stație de asfalt proprie, care trebuie să aștepte aprovizionarea cu acest produs în funcție de capacitatea de producție a stațiilor de asfalt funcționale, suplimentar față de necesarul contractelor proprii angajate de producătorii de mixtură asfaltică la care se adaugă și contractele de furnizare angajate cu alți constructori fără stație de asfalt. Această situație poate genera creșterea artificială a prețului pe piață a mixturii asfaltice în perioada de execuție a contractului, conducând astfel la un risc de neexecutare pe motive de profitabilitate.

În concluzie, colaborarea cu un operator economic/constructor care este și producător de mixtură asfaltică este mai avantajoasă și mai sigură decât colaborarea cu un operator economic fără stație de asfalt proprie.

Față de explicațiile aduse de achizitoare, astfel cum a susținut și contestatoarea, deținerea în proprietate a utilajelor și vechimea repartizorului de mixtură asfaltică nu pot constitui motive pentru acordarea de punctaje suplimentare, neaducând vreun avantaj autorității contractante.

Este lipsit de relevanță pentru achizitoare modul de deținere a utilajelor, relevantă fiind calitatea lucrărilor, nu utilajele folosite de fiecare operator economic pentru executarea lucrărilor.

Avantajele la care face referire autoritatea contractantă vizând performanța utilajelor, vechimea acestora, deținerea lor în proprietate, aduc mai degrabă în discuție modul de derulare a contractului și facilitățile urmărite, nu avantaje care să determine acordarea unor punctaje suplimentare care să departajeze operatorii economici, oricare dintre aceștia având obligația respectării condițiilor de calitate impuse și a obligațiilor contractuale pentru derularea în mod corespunzător a acordului-cadru.

Astfel fiind, autoritatea contractantă trebuia să elimine cei doi factori de evaluare, cum în mod corect a fost sesizată de ANAP, și să stabilească factori de evaluare care să asigure respectarea prevederilor art. 187 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

În privința criticilor aduse factorului de evaluare *Perioada de garanție acordată lucrărilor*, contestatoarea a arătat că autoritatea contractantă a implementat două dintre măsurile impuse de ANAP, însă nu și cea referitoare la atașarea unui formular care să permită structurarea în corelație cu factorii de evaluare stabiliți.

Având în vedere necesitatea eliminării celor doi factori de evaluare mai sus amintiți, o atașare a unui nou formular trebuie efectuată în acord cu modificările aduse.

În ce privește critica adusă cerinței din caietul de sarcini, pct. 7.2: Pe toată durata perioadei de garanție lucrarea se află în întreținerea executantului, cu obligația acestuia de a supraveghea și a remedia imediat

deficiențele apărute astfel încât la recepția finală obiectivul să poată fi preluat în condițiile de la recepția la terminarea lucrărilor.

În răspunsul consolidat nr. 1 din 25.02.2021, s-a publicat următoare aclarificare:

Referitor la perioada de garanție a lucrărilor, va rugăm să confirmați că se respectă condițiile contractuale respectiv, art 18.3 și să eliminați condiția de la pct 7.1 din Caietul de sarcini respectiv paragraful "Pe toată durata perioadei de garanție lucrarea se afla în întreținerea executantului, cu obligația acestuia de a supraveghea și a remedia imediat deficiențele apărute".

Răspunsul AC: Evident că se vor respecta condițiile contractuale. În ceea ce privește condiția de la pct 7.1 din Caietul de sarcini, aceasta rămâne în vigoare.

Potrivit art. 22 alin. (1) din Regulamentul aprobat prin Hotărârea Guvernului nr. 273/1994 Investitorul preia construcția de la executant în baza procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor.

Având în vedere că obiectul acordului-cadru este lucrări de covoare asfaltice pe drumurile județene din, în care nu intră lucrări de întreținere, autoritatea contractantă trebuie să elimine cerința sau să o completeze, astfel încât să fie clar stabilit că, pe perioada de garanție, executantul va interveni în acord cu obligațiile stabilite în acordul-cadru și nu îi vor reveni obligații de întreținere suplimentare.

Vizavi de criteriile de calificare privind capacitatea financiară (cifra de afaceri și lichiditate generală), se reține că, în privința cifrei de afaceri este criticată aplicarea de către autoritatea contractantă a unei situații de excepție asupra modului de îndeplinire în comun a cerinței, fără însă a fi justificată.

Astfel, prin fișa de date a achiziției, s-a solicitat Modalitatea de îndeplinire: Cerința privind nivelul minim al mediei cifrei de afaceri generale (anuale) este solicitată pentru cel mult ultimele trei exerciții financiare disponibile iar media cifrei să fie de minim valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent. Numărul anilor de referință se micșorează în funcție de data înființării sau începerii activității operatorului economic. Pentru fiecare din loturi, valoarea solicitată pentru CA medie anuală generală este de minim 13.371.872,75 lei. Pentru conversia în lei a valorilor exprimate în orice valută se va utiliza cursul BNR la termenul limită de depunere a ofertelor. **Conform art. 31(3) din HG 395/2016, operatorii economici care participa în asociere vor îndeplini cerința valorică în comun prin cumularea cifrelor de afaceri medii anuale generale, aferente fiecărui asociat în parte, proporțional cu cota de implicare în viitorul contract, declarată prin acordul de asociere.** Subcontractanții participa la îndeplinirea criteriului de calificare, proporțional cu cota de implicare în viitorul contract. În dovedirea cifrei de afaceri vor fi prezentate conturile de profit și pierdere pe ultimele 3 exerciții financiare încheiate sau alte documente justificative centralizate, care se declară instituțiilor financiare ale statului.

În avizul ANAP din 28.01.2021, s-a prevăzut ca măsură de remediere: III.1.2) - referitor la cerințele de tipul: „Conform Art. 31(3) din HG 395/2016, operatorii economici care participa în asociere vor îndeplini cerința valorică în comun prin cumularea cifrelor de afaceri medii anuale generale, aferente fiecărui asociat în parte, proporțional cu cota de implicare în viitorul contract, declarată prin acordul de asociere" - **pentru a putea menține această cerință este necesar să o justificați concret în strategia de contractare (art. 54 (3) din Legea 98/2016); în caz contrar, cerința se va elimina.**

Potrivit art. 54 alin. (3) – (5) din Legea nr. 98/2016 (3) Autoritatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentația de atribuire, **atunci când este necesar și justificat din motive obiective**, modul în care operatorii economici urmează să îndeplinească cerințele referitoare la capacitatea economică și financiară și capacitatea tehnică și profesională în cazul participării în comun la procedura de atribuire, cu respectarea principiului proporționalității.

(4) Autoritatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentația de atribuire anumite condiții specifice privind executarea contractului de achiziție publică/acordului-cadru în cazul în care operatorii economici participă în comun la procedura de atribuire, diferite de cele aplicabile ofertanților individuali, justificate de motive obiective și cu respectarea principiului proporționalității.

(5) Prin normele metodologice de aplicare a prezentei legi se stabilesc prevederi sau cerințe standard în legătură cu modalitățile de îndeplinire de către operatorii economici care participă în comun la procedura de atribuire a cerințelor referitoare la capacitatea economică și financiară și capacitatea tehnică și profesională.

Potrivit art. 31 alin. (3) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 în aplicarea prevederilor art. 54 alin. (5) din Lege, autoritatea contractantă are dreptul de a impune prin documentația de atribuire ca, în cazul în care este depusă o ofertă de către operatori economici care participă în comun la procedura de atribuire, fiecare dintre aceștia să demonstreze îndeplinirea unui nivel al criteriilor referitoare la situația economică și financiară și capacitatea tehnică și profesională proporțional cu cota de implicare în executarea viitorului contract.

Având în vedere explicațiile aduse de autoritatea contractantă în punctul său de vedere, respectiv îndeplinirea cerinței proporțional cu cota de implicare în viitorul contract exprimă relevanță față de obligațiile pe care și le asumă fiecare operator economic care participă la licitație în cadrul unui grup. Dacă în cazul unui ofertant unic, cerința valorică este raportată la valoarea maximă a celui mai mare contract subsecvent, atunci pe principiul proporționalității, în cazul unei asocieri/grup, fiecare asociat/subcontractant care va executa o parte din acest contract, nu trebuie să dovedească decât nivelul cotei sale de implicare în contract.

Dacă condiția s-ar îndeplini prin cumularea cifrelor medii anuale generale/asociat/subcontractant, atunci ar putea apare situația ca unul din asociați/subcontractanți să nu aibă capacitate financiară pentru execuția părții sale de contract sau să fie fictiv introdus în asocierie pentru a căpăta experiența similară sau pentru a utiliza experiența lui similară.

și lipsa unei motivări concrete vizavi de modul în care modalitatea de îndeplinire a cerinței restricționează participarea contestatoarei la procedură, Consiliul va menține cerința astfel cum a fost impusă.

Faptul că, în avizul ANAP, s-a impus eliminarea cerinței în lipsa unei motivări corespunzătoare din partea autorității nu înseamnă că societatea contestatoare nu trebuia să prezinte, la rândul său, în cuprinsul contestației, motivele concrete care să determine analiza cerinței de către Consiliul pentru a se stabili caracterul restrictiv al modalității de îndeplinire a cerinței.

Vizavi de cerința privind lichiditatea generală, analizând explicațiile autorității contractante, Consiliul constată că o astfel de cerință nu a fost justificată raportat la obiectul acordului-cadru, nefiind indicat care ar fi riscul de neîndeplinire a acordului-cadru/contractului

subsecvent în lipsa acesteia, în acest sens fiind exprimat și avizul ANAP.

În Clarificările din oficiu 08.03.2021, s-au publicat următoarele:

4. Se menține cerința de calificare referitoare la indicatorul economic <nivel de lichiditate curentă> din următoarele motive :

Indicatorii de lichiditate sunt de 3 feluri : lichiditate curenta, lichiditate imediata si rata capacitatii de plata.

Lichiditatea curenta este un indicator de lichiditate care măsoară capacitatea companiei de a plăti toate datoriile curente (pasive) prin utilizarea activelor curente (cele care pot fi convertite cu ușurință în cash). Unele exemple de active lichide sunt banii disponibili în conturi, creanțele (facturi emise, dar neîncasate) și inventarul/stocurile. Dacă rezultatul este mai mic decât 1, este posibil să nu se poată plăti toate datoriile pe termen scurt cu activele curente. Dacă rezultatul este 1, activele curente acopera numai datoriile curente, neexistând lichidități disponibile pentru perioada următoare. Prin urmare, o valoare mai mare ca 1 este de dorit pentru orice companie. Totuși, nici o valoare care este prea mare, nu este de dorit. O valoare ridicată a indicatorului poate însemna că firma nu își folosește eficient banii pentru investiții noi, are prea multe stocuri (bani cash blocați) sau că nu plătește dividende asociaților. Trebuie menținut un echilibru între activele și datoriile curente. De fiecare dată când se efectuează o tranzacție, informațiile din balanța / bilanț se modifică, fapt ce influențează și lichiditatea curentă, fiind motivul pentru care indicatorul de lichiditate se poate determina numai din ultimele înregistrări contabile, în cazul de față balanța contabilă a lunii anterioare termenului limita de depunere a ofertelor. Îndeplinirea cerinței de către fiecare operator economic asociat în parte justifică solvabilitatea fiecăruia pentru execuția părții sale de contract asumate și reduce riscul neexecutării contractului. Pentru viabilitatea cerinței, ofertanții clasificați pe primele 3 locuri în clasamentul individual/lot, trebuie să-și mențină nivelul lichidității (>1) și la momentul solicitării documentelor justificative actualizate, adică înainte de semnarea ACORDULUI-CADRU.

În alta ordine de idei, adică în sensul Art.175(2) lit.b) din Legea 98/2016, precizăm că **nu există indicatorul/termenul de lichiditate anuală**. Lichiditatea este aferentă momentului și se calculează în baza ultimelor informații actualizate ale situației unei firme, adică din ultima balanță contabilă întocmită. Balanța contabilă are rolul de a actualiza în permanentă datele contabile ale unei firme. Pentru calculul lichidității se utilizează sume care reprezintă doar SOLDURI ale unor conturi contabile de interes, care se modifică în continuu. Pentru relevanța speței, precizăm că doar conturile de venituri și cheltuieli se închid într-o balanță contabilă și bineînțeles contul de profit și pierdere, adică cele care cumulează sume, dar acestea nu sunt utilizate în calculul lichidității. Lichiditatea curentă ia în calcul toate activele circulante (casa, banca, facturi neîncasate și stocuri). Lichiditatea imediată exclude valoarea stocurilor deoarece convertirea lor în cash poate fi dificilă. Rata capacității de plată exclude valoarea stocurilor și a facturilor neîncasate și ia în considerare doar cash-ul disponibil (casa și bănele). Doar lichiditatea curentă exprimă o realitate de moment, care prezintă totuși o relevanță înainte de încheierea unei relații contractuale (acord-cadru) cu un executant caruia nu i se va acorda AVANS pentru execuția lucrărilor aferente primei relații contractuale subsecvente, care va începe imediat după semnarea acordului-cadru, cu ofertanții clasificați pe primul loc în clasamentele/loturi. Întrucât legea achizițiilor nu permite și evaluarea criteriilor de calificare în situația reofertării, pentru celelalte contracte subsecvente începând cu al 2-lea an de acord cadru, nu se poate solicita un nivel al lichidității curente. Așadar riscul insolvenței ofertanților este eliminat doar pentru primul an de acord-cadru, pentru că atât permite legea.

În concluzie exemplul dat de ANAP în Legea 98/2016 -Art.175(2) lit.b) - nivelul de lichiditate anuală, este un indicator care nu există și nu are formula de calcul. Nu există active anuale ci active curente/circulante și nici datorii anuale ci datorii curente, ambele suferind în mod evident, modificări continue pe parcursul activității unei societăți comerciale. Previziunea economică (ex: pe 1 an) se realizează prin întocmirea unui CASH-FLOW, adică diferența dintre încasările și plățile curente ale unei companii. Întocmirea unei astfel de raportări este mult mai laborioasă, cuprinzând și informații pe care AC nu este îndreptățită să le cunoască (ex : eventuale venituri din contracte angajate într-o perioadă viitoare) și nici nu prezintă interes sau relevanță.

Însă, față de explicațiile aduse, menținerea cerinței nu se justifică, nefiind demonstrat rolul ei în verificarea capacității ofertanților și, implicit, în derularea corespunzătoare a acordului-cadru (contractelor subsecvente).

În ce privește cerința de demonstrare a experienței similare, din nou, contestatoarea se bazează pe avizul ANAP fără însă a prezenta care ar fi acele drumuri pe care le-ar putea prezenta ca experiență similară și care nu ar fi "drumuri publice" și ce beneficiari ar putea avea, în condițiile în care drumurile sunt administrate de autorități contractante. Contestatoarea nu a indicat care este experiența sa similară pe care dorește să o prezinte în procedura de față și care nu i-ar permite participarea. Nefiind demonstrat caracterul restrictiv al cerinței, Consiliul constată că nu se impune eliminarea ei. În analiza sa, Consiliul s-a raportat la criticile formulate de petentă, nu la explicațiile din avizul ANAP transmis autorității.

În răspunsul consolidat nr. 3 din 02.03.2021 s-au publicat următoarele:

3.2. Contractele prezentate nu pot avea ca beneficiari, decat autoritati contractante care administreaza drumuri publice - Subscrisa a executat un contract de reabilitare si extindere retea de apa si extindere retea de canalizare pe raza judetului Constanta, in care am executat si lucrari de drumuri, Autoritatea Contractanta fiind S.C. Raja S.A. Constanta, care este cel mai mare operator public regional din Romania in domeniul alimentarii populatiei cu apa potabila si al epurarii apelor uzate si deserveste peste trei milioane de beneficiari din judetele Constanta, Ialomita, Calara I, Ilfov, Dambovit, Brasov si Bacau, dar nu este Autoritate Contractanta care administreaza drumuri publice. Avand in vedere si avizul nr. 1587/28.01.2021 al Agentiei Nationale pentru Achizitii Publice, prin care precizeaza ca aceasta cerinta este restrictiva, va rugam confirmati ca beneficiarul poate fi orice Autoritate Contractanta.

Raspunsul AC : Intrucat lucrarile trebuie sa fi fost executate pe drumuri publice, beneficiarul final nu poate fi decat o autoritate contractanta. Conform Ordonantei nr.43/1997 privind regimul juridic al drumurilor drumurile deschise circulatiei publice cuprind toate drumurile publice și acele drumuri de utilitate privată care servesc obiectivele turistice ori alte obiective la care publicul are acces. Similaritatea nu se refera la aceste drumuri de utilitate privată pentru ca nu sunt reglementate a fi executate la standardele unor drumuri publice destinate circulatiei rutiere în scopul satisfacerii cerințelor de transport unitar ale economiei naționale, ale populației și de apărare a țării. Zona unui drum public cuprinde ampriza, zone de siguranță și zone de protecție. Ofertantul trebuie sa detina experienta in lucrari executate pe acest tip de drum, intrucat in executie / intretinere / reparatie, trebuie tinut cont de asigurarea scurgerii apelor în mod corespunzător pentru a proteja traficul rutier de viteza, adica trebuie tinut cont de cotele și declivitățile drumului, executia marcajelor rutiere se realizeaza conform normativelor, lucrarile se desfasoara exclusiv sub trafic rutier, etc. Toate aceste rigori, nu sunt impuse in executia drumurilor de utilitate privata, in concluzie difera complexitatea lucrarilor ce se executa pe un drum public comparativ cu cele executate pe un drum de utilitate privata care in mod normal este destinat doar satisfacerii cerintelor proprii de transport rutier si pietonal spre obiective economice, forestiere, petroliere, miniere, agricole, energetice, industriale și altele asemenea, de acces în incinte, ca și cele din interiorul acestora, precum și cele pentru organizările de șantier. Toate normativele emise de AND-Administratia Nationala a Drumurilor, privind intretinerea si repararea drumurilor fac referire doar la drumurile publice (exemplificare : AND 554-2002). Normativele se pot aplica, la dorința proprietarilor și pentru drumurile de utilitate privata.

Pentru evaluarea similaritatii lucrarilor executate, contractul privind experienta similara va fi analizat in cadrul unei comisii de evaluare. Va rugam sa aveti in vedere ca obiectul contractului il reprezinta lucrari de covoare asfaltice, iar *<Similaritatea presupune minim un tip de lucrari executate in domeniul drumurilor, indiferent de categoria/clasa drumului, cu conditia sa fi fost drumuri publice. Prin lucrari similare se inteleg lucrari asemanatoare de tipul/natura si complexitatea, cat si din punct de vedere al rezultatului sau functionalitatii urmarite prin scopul contractului, cu cele supuse obiectului achizitiei, ai caror beneficiari finali sunt autoritati contractante. Se solicita experienta in activitati avand ca obiect, lucrari de construire si/sau de modernizare si/sau de reabilitare de drumuri si/sau strazi, similare din punct de vedere al complexitatii cu ceea ce face obiectul achizitiei, cu conditia sa cuprinda lucrari de asfaltare a drumurilor/strazilor, exclusiv lucrari de intretinere prin plombare cu asfalt>*.

Clarificam ca in legatura cu lucrarile de plombare cu asfalt se accepta un astfel de contract doar pentru demonstrarea experientei similare din partea unuia dintre asociati/subcontractanti care va executa strict aceasta parte din contract.

Vizavi de cerința referitoare la utilajele impuse, Consiliul observă că singura motivare a contestatoarei este legată de nerespectarea avizului ANAP, nefiind adus vreun argument concret asupra modului în care cerința o împiedică să participe la procedură. Se reține că, în privința utilajelor placă vibratoare sau mai mecanic, autoritatea contractantă a eliminat cerința.

În Clarificările din 08.03.2021 s-au publicat următoarele:

6. În Fisa de date la secțiunea III 1.3. se va elimina cerința de a deține un utilaj de tip *<placa vibratoare sau mai mecanic>*. Precizam că în caietul de sarcini a fost modificată această cerință, în urma retransmiterii acestuia.

În privința personalului, au fost eliminate cerințele referitoare la solicitarea nominalizării, prezentării contractelor de muncă, contractelor de colaborare, angajamente de disponibilitate (...) pentru specialiștii de tip responsabil tehnic cu execuția, responsabil tehnic cu controlul calității, responsabil SSM, autorizat ANCPI.

Din nou, nu au fost prezentate argumente concrete vizavi de cerința impusă.

În Răspuns consolidat nr. 1 din 25.02.2021 s-au publicat următoarele:

Referitor la Personalul solicitat, respectiv 1 Topometrist Autorizat ANCPI,

Ținând cont că sunt lucrări de asternere covoare asfaltice ce se execută pe același amplasament, lucrări ce nu necesită modificarea traseului existent al DJ, deci nu necesită înregistrare la Oficiul Cadastral, vă rugăm să eliminați această cerință pentru topometrist de a fi autorizat ANCPI, ori să indicați conform cărui act normativ topometristul trebuie să fie autorizat ANCPI.

Răspunsul AC : Da, se elimină cerința de autorizare ANCPI a topometristului.

În Clarificările din oficiu 08.03.2021 s-au publicat următoarele:

7. În FD - IV.4.1 și la pct. 7.5 din Caietul de sarcini se vor elimina cerințele referitoare la solicitarea nominalizării, prezentarea de contracte de muncă, contracte de colaborare, angajamente de disponibilitate; solicitarea de certificate, autorizații, legitimații, decizii etc. pentru specialiștii de tip Responsabil tehnic cu execuția; Responsabil tehnic cu controlul calității - CQ; Responsabil SSM; Topograf, autorizat ANCPI.

În acest sens, conform Instrucțiunii ANAP nr. 1/2017 - Art.3, autoritatea contractantă solicită ca în propunerea tehnică să fie descris momentul în care vor interveni acești experți în implementarea viitorului contract, precum și modul în care operatorul economic ofertant și-a asigurat accesul la serviciile acestora (fie prin resurse proprii, caz în care vor fi prezentate persoanele în cauză, fie prin externalizare, situație în care se vor descrie aranjamentele contractuale realizate în vederea obținerii serviciilor respective). Instrucțiunea ANAP explică că aceste tipuri de experți pentru care există certificări specifice emise de organisme abilitate, conform prevederilor legale incidente domeniului în cauză, reprezintă condiția necesară și suficientă pentru a putea îndeplini activitățile ce fac obiectul respectivelor certificări, întrucât fără aceste certificări, tehnicienii/expertii nu ar putea exercita activitatea în cauză, fiind legați indisolubil de implementarea propriu-zisă a respectivului contract.

Referitor la prezentarea ofertelor de la furnizori în propunerea tehnică, față de explicațiile aduse de autoritatea contractantă prin punctul de vedere, în sensul că ofertele de la furnizori vor fi prezentate fără prețuri, interesul său fiind de a evalua în primul rând accesul, susținerea, disponibilitatea cantității de resurse materiale, solicitate prin listele de cantități, se reține că o astfel de cerință nu se justifică, ofertele de la furnizori având rol în fundamentarea prețului, nu în demonstrarea disponibilității resurselor. Se impune astfel eliminarea cerinței.

În răspunsul consolidat nr. 1 din 25.02.2021, autoritatea contractantă a explicat următoarele:

Având în vedere că orice ofertă se întocmește respectând realitatea informațiilor continute și faptul că evaluarea oricărei oferte se face prin verificarea informațiilor cuprinse, cerința ca ofertele de la furnizori

sa fie valabile cel puțin pe perioada evaluării ofertelor este motivată de faptul ca la modul general, o oferta este actul prin care operatorul economic isi manifesta vointa de a se angaja d.p.d.v. juridic in relatia contractuala cu AC, dupa aceea intervenind raspunderea contractuala conform acelei oferte depuse, intrucat contractul este actul juridic prin care operatorul economic se angajeaza d.p.d.v. juridic in relatia contractuala cu AC. In concluzie, pentru ca o oferta sa fie credibila trebuie justificata d.p.d.v. al realitatii atat a disponibilitatii materialelor cat si a preturilor ofertate, avand in vedere ca in cazul procedurii de fata se oferteaza pe liste de cantitati prestabilite.

Astfel, in cadrul propunerii tehnice, ofertele de la furnizori vor fi prezentate fara preturi. Interesul autoritatii contractante este de a evalua in primul rand accesul, sustinerea si disponibilitatea cantitatii de resurse materiale, solicitata prin listele de cantitati maxime.

Exemplu : Ofertantii fara statie de asfalt proprie vor prezenta accesul, sustinerea si disponibilitatea furnizorului de mixtura asfaltica BA16 pentru executia cantitatii maxime de covor asfaltic estimata pentru cel mai mare contract subsecvent, respectand caracteristicile tehnice specificate in caietul de sarcini. Ofertantii cu statie de asfalt proprie vor prezenta posibilitatea producerii mixturii asfaltice de tip BA16 (accesul la materiile prime componente specifice acestui tip de mixtura).

Pentru celelalte resurse materiale necesare acostamentelor sau marcajelor longitudinale se vor prezenta deasemenea oferte fara preturi de la furnizori.

Ofertele de la furnizori trebuie adresate obligatoriu ofertantului, intrucat atat disponibilitatea unei anumite cantitati de produs/materie prima cat si pretul sunt preferentiale. In realitate un furnizor poate sa refuze un anumit client pentru referinte nefavorabile din piata (rau platnic) sau poate sa-i ofere un pret preferential in urma unei relatii contractuale bune. Desemenea un furnizor poate avea sau nu capacitatea de a furniza o anumita cantitate de produs / materie prima.

In cadrul etapei de evaluare financiara, in sensul Art. 210 din Legea 98/2016, in cazul in care vor exista indicii rezonabile ca pretul ofertei este neobisnuit de scazut se vor solicita ofertantilor aceleasi oferte de la furnizori prezentate in cadrul propunerii tehnice, dar cu preturi iar ofertantilor care sunt si producatori li se vor solicita analize de cost pentru materialele respective, necesare executiei contractului. Evident se va lua in considerare previziunea ofertantului pentru executia unui contract de maxim 12 luni in viitorul apropiat, ulterior finalizarii procesului de evaluare a ofertelor care este initial preconizat la maxim 3 luni de la termenul limita de depunere a ofertelor in cazul in care lucrurile decurg normal fara contestatii.

In cazul reofertarii anuale, ofertele de la furnizori sau analizele de cost se vor solicita doar in sensul Art.210 din Legea 98/2016.

De asemenea, în Clarificările din 08.03.2021 s-au publicat următoarele:

12. Se mențin cerințele referitoare la prezentarea accesului si diponibilitatii la resursele materiale si umane. Precizam ca UAT - si-a castigat acest drept prin Decizia de conciliere nr.14/07.02.2019 cu ANAP in procedura de licitatie privind DF 1033663/03.12.2018 aferenta Anunțului de participare simplificat SCN1030257/05.12.2018.

Având in vedere ca orice oferta se intocmeste respectând realitatea informațiilor continute si faptul ca evaluarea oricărei oferte se face prin verificarea informațiilor cuprinse, cerința ca ofertele de la furnizori sa fie valabile cel puțin pe perioada evaluării ofertelor este motivată de faptul ca la modul general, o oferta este actul prin care operatorul economic isi manifesta voința de a se angaja d.p.d.v. juridic in relația contractuala cu AC, dupa aceea intervenind raspunderea contractuala conform acelei oferte depuse, intrucat contractul este actul juridic prin care operatorul economic se angajeaza d.p.d.v. juridic in relația contractuala cu AC. In concluzie, pentru ca o oferta sa fie credibila trebuie justificata d.p.d.v. al realitatii atat a disponibilității materialelor cat si a preturilor ofertate, avand in vedere ca in cazul procedurii de fata se oferteaza pe liste de cantitati prestabilite.

Astfel, in cadrul propunerii tehnice, ofertele de la furnizori vor fi prezentate fara preturi si pentru materialele necesare in execuție ***{mixtura asfaltica, vopsea pentru marcaje rutiere, agregate pentru completarea acostamentelor}***. Interesul autoritatii contractante este de a evalua in primul rand accesul, sustinerea si disponibilitatea cantitatii de resurse materiale, solicitata prin listele de cantitati maxime.

Ofertele de la furnizori trebuie adresate obligatoriu ofertantului, intrucat atat disponibilitatea unei anumite cantitati de produs/materie prima cat si prețul sunt preferențiale. In realitate un furnizor poate sa refuze un anumit client pentru referințe nefavorabile din piața (este rau platnic) sau poate sa-l ofere un pret preferențial in urma unei relații contractuale bune. De asemenea un furnizor poate avea sau nu capacitatea de a furniza o anumita cantitate de produs / materie prima.

In cadrul etapei de evaluare financiara, in sensul Art. 210 din Legea 98/2016, in cazul in care vor exista indicii rezonabile ca prețul ofertei este neobisnuit de scăzut se vor solicita ofertanților aceleași oferte de la furnizori prezentate in cadrul propunerii tehnice, dar cu preturi iar ofertanților care sunt si producători

li se vor solicita analize de cost pentru materialele respective, necesare execuției contractului. Evident se va lua în considerare previziunea ofertantului pentru execuția unui contract de maxim 12 luni în viitorul apropiat, ulterior finalizării procesului de evaluare a ofertelor care este inițial preconizat la maxim 3 luni de la termenul limita de depunere a ofertelor în cazul în care lucrurile decurg normal fără contestații. În cazul reofertării, ofertele de la furnizori sau analizele de cost se vor solicita doar în sensul Art.210 din Legea 98/2016.

Față de cele de mai sus, autoritatea contractantă trebuie să informeze în mod clar și complet operatorii economici în sensul că se elimină cerința de prezentare în propunerea tehnică a ofertelor de la furnizori.

În privința cerinței vizând limitarea posibilității de adjudecare la un singur lot care vine în contradicție cu dispozițiile referitoare la semnarea acordului-cadru cu 3 operatori economici cu reluarea competiției, se reține că, având în vedere necesitatea eliminării factorilor de evaluare "stația de asfalt" și "repartizor de mixtură asfaltică", trebuie restabilită de autoritatea contractantă modalitatea de reofertare.

Vizavi de reluarea competiției, prin Clarificările din 08.03.2021, autoritatea contractantă a precizat următoarele:

11. Acordul cadru / lot este împărțit în 4 perioade a câte 12 luni fiecare și se va semna cu maxim 3 ofertanți/lot. În oricare din perioadele de 12 luni ale acordului cadrul pot fi semnate 1 sau mai multe contracte subsecvente în funcție de fondurile bugetare disponibile, cantitățile de lucrări estimate nefiind limitate. Contractele subsecvente aferente primei perioade de 12 luni de acord-cadru se vor semna cu ofertanții clasificați pe primul loc / loturi în urma licitației. Următoarele contracte subsecvente, aferente următoarelor perioade a câte 12 luni fiecare, se vor atribui prin reofertare, numai dacă în urma licitației există mai mult de 1, maxim 3 ofertanți semnatori ai acordului-cadru/lot.

Reofertarea se va face doar cu ofertanții semnatori ai lotului respectiv. Baza legală pentru reofertare 0 reprezintă Art.1 18 (1) lit c) în conformitate cu lit.b) din legea 98/2016, iar în Fisa de date la secțiunea IV. 1.3 este bifată opțiunea < Reluarea competiției se realizează parțial>, adică începând cu perioada a 2-a de acord-cadru.

Cerințele autorității nu sunt contrare dispozițiilor legale invocate de aceasta, astfel încât nu este necesară eliminarea reluării competiției, fiind păstrată cerința astfel cum a fost explicitată.

Referitor la limitarea numărului maxim de loturi care pot fi atribuite unui singur ofertant la 1, se reține că, astfel cum a susținut și contestatoarea, cerința este restrictivă, putând exista operatori economici care au capacitate de a participa la ambele loturi, astfel că se impune eliminarea limitării impuse.

Potrivit art. 141 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 *Autoritatea contractantă are dreptul, chiar și în cazul în care pot fi depuse oferte pentru mai multe sau pentru toate loturile, să limiteze numărul de loturi care pot fi atribuite aceluiași ofertant*, însă achiziția nu a justificat limitarea atribuirii la un singur lot unui singur ofertant.

Trecând la analiza criticilor aduse caietului de sarcini, Consiliul observă că o primă critică privește două prevederi contradictorii, respectiv cea din caietul de sarcini: pct. 7.6 "...ultima factură va fi însoțită de Procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor" cu cea din modelul de contract subsecvent, art. 19.7: "Plata facturii finale se face după verificarea și acceptarea situației de plată definitive de către achizitor" și art. 16.2, pct. 2: "Pe baza situațiilor de lucrări executate

confirmate și a constatărilor efectuate pe teren, achizitorul va aprecia dacă sunt întrunite condițiile pentru a convoca comisia de recepție”.

Cum a arătat și contestatoarea, nu se poate notifica terminarea lucrărilor dacă situațiile de plată nu au fost confirmate și facturate, astfel încât condiționarea prezentării ultimei facturi de procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor contravine celorlalte prevederi. Astfel fiind, Consiliul va obliga autoritatea contractantă să efectueze corelarea prevederilor caietului de sarcini cu modelul de contract subsecvent.

Verificând criticile aduse clauzelor contractului, Consiliul constată că acestea vizează următoarele:

Clauza 3.3 privește reluarea competiției în funcție de factorii de evaluare, astfel că trebuie eliminată/corelată, având în vedere eliminarea factorilor de evaluare referitori la repartizor și stația de mixturi asfaltice.

Clauza 12, cum a arătat și contestatoarea, autoritatea contractantă a impus atât penalități pentru neexecutarea la termen a obligațiilor contractuale, cât și daune compensatorii pentru neexecutarea totală, parțială și executarea necorespunzătoare, astfel că cerințele trebuie corelate cuantumul daunelor compensatorii fiind dosproporționat. Autoritatea contractantă va diminua cuantumul daunelor într-un procent rezonabil.

Clauza 16.4 face referire la respectarea Normativului AND 514/2000 abrogat și înlocuit de AND 514/2007, astfel că trebuie înlocuit normativul.

De asemenea, pentru clauza 20.2 lit. d), autoritatea contractantă trebuie să definească noțiunea de ”culpă profesională gravă”, întrucât, deși se face referire la ea, operatorii economici nu cunosc situațiile care se încadrează în această categorie și pentru care va interveni rezilierea contractului.

Referitor la criticile aduse faptului că nu a fost respectat termenul de 5 zile pentru transmiterea punctului de vedere la contestație, Consiliul reține că, potrivit art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 în termen de 5 zile de la data la care a primit contestația, autoritatea contractantă are obligația de a transmite Consiliului și contestatorului, din oficiu, punctul său de vedere asupra contestației. (2) Autoritatea contractantă are obligația de a transmite Consiliului, în termenul prevăzut la alin. (1), o copie a dosarului achiziției publice, achiziției sectoriale sau al concesiunii, precum și dovada înaintării punctului de vedere către contestator și orice documente considerate edificatoare, cu excepția anunțurilor de participare publicate în SEAP și a documentației de atribuire, atunci când aceasta este disponibilă și poate fi descărcată direct din SEAP. (3) Lipsa punctului de vedere nu împiedică soluționarea contestației, în măsura în care s-a făcut dovada comunicării acesteia către autoritatea contractantă. Lipsa punctului de vedere al autorității contractante **atrage decăderea ei din dreptul de a mai propune probe și de a invoca excepții, în afara celor de ordine publică, dacă legea nu prevede altfel.**

Având în vedere că, în punctul de vedere, nu au fost invocate excepții, Consiliul a luat în considerare aspectele de fond invocate.

În ce privește caracterul obligatoriu al avizelor ANAP, Consiliul reține că, potrivit art. 58 alin. (1) și alin. (2) lit. f) din Legea nr. 101/2016, invocat și de contestatoare, (1) Orice persoană interesată poate solicita instanței de judecată constatarea nulității absolute a contractului/actului adițional la acesta încheiat cu încălcarea condițiilor cerute, după caz, de legislația privind achizițiile publice, legislația privind achizițiile sectoriale sau legislația privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii pentru încheierea sa valabilă, precum și repunerea părților în situația anterioară. (2) Instanța de judecată constată nulitatea absolută totală/partială a contractului/actului la aceasta și dispune repunerea părților în situația anterioară, în conformitate cu prevederile art. 1.254 alin. (3) din Legea nr. 287/2009, republicată, cu modificările ulterioare, în următoarele cazuri: **f) Autoritatea contractantă a atribuit contractul în urma unei proceduri de atribuire care a făcut obiectul controlului ex ante și în care ANAP a emis un aviz conform condiționat, iar autoritatea contractantă a derulat și finalizat procedura de atribuire fără a remedia abaterile constatate de ANAP.**

De asemenea, potrivit art. 25 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 98/2017 (1) ANAP are obligația de a solicita în instanță, în termen de 3 luni de la data luării la cunoștință a semnării contractului, constatarea nulității absolute a contractului încheiat ca urmare a unei proceduri de atribuire care a făcut obiectul controlului ex ante și în cadrul căreia ANAP a emis un aviz conform condiționat, iar autoritatea contractantă a derulat și finalizat procedura de atribuire fără a remedia abaterile de la legislația aplicabilă constatate de ANAP; ANAP are calitate procesuală activă în litigiile privind constatarea nulității absolute a acestor contracte.

(1¹) ANAP este scutită de plata taxei judiciare de timbru în cazul în care, în temeiul alin. (1), solicită anularea unui contract de achiziție publică sau exercită o cale de atac.

(2) În cazul în care Consiliul sau instanța de judecată competentă s-a pronunțat în mod definitiv în legătură cu acte ale autorității contractante care au făcut obiectul unui aviz conform condiționat al ANAP, iar din deciziile pronunțate rezultă invalidarea în tot a constatărilor din avizul conform condiționat respectiv, ANAP nu va ataca în instanță contractul încheiat în cadrul procedurii de atribuire ce a făcut obiectul deciziei definitive a Consiliului sau instanței de judecată, acesta nefiind lovit de nulitate absolută pe motivul prevăzut la art. 14 alin. (8).

(3) În cazul în care Consiliul sau instanța de judecată competentă s-a pronunțat în mod definitiv în legătură cu acte ale autorității contractante care au făcut obiectul unui aviz conform condiționat al ANAP, iar din deciziile pronunțate rezultă doar o invalidare parțială a constatărilor din avizul conform condiționat respectiv, ANAP are obligația de a ataca în instanță contractul încheiat în cadrul procedurii de atribuire ce a făcut obiectul deciziei definitive a Consiliului sau instanței de judecată, acesta fiind lovit de nulitate absolută cu privire la constatăările din avizul conform ce nu au fost invalidate sau nu au făcut obiectul deciziei definitive a Consiliului sau instanței de judecată.

(4) ANAP va analiza decizia Consiliului sau a instanței de judecată pronunțată conform prevederilor alin. (2) și (3) și va decide dacă din considerentele acesteia rezultă o invalidare totală sau parțială a constatărilor din avizul conform condiționat emis, urmând a stabili dacă va ataca sau nu contractul potrivit prevederilor alin. (1) sau alin. (3).

Se poate constata din cele de mai sus că nu intră în competența Consiliului verificarea modului în care autoritatea contractantă a ales să continue procedura de atribuire fără a lua în considerare avizele ANAP, această verificare intrând în competența instanțelor de judecată. De altfel, se poate observa că alin. (3) al articolului mai sus

citat face referire la posibilitatea ca, din deciziile Consiliului, să rezulte o invalidare parțială a constatărilor din avizul conform condiționat, așadar, analiza Consiliului nu se limitează și nu privește constatările ANAP. În analiza sa, Consiliul a avut în vedere argumentele contestatoarei, în funcție de acestea, dispunând modificarea/completarea/păstrarea cerințelor din fișa de date și caietul de sarcini.

În ce privește aspectele invocate prin concluziile scrise, Consiliul reține că depășirea de către autoritatea contractantă a termenului pentru adoptarea măsurilor de remediere și a transmiterii dosarului achiziției nu a împiedicat soluționarea contestației, nefiind necesară luarea vreunei măsuri împotriva autorității. De altfel, contestatoarea nu a indicat măsurile care ar trebui luate.

Referitor la necesitatea respectării sau nu a normelor de deviz, se constată că, într-adevăr, din punctele 5.4, 5.5 și întrebarea nr. 9, informațiile sunt contradictorii, astfel că autoritatea contractantă trebuie să informeze clar operatorii economici dacă pot sau nu utiliza norme proprii.

În ce privește critica adusă faptului că nu se înțelege cantitatea (km. echiv.), Consiliul constată prezentarea trunchiată de către contestatoare a informațiilor din răspunsurile la clarificări și strategia de contractare, neputându-se stabili care este nelămurirea acesteia și cum anume dorește modificarea/completarea documentației de atribuire. În lipsa unor argumente clare care să poată fi analizate, nu se poate dispune o modificare/completare a documentației.

În considerarea celor prezentate, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de SA și va obliga autoritatea contractantă la modificarea/completarea documentației de atribuire, în sensul celor prevăzute în documentația de atribuire, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, cu stabilirea unui nou termen pentru depunerea ofertelor. Modificările/completările vor fi aduse la cunoștința operatorilor economici, în cadrul aceluiași termen, prin publicarea lor în SEAP.

Fiind posibilă luarea măsurilor de remediere, autoritatea contractantă decalând termenul de depunere a ofertelor, va fi respins capătul de cerere privind anularea procedurii.

Capătul de cerere privind suspendarea procedurii a fost respins, ca nefondat, prin Încheierea nr. 451/C9/356/23.02.2021.

Fiind admisă, în parte, contestația, Consiliul va admite cererea privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate în cursul soluționării contestației, însă va dimnua corespunzător cuantumul onorariului, astfel că va obliga la plata către contestatoare a sumei de 3.000 lei reprezentând onorariu avocat. La dosarul cauzei, au fost depuse factura nr. 960/02.03.2021, în valoare de 5.010,95 lei, și factura nr. 963/05.03.2021, în valoare de 1672,35 lei (redactare răspuns la punctul de vedere al autorității contractante), emise de Cabinet Avocat, și dovada plății cheltuielilor.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite, în parte, contestația formulată de SA, în contradictoriu cu, și obligă autoritatea contractantă la modificarea/completarea documentației de atribuire, în sensul celor prevăzute în documentația de atribuire, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, cu stabilirea unui nou termen pentru depunerea ofertelor. Modificările/completările vor fi aduse la cunoștința operatorilor economici, în cadrul aceluiași termen, prin publicarea lor în SEAP.

În temeiul art. 26 alin. (6) din lege, respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind anularea procedurii.

În temeiul art. 26 alin. (9) din lege, admite cererea contestatoarei privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate în cursul soluționării contestației și obligă la plata către SA a sumei de 3.000 lei reprezentând onorariu avocat.

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

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactat practicaua deciziei

.....

Redactată în 4 exemplare, conține 32 pagini.