CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data:.....

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, având Cod Unic de Înregistrare ... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ....., cu sediul în municipiul .....,....., privind procedura de licitaţie deschisă, online, pentru atribuirea contractului sectorial de lucrări având ca obiect „.....”, coduri CPV - 45232151-5, 42131390-6, 45232150-8, 45232152-2, 45232431-2, organizată de ....., în calitate de entitate contractantă, cu sediul în .....,....., contestatorul a solicitat:

- obligarea entităţii contractante la eliminarea criteriilor de atribuire nr. 2 şi 3 sau la înlocuirea acestora;

- obligarea entităţii contractante la impunerea penalităţilor de întârziere în executarea obligaţiilor în cuantum egal pentru părţile contractante, prin stabilirea aceluiaşi procent al penalităţilor de întârziere şi aplicarea acestuia la suma datorată (în cazul beneficiarului) şi la valoarea lucrărilor aflate în întârziere (în cazul antreprenorului);

- obligarea entităţii contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluţionarea contestaţiei.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care SC ..... SRL reclamă conţinutul documentaţiei de atribuire, respectiv criteriile de atribuire, procentul şi modul de calcul al penalităţilor,

prevăzut la pct. 8.7 din Anexa la ofertă, raportat la procentul şi modul de calcul al penalităţilor, prevăzut la pct. 14.8 din Condiţiile generale de contract (astfel cum au fost modificate prin condiţiile speciale).

În fapt, contestatorul menţionează că în urma studierii documentaţiei de atribuire, a constatat că aceasta conţine o serie de prevederi nelegale, motiv pentru care a transmis entităţii contractante notificarea prealabilă prevăzută de art. 6 din Legea cu nr. 101/2016 (Anexa nr. 1).

Entitatea contractantă nu a răspuns la notificarea prealabilă, context în care se vede nevoit să promoveze prezenta contestaţie, întemeiată pe următoarele motive:

I. Criteriile de atribuire sunt nelegale

Contestatorul arată că potrivit secţiunii IV.2.1) din fişa de date a achiziţiei (Anexa nr. 2), criteriul de atribuire al contractului este cel mai bun raport calitate-preţ, în ceea ce priveşte 3 criterii, si anume:

1. preţul ofertei - cu o pondere de 70%;

2. Gradul de adecvare al graficului general de realizare a inv. publice, resursele alocate pentru realizarea activităţilor în cadrul Contractului prin raportare la metodologia de executare a lucrărilor - cu o pondere de 15% şi

3. Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obţinerea asigurării că lucrările sunt realizate la parametrii calitativi solicitaţi (Planul de management al calităţii lucrărilor executate) - cu o pondere de 15%.

Invocând prevederile art. 209 alin. (1) – (6) din Legea cu nr. 99/2016, contestatorul precizează că raportat la aceste prevederi, este evident că criteriile de atribuire nr. 2 şi 3, prevăzute în fişa de date sunt nelegale.

Aşa cum reiese, fară echivoc, din aceste prevederi legale (şi după cum este şi logic, raportat chiar la denumirea criteriului - raport calitate - preţ) factorii de evaluare care pot fi avuţi în vedere în cadrul criteriului cel mai bun raport calitate-preţ se referă la calitatea, respectiv, la avantajele tehnice ale lucrării, la servicii post-execuţie (asistenţă tehnică, garanţii suplimentare) ori la diferite avantaje sociale, sau privind protecţia mediului, ale lucrării.

În niciun caz, factorii de evaluare care pot fi avuţi în vedere în cadrul criteriului cel mai bun raport calitate-preţ nu se pot referi la modul în care este elaborată propunerea tehnică. Or, în cazul de faţă, criteriile de atribuie nr. 2 şi 3 se referă întocmai la modul de elaborare al propunerii tehnice.

Contestatorul arată că potrivit secţiunii IV.4.1) pct. 4. din fişa de date, propunerea tehnică trebuie să includă:

„Graficul general propus de realizare a investiţiei publice, şi care prezintă toate informaţiile necesare înţelegerii modului în care Ofertantul intenţionează să deruleze execuţia Lucrărilor, incluzând aspecte privind: activităţile principale şi subactivităţile acestora, succesiunea şi duratele activităţilor, perioadele de desfăşurare a activităţilor şi punctele de reper relevante, drumul critic, resursele alocate (personal, utilaje, etc.), rezervele de timp pentru situaţii neprevăzute, perioadele cu restricţii în execuţia unor activităţi, şi orice alte informaţii considerate relevante in acest scop”.

Astfel, contestatorul arată că raportat la conţinutul criteriului nr. 2 de atribuire este evident că acesta se referă strict la modul în care ofertanţii vor respecta secţiunea IV.4.1) pct. 4 din fişa de date a achiziţiei, respectiv, la modul (mai mult sau mai puţin detaliat) în care va fi elaborat graficul general, aspect ce nu are nimic în comun cu calitatea lucrărilor, sau avantajele tehnice ale acestora, astfel că acesta nu putea constitui un factor de evaluare.

De asemenea, contestatorul arată că potrivit IV.4.1) pct. 3 din fişa de date, propunerea tehnică trebuie să includă şi:

„Planul de management al calităţii în cadrul Contractului, cu descrierea principalelor proceduri care vor fi utilizate de Ofertant pentru asigurarea/controlul calităţii activităţilor desfăşurate pe parcursul implementării contractului (de exemplu: în fazele premergătoare execuţiei, în toate stadiile punerii în operă, pentru verificarea lucrărilor executate şi recepţia lucrărilor finalizate, în perioada de notificare a defecţiunilor, etc.), responsabilităţile şi resursele pentru execuţia/gestionarea/controlul calităţii, etc.”.

Astfel, contestatorul precizează că şi în cazul criteriului nr. *3* de atribuire este evident că acesta se referă strict la modul în care ofertanţii vor respecta secţiunea IV.4.1) pct. *3* din fişa de date a achiziţiei, respectiv, la modul (mai mult sau mai puţin detaliat) în care va fi elaborat planul de management al calităţii lucrării, aspect ce nu are nimic în comun cu calitatea lucrărilor, sau avantajele tehnice ale acestora, astfel că, acesta nu putea constitui un factor de evaluare.

Practic, prin criteriile de atribuire nr. 2 şi 3, entitatea contractantă încearcă o departajare a ofertanţilor raportată la modul mai mult sau mai puţin detaliat în care îşi elaborează propunerile tehnice, iar nu la calitatea lucrărilor care va fi executată, situaţie inadmisibilă.

Cu alte cuvinte, pentru execuţia aceleiaşi lucrări, se poate realiza o propunere tehnică foarte elaborată, sau una mai generală, însă acest aspect nu are niciun fel de relevanţă în privinţa calităţii lucrării care poate fi aceeaşi, sau chiar inferioară, indiferent de cât de elaborată este propunere tehnică.

Din altă perspectivă, contestatorul menţionează că modul în care au fost stabilite criteriile de atribuire creează neconcordanţe între prevederile fişei de date. Astfel, aşa acum a arătat, secţiunea IV.4.1) din fişa de date a achiziţiei prevede modul de prezentare al propunerii tehnice, care, printre altele, trebuie să cuprinsă şi Metodologia de execuţie (pct. 2), Planul de management al calităţii (pct. 3), Graficul general propus de realizare a investiţiei publice (pct. 4), personalul propus (pct. 5), Infrastructura (pct. 6), etc.

Contestatorul arată că din conţinutul Anexei nr. 1 la fişa de date - detaliere privind punctajul acordat (Anexa nr. 3), reiese că ofertele vor primi calificativul satisfăcător (deci vor fi admisibile) chiar dacă ofertanţii nu au respectat modul de elaborare al propunerilor tehnice.

Astfel, spre exemplu, ofertele vor primi calificativul satisfăcător chiar dacă:

- în cadrul graficului general, nu sunt detaliate subactivităţile;
- succesiune activităţilor în graficul general este stabilită într-un mod foarte puţin adecvat;

- durata activităţilor şi perioadele de derulare a acestora sunt în mică măsură corespunzătoare complexităţii activităţilor;

- punctele de reper (jaloanele) nu sunt relevante prin raportare la lucrările ce trebuie executate şi metodologia de execuţie a acestora;

- există neconcordanţe minore între graficul general de realizare a investiţiei publice, resursele utilizate, propunerea financiară şi metodologia de execuţie;

- drumul critic nu corespunde metodologiei de execuţie a lucrărilor;

- planul de management nu este în totalitate corelat cu metodologia de executare a lucrărilor;

- există neconcordanţe minore între graficul general de realizare a investiţiei şi resurse.

Raportat la aceste prevederi, ofertanţii ar avea posibilitatea să elaboreze oferte care să nu respecte (sau să respecte în foarte mică măsură) cerinţele documentaţiei de atribuire privind modul de elaborare a propunerii tehnice, situaţie ce este inadmisibilă.

De asemenea, contestatorul menţionează şi faptul că, din Anexa nr. 1 la fişa de date - detaliere privind punctajul acordat, reies următoarele:

În ceea ce priveşte criteriul de atribuire nr. 2:

- se acordă calificativul satisfăcător dacă:

Sunt satisfăcute în mod minim următoarele cerinţe:

i. toate activităţile principale sunt incluse în graficul general de realizare a investiţiei publice, însă acestea nu sunt detaliate în subactivităţi, graficul general de realizare a investiţiei publice neputând fi utilizat aşa cum este prezentat ca dată de intrare în cadrul şedinţelor de monitorizare a progresului activităţilor

ii. succesiunea activităţilor în graficul general de realizare a investiţiei publice este stabilită într-un mod foarte puţin adecvat prin raportare la metodologia de execuţie a lucrărilor

iii. durata activităţilor şi perioadele de derulare a acestora sunt în mică măsură corespunzătoare complexităţii activităţilor (modalitate de realizare, date de intrare, date de ieşire)

iv. punctele de reper (jaloanele) sunt identificate, dar nu sunt relevante prin raportare la lucrările ce trebuie executate şi metodologia de execuţie a acestora;

v. există neconcordanţe minore între graficul general de realizare a investiţiei publice, resursele utilizate, fluxul de numerar (propunerea financiară) şi metodologia de execuţie;

vi. drumul critic nu corespunde metodologiei de execuţie a lucrărilor prezentat

se acordă calificativul adecvat:

În plus la calificativul Satisfăcător, dacă:

i. toate activităţile principale sunt incluse în graficul general de realizare a investiţiei publice, sunt detaliate în subactivităţi, graficul general de realizare a investiţiei publice poate fi utilizat aşa cum este prezentat ca dată de intrare în cadrul şedinţelor de monitorizare a progresului în cadrul Contractului;

ii. succesiunea activităţilor în graficul general de realizare a investiţiei publice este stabilită cu deviaţii minore prin raportare la metodologia de execuţie a lucrărilor;

iii. durata activităţilor şi perioadele de derulare a acestora sunt corespunzătoare complexităţii activităţilor (modalitate de realizare, date de intrare, date de ieşire);

iv. punctele de reper (jaloanele) sunt identificate corespunzător prin raportare la lucrările ce trebuie executate şi metodologia de execuţie a acestora;

v. graficul general de realizare a investiţiei publice, resursele utilizate şi fluxul de numerar (propunerea financiară) sunt corelate cu metodologia de execuţie;

vi. drumul critic este aliniat în mare parte metodologiei de execuţie a lucrărilor prezentat

se acordă calificativul foarte bine:

În plus la calificativul Adecvat, dacă:

i. toate activităţile principale sunt incluse în graficul general de realizare a investiţiei publice, sunt detaliate în subactivităţi, graficul general de realizare a investiţiei publice poate fi utilizat aşa cum este prezentat ca dată de intrare în cadrul şedinţelor de monitorizare a progresului în cadrul Contractului;

ii. succesiunea activităţilor în graficul general de realizare a investiţiei publice este foarte bine stabilită prin raportare la metodologia de execuţie a lucrărilor,

iii. durata activităţilor şi perioadele de derulare a acestora sunt în totalitate corespunzătoare complexităţii activităţilor (modalitate de realizare, date de intrare, date de ieşire);

iv. punctele de reper (jaloanele) sunt identificate corespunzător prin raportare la lucrările ce trebuie executate şi metodologia de execuţie a acestora

v. graficul general de realizare a investiţiei publice demonstrează optimizarea utilizării resurselor. Sunt prezentate explicaţii detaliate iar graficul general de realizare a investiţiei publice, resursele utilizate şi fluxul de numerar (propunerea financiară) sunt corelate cu metodologia de execuţie. Planificarea activităţilor permite flexibilitate pentru situaţii neprevăzute.

vi. Drumul critic corespunde în totalitate metodologiei de execuţie a lucrărilor prezentate.

În ceea ce priveşte criteriul de atribuire nr. 3:

se acordă calificativul satisfăcător dacă:

Planul de management al calităţii lucrărilor executate:

i. este prezentat la modul general şi nu reflectă caracteristicile specifice ale Contractului de lucrări, nefiind în totalitate corelat cu metodologia de executare a lucrărilor

ii. este identificat nivelul de implicare al responsabililor din structura organizaţională a Ofertantului cu controlul calităţii lucrărilor însă nu este detaliat

iii. indică faptul că se realizează controlul calităţii la toate stadiile de punere în operă a documentaţiei

iv. există neconcordanţe minore între graficul general de realizare a investiţiei publice, activităţile/etapele realizate, responsabilităţile pentru execuţia/gestionarea/controlul calităţii şi resursele

se acordă calificativul adecvat:

Dacă, în plus la calificativul Satisfăcător, Planul de management al calităţii lucrărilor executate:

i. este adaptat la caracteristicile specifice ale contractului de lucrări şi corelat cu metodologia de executare a lucrărilor

ii. evidenţiază adecvat nivelul de implicare al responsabililor din structura organizaţională a Ofertantului şi contribuţia individuală pentru realizarea controlului calităţii;

iii. relaţia dintre graficul general de realizare a investiţiei publice/etapele realizate, responsabilităţile pentru execuţia/gestionarea/controlul calităţii şi resursele utilizate este realistă şi în conformitate cu metodologia propusă.

iv. are un nivel de detaliere adecvat*: facilitează înţelegerea propusă pentru managementul calităţii în contract la toate stadiile de punere în operă a documentaţiei*

se acordă calificativul foarte bine:

În plus faţă de informaţiile enumerate mai sus în cadrul calificativului Adecvat, dacă:

i. *activităţile/etapele realizate, responsabilităţile pentru execuţia/gestionarea/controlul calităţii şi resursele utilizate sunt foarte bine definite, Ofertantul demonstrând optimizarea resurselor.*

ii. *nivelul şi modalitatea de implicare a responsabililor în realizarea controlului calităţii sunt realiste si foarte clar definite.*

Astfel, contestatorul arată că documentaţia de atribuire permite comisiei de evaluare ca, în procesul de evaluare al ofertelor, respectiv, de acordare a calificativelor şi a punctajelor aferente, să folosească criterii totalmente subiective, al căror conţinut nu este detaliat în vreun fel.

Mai concret, comisia de evaluarea ar urma să facă aprecieri proprii privind noţiuni precum: foarte puţin adecvat; în mică măsură; deviaţii minore; corespunzător, în mare parte; foarte bine; la modul general; realistă; etc..

În acest context, este evident că entitatea contractantă ar beneficia de o libertate totală în evaluarea ofertelor, neputându-se verifica în vreun fel de către un observator independent dacă constatările entităţii contractante sunt sau nu întemeiate, întocmai pentru că criteriile de evaluare sunt concepute de o aşa manieră încât să impună judecăţi de valoare, care, prin natura lor, nu pot fi verificate/combătute.

Acest mod de stabilire a criteriilor de evaluare este prohibit în mod expres de art. 211 din Legea cu nr. 99/2016, care prevede că entitatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată.

II. Contestatorul precizează că modul în care au fost prevăzute penalităţile de întârziere pentru fiecare din părţile contractului ce urmează a fi încheiat în urma finalizării licitaţiei este dezechilibrat.

Astfel, contestatorul arată că potrivit clauzei 8.7 din Condiţiile generale de contract (Anexa nr. 4), raportat la pct. 8.7 din Anexa la ofertă

(Anexa nr. 5), în situaţia în care antreprenorul acumulează întârzieri în executarea contractului, acesta datorează penalităţi de întârziere în procent de 0,1%/zi din valoarea de contract acceptată.

În contrast cu acest procent de penalităţi, penalităţile care pot fi solicitate de antreprenor pentru neplata la termen a lucrărilor de către beneficiar este de numai 0,026%/zi de întârziere.

Astfel, potrivit sub-clauzei 14.8 din Condiţiile generale de contract, astfel cum au fost modificate prin condiţiile speciale (Anexa nr. 6), dobânda pe care o poate percepe antreprenorul de la entitatea contractantă este calculată la rata dobânzii de politică monetară a B.N.R., la care se adaugă 8 puncte procentuale.

Având în vedere nivelul ratei dobânzii de politică monetară a B.N.R. din prezent (1,75%) rezultă că antreprenorul va beneficia de o dobândă în cazul întârzierii la plată de numai 0,026%/zi (9,75% : 365 = 0,026%).

Astfel, în cazul întârzierii în executarea obligaţiilor contractuale, entitatea contractantă beneficiază de o dobândă de aproape 5 de ori mai mare decât dobânda de care beneficiază antreprenorul, situaţie ce este totalmente inechitabilă şi abuzivă, în condiţiile în care părţile unui contract trebuie să se situeze pe poziţii de egalitate şi să beneficieze de acelaşi grad de protecţie.

Mai mult decât atât, contestatorul precizează că din prevederile documentaţiei de atribuire criticate pe această cale, rezultă că, procentul de penalităţi pe care îl poate solicita antreprenorul se aplică (cum este firesc) la sumele facturate către beneficiar, în timp ce procentul de penalităţi datorat de antreprenor s-ar aplica la întreaga valoare a contractului.

Cu alte cuvinte, din moment ce entitatea contractantă ar urma să plătească penalităţi de întârziere calculate doar la suma pe care nu a achitat-o în termen, este totalmente nejustificat ca antreprenorul să achite penalităţi de întârziere calculate la întreaga valoare a contractului, chiar dacă, spre exemplu, a executat 90% din lucrări si este în întârziere cu lucrări în valoare de numai 10%!

Raportat la aceste aspecte, în opinia contestatorului, în speţă, este pe deplin aplicabil art. 14 din Codul civil, text ce prevede că *„orice persoană fizică sau persoană juridică trebuie să îşi exercite drepturile şi să îşi execute obligaţiile civile cu bună-credinţă, în acord cu ordinea publică şi bunele moravuri".*

În cadrul contractelor, principiul bunei credinţe se transpune în necesitatea existenţei unei egalităţi contractuale, respectiv, a unui echilibru între drepturile şi obligaţiile părţilor.

Astfel, acest echilibru contractual, dublat de principiul proporţionalităţii prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea cu nr. 99/2016 se opune ca una din părţi să beneficieze de o protecţie sporită în raport cu cealaltă, protecţie pe care, chiar ar putea să o utilizeze în defavoarea celeilalte părţi, aceasta putând constitui un instrument abuziv, dar foarte eficient, de constrângere.

În sensul celor antemenţionate, contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere şi practica CNSC, care, în dosarele nr..... (Anexa nr. 7), a constatat aceste aspecte şi a dispus întocmai măsura solicitată, respectiv,

a obligat entitatea contractantă la impunerea penalităţilor de întârziere în executarea obligaţiilor în cuantum egal pentru părţile contractante.

Prin adresa nr. 3/03.01.2018 înregistrată la Consiliu sub nr. 22/03.01.2018, ..., în calitate de entitate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestaţia depusă de SC ..... SRL, solicitând respingerea contestaţiei pentru următoarele motive:

În ceea ce priveste afirmaţia contestatorului potrivit căreia: *„Autoritatea contractantă nu a răspuns la notificarea prealabilă pe care am formulat-o...*", entitatea contractantă precizează că este total neadevărată.

În acest sens, entitatea contractantă menţionează că, desi asa cum este precizat în fisa de date a achiziţiei, la Cap. IV.1.1.a) si ţinând cont si de precizările din cadrul aceluiaşi document de la Cap. VI.3) ALTE INFORMAŢII, potrivit cărora procedura de achiziţie este o procedura on-line si:

„Reguli de comunicare si transmitere a datelor:
- Solicitările de clarificări referitorare la prezenta ..... de atribuire, se vor adresa în mod exclusiv în SEAP la Secţiunea întrebări din cadrul procedurii de atribuire derulate prin mijloace electronice,...."

"... Entitatea Contractantă urmând să nu dea curs solicitărilor adresate prin altă modalitate de comunicare decât cea stabilită în conformitate cu prevederile art. 160 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale",

contestatorul nu a luat în considerare aceste precizări din fisa de date a achiziţiei, alegând să transmită prin fax si e-mail adresa nr. 974/14.12....., cu subiect Notificare prealabilă la documentaţia de atribuire.

Entitatea contractantă precizează că, desi putea să ignore această solicitare a contestatorului, transmisă prin cu totul alt mijloc de comunicare decât cel precizat clar în cadrul documentaţiei de atribuire (si valabil în cazul procedurilor on-line derulate în SEAP), totuşi, fiind de bună credinţă, a răspuns tot prin fax la solicitarea SC ..... SRL, transmiţându-i acestuia adresa nr. 7262/15.12..... (anexată), prin care i s-a comunicat faptul că trebuie respectate regulile de comunicare referitoare la procedurile de atribuire desfăsurate prin mijloace electronice (on-line prin SEAP), valabile pentru procedura în cauză.

În urma acestui demers, entitatea contractantă arată că societatea contestatoare a înţeles să transmită solicitarea sa prin SEAP, la data de 15.12....., orele 16:04, prin documentul: Adresa nr. 974 din 14.12..... - Notificare prealabilă....., astfel cum rezultă si din pagina listată din SEAP a interfeţei acestuia, secţiunea "întrebări" si intitulată Detaliu întrebare (anexată).

Entitatea contractantă menţionează că, tot din aceeaşi pagină a SEAP, se poate observa că la data de 18.12....., orele 12:02, a transmis răspunsul său la Notificarea prealabilă a contestatorului ..... SRL, intitulat: Adresa ..... nr. 7287/18.12..... - Răspuns Notificare prealabilă - conform document ataşat, iar documentul ataşat are denumirea Răspuns ..... ptr notific preal .... De asemenea, entitatea

contractantă precizează că procedura în cauză este supusă verificării, conform cu prevederile OUG 30/2006 privind funcţia de verificare a aspectelor procedurale aferente procesului de atribuire a contractelor de achiziţie publica, asa cum rezulta si din Decizia de verificare nr. 818/...../11.12..... transmisă entităţii contractante de către Agenţia Naţionala pentru Achiziţii Publice - Direcţia Generală Control Ex - Ante, astfel că orice abatere de la procedura legală de desfăsurare a procesului de derulare a achiziţiei sectoriale ar fi fost semnalat imediat entităţii contractante.

Referitor la punctul 1 al contestaţiei, în legătură cu criticile aduse de contestator prevederilor referitoare la criteriul de atribuire, respectiv factorii de evaluare, precizaţi în cadrul documentaţiei de atribuire, entitatea contractantă precizează următoarele:

Documentaţia de atribuire (inclusiv fisa de date a achiziţiei), respectă prevederile legislaţiei achiziţiilor sectoriale, respectiv Legea 99/2016 si HG 394/2016, cu modificările si completările ulterioare, privind formularea cerinţelor de calificare si selecţie, si a tuturor prevederilor din cadrul documentaţiei de atribuire, motiv pentru care aceasta a primit acceptul de publicare pe SEAP, în urma evaluării efectuate de către ANAP, la data de 05.12....., în conformitate cu art. 25 din HG 394/2016, cu modificările si completările ulterioare.

În etapa de evaluare ex-ante a documentaţiei de atribuire de către ANAP, instituţia responsabilă si abilitată în Romania cu stabilirea strategiei de achiziţii, din punct de vedere al legislaţiei în domeniu si cu rol de monitorizare a sistemului de achiziţii din România, nu a declarat aceşti factori de evaluare, astfel cum au fost formulaţi si descrisi în documentaţia de atribuire, ca ilegali.

Singura observaţie a ANAP, în etapa de evaluare ex-ante, a fost legată de ponderea alocată acestora. Astfel că, în urma acestor observaţii, entitatea contractantă a corectat si retransmis spre validare documentaţia de atribuire, aceasta fiind validată la data de 05.12.....

Entitatea contractantă arată că a justificat atât opţiunea de alegere a acestor doi factori de evaluare (criticaţi), cât si ponderea acestora, la nivelul strategiei de contractare nr. 6890/28.11..... (la dispoziţia ANAP), document care face parte din dosarul achiziţiei.

Precizările din strategia de contractare, referitoare la factorii de evaluare, cu justificările pe care entitatea contractanta le-a avut în vedere, conduc la concluzia că, pe baza acestora se va putea, în urma evaluării ofertelor depuse, stabili cea mai avantajoasă ofertă din punct de vedere economic, prin impunerea criteriului de atribuire "cel mai bun raport calitate - preţ".

Entitatea contractantă precizează că algoritmul de calcul al acestora este descris si pus la dispoziţie în cadrul documentaţiei de atribuire prin documentul denumit ....

De asemenea, ca dovadă a faptului că factorii de evaluare 2 si 3 (criticaţi de contestator) au fost formulaţi legal, stă si exemplul de factori de evaluare tehnici calitativi; pe care chiar ANAP îi are în vedere, pe site-ul instituţiei fiind în dezbatere publică, la secţiunea Consultare publică -

Proiecte, Model contract pentru execuţie lucrări aferent Documentaţiei de atribuire, care cuprinde un Catalog - Factori de evaluare - Lucrări.

Entitatea contractantă precizează că nu este de acord cu afirmaţia contestatorului că "*În niciun caz, factorii de evaluare care pot fi avuţi în vedere în cadrul criteriului cel mai bun raport calitate-pret nu se pot referi la modul în care este elaborată propunerea tehnică! Or, în cazul de faţă, criteriile de atribuie nr. 2 si 3 se referă întocmai la modul de elaborare al propunerii tehnice.*", întrucât, asa cum se poate observa din modelul de formular pentru Acordul Contractual (Formularul nr. 18 din Vol. l Sec.2 Formulare al DA) Propunerea Tehnică face parte din documentele care sunt parte integrantă din contract si vor fi considerate ca atare: *"... (m) Propunerea tehnică a Antreprenorului incluzând Graficul de execuţie, Fişele tehnice, desene şi orice alte documente incluse în Oferta tehnică ...".*

Deci, Propunerea Tehnică care stă la baza evaluării ofertelor nu este un simplu document de prezentare, ci reprezintă un document contractual, care ulterior semnării contractului devine angajament contractual din partea antreprenorului că va executa lucrările în termenul stabilit si la nivelul calitativ solicitat.

Entitatea contractantă menţionează că acest principiu este în concordanţă cu prevederile Legii nr. 99/2016 art.209, citate de contestator, de stabilire a factorilor de evaluare, având impact atât din punct de vedere calitativ, cât si din punct de vedere al organizării ofertantului.

Propunerea Tehnică trebuie întocmită în conformitate cu prevederile din fisa de date. cap. IV.4.1. Modul de prezentare a propunerii tehnice, respectiv:

"*Pentru prezentarea Propunerii Tehnice, ofertantii trebuie să utilizeze formularul inclus în modelele de formulare din Documentaţia de Atribuire - Formularul nr. 11. Propunerea Tehnică a Ofertantului trebuie să includă, fără a se limita, următoarele:*

1. Rezumatul Propunerii Tehnice;

2. Metodologia de executare a lucrărilor, cu descrierea modului în care Ofertantul intenţionează să execute toate activităţile solicitate prin Documentaţia de Atribuire astfel încât să fie asigurate condiţiile ca lucrările să fie realizate la parametrii calitativi solicitaţi si să fie finalizate în termenul limită solicitat, prezentând în mod minim următoarele informaţii: abordarea generala si coordonarea activitatilor, detalierea modului de execuţie a principalelor activitati care fac obiectul contractului, detalierea lucrărilor pregătitoare si de organizare a Şantierului pe tot parcursul execuţiei, structura organizatorică a personalului implicat în realizarea contractului (inclusiv subcontractorii, dacă este cazul), responsabilităţile personalului implicat în coordonarea execuţiei si controlul calităţii lucrărilor executate, adecvarea la constrângerile fizice impuse de amplasamentul lucrării si prezentarea metodologiilor de execuţie a unor lucrări speciale sau în condiţii climatice nefavorabile, si orice alte informaţii considerate relevante în acest scop;

3. Planul de management al calităţii în cadrul Contractului, cu descrierea principalelor proceduri care vor fi utilizate de Ofertant pentru

asigurarea/controlul calităţii activităţilor desfăsurate pe parcursul implementării contractului (de exemplu: în fazele premergătoare execuţiei, în toate stadiile punerii în operă, pentru verificarea lucrărilor executate si recepţia lucrărilor finalizate, în perioada de notificare a defecţiunilor, etc.), responsabilităţile si resursele pentru execuţia/gestionarea/controlul calităţii, etc.

4. Graficul general propus de realizare a investiţiei publice, si care prezintă toate informaţiile necesare înţelegerii modului în care Ofertantul intenţionează să deruleze execuţia Lucrărilor, incluzând aspecte privind: activităţile principale si subactivităţile acestora, succesiunea si duratele activităţilor, perioadele de desfăsurare a activităţilor si punctele de reper relevante, drumul critic, resursele alocate (personal, utilaje, etc.), rezervele de timp pentru situaţii neprevăzute, perioadele cu restricţii în execuţia unor activităţi, si orice alte informaţii considerate relevante în acest scop;

5. Personalul propus si managementul contractului pentru execuţia lucrărilor (în corelare cu informaţiile solicitate în secţiunile de mai sus);

6. Infrastructura care va fi utilizată în realizarea activităţilor contractului (incluzând detalii privind utilajele si echipamentele ce vor fi utilizate pentru execuţia lucrărilor si numărul acestora,

7. Modalitatea de efectuare a înregistrărilor si înregistrările efectuate în legătură cu indicatorii cantitativi si calitativi asociaţi execuţiei Lucrărilor (se vor detalia având în vedere cerinţele minime stabilite prin Caietul de Sarcini si se vor completa în conformitate cu Planul de management al calităţii în cadrul Contractului)

8. Măsurile aplicabile de Ofertant pe perioada Contractului pentru asigurarea îndeplinirii obligaţiilor din domeniul mediului ce derivă din îndeplinirea obiectului Contractului

9. Măsurile aplicabile de Ofertant pe perioada Contractului pentru asigurarea îndeplinirii obligaţiilor din domeniul social si al relaţiilor de muncă ce derivă din îndeplinirea obiectului Contractului sau alte prevederi legale (incluzând informaţii privind măsurile prevăzute pentru siguranţa si sănătatea în muncă, asigurarea condiţiilor de muncă si odihnă, măsuri pentru perioadele climatice nefavorabile, etc.)

10*. Măsuri aplicate de Ofertant pentru supravegherea lucrărilor în perioada de garanţie acordată*

11. Informaţii în legătură cu măsurile care trebuie adoptate după recepţia lucrărilor terminate de către Entitatea Contractantă pentru exploatarea si întreţinerea echipamentelor incluse în Lucrări

12. Anexe la Propunerea Tehnică (putând include orice desen si informaţie tehnică relevante din punctul de vedere al ofertantului,)".

Entitatea contractantă precizează că, asa cum se poate observa din enumerarea de mai sus, doreşte prezentarea de către ofertanţi a unor propuneri tehnice de realizare a lucrărilor care să dovedească capacitatea acestora de a duce la bun sfârsit sarcinile din scopul contractului în durata de execuţie stabilită si la nivelul calitativ solicitat prin caietul de sarcini.

Propunerea tehnică a ofertanţilor trebuie să includă pe lângă „Graficului general de realizare a investiţiei publice" si "Planul de management al calităţii lucrărilor executate" si alte informaţii relevante

care dovedesc înţelegerea ofertantului a scopului contractului si faptul că acesta a considerat în pregătirea ofertei tehnice si financiare toate aspectele relevante, astfel încât acesta să poată realiza lucrarea la termen si la nivelul calitativ solicitat, cu asigurarea tuturor resurselor umane si materiale necesare pentru aceasta.

Entitatatea contractantă arată că a ales ca factor de evaluare "Factor de evaluare 2: Gradul de adecvare al graficului general de realizare a investiţiei publice, resursele alocate pentru realizarea activităţilor în cadrul Contractului prin raportare la metodologia de executare a lucrărilor" pentru că doreşte încheierea unui contract de achiziţie publică sectorială cu un ofertant care si-a corelat estimarea duratelor activităţilor/subactivităţilor în mod responsabil si realist, corelat cu resursele (materiale, umane, utilaje, etc.) alocate fiecărei activităţi si cu metodologia proprie de executare. Stabilirea acestora într-un mod cât mai detaliat si fundamentat demonstrează că, în cazul în care acest contract va fi executat de ofertantul respectiv, contractul urmează să se deruleze conform unei programari fundamentate si realiste, antreprenorul îsi va mobiliza resursele la momente bine stabilite si corelate cu metodologia proprie de execuţie, acesta a evaluat necesarul de resurse necesare realizării scopului contractului si a pregătit o ofertă, atât tehnică cât si financiară suficientă pentru a duce la bun sfârsit lucrarea.

De asemenea, entitatea contractantă arată că a ales ca factor de evaluare "Factor de evaluare 3: Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obţinerea asigurării că lucrările sunt realizate la parametrii calitativi solicitaţi (Planul de management al calităţii lucrărilor executate)" pentru că doreşte să obţină lucrări de înaltă calitate.

Entitatea contractantă menţionează că deţine fondurile necesare si are ca scop obţinerea unor lucrări cu durabilitate mare, care vor asigura prestarea pe o perioadă cât mai lungă de timp a unor servicii de calitate de furnizare a apei si de colectare a apelor uzate către si de la beneficiarii finali ai investiţiilor, populaţia din localităţile vizate de contractul de lucrări.

Totodată, entitatea contractantă arată că Formularul nr. 11 (Model propunere tehnică) solicită ca Ofertantul să prezinte modalitatea în care intenţionează să controleze calitatea în toate stadiile punerii în operă a documentaţiei şi să prezinte modalitatea în care asigură monitorizarea şi trasabilitatea înregistrărilor privind calitatea.

De asemenea, sunt solicitate informaţii privind principalele proceduri care vor fi utilizate de Ofertant pentru asigurarea/controlul calităţii activităţilor desfăşurate pe parcursul implementării Contractului si privind responsabilităţile şi resursele pentru execuţia/gestionarea/controlul calităţii.

În consecinţă, planul de management al calităţii, document contractual angajant al antreprenorului, are o legătură directă si intrinsecă cu calitatea lucrărilor care urmează să fie executate.

Prin urmare, pregătirea de către ofertanţi a unui plan de management al calităţii, care este corelat în mod realist si coerent cu activităţile care urmează a fi executate, cu metodologia proprie de execuţie si cu resursele alocate, demonstrează că, în cazul în care acest

contract va fi executat de ofertantul respectiv, lucrările vor fi executate la nivelul calitativ solicitat contractual si vor fi asigurate de antreprenor resursele în vederea atingerii acestui scop.

Entitatea contractantă menţionează că modul de evaluare a acestor factori a fost detaliat în cadrul Anexei 1 a fisei de date.

În opinia entităţii contractante, modul de punctare pentru ambii factori este stabilit, în mod clar si neechivoc, ceea ce permite tuturor ofertanţilor să îsi pregătească propunerile tehnice, respectiv oferta în întregimea ei, astfel încât să obţină punctaje cât mai ridicate.

Entitatea contractantă nu este de acord cu afirmaţia contestatorului potrivit căreia "*Raportat la aceste prevederi, ofertanţii ar avea posibilitatea să elaboreze oferte care să nu respecte (sau să respecte în foarte mică măsură) cerinţele documentaţiei de atribuire privind modul de elaborare a propunerii tehnice, situaţie care este inadmisibilă*".

Astfel, entitatea contractantă arată că în cadrul Anexei 1 a fisei de date se specifică după cum urmează:

- în cazul Factorului de evaluare 2: "*Informaţiile din cadrul Propunerii Tehnice (Formularul nr. 11 completat şi anexele solicitate) trebuie să fie corelate. În cazul în care în urma evaluării se observă că (1) există neconcordanţe între Graficul general de realizare a investiţiei publice, resursele utilizate şi metodologia de execuţie sau că (2) Propunerea Tehnică nu prezintă toate informaţiile solicitate în mod minim a fi prezentate, atunci Entitatea Contractantă va considera Propunerea Tehnică ca neconformă conform prevederilor Legii 99/2016",*
- în cazul Factorului de evaluare 3: "*Informaţiile din cadrul Propunerii Tehnice (Formularul nr. 11 completat şi anexele solicitate) trebuie să fie corelate. În cazul în care în urma evaluării se observă că (1) există neconcordanţe între Planul de management al calităţii lucrărilor executate şi metodologia de execuţie sau că (2) Propunerea Tehnică nu prezintă toate informaţiile solicitate în mod minim a fi prezentate, atunci Entitatea Contractantă va considera Propunerea Tehnică ca neconformă conform prevederilor Legii 99/2016".*

Astfel, din cele citate antemenţionate, se poate observa că ofertanţii au cunostinţă despre condiţiile când o ofertă poate fi neconformă si, în consecinţă, nu ar avea de ce să *"...elaboreze oferte care să nu respecte (sau să respecte în foarte mică măsură) cerinţele documentaţiei de atribuire privind modul de elaborare a propunerii tehnice...".*

Entitatea contractantă nu este de acord cu afirmaţia contestatorului potrivit căreia "... *documentaţia de atribuire permite comisiei de evaluare ca, în procesul de evaluare a ofertelor de acordare a calificativelor si a punctajelor aferente, să folosească criterii totalmente subiective, al căror conţinut nu este detaliat în vreun fel".*

Astfel, entitatea contractantă precizează că din Anexa la fisa de date se poate observa că elementele care urmează a fi analizate de către comisia de evaluare sunt foarte clar stipulate, pentru fiecare din nivelurile de punctare.

De asemenea sunt precizate ce informaţii din Ofertă se analizează de către membrii comisiei si corelarea acestora cu secţiunile relevante din caietul de sarcini.

În consecinţă, comisia de evaluare nu are "libertatea de apreciere nelimitată", asa cum afirmă contestatorul.

În opinia entităţii contractante, atunci când au fost stabiliţi aceşti factori de evaluare si modul de punctare respectiv, a dorit ca ofertanţii să poată pregăti oferte cât mai bune, punând accentul pe elementele care urmează a fi evaluate, iar evaluarea să poată să fie făcută transparent si în mod echitabil, pentru toate ofertele analizate.

În concluzie, entitatea contractantă precizeată că a considerat în alegerea acestor factori, privind Graficul de execuţie si Planul de management al calităţii, părţi importante ale propunerii tehnice, că aceştia nu sunt simple criterii de departajare subiective, ci devin obligaţii contractuale, angajante pentru antreprenor, si care vor avea ca rezultat Realizarea lucrărilor din scopul contractului în termenul stabilit si la nivelul de calitate solicitat.

Corelarea acestora cu resursele si metodologia de execuţie este esenţială pentru obţinerea unor rezultate bune din punct de vedere tehnic si din punct de vedere al unei oferte financiare realiste.

Entitatea contractantă menţionează că doreşte prin alegerea acestor factori încheierea viitorului contract de achiziţie publică sectorială cu un antreprenor responsabil si care va asigura obţinerea rezultatelor vizate.

Referitor la punctul 2 al contestaţiei, în ceea, ce priveşte critica contestatorului în legătură cu penalităţile de întârziere, entitatea contractantă menţionează că:

Contestatorul face confuzie între penalităţile financiare, reprezentând dobânzi datorate pentru neplata la timp a unor facturi, si penalitatea contractuală pentru nerespectarea termenului de execuţie solicitat în Contract.

Entitatea contractantă precizează că doreşte încheierea unui contract de achiziţie publică sectorială cu un antreprenor responsabil, care să îsi asume realizarea obiectivelor din scopul contractului în termenul si în limita bugetului stabilite.

De asemenea, entitatea contractantă precizează că trebuie avut în vedere că acest contract de lucrări este derulat prin intermediul unui program cu finanţare europeană - Programul Operaţional Infrastructura Mare (POIM) - care are constrângeri specifice din punct de vedere al duratei perioadei de implementare, respectiv perioada 2014 - 2020 si cu termen limită al perioadei de eligibilitate a cheltuielilor, anul 2023.

În consecinţă, depăsirea acestui termen limită va conduce la declararea cheltuielilor ca fiind neeligibile, iar plata lor va fi suportată de entitatea contractantă în loc ca aceasta să beneficieze de finanţarea (grant) din partea Uniunii Europene.

Entitate contractantă menţionează că nu intenţionează în mod specific să penalizeze antreprenorul executant si de aceea a stabilit o durată suficient de îndelungată pentru execuţia lucrărilor.

Astfel, entitatea contractantă arată că în durata contractului au fost considerate si perioada de mobilizare necesară antreprenorului la începutul contractului (pentru a-si mobiliza personalul si utilajele, a achiziţiona materiale, a-si organiza execuţia, etc.), perioadele cu restricţii din cauze

meteorologice (ex. perioadele de iarna) precum şi perioada finală de verificare si recepţie a lucrărilor.
În acest sens a fost prezentat în cadrul ..... de atribuire (în Vol. III Sec. 1) un grafic indicativ de execuţie pe care ofertanţii îl pot adapta si modifica în conformitate cu metodologia si organizarea proprie.

Entitatea contractantă precizează că graficul prezentat de ofertanţi va deveni parte din Contract si reprezintă un angajament din partea ofertantului câstigător ca acesta îsi va îndeplini la termen obligaţiile contractuale.

Nerespectarea acestui termen va aduce daune entităţii contractante, aceasta neputând pune la dispoziţia viitorilor beneficiari direcţi - populaţia din zona contractului - serviciile noi de apă si canalizare.
În acest fel se aduc prejudicii financiare entităţii contractante, care este si operator regional al serviciilor de apă si canalizare în judeţul ....., fiindcă aceasta nu va putea încasa beneficiile rezultate din operarea acestor servicii în zona în cauză.

Cu privire la proporţionalitatea penalităţilor, în sensul că acestea trebuie aplicate numai lucrărilor nefinalizate si nu întregii valori de contract, si în cazul penalităţilor de întârziere, entitatea contractantă precizează că a avut în vedere acest aspect si a inclus în condiţiile contractuale clauze care să reglementeze acest aspect.

Astfel, sub-clauza 10.2 prevede că Beneficiarul poate recepţiona, si ulterior opera, lucrările care sunt funcţionale în mod independent anterior finalizării întregului contract.

Entitatea contractantă menţionează că nu doreşte să penalizeze executantul lucrărilor dacă acesta a finalizat si pus în funcţiune părţi ale Lucrărilor, chiar dacă la momentul expirării duratei de execuţie au mai rămas de executat unele lucrări din scopul contractului.

De aceea sub-clauza 10.2 prevede că penalităţile pot fi reduse cu valoarea lucrărilor finalizate si recepţionate parţial de către Beneficiar, deorece acesta le poate utiliza în scopul contractului si, în consecinţă, nu suferă prejudicii.

Prin urmare, entitatea contractantă precizează că afirmaţia contestatorului „... *este totalmente nejustificat ca antreprenorul să achite penalităţi de întârziere calculate la întreaga valoare a contractului, chiar dacă, spre exemplu, a executat 90% din lucrări si este în întârziere cu lucrări în valoare de numai 10%!*" este incorectă si nu a considerat prevederile contractuale stipulate de către Sub-clauza 10.2 din Condiţiile de Contract.

În concluzie, entitatea contractantă consideră că penalităţile de întârziere, de depăşire a duratei contractuale de execuţie, sunt stabilite echitabil si într-un mod neechivoc. Toţi ofertanţii au cunostinţă de ele si îsi pot adapta, încă de la pregătirea ofertei, metodologia de execuţie, organizarea si resursele, astfel încât să nu ajungă în situaţia de a fi penalizaţi.

Entitatea contractantă arată că penalităţile financiare în cazul întârzierii unor plăţi din partea entităţii contractante sunt reglementate de Codul Fiscal si de alte prevederi legale cum ar fi:

- Legea nr. 72/2013, art. 8 „Dobânzi penalizatoare" din cap. Cap. III, Contracte între profesionişti şi autorităţi contractante şi art. 4 „Dobânda legală penalizatoare" din Capitolul II

- Ordonanţa Guvernului nr. 13/2011, art. 3 alin. (2) prin care dobânda legală penalizatoare pentru obligaţii băneşti se stabileşte la nivelul ratei dobânzii de referinţă a Băncii Naţionale a României plus 8 puncte procentuale;

- prin dispoziţiile art. 1535 alin. (1) Codul civil, legiuitorul a stabilit că în cazul obligaţiilor băneşti creditorul are dreptul, fără dovedirea vreunui prejudiciu, la o penalitate minimă prevăzută de dobânda legală penalizatoare, calculată conform dispoziţiilor legale;

- art. 14 lit. a) din Legea nr. 72/2013 califică drept abuzivă clauza contractuală care stabileşte dobânzi penalizatoare inferioare dobânzii legale penalizatoare, iar neaplicarea/nerespectarea acestei dispoziţii legale se sancţionează cu nulitatea absolută pentru clauza nelegală care stabileşte dobânzi penalizatoare inferioare dobânzii legale penalizatoare.

În consecinţă, entitatea contractantă consideră că a stabilit în mod legal nivelul acestor penalităţi. Modul lor de calcul a fost prezentat clar si neechivoc, cum poate fi observat si din textul contestatorului.

Aceste penalităţi devin datorate antreprenorului numai dacă entitatea contractantă întârzie plata unei facturi peste termenul stabilit contractual ca limită pentru plata facturii respective. Toţi ofertanţii au cunostinţă de aceste termene limită de plată si îsi pot stabili resursele financiare necesare execuţiei contractului în corelare cu acestea.

Penalităţile financiare sunt stabilite în mod similar si pentru cazurile în care antreprenorul întârzie plata unor sume necuvenite, asa cum este prevăzut în Sub- clauza 14.16 din Condiţii Speciale de Contract.

Entitatea contractantă concluzionează prin a sublinia că atât penalităţile datorate de către antreprenor pentru întârzieri în execuţia lucrărilor, cât si penalităţile financiare pentru întârzieri în plata unor sume datorate de către entitatea contractantă au fost stabilite în mod neechivoc, proporţionale cu daunele cauzate si, nu în ultimul rând, cu respectarea prevederilor legale.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 841/08.01.2018, contestatorul formulează concluzii scrise raportat la punctul de vedere transmis de entitatea contractantă, solicitând admiterea contestaţiei aşa cum a fost formulată, în esenţă, pentru următoarele motive:

1. Cu titlu de chestiune prealabilă, în ceea ce priveşte susţinerile entităţii contractante referitoare la modul de transmitere a notificării prealabile, a răspunsului la aceasta şi a contestaţiei, contestatorul precizează că acestea sunt greşite, întrucât prevederile citate de entitatea contractantă se referă strict la solicitările de clarificări şi răspunsurile la acestea, în cadrul procedurii, iar nu la remediile şi căile de atac în materie de achiziţie publice.

Astfel, în ceea ce priveşte notificările prealabile, răspunsurile la acestea şi contestaţiile, contestatorul arată că art. 16 alin. (5) din Legea cu nr. 101/2016 prevede expres că *„toate notificările şi actele procedurale se transmit prin poştă, fax şi/sau mijloace electronice, cu confirmare de*

primire". Prin urmare, este evident că societatea sa a respectat întocmai rigorile legale în materie, în timp ce entitatea contractantă nu a făcut acelaşi lucru.

2. Pe fondul contestaţiei, contestatorul arată că entitatea contractantă face o gravă confuzie între modul mai mult sau mai puţin detaliat în care pot fi elaborate propunerile tehnice şi calitatea propriu zisă a lucrărilor.

Contestatorul precizează că nu există nicio legătură între calitatea/avantajele lucrărilor şi gradul de detaliu folosit în elaborarea propunerii tehnice întrucât, pentru execuţia aceleiaşi lucrări, se poate realiza o propunere tehnică foarte elaborată, sau una mai generală, însă acest aspect nu are niciun fel de relevanţă în privinţa calităţii lucrării care poate fi aceeaşi, sau chiar inferioară, indiferent de cât de elaborată este propunere tehnică.

Astfel, contestatorul menţionează că, prin criteriile de atribuire nr. 2 şi 3, entitatea contractantă încearcă o departajare a ofertanţilor raportată la modul mai mult sau mai puţin detaliat în care îşi elaborează propunerile tehnice, iar nu la calitatea lucrărilor care va fi executată, situaţie inadmisibilă.

Contestatorul precizează că toate aspectele invocate de entitatea contractantă ţin exclusiv de forma propunerii tehnice, formă ce, oricum, trebuie să respecte toate cerinţele prevăzute de fişa de date şi celelalte documente de atribuire, sub sancţiunea respingerii ofertei drept inacceptabilă în temeiul art. 228 alin. (4) din Legea cu nr. 99/2016 (oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplineşte condiţiile de formă aferente elaborării şi prezentării acesteia).

Pe de altă parte, contestatorul menţionează că tocmai din cauza modului în care a fost formulate criteriile de atribuire, acestea contrazic rigorile privind modul de elaborare a propunerii tehnice şi, practic, permit ofertanţilor să nu respecte întocmai cerinţele de elaborare a propunerii tehnice, aşa cum sunt ele prevăzute în fişa de date a achiziţiei.

Astfel, contestatorul arată că din conţinutul Anexei nr. 1 la fişa de date - detaliere privind punctajul acordat, reiese că ofertele vor primi calificativul satisfăcător (deci vor fi admisibile) chiar dacă ofertanţii nu au respectat modul de elaborare al propunerilor tehnice. Astfel, spre exemplu, ofertele vor primi calificativul satisfăcător chiar dacă:

- în cadrul graficului general, nu sunt detaliate subactivităţile;
- succesiunea activităţilor în graficul general este stabilită într-un mod foarte puţin adecvat;
- durata activităţilor şi perioadele de derulare a acestora sunt în mică măsură corespunzătoare complexităţii activităţilor;
- punctele de reper (jaloanele) nu sunt relevante prin raportare la lucrările ce trebuie executate şi metodologia de execuţie a acestora;
- drumul critic nu corespunde metodologiei de execuţie a lucrărilor;
- planul de management nu este în totalitate corelat cu metodologia de executare a lucrărilor, etc.

Prin urmare, din moment ce ofertele vor primi calificativul satisfăcător, deci, vor fi admisibile, chiar dacă nu detaliază subactivităţile, sau punctele de reper (jaloanele) nu sunt relevante, ori drumul critic nu

corespunde metodologiei de execuţie a lucrărilor, este evident că, practic, sunt înlăturare cerinţele fişei de date privind modul de prezentare a propunerii tehnice, situaţie inadmisibilă.

3. Pe de altă parte, contestatorul menţionează că, aşa cum a mai afirmat, documentaţia de atribuire permite comisiei de evaluare ca, în procesul de evaluare al ofertelor, respectiv, de acordare a calificativelor şi a punctajelor aferente, să folosească criterii totalmente subiective, al căror conţinut nu este detaliat în vreun fel.

Mai concret, comisia de evaluarea ar urma să acorde calificative propunerilor tehnice pe baza unor noţiuni precum: *foarte puţin adecvat; în mică măsură; deviaţii minore; corespunzător, în mare parte; foarte bine; la modul general; realistă;* etc..

În contextul în care înţelesul şi întinderea acestor noţiuni nu este stabilit nicăieri în documentaţia de atribuire, entitatea contractantă are posibilitatea de a decide după bunul său plac modul de aplicare şi interpretare al acestor factori de evaluare.

Astfel, entitatea contractantă ar beneficia de o libertate totală în evaluarea ofertelor, neputându-se verifica în vreun fel de către un observator independent dacă constatările entităţii contractante sunt sau nu întemeiate, întocmai pentru că criteriile de evaluare sunt concepute de o aşa manieră încât să impună judecăţi de valoare, care, prin natura lor, nu pot fi verificate/combătute.

Contestatorul arată că acest mod de stabilire a criteriilor de evaluare este prohibit în mod expres de art. 211 din Legea cu nr. 99/2016, care prevede că entitatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată.

4. În ceea ce priveşte penalităţile de întârziere, în pofida susţinerilor entităţii contractante, contestatorul precizează că acestea sunt dezechilibrate.

Astfel, contestatorul menţionează că argumentul entităţii contractante în sensul că nu doreşte penalizarea executantului dacă acesta a finalizat şi pus în funcţiune părţi ale lucrării, este o simplă afirmaţie, care nu poate combate argumentele sale, în condiţiile în care nu este susţinută de prevederi clare ale documentaţiei de atribuire.

Mai concret, câtă vreme nu există o prevedere clară care să stipuleze, în mod expres, că penalităţile de întârziere se aplică exclusiv la valoarea lucrărilor aflate în întârziere, entitatea contractantă are posibilitatea să solicite penalităţi mai mari, astfel că antreprenorul nu este protejat de un eventual abuz din partea entităţii contractante.

Pe de altă parte, asa cum a mai precizat, contestatorul menţionează că în cazul întârzierii în executarea obligaţiilor contractuale, entitatea contractantă beneficiază de o dobândă de aproape 5 de ori mai mare decât dobânda de care beneficiază antreprenorul, situaţie ce este totalmente inechitabilă şi abuzivă, în condiţiile în care părţile unui contract trebuie să se situeze pe poziţii de egalitate şi să beneficieze de acelaşi grad de protecţie.

Prin urmare, raportat şi la practica CNSC în această materie, contestatorul consideră că se impune obligarea entităţii contractante la

stabilirea penalităţilor de întârziere în executarea obligaţiilor în cuantum egal pentru părţile contractante.

Prin adresa nr. 150/11.01.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 1403/11.01.2018, entitatea contractantă formulează punct de vedere având în vedere concluziile scrise formutate de contestator, solicitând respingerea contestaţiei pentru următoarele motive:

1. Referitor la punctul 1 din concluziile scrise, entitatea contractantă precizează că a respectat prevederile legale referitoare la mijloacele de comunicare.

Astfel, asa cum a precizat în punctul său de vedere, entitatea contractantă arată că a răspuns notificării prealabile a contestatorului, postând în SEAP (astfel cum este menţionat în punctul de vedere către CNSC - adresa nr. 3/03.01.2018) răspunsul la Notificarea prealabila, fapt pe care contestorul nu-l recunoaşte.

La astfel de proceduri, derulate prin mijloace electronice, confirmarea transmiterii anumitor documente, de către operatori economici sau entităţi contractante, o dă însăsi platforma electronică www.e- licitatie.ro a SEAP. Mai explicit, la momentul în care este postat în sistem un anumit document, sistemul generează, către partea căreia îi este adresat documentul, o avertizare prin e-mail.

2. Entitatea contractantă îsi menţine opinia că Propunerea Tehnică este un document contractual foarte important pentru realizarea cu succes a lucrărilor în termenul stabilit si la nivelul calitativ solicitat.

Primul element, realizarea în timp a lucrărilor, este demonstrat printr-un grafic de execuţie suficient de detaliat, realist, si care este corelat cu alte elemente ale Ofertei (resurse materiale, umane si financiare, metodologii de execuţie, etc.).

Al doilea element, asigurarea nivelului calitativ solicitat, este demonstrat printr-un Plan de management al calităţii suficient detaliat, care stabileste sarcini clare si atribuţii ale personalului antreprenorului, identificând resursele necesare, si fiind corelat cu metodologiile de execuţie si procedurile proprii ale acestuia. Aceste elemente demonstrează de asemenea înţelegerea de către ofertanţi a documentaţiei de atribuire.

Ulterior atribuirii contractului de lucrări, documentele evaluate devin documente contractuale si sunt unele din principalele instrumente care îi permit beneficiarului să controleze performanţa antreprenorului.

Astfel, în opinia entităţii contractante, derapajele nejustificate de la aplicarea efectivă a lor pe parcursul execuţiei pot conduce fie la întârzieri în execuţie, fie la neasigurarea nivelului calitativ solicitat, ambele cu efecte detrimentale pentru beneficiarii finali ai proiectului (populaţia din localităţile din aria Proiectului).

3. Entitatea contractantă precizează că îsi menţine punctul de vedere la contestaţie (transmis cu nr. 3/03.01.2018), respectiv că nu este de acord cu afirmaţia contestatorului "... *documentaţia de atribuire permite comisiei de evăuare ca, în procesul de evaluare a ofertelor de acordare a calificativelor si* a *punctajelor aferente, să folosească criterii totalmente subiective, al căror conţinut nu este detaliat în vreun fel*", întrucât asa cum se poate observa din Anexa la fisa de date, elementele care urmează a fi

analizate de către comisia de evaluare sunt foarte clar stipulate, pentru fiecare din nivelurile de punctare.

De asemenea sunt precizate ce informaţii din Oferta se analizează de către membrii comisiei si corelarea acestora cu secţiunile relevante din caietul de sarcini.

Totodată, entitatea contractantă consideră că acele aspecte prezentate de contestator la pct. 2 si pct: 3, criteriile analizate si modul de evaluare a acestora, trebuie analizate în mod unitar.

Asa cum a explicat anterior, entitatea contractantă precizează că a dorit prin selectarea acestor criterii să se asigure că ofertantul câstigător este capabil să finalizeze lucrările în termenul stabilit si la nivelul de calitate solicitat.

4. Entitatea contractantă precizează că îsi menţine opinia că a prevăzut în documentaţia de atribuire clauze contractuale echilibrate privind penalizarea în cadrul unor întârzieri în execuţie.

Astfel, pentru a demonstra contrarul la afirmaţia că „... *nu există o prevedere clară care să stipuleze...*", entitatea contractantă citează din Condiţiile Generale Sub-clauza 10.2 (Recepţia unor Parti de Lucrări) al. 5:

„Dacă a *fost emis un Proces Verbal de Recepţie la Terminarea Lucrărilor pentru o parte din Lucrări (alta decât un Sector), penalităţile de întârziere pentru terminarea Lucrărilor rămase de executat vor fi diminuate. În mod similar, penalităţile de întârziere pentru celelalte Sectoare de lucrări (dacă există), în care este inclusă şi partea recepţionată, vor fi, de asemenea, diminuate. Pentru o întârziere înregistrată după data specificată în Procesul Verbal de Recepţie la Terminarea Lucrărilor, reducerea proporţională a penalităţilor de întârziere se va calcula ca raport între valoarea părţii de Lucrări recepţionată şi valoarea totală a Lucrărilor sau Sectorului de lucrări (după caz) ...".*

Pe de altă parte, entitatea contractantă subliniază faptul că penalităţile financiare se referă la compensarea financiară a unor întârzieri în plata unor facturi, pentru plata unor lucrări executate într-o anumită perioada a contractului, în timp ce penalităţile întarziere au rolul de a compensa daunele aduse beneficiarului în situaţia în care lucrările nu sunt finalizate la termenul stabilit, vizând întregul contract sau doar părţile rămase de executat din acesta.

În opinia entităţii contractante, compararea directă a celor două tipuri de penalităţi nu este rezonabilă.

De asemenea, entitatea contractanta subliniază că nu doreşte să beneficieze de „... *o* dobândă de aproape 5 ori mai mare ...", asa cum sugerează contestatorul, ci doreşte să intre într-o relaţie contractuală cu un antreprenor responsabil care se angajează să realizeze lucrările în termenul stabilit, iar în cazul nedorit în care se ajunge la această situaţie să existe o compensare a daunelor aduse beneficiarului.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de licitaţie deschisă, online, pentru atribuirea contractului sectorial de lucrări având ca obiect „.....", coduri CPV - 45232151-5, 42131390-6,

45232150-8, 45232152-2, 45232431-2. În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunţul de participare (sectoriale) nr. ...../....., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preţ”.

Împotriva conţinutului documentaţiei de atribuire, SC ..... SRL a formulat contestaţia care face obiectul dosarului nr. ...../.....

Pe fondul contestaţiei formulate de către SC ..... SRL, Consiliul retine urmatoarele:

1. In ceea ce priveste critica formulata de contestator privind factorii de evaluare nr. 2 si nr. 3 din cadrul criteriului de atribuire *„cel mai bun raport calitate-preţ*”, Consiliul va analiza si se va pronunta strict asupra legalitatii/nelegalitatii descrierii acestora, oportunitatea utilizarii acestui gen de factori de evaluare fiind asumata de entitatea contractanta.

Potrivit prevederilor art. 209, 210 si 211 din Legea nr. 99/2016 (act normativ aplicabil in speta):

„Art. 209. - (1) Fără a aduce atingere dispoziţiilor legale sau administrative privind preţul anumitor produse ori remunerarea anumitor servicii, entitatea contractantă îşi bazează decizia de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru, prin utilizarea criteriului oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic.

(2) În sensul dispoziţiilor alin. (1), entitatea contractantă stabileşte oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic pe baza criteriului de atribuire şi, după caz, a factorilor de evaluare prevăzuţi în documentele achiziţiei.

(3) Pentru determinarea ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic în conformitate cu dispoziţiile alin. (2), entitatea contractantă are dreptul de a aplica unul dintre următoarele criterii de atribuire:

a) preţul cel mai scăzut;

b) costul cel mai scăzut;

c) cel mai bun raport calitate-preţ;

d) cel mai bun raport calitate-cost.

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

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

a) calitatea, inclusiv avantajele tehnice, caracteristicile funcţionale, accesibilitatea, conceptul de proiectare pentru toţi utilizatorii, caracteristicile sociale, de mediu şi inovatoare şi comercializarea şi condiţiile acesteia;

b) organizarea, calificarea şi experienţa 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; sau

c) serviciile post-vânzare, asistenţa tehnică şi condiţiile de livrare, cum ar fi data livrării, procesul de livrare şi termenul de livrare sau de

finalizare, angajamentele în ceea ce priveşte piesele şi securitatea aprovizionării.

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

(7) În sensul alin. (3) lit. b), costul cel mai scăzut se determină pe considerente de rentabilitate, utilizând factori precum calcularea costurilor pe ciclul de viaţă.

(8) Entitatea contractantă nu va utiliza preţul cel mai scăzut sau costul cel mai scăzut drept criteriu de atribuire în cazul anumitor categorii de contracte sectoriale/acorduri-cadru de lucrări sau de servicii care au ca obiect servicii intelectuale şi care presupun activităţi cu nivel de complexitate ridicat.

(9) Categoriile de contracte sectoriale/acorduri-cadru prevăzute la alin. (8), precum şi ponderea maximă pe care elementul preţ sau cost o poate avea în cadrul criteriului de atribuire a acestor contracte se stabilesc prin normele metodologice de aplicare a prevederilor prezentei legi.

(10) În cazul în care două sau mai multe oferte sunt echivalente, entităţile contractante pot aplica un criteriu suplimentar, de exemplu: combaterea şomajului, ce se va menţiona explicit în anunţul de participare.

Art. 210. - (1) Factorii de evaluare prevăzuţi la art. 209 alin. (4) au legătură directă cu obiectul contractului sectorial/acordului-cadru atunci când se referă în orice mod la produsele, serviciile sau lucrările care urmează a fi furnizate/prestate/executate în temeiul contractului sectorial/acordului- cadru şi în orice stadiu al ciclului lor de viaţă, chiar dacă aceşti factori nu fac parte din substanţa materială a produselor, serviciilor sau lucrărilor respective.

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

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

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

Art. 211. - (1) Entitatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată.

(2) În sensul alin. (1), factorii de evaluare utilizaţi de entitatea contractantă trebuie să asigure o concurenţă reală între operatorii economici şi să fie însoţiţi de prevederi care să permită verificarea efectivă a informaţiilor furnizate de către ofertanţi, în scopul aplicării factorilor de evaluare.

Potrivit prevederilor art. 38 din HG nr. 394/2016 (de asemenea act normativ aplicabil prezentei proceduri):

„Art. 38. - (1) În cazul în care criteriul utilizat este criteriul "cel mai bun raport calitate-preţ" sau "cel mai bun raport calitate- cost", astfel

cum este prevăzut la art. 209 alin. (3) lit. c) şi d) din Lege, stabilirea ofertei câştigătoare se realizează prin aplicarea unui sistem de factori de evaluare pentru care se stabilesc ponderi relative sau un algoritm specific de calcul.

(2) ***Factorii de evaluare a ofertelor, precum şi algoritmul de punctare prevăzut la alineatul (1), se precizează în mod clar şi detaliat în cadrul documentaţiei de atribuire şi vor reflecta metodologia de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice şi financiare prezentate de ofertanţi.***

(3) În aplicarea art. 209 alin. (3) lit. c) şi d) din Lege, în cazul în care calitatea personalului ce va realiza efectiv activităţile ce fac obiectul contractului sectorial/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit poate să aibă/are un impact semnificativ asupra nivelului de executare şi a rezultatului a acestuia, factorii de evaluare a ofertelor se vor referi şi la organizarea, calificarea şi experienţa respectivului personal.

(4) Entitatea contractantă nu poate folosi organizarea, calificarea şi experienţa personalului desemnat pentru a efectua activităţile contractului sectorial/acordului-cadru, respectiv cel precizat la alin. (3), ca parte a procesului de calificare şi selecţie în cadrul procedurii de atribuire a respectivului contract sectorial/acord-cadru.

(5) În cazul în care, în cadrul unei proceduri de atribuire, entitatea contractantă stabileşte criteriile de calificare, în condiţiile art. 192 lit. g) din Lege, aceste criterii se referă la calificarea şi experienţa profesională a personalului permanent, în special de conducere, al operatorului economic candidat/ofertant, care este precizat în DUAE, respectiv la alte persoane decât cele desemnate pentru a efectua activităţile contractului sectorial/acordului-cadru în cauză.

(6) În aplicarea art. 209 alin. (8) şi (9) din Lege, în cazul contractelor sectoriale/acordurilor-cadru de servicii având ca obiect prestaţii intelectuale, cum ar fi cele de consultanţă/asistenţă tehnică, elaborare studii, proiectare sau supervizare, aferente unor proiecte de complexitate ridicată, prevederile alin. (1) se aplică în mod obligatoriu, iar ponderea alocată factorului preţ nu poate fi mai mare de 40%.

(7) Prin ordin al preşedintelui A.N.A.P., emis în termen de 30 de zile de la intrarea în vigoare a prezentei hotărâri, se stabilesc categoriile de servicii intelectuale, în sensul alin. (6).

(8) Atunci când stabileşte factorii de evaluare a ofertelor, entitatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori care:

a) nu au o legătură directă cu natura şi obiectul contractului sectorial/acordului-cadru ce urmează să fie atribuit;

b) nu reflectă un avantaj pe care entitatea contractantă îl poate obţine prin utilizarea factorului de evaluare respectiv.

(9) Ponderea stabilită pentru fiecare factor de evaluare nu trebuie să conducă la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii pentru atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru. Pentru fiecare factor de evaluare entitatea contractantă are obligaţia de a stabili o pondere care să reflecte în mod corect:

a) importanţa caracteristicii tehnice/funcţionale considerate a reprezenta un avantaj calitativ, de mediu şi/sau social ce poate fi punctat; sau

b) cuantumul valoric al avantajelor de natură financiară pe care ofertanţii le pot oferi prin asumarea unor angajamente suplimentare în raport cu cerinţele minime prevăzute în caietul de sarcini sau documentul descriptiv.

(10) În cazul în care, în cadrul unei proceduri se atribuie mai multe loturi, entitatea contractantă poate stabili criterii de atribuire separate şi diferite pentru fiecare lot în parte."

Am subliniat **(bolduit)** toate prevederile legale aplicabile care au relevanta in cazul analizat si raportat la textele subliniate retinem urmatoarele:

1. In considerarea prevederilor legale mai sus citate, Factorii de evaluare nr. 2 si nr. 3 pot fi interpretati ca factori ale caror caracteristici sunt descrise la art. 209 alin (5) lit a) din Legea nr. 99/2016.

2. Pentru ca acesti factori sa reflecte un avantaj pe care entitatea contractantă îl poate obţine prin utilizarea lor, pentru ca factorii sa fie efectiv utili in asigurarea unei calitati superioare a lucrarilor, Consiliul retine ca documentele a caror analiza va conduce la punctarea ofertelor (Metodologia de executare a lucrărilor, Planul de management al calităţii în cadrul Contractului, Graficul general propus de realizare a investiţiei publice sau chiar Propunerea tehnica in ansamblu) vor fi anexa la contract si respectarea acestora va fi obligatorie.

Textele pentru Factorul de evaluare nr. 2. *„Gradul de adecvare al graficului general de realizare a inv. publice, resursele alocate pentru realizarea activităţilor în cadrul Contractului prin raportare la metodologia de executare a lucrărilor*" si pentru Factorul de evaluare nr. 3. *„Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obţinerea asigurării că lucrările sunt realizate la parametrii calitativi solicitaţi (Planul de management al calităţii lucrărilor executate*)" sunt aproximativ lipsite de concretete, chiar neclare, dar **relevanta este detalierea privind modul in care vor fi acordate punctajele cuprinsa in Anexa nr. 1 la fişa de date.**

Consiliul retine ca atat pentru factorul de evaluare nr. 2 cat si pentru factorul de evaluare nr. 3, entitatea contractanta a formulat cate sase cerinte al caror mod de indeplinire urmeaza a fi apreciat, dupa caz, cu calificativele satisfacator, adecvat sau foarte bine si punctat in consecinta.

Chiar daca in descrierea modului de apreciere a indeplinirii cerintelor apar sintagme cu caracter imprecis (de ex: deviatii minore, corespunzator, adecvat), Consiliul considera ca sunt intrunite conditiile unei aprecieri obiective, argumentabile pentru fiecare cerinta in parte si pentru fiecare dintre calificativele care urmeaza sa fie acordate.

Pe de alta parte, Consiliul constata ca cele sase cerinte analizate la fiecare dintre factorii analizati nu au fost denumite si identificate efectiv ca subfactori de evaluare (si punctate separat ca subfactori de evaluare) asa cum este obligatoriu din punct de vedere al respectarii legalitatii.

Astfel, ca sa exemplificam un extrem de posibil scenariu, presupunem ca in analiza unei oferte la factorul de evaluare nr. 2, entitatea

contractanta constata ca primele cinci cerinte sunt indeplinite foarte bine iar cea de-a sasea satisfacator, adica:

„i. toate activităţile principale sunt incluse în graficul general de realizare a investiţiei publice, sunt detaliate în subactivităţi, graficul general de realizare a investiţiei publice poate fi utilizat aşa cum este prezentat ca dată de intrare în cadrul şedinţelor de monitorizare a progresului în cadrul Contractului;

ii. succesiunea activităţilor în graficul general de realizare a investiţiei publice este foarte bine stabilită prin raportare la metodologia de execuţie a lucrărilor,

iii. durata activităţilor şi perioadele de derulare a acestora sunt în totalitate corespunzătoare complexităţii activităţilor (modalitate de realizare, date de intrare, date de ieşire);

iv. punctele de reper (jaloanele) sunt identificate corespunzător prin raportare la lucrările ce trebuie executate şi metodologia de execuţie a acestora

v. graficul general de realizare a investiţiei publice demonstrează optimizarea utilizării resurselor. Sunt prezentate explicaţii detaliate iar graficul general de realizare a investiţiei publice, resursele utilizate şi fluxul de numerar (propunerea financiară) sunt corelate cu metodologia de execuţie. Planificarea activităţilor permite flexibilitate pentru situaţii neprevăzute.

vi. drumul critic nu corespunde metodologiei de execuţie a lucrărilor prezentat".

In aceasta situatie sau in oricare ipotetica situatie in care unele cerinte vor fi fost indeplinite satisfacator, altele adecvat sau foarte bine (ceea ce este extrem de probabil) **entitatea contractanta nu ar fi in masura sa decida obiectiv acordarea unui calificativ unic**.(ar putea la fel de bine sa acorde calificativul foarte bine pentru ca majoritatea cerintelor au fost foarte bine indeplinite sau calificativul satisfacator pentru ca o cerinta a fost doar satisfacator indeplinita sau calificativul adecvat incercand sa faca o medie).

O astfel de punctare, absolut aleatorie, incalca flagrant prevederile art. 211 alin (1) din Legea nr. 99/2016:

„Art. 211. - (1) Entitatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată."

In consecinta, Consiliul constata ca se impune nominalizarea si identificarea fiecareia dintre cele sase cerinte de la factorii de evaluare nr. 2 si nr. 3 ca subfactori de evaluare, punctarea acestora separata si calcularea punctajului la factorii mentionati ca o suma a punctajelor obtinute pentru fiecare dintre cei sase subfactori.

Pastrand ponderile de 15% pentru fiecare dintre cei doi factori de evaluare, pastrand si raportul (proportionalitatea) de punctaj propus de entitatea contractanta (5-10-15), Consiliul va dispune ca fiecare cerinta, **devenita subfactor de evaluare** sa fie punctata astfel:

5/6=0,83 puncte pentru cerintele indeplinite satisfacator

10/6=1,66 puncte pentru cerintele indeplinite adecvat

15/6=2,5 puncte pentru cerintele indeplinite foarte bine

In mod natural, punctajul la oricare dintre factorii de evaluare nr. 2 sau nr. 3 va fi calculat ca suma punctajelor acordate pentru cele sase cerinte (subfactori) care compun factorul respectiv.

Consiliul va dispune, in consecinta, modificarea si completarea anexei cuprinzand algoritmul de acordare a punctajului, conform mentiunilor de mai sus, **prin nominalizarea si identificarea fiecareia dintre cele sase cerinte de la factorii de evaluare nr. 2 si nr. 3 ca subfactori de evaluare, punctarea acestora separata si calcularea punctajului la factorii mentionati ca o suma a punctajelor obtinute pentru fiecare dintre cei sase subfactori.**

2. In ceea ce priveste cea de-a doua critica formulata de contestator, Consiliul o apreciaza ca fiind nefondata.

Este pertinenta sustinerea entitatii contractante potrivit careia este o mare diferenta intre penalităţile financiare, reprezentând dobânzi datorate pentru neplata la timp a unor facturi (penalizari reglementate prin codul fiscal), si penalitatea contractuală pentru nerespectarea termenului de execuţie solicitat în Contract.

Nerespectarea termenului de executie stabilit prin contract aduce aceleasi daune entităţii contractante (**depăsirea acestui termen limită va conduce la declararea cheltuielilor ca fiind neeligibile, iar plata lor va fi suportată de entitatea contractantă în loc ca aceasta să beneficieze de finanţarea (grant) din partea Uniunii Europene**) indiferent de procentul de lucrari deja executat, astfel incat nici solicitarea contestatorului ca penalizarea contractuala sa fie calculata la valoarea lucrarilor neexecutate nu are suport legal.

In concluzie, Consiliul apreciaza ca legala optiunea entitatii contractante privitoare la penalitati cuprinsa in documentatia de atribuire.

In ceea ce priveste solicitarea contestatorului privind obligarea entităţii contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluţionarea contestaţiei, Consiliul o va respinge pentru ca petentul nu a prezentat nicio dovada privind efectivitatea si cuantumul cheltuielilor efectuate.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite în parte contestaţia formulată de SC ..... SRL si va dispune modificarea documentatiei de atribuire dupa cum urmeaza:

Modificarea si completarea anexei cuprinzand algoritmul de acordare a punctajului, prin nominalizarea si identificarea fiecareia dintre cele sase cerinte de la factorii de evaluare nr. 2 si nr. 3 ca subfactori de evaluare, punctarea acestora separata si calcularea punctajului la factorii mentionati ca o suma a punctajelor obtinute pentru fiecare dintre cei sase subfactori.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va dispune publicarea in SEAP a unei erate cuprinzand modificarile mai sus mentionate precum si decalarea termenului limita pentru primirea ofertelor la un interval de minimum 15 zile de la publicarea modificarilor in SEAP. Termenul pentru aducerea la indeplinire a dispozitiilor prezentei decizii este de 10 zile de la comunicarea acesteia.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată solicitarea contestatorului privind

obligarea entităţii contractante la impunerea penalităţilor de întârziere în executarea obligaţiilor în cuantum egal pentru părţile contractante.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, admite în parte contestaţia formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... si dispune modificarea documentatiei de atribuire dupa cum urmeaza:

Modificarea si completarea anexei cuprinzand algoritmul de acordare a punctajului, prin nominalizarea si identificarea fiecareia dintre cele sase cerinte de la factorii de evaluare nr. 2 si nr. 3 ca subfactori de evaluare, punctarea acestora separata si calcularea punctajului la factorii mentionati ca o suma a punctajelor obtinute pentru fiecare dintre cei sase subfactori.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, dispune publicarea in SEAP a unei erate cuprinzand modificarile mai sus mentionate, precum si decalarea termenului limita pentru primirea ofertelor la un interval de minimum 15 zile de la publicarea modificarilor in SEAP. Termenul pentru aducerea la indeplinire a dispozitiilor prezentei decizii este de 10 zile de la comunicarea acesteia.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată solicitarea contestatorului privind obligarea entităţii contractante la impunerea penalităţilor de întârziere în executarea obligaţiilor în cuantum egal pentru părţile contractante.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 si poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din acelasi act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

..... **.....** **.....**

...