

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

DECIZIE

Nr....

Data:...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr.... (transmisă prin e-mail, în aceeași zi), formulată de..., cu sediul în....., nr....., având CUI: RO... și număr de înregistrare la..., reprezentată legal prin administrator, împotriva documentației de atribuire elaborată de către autoritatea contractantă, cu sediul în..... nr....., în cadrul procedurii simplificate online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „...” cod..., s-a solicitat: *constatarea caracterului nelegal, în parte, a documentației de atribuire, obligarea autorității contractante la remedierea documentației de atribuire; obligarea autorității contractante la stabilirea unui nou termen-limită pentru depunerea ofertelor; anularea procedurii în cazul în care remediile nu se mai pot realiza în aceasta etapă a procedurii de atribuire.*

În luarea deciziei, CONSILIUL, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Cu titlu preliminar... precizează că anumite cerințe ale documentației de atribuire au un caracter profund restrictiv, ceea ce conduce la abateri de la principiile liberei concurențe, tratamentului egal, nediscriminării și proporționalității.

Consideră că forma actuală a documentației de atribuire este de natură a restricționa accesul operatorilor la procedura de atribuire sau /și concurență reală, echitabilă a ofertanților și evaluarea justă a ofertelor, în cazul în care acestea vor fi depuse.

1. Constatarea neconformității cerinței de calificare referitoare la experiența similară, astfel cum este formulată în documentația de atribuire și obligarea autorității contractante la revizuirea și reformularea acesteia, pentru următoarele considerente principale:

A. Cu privire la caracterul restrictiv și rigid al cerinței privind realizarea unui pod cu lungimea minimă de 1... m.

... solicită Consiliului să constate că impunerea, ca cerință minimă de calificare, a realizării în cadrul unuia dintre contractele prezentate a unui pod cu lungimea minimă de 1... m reprezintă o condiție rigidă și neconcludentă, care nu este proporțională cu natura și complexitatea lucrărilor ce fac obiectul contractului, în condițiile în care lucrarea este încadrată în categoria de importanță C, potrivit Legii nr.... și HG nr. 766/1997.

Consideră că impunerea cerinței ca experiența similară să includă realizarea unui pod cu lungimea minimă de 1... m apare ca fiind disproportională, întrucât, soluția de proiectare nu relevă faptul că executarea unui pod cu o lungime inferioară acestui prag (de exemplu...-90 m), dar realizat cu aceeași tipologie structurală și tehnologie de execuție sau superior ar fi insuficientă sau nerelevantă pentru garantarea capacității de execuție a lucrărilor ce fac obiectul contractului, context în care, cerința contravine principiului proporționalității prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016 și recomandărilor din... nr....

B. Cu privire la necesitatea explicitării și extinderii noțiunii de „lucrări similare”.

Consideră că definirea noțiunii de „lucrări similare”, exclusiv prin raportare la drumuri și poduri rutiere, fără a include, în mod expres, lucrări de infrastructură de transport care presupun realizarea și de poduri feroviare, viaducte sau structuri similare, conduce la o restrângere nejustificată a sferei experienței relevante.

Solicită astfel, obligarea autorității contractante la clarificarea și reformularea cerinței de experiență similară, astfel încât, aceasta să permită dovedirea experienței prin lucrări de infrastructură de transport (care implică inclusiv realizarea de poduri feroviare sau /și viaducte) în concordanță cu art. 179 din Legea nr. 98/2016 și cu... nr.....

2. Contradicțiile documentației de atribuire privind durata contractului și caracterul nelegal al cerințelor privind Programul de Execuție detaliat al întregului Contract.

... precizează că autoritatea contractantă nu a definit, în mod clar și coerent, durata contractului, existând necorelări evidente între Fișa de date, Caietul de sarcini și Formularul de..., care afectează în mod direct posibilitatea ofertanților de a elabora un Program de Execuție conform cerinței pct. 2 din Formularul de propunerea....

Arată că, în Fișa de date (pagina 3) se menționează că termenul de execuție al serviciilor și lucrărilor este de 25 luni, defalcat în 5 luni pentru serviciile de proiectare și 20 luni pentru execuția lucrărilor și asistența... din partea proiectantului; în același document se precizează, însă, distinct, că durata totală contractuală este de 63 luni, aceasta fiind defalcată în 2 luni pentru execuția serviciilor de proiectare care revin

Contractantului, 5 luni pentru emiterea de documente, recepții și aprobări care revin Autorității Contractante, 20 luni pentru execuția lucrărilor și asistența... și 36 luni pentru perioada de garanție de bună execuție

Susține că această lipsă de coerență este accentuată de prevederile caietului de sarcini (pag. 17 și 18), unde sunt reluate informații privind durata contractului, însă, sub forme diferite, prin introducerea unor etape suplimentare precum organizarea recepției, probele și testele finale, fără a se preciza dacă aceste perioade sunt incluse în durata totală contractuală sau dacă se adaugă acesteia. În mod particular, documentația prevede un termen de până la 2 luni pentru organizarea Recepției la terminarea lucrărilor, perioadă care intervine după finalizarea execuției fizice și anterior începerii perioadei de garanție, fără a fi clar dacă această perioadă este inclusă în durata de 63 luni sau conduce la o durată contractuală mai mare ($63+2=65$ luni).

Concluzionând, precizează că cerința privind Programul de Execuție detaliat al întregului contract, astfel cum este formulată în Formularul de..., este nelegală în contextul informațiilor contradictorii și incomplete privind durata contractului și nu poate constitui un criteriu obiectiv de evaluare a ofertelor.

... precizează că, din analiza cerinței prevăzute la pct. 2 din Formularul de..., rezultă că autoritatea contractantă impune ofertanților obligația de a elabora, încă din faza de ofertare, un „Program de Execuție detaliat al întregului Contract”, având un nivel de complexitate și de detaliere care depășește, în mod vădit scopul evaluării ofertelor și informațiile efectiv puse la dispoziție.

Menționează, de asemenea, că:

a) autoritatea contractantă solicită prezentarea simultană a mai multor instrumente de planificare și control al execuției - grafic Gantt cu analiză CPM, diagramă PERT, identificarea drumului critic, WBS, curba S de progres, rate de productivitate, alocare de resurse umane și utilaje - fără a justifica necesitatea cumulării acestora și fără a delimita rolul fiecăruia în evaluarea ofertelor.

b) solicitarea expresă a curbei S de progres implică, în mod necesar, o corelare între graficul de execuție și un grafic valoric, respectiv cu structura financiară a contractului. Or, în etapa de depunere a propunerii tehnice, propunerea financiară nu este cunoscută și nu poate fi utilizată pentru fundamentarea unei curbe S reale. Prin urmare, autoritatea contractantă solicită, în mod indirect, o corelare între programul de execuție și propunerea financiară anterior deschiderii și evaluării acesteia, ceea ce este inadmisibil și contrar logicii procedurii de atribuire.

c) Cerința este, de asemenea, neclară și contradictorie sub aspectul duratei care trebuie reprezentată în Programul de Execuție

detaliat al întregului Contract. Pe de o parte, se impune în mod expres ca data de începere a contractului să fie considerată... și ca durata de execuție a lucrărilor să nu depășească 20 de luni. Pe de altă parte, se solicită ca Programul de Execuție să acopere „întreaga durată a contractului”, incluzând etapa de proiectare, avizare, dar implicit și fazele de recepție și garanție, respectiv o perioadă de 2 luni pentru recepția la terminarea lucrărilor și o perioadă de 36 luni de garanție de bună execuție (conform informații pagina 17-18 din Caietul de sarcini).

3. Neclaritatea, suprapunerea și nelegalitatea cerințelor referitoare la personalul solicitat pentru executarea contractului.

Precizează că analiza coroborată a cerințelor din Caietul de sarcini, capitolul... „Personalul Contractantului”, și a celor din Formularul de..., capitolul 4 „Personalul disponibil și propus pentru executarea contractului”, relevă o serie de neclarități, suprapuneri și cerințe nelegale, care afectează în mod esențial posibilitatea ofertanților de a elabora o ofertă conformă și comparabilă.

Consideră că această cerință este cu atât mai neclară cu cât, la nivelul ofertantului, Fișa de date definește, în mod expres, experiența similară prin raportare la lucrări de construcții și/sau modernizări și/sau reabilitări de poduri sau drumuri și poduri sau infrastructuri similare, de minim categoria de importanță „C”, cu condiția realizării, în cadrul a minimum unui contract, a unui pod cu lungimea de cel puțin 1... m. Or, aceste definiții riguroase ale experienței similare nu sunt preluate și nici corelate cu cerința de experiență impusă managerului de contract/proiect.

4. Nelegalitatea cerințelor referitoare la certificatele de calitate materiale de construcții și rapoartele de inspecție ale stațiilor de producere betoane și mixturi asfaltice.

... precizează că cerințele prevăzute în Formularul de... - pct. 5 „Infrastructura disponibilă și propusă pentru executarea contractului”, în corelare cu prevederile cap.... și... din Caietul de sarcini, relevă impunerea unor obligații nelegale, excesive și premature privind prezentarea certificatelor de calitate/conformitate și a rapoartelor de inspecție ale stațiilor de producere a betoanelor și mixturilor asfaltice.

Consideră că prin impunerea acestor cerințe, autoritatea contractantă transferă asupra ofertanților obligații care țin, exclusiv, de faza de execuție și de relația contractuală cu furnizorii de materiale, depășind cadrul legal al etapei de ofertare. Cerințele favorizează în mod implicit operatorii economici care dețin și calitatea de furnizor betoane și /sau mixturi asfaltice, adică sunt proprietari de stații de betoane și /sau mixturi asfaltice și restrâng nejustificat accesul la procedură al celorlalți operatori, cu încălcarea principiului tratamentului egal

5. Nelegalitatea factorilor/subfactorilor de evaluare aferenți componentei tehnice.

... consideră că subfactorii de evaluare aferenți componentei tehnice nu respectă dispozițiile art. 187 și art. 189 din Legea nr. 98/2016, încalcă prevederile art. 32 din HG nr. 395/2016, întrucât, creează o confuzie structurală între cerințe de calificare și factori de evaluare, nu reflectă avantaje reale, măsurabile și verificabile pentru autoritatea contractantă, conferă comisiei de evaluare o libertate de apreciere nelimitată, conduc la distorsionarea concurenței și la restrângerea nejustificată a participării operatorilor economici.

De asemenea, consideră că autoritatea contractantă face o confuzia nelegală între cerințe de conformitate/calificare și factori de evaluare.

Totodată, face trimitere și la nelegalitatea subfactorilor privind experții-cheie și la lipsa legăturii dintre factorii de evaluare și riscurile identificate în caietul de sarcini.

Conținutul integral al contestației poate fi consultat de către părțile cauzei, fiind disponibil pentru acces public prin accesarea fișierului „[..... /...23] Raspuns_..._.pdf.p7s” din anexa anunțului de participare publicat în SEAP.

Autoritatea contractantă transmite punctul de vedere nr...., înregistrat la CNSC sub nr...., solicitând respingerea contestației.

Punctual, față de criticile formulate de contestator, autoritatea contractantă formulează următoarele argumente:

Critica privind pretinsul caracter restrictiv și rigid al cerinței de experiență similară - pod cu lungimea minimă de 1... m.

Autoritatea contractantă precizează că cerința de calificare referitoare la experiența similară a fost formulată în mod clar, explicit și proporțional, cu respectarea dispozițiilor art. 179 din Legea nr. 98/2016, precum și a prevederilor... nr....

Subliniază că indicatorul cantitativ de 1... m nu depășește lungimea reală a podului ce face obiectul achiziției (... , 20 m), fiind inferior acesteia, ceea ce demonstrează respectarea principiului proporționalității prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016.

Arată că sintagma utilizată în fișa de date - „de minim categoria de importanță C” - confirmă, în mod neechivoc, caracterul deschis și permisiv al cerinței.

Menționează că stabilirea unui prag de 1... m, raportat la un obiectiv de..., 20 m, reprezintă un reper tehnic rezonabil, care permite autorității contractante să aprecieze capacitatea operatorului economic de a gestiona lucrări integrate, continue și interdependente, fără a fragmenta artificial experiența relevantă; această abordare fiind în deplină concordanță cu art. 3 alin. (2) și (3) din... nr.... și exemplul de bună practică prevăzut la

art. 3 alin. (5) din aceeași instrucțiune, care permite stabilirea unor cerințe corelate cu caracteristicile esențiale ale obiectului contractului.

Faptul că se solicită minim categoria de importanță C confirmă, în opinia autorității, că lucrările încadrate în categoriile A sau B sunt pe deplin acceptabile, neexistând nicio restricție explicită sau implicită cu privire la tipul infrastructurii.

Critica privind „contradicțiile” duratei contractului și pretinsul caracter nelegal al cerințelor privind Programul de Execuție.

Autoritatea contractantă precizează că documentația de atribuire definește în mod explicit și unitar termenul de realizare a prestațiilor contractantului ca fiind de 25 luni, defalcat în 5 luni pentru serviciile de proiectare și 20 luni pentru execuția lucrărilor și asistența..., aceste termene reprezentând reperele temporale care trebuie avute în vedere la elaborarea Programului de Execuție.

Astfel, reprezentarea temporală în... a perioadei totale de 5 luni aferente serviciilor de proiectare este necesară și justificată, întrucât activitățile de proiectare asumate de ofertant sunt condiționate de etapele de avizare și aprobare ale autorității contractante. Cu toate acestea, este evident ca Programul de Execuție nu impune și nu presupune detalierea activităților care aparțin autorității contractante, precum obținerea avizelor, aprobarea documentațiilor sau emiterea autorizației de construire, acestea fiind reflectate, exclusiv, ca intervale de timp de interdependență, iar nu ca activități proprii ale ofertantului

Cu privire la faptul că Programul de Execuție solicitat (...) vizează exclusiv activitățile care intră în sarcina ofertantului/ contractantului, autoritatea contractantă consideră că interpretarea contestatorului privind „întregul contract” este eronată, arătând că, documentația de atribuire menționează distinct durata totală contractuală de 63 luni, exclusiv, în scopul stabilirii regimului garanției de bună execuție, în conformitate cu art. 7 alin. (3) din Legea nr. 10/1995, fără a conferi acestei durate semnificația unui termen de execuție sau de planificare a activităților ofertantului.

Precizează, de asemenea, că, Programul de Execuție este cerut și definit în mod legitim prin raportare la clauza contractuală „Programul de Execuție” din contractul tip FIDIC (proiectare-execuție) aprobat prin HG nr. 1/2018.

Arată că solicitarea este în acord cu clauza contractuală dedicată Programului de Execuție (clauza 17), din Draftul de Acord contractual (publicat în SEAP) de tip FIDIC aprobat prin HG nr. 1/2018, care presupune existența și utilizarea unui program ca instrument de management contractual (inclusiv pentru controlul termenelor și al secvențierii activităților).

În ceea ce privește afirmația contestatorului potrivit căreia, Programul de Execuție ar presupune existența unei „proiectări detaliate” și a unor cantități definitive, indisponibile la momentul ofertării, autoritatea contractantă precizează că în cadrul contractelor de tip proiectare și execuție, Proiectul Tehnic se elaborează, în mod firesc, ulterior atribuirii contractului, însă elaborarea ofertei are la bază soluția... aprobată în faza Studiului de Fezabilitate și informațiile tehnice puse la dispoziția ofertanților prin documentația de atribuire, care sunt suficiente pentru o planificare la nivel de program.

În ceea ce privește afirmația contestatorului potrivit căreia, nu ar fi clar dacă perioada de timp friguos se adaugă la termen sau se include, autoritatea contractantă face trimitere la documentația de atribuire care precizează că execuția de 20 luni se realizează cu includerea restricțiilor, adică prin programarea logică a activităților ținând seama de: perioada convențională de timp friguos (...); zilele nelucrătoare legale; eventuale restricții din avize.

Consideră de asemenea că în mod nefondat se susține că instrumentele de planificare solicitate ar fi suprapuse și lipsite de utilitate, arătând că această susținere ignoră rolul distinct și complementar pe care fiecare dintre aceste instrumente îl are în demonstrarea fezabilității tehnice și temporale a unei oferte, în special în cadrul unui contract de tip proiectare și execuție, guvernat de clauza contractuală 17 privind Programul de Execuție.

Critica referitoare la pretinsa neclaritate, suprapunere și nelegalitate a cerințelor privind personalul solicitat pentru executarea contractului.

Autoritatea contractantă apreciază că, în mod eronat, susține... că documentația de atribuire ar confunda personalul minim necesar pentru îndeplinirea contractului cu personalul-cheie utilizat în cadrul factorilor de evaluare, o asemenea susținere rezultând dintr-o interpretare greșită a reglementărilor aplicabile.

Autoritatea Contractantă precizează că a respectat această delimitare legală, prin:

- stabilirea unor experți-cheie utilizați exclusiv ca factori de evaluare, cu ponderi individuale proporționale (5% pentru fiecare expert-cheie), fără ca aceștia să fie impuși drept cerințe de calificare sau selecție;

- solicitarea distinctă a personalului necesar pentru realizarea efectivă a contractului, în conformitate cu legislația de specialitate aplicabilă obiectului achiziției, ca obligație de natură legală și operațională, fără relevanță în etapa de calificare și fără impact asupra punctajului acordat ofertelor.

Autoritatea Contractantă subliniază că a identificat și definit ca experți-cheie, utilizați exclusiv în cadrul factorilor de evaluare, doar acele

resurse umane care au un rol determinant în derularea contractului și în obținerea rezultatului final, în raport direct cu obiectul contractului de tip proiectare și execuție.

Precizează, de asemenea, că în cadrul unui astfel de contract, Managerul de contract/proiect îndeplinește un rol de coordonare generală, cu impact direct asupra rezultatului final, fiind responsabil, în principal, de: relația unică cu autoritatea contractantă, planificarea, coordonarea și monitorizarea tuturor activităților antreprenorului, asigurarea respectării cerințelor de calitate, gestionarea resurselor implicate și coordonarea relației cu subcontractanții.

Apreciază că solicitarea unor studii superioare în domeniul ingineriei civile nu are caracter restrictiv, ci, reflectă necesitatea ca persoana care ocupă această funcție să dețină o înțelegere... adecvată a lucrărilor ce fac obiectul contractului. Domeniul ingineriei civile are un spectru larg de aplicabilitate, incluzând infrastructura de transport, poduri, construcții hidrotehnice și alte lucrări similare, ceea ce asigură accesul unui număr extins de operatori economici.

Menționează, de asemenea, că:

- experiența managerului de contract/proiect este distinctă de experiența similară a ofertantului și nu presupune indicatori cantitativi;
- șeful de șantier poate fi legal stabilit ca expert-cheie și factor de evaluare;
- personalul care realizează efectiv activitățile este impus de legislația de specialitate, nu reprezintă criterii de calificare și nici factori de evaluare;
- includerea verficatorului de proiect este legală și nu generează conflict de interese.

Critica privind pretinsa nelegalitate/caracter excesiv și prematur al cerințelor privind certificatele de calitate/conformitate și rapoartele de inspecție ale stațiilor de betoane și mixturi asfaltice.

Autoritatea contractantă susține că:

- are dreptul și obligația de a impune nivelul de calitate al materialelor și al proceselor tehnologice;
- HG nr. 668/2017: cerința nu vizează „certificate de lot după livrare”, ci, dovada că produsele propuse sunt legal comercializate și conforme cu cerințele aplicabile;
- cerințele privind distanțele maxime și stațiile de betoane/mixturi sunt justificate tehnic și proporționale;
- distincția esențială: HG nr. 668/2017 privește conformitatea produsului la punerea pe piață; PCC 022/... și PCC 023/... privesc capabilitatea tehnologică a echipamentelor.

Critica nr....: autoritatea contractantă precizează că factorii/ subfactorii de evaluare sunt legali, clari,

verificabili și reflectă avantaje reale;... confundă „conformitatea minimă” cu „calificarea” și ignoră grilele de punctare din caietul de sarcini.

Precizează, de asemenea, că:

- nu există „confuzie” între calificare și evaluare: subfactorii sunt elemente ale propunerii tehnice (calitate), nu criterii de calificare;
- clauza de conformitate nu punctează conformitatea; doar exclude ofertele fără minimul necesar. Punctajul se acordă pentru avantajele peste minim, pe grile explicite;
- nu există „libertate nelimitată”; grilele fixează criterii verificabile, iar informațiile evaluate sunt identificate și corelate cu capitolele din ofertă și caietul de sarcini;
- subfactorii privind experții-cheie sunt expres permisi de art. 32 alin. (3) HG 395/2016; nu sunt utilizați ca factori de calificare (interdicția de la alin. (4) nu este încălcată);
- critica privind „lipsa legăturii cu riscurile” este factual falsă, întrucât, grilele includ explicit corelarea cu riscuri și ipoteze.

Prin adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr..... formulează argumente doar cu privire la solicitarea sa de suspendare a procedurii, până la soluționarea prezentei cauze.

Ulterior, în replică la punctul de vedere emis de autoritatea contractantă... transmite răspuns prin adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr....., prin care solicită admiterea contestației, menținându-și criticile.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr....., autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, pe suport memory stick.

Prin adresa nr....., înregistrată la CNSC sub nr..... depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr.... din..., emisă de..., în quantum de....

Analizând solicitările contestatorului, **CONSILIUL reține următoarele:**

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „...”.

Prin contestația care face obiectul prezentei... critică documentația de atribuire, solicitând remedierea acesteia, pe motiv că prevederile acesteia sunt restrictive și încalcă principiul proporționalității prevăzut de Legea nr.98/2016, iar, în subsidiar, în situația în care se constată că nu pot fi adoptate măsuri de remediere, anularea procedurii de atribuire, motiv pentru care, Consiliul va soluționa contestația luând în considerare atât prevederile legale incidente, cât și susținerile părților.

Astfel, cu privire la critica privind pretinsul caracter restrictiv al cerinței de experiență similară - „*pod cu lungimea minimă de 1... m*”, se

reține că această lungime este direct corelată cu obiectul contractului ce urmează a se atribui, respectiv proiectarea și execuția unui pod rutier cu lungimea totală de..., 20 m, fiind stabilită în raport cu caracteristicile esențiale ale investiției, respectiv, dimensiunea, continuitatea structurală, lucrările în albie și coordonarea integrată a execuției. Prin urmare, în condițiile în care indicatorul cantitativ de 1... m nu depășește lungimea reală a podului ce face obiectul achiziției (... , 20 m), fiind inferior acesteia, această cerință nu este restrictivă și respectă principiul proporționalității prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, nu poate fi reținută susținerea potrivit căreia încadrarea construcției în categoria de importanță C, potrivit Legii nr.... și H.G. nr. 766/1997, ar exclude necesitatea unui indicator cantitativ privind lungimea podului, deoarece, categoria de importanță reprezintă un criteriu normativ privind consecințele unei avarii, iar nu unicul reper pentru evaluarea complexității tehnice și organizaționale a lucrărilor, permițând astfel prezentarea unor lucrări aparținând categoriilor superioare (B sau A). În concluzie, stabilirea unor praguri cantitative este legală atunci când acestea sunt inferioare sau comparabile cu dimensiunile obiectului contractului și sunt justificate prin complexitatea... a acestuia; prin urmare, cerința de experiență similară nu limitează concurența, nu favorizează anumiți operatori economici, nu instituie bariere artificiale, ci este justificată, proporțională și transparentă.

Caracterul nefondat se reține și în ceea ce privește durata contractului, având în vedere că perioada totală de 63 luni cuprinde:

- 2 luni reprezintă execuția serviciilor de proiectare, perioada care aparține executantului;
- 5 luni reprezintă perioada de emiteri de documente, recepții și aprobări, perioada care aparține autorității contractante;
- 20 luni reprezintă asistenta tehnică din partea proiectantului și execuția lucrărilor, perioada care aparține executantului;
- 36 luni reprezintă perioada de garanție de buna execuție.

Astfel, această durată totală contractuală de 63 de luni se va lua în considerare la calculul perioadei pentru care se va constitui garanția de bună execuție.

Critica referitoare la Programul de Execuție detaliat al întregului contract din Formularul de... nu poate fi, de asemenea, reținută, necesitatea autorității contractante fiind de a utiliza acest instrument cu scopul evidențierii de către ofertanți a modului de derulare și execuție a contractului (planificare, urmărire a progresului, identificare drum critic, corelare resurse-activități, management al constrângerilor (inclusiv sezonabilitate / timp friguros) astfel încât

să demonstreze că poate livra în termen, printr-o organizare coerentă prestațiile la care s-a angajat.

Situația este similară și în ceea ce privește susținerea conform căreia Programul de Execuție ar presupune existența unei „*proiectări detaliate*” și a unor cantități definitive, indisponibile la momentul ofertării, deoarece, prezenta procedură are ca obiect atribuirea unui contract de proiectare și execuție, în cadrul căruia proiectul tehnic se elaborează ulterior atribuirii contractului, însă elaborarea ofertei are la bază soluția... aprobată în faza Studiului de Fezabilitate și informațiile tehnice puse la dispoziția ofertanților prin documentația de atribuire, care sunt suficiente pentru o planificare la nivel de program.

Potrivit art. 154 din Legea nr. 98/2016: *„Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”*.

Continuând analiza criticilor de la pct. 3 din contestație privind cerințele referitoare la personalul solicitat, se reține că acestea sunt în concordanță cu prevederile art. 32 alin. (3) și (4) din HG nr. 395/2016... organizarea, calificarea și/sau experiența personalului pot constitui factori de evaluare exclusiv în situația în care calitatea acestora are un impact semnificativ asupra rezultatului contractului, cu condiția respectării interdicției de utilizare cumulativă a aceluiași personal atât ca cerință de calificare, cât și ca factor de evaluare.

În cadrul documentației de atribuire, autoritatea contractantă a respectat această delimitare legală, solicitând demonstrarea unor experți-cheie utilizați exclusiv ca factori de evaluare, cu ponderi individuale proporționale (5% pentru fiecare expert-cheie), fără ca aceștia să fie impuși drept cerințe de calificare sau selecție; solicitarea distinctă a personalului necesar pentru realizarea efectivă a contractului, în conformitate cu legislația de specialitate aplicabilă obiectului achiziției, este fără relevanță în etapa de calificare și fără impact asupra punctajului acordat ofertelor.

Consiliul va reține că, niciunde în legislația în vigoare, nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea documentației de atribuire și, cu atât mai mult, obligația autorității contractante de a modifica documentația de atribuire după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită, doar pe raționamentul că acesta din urmă nu prestează servicii de o anumită complexitate.

Opțiunea modificării cerințelor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al autorității, iar, nu o obligație, Consiliul neputând sancționa autoritatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a

nu aduce alte modificări cerințelor tehnice/ prevederilor documentației, în condițiile în care nu se probează caracterul restrictiv al acestora.

Mai mult..., în susținerea contestației, avea obligația de a proba caracterul restrictiv al cerințelor criticate, fiind pe deplin aplicabile, în acest caz, prevederile art. 249 c.p.c, potrivit cărora „*cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege*”.

Lipsa unor probe privind caracterul restrictiv se constată și la criticile de la pct. 4 și 5 din contestație, contestatoarea limitându-se doar la simple afirmații fără fundament și fără a produce vreo probă în susținerea acestora.

Astfel, fiecare parte litigantă are obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept „*probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat*”.

Având în vedere prevederile art. 10 lit. g) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va reține, în soluționare, faptul că literatura juridică, dar și practica judiciară, au statuat că, în cadrul procesului civil, sarcina probei este împărțită între reclamant și pârât, în speță, între contestator și autoritatea contractantă, la care se adaugă și rolul activ al Consiliului care, potrivit art. 254 alin. (5) c.p.c, poate ordona administrarea probelor considerate necesare chiar dacă părțile se împotrivesc.

Cu toate acestea, existența rolului activ al Consiliului nu poate conduce la concluzia că întreaga sarcina a probei ar cădea asupra Consiliului, ceea ce nu se întâmpla nici măcar în cadrul dosarelor supuse principiului oficialității, sau ca nerespectarea dispozițiilor legale cu privire la propunerea și administrarea probelor nu ar avea pentru părți consecințe procedurale.

Pe cale de consecință, în măsura în care partea ce formulează anumite critici, susțineri, nu este solitară în efortul de a proba, aceasta rămâne singura sancționată în caz de eșec, deoarece, dacă nu administrează probele care să convingă Consiliul, cu toată eventuala colaborare a adversarului și, în pofida rolului activ al Consiliului, va pierde dosarul, iar adversarul va triumfa.

În speță, aplicând principiile cu caracter teoretic enunțate mai sus, Consiliul apreciază că, în soluționarea contestației, societatea contestatoare ar fi trebuit ca, în prealabil, să dovedească că aceste cerințe/specificații sunt restrictive și limitează depunerea de oferte în sensul că, nu există operatori economici care să se încadreze în cerințele menționate de autoritatea contractantă în documentația de atribuire.

Prin urmare, ținând seamă de faptul că, prin contestație nu s-a demonstrat favorizarea unui anumit prestator/furnizor, că cerințele solicitate de autoritatea contractantă ar fi inaccesibile mai multor

presatori/furnizori sau alte impedimente obiective, Consiliul nu poate reține susținerile contestatorului, potrivit căroră, autoritatea contractantă ar fi restricționat prin specificațiile criticate, participarea la procedură.

Consiliul reține că nu există dispoziții legale care să oblige autoritățile contractante să emită documentații de atribuire cu specificații care să permită accesul tuturor lucrărilor/serviciilor/produselor și a furnizorilor, indiferent de caracteristicile de performanță/calitate a lucrărilor/serviciilor pe care le prestează; dimpotrivă, practica instanțelor este în sensul acceptării unor lucrări, produse, servicii de un anumit nivel de performanță, care corespund necesităților autorității contractante, sens în care s-a pronunțat și...-

Secția a IX-a... și Fiscal în Decizia nr. 25/2019 din..., potrivit căreia:

„Necesitatea sau oportunitatea achiziționării de produse de o anumită performanță, precum și caracteristicile tehnice impuse pentru acestea, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante (art. 2 și art. 3 din... nr....).

Impunerea caracteristicilor produselor din caietul de sarcini nu are ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natura să restrângă concurența între operatorii economici și nici nu are ca efect favorizarea sau eliminarea participării la procedura de atribuire, a anumitor operatori economici sau a anumitor produse (cu excepția celor care nu corespund necesităților obiective ale autorității).

Dreptul autorității contractante de a achiziționa produse cu astfel de caracteristici, performante calitativ, nu poate fi restricționat, pe considerentul eronat al nerespectării prevederilor art. 156 din Legea nr. 98/2016, care reglementează achizițiile publice. În aceeași direcție, orice autoritate contractantă are obligația respectării principiului proporționalității statuat în art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016, înțeles ca asigurare a corelației dintre necesitatea autorității contractante și obiectul contractului de achiziție publică.

Reținând că societățile comerciale autoare a contestațiilor se referă în principal la cerințele autorității contractante de a achiziționa produse cu anumite caracteristici tehnice, iar susținerile acestora nu conduc la concluzia că cerințele sunt restrictive, Curtea stabilește că nu poate obliga autoritatea contractantă la eliminarea condițiilor criticate. În sens contrar s-ar limita dreptul autorității de a contracta produse cu caracteristicile de mai sus, care să corespundă întocmai necesităților sale obiective, drept prevăzut la art. 155 și art. 156 din lege, prin acceptarea de produse cu alte caracteristici (și care nu îndeplinesc aceste cerințe referitoare la performanțele produselor), existând riscul de a nu asigura o intervenție rapidă, eficientă de dezinfecție. Nu există o prevedere

legală care să oblige autoritățile să accepte produse care nu corespund necesităților acestora”.

Astfel, societatea contestatoare nu a prezentat argumente din care să rezulte că ar fi restricționată participarea sa la procedură prin solicitarea acestor cerințe, motiv pentru care, Consiliul în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 98/2016..., urmează să respingă, ca nefondată, contestația formulată de... în contradictoriu cu....

Pentru aceste motive

în baza documentelor depuse de părți,

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de... în contradictoriu cu....

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

**Complet de
soluționare a
contestațiilor
în domeniul
achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

...

Redactat practicaua deciziei

...

... în 4 (patru) exemplare originale, conține 13 (treisprezece) pagini