

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

DECIZIE

Nr....

Data:...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr..., depusă de..., cu sediul în Mun..... nr..., bloc..., scara..., etaj..., ap..., înmatriculată în Registrul Comerțului de pe lângă... sub numărul..., având..., reprezentata prin administrator..., privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de lucrări „Eficiență energetică grădiniță.....”, cod CPV principal... cu data-limită de depunere a ofertelor..., anunț de participare nr..., organizată de..., cu sediul în str..... 1..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat remedierea documentației de atribuire și suspendarea procedurii până la soluționarea pe fond a contestației.

... nr.... din..., Consiliul a respins, ca rămasă fără obiect, cererea... de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a contestației.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul... critică documentația de atribuire arătând că anumite cerințe și clauze din cuprinsul acesteia sunt nelegale, restrictive și disproporționate în raport cu obiectul contractului, motiv pentru care solicită:

- eliminarea cerințelor privind atestarea personalului de către... (RTE, Manager proiect... instalații), având în vedere că proiectul prevede demolarea și realizarea unei clădiri noi, nu intervenții pe monumente istorice, cerința fiind disproporționată și restrictivă;

- modificarea modalității de dovedire a experienței profesionale a personalului-cheie, documente solicitate în vederea acordării punctajului, în sensul eliminării obligativității prezentării cumulative a tuturor documentelor suport (contracte, PV-uri, recomandări,

decizii) și acceptarea oricărui document relevant conform Instrucțiunii ANAP nr....;

- eliminarea condiției restrictive ca numele expertului să figureze obligatoriu în cuprinsul procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor;

- eliminarea interdicției de punctare multiplă a experienței pe același contract („*punctajul se acordă o singură dată*”), solicitând punctarea individuală a fiecărui expert pentru rolul distinct deținut în proiecte anterioare;

- eliminarea clauzei de exonerare a răspunderii de plată a autorității contractante în cazul neacceptării decontării de către finanțator (AFM), aceasta fiind o clauză abuzivă ce transferă riscul financiar către executant;

- revizuirea termenului de garanție a lucrărilor de la... de luni la 36 de luni, corespunzător categoriei de importanță C a construcției, conform Legii nr....;

- eliminarea obligativității identității verbale absolute a articolelor de deviz din ofertă cu cele din Proiectul Tehnic și permiterea clarificării abaterilor minore/viciilor de formă;

- eliminarea sancțiunii respingerii automate a ofertei pentru utilizarea unor randamente tehnologice proprii diferite de Indicatoarele de norme reglementate, protejând dreptul operatorului la inovație și eficiență;

- completarea documentației cu formula matematică de ajustare a prețului și indicii de preț aferenți, conform obligației legale pentru contractele de lucrări cu durată de peste 6 luni;

- rectificarea cerințelor de capacitate economică, în sensul eliminării obligației de a deține documente suport (linii de credit/scrisori de confort) la data depunerii ofertei și acceptarea extraselor de cont ca mijloc de probă;

- eliminarea barierei privind experiența similară, prin eliminarea interdicției ca lucrările prezentate să fi beneficiat de acte adiționale de prelungire a termenului de execuție;

- simplificarea informațiilor solicitate în documentele justificative, prin eliminarea cerințelor redundante (indicatori tehnici detaliați, locul execuției, data încheierii contractului) care pot fi identificate din PV-urile standard.

Criticile contestatoarei sunt următoarele

1. Cerința privind atestarea personalului de către... funcțiile de responsabil tehnic cu execuția, manager de proiect și... instalații, sens în care arată că proiectul tehnic prevede demolarea construcției existente și realizarea unei clădiri noi, iar nu intervenții asupra unui monument istoric, astfel încât solicitarea unor specialiști atestați potrivit... nr.... nu are legătură cu obiectul contractului și încalcă principiul proporționalității și dispozițiile art. 155 alin. (2) și art. 172 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

2. Modalitatea de dovedire a experienței profesionale a personalului-cheie.

... reclamă faptul că autoritatea contractantă impune prezentarea cumulativă a unor documente precum contracte, procese-verbale de recepție, recomandări și decizii de numire, cerință considerată disproporționată și contrară Instrucțiunii ANAP nr..., întrucât experiența profesională trebuie să poată fi demonstrată prin orice document relevant care conține informațiile necesare verificării.

3. Cerința potrivit căreia experiența expertului poate fi recunoscută doar dacă numele acestuia apare în procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor. Contestatoarea arată că această condiție nu are fundament legal și limitează posibilitatea dovedirii experienței prin alte documente, precum recomandări sau adevărinite emise de beneficiar ori angajator.

4. Prevederea din fișa de date potrivit căreia pentru același contract similar punctajul se acordă o singură dată, indiferent de numărul persoanelor implicate... afirmă că experiența fiecărui expert reprezintă un fapt juridic distinct care trebuie punctat individual, iar limitarea punctajului distorsionează aplicarea criteriului de atribuire și încalcă principiul tratamentului egal.

5. Clauza contractuală prin care autoritatea contractantă prevede că nu își asumă obligația de plată către executant în cazul în care finanțatorul nu acceptă decontarea lucrărilor. În opinia contestatoarei aceasta este o clauză abuzivă, întrucât contractul de achiziție publică este un contract cu titlu oneros, iar autoritatea contractantă are obligația de plată pentru lucrările executate și recepționate, fără a putea transfera riscul financiar derivat din raporturile sale cu finanțatorul către executant.

6. Stabilirea unei perioade minime de garanție de... de luni.... consideră că aceasta este disproporționată în raport cu categoria de importanță a construcției, pentru care termenul legal minim prevăzut de Legea nr. 10/1995 este de 36 de luni.

7. Cerința potrivit căreia articolele din listele de cantități trebuie să respecte identic denumirea articolelor din proiectul tehnic, sub sancțiunea respingerii ofertei. În opinia contestatoarei, această condiție constituie o barieră tehnică nejustificată, întrucât operatorii economici utilizează programe de deviz diferite care pot genera variații minore în denumirea sau structura articolelor fără a afecta soluția tehnică.

8. Prevederea potrivit căreia ofertantul trebuie să justifice elementele de preț prin raportare la indicatoarele de norme reglementate, sub sancțiunea respingerii ofertei. Contestatoarea învederează faptul că operatorii economici au dreptul de a utiliza tehnologii și randamente proprii, iar respingerea unei oferte pentru

utilizarea unor randamente mai eficiente contravine principiului utilizării eficiente a fondurilor publice.

9. Lipsa formulei matematice de ajustare a prețului din documentația de atribuire.... susține că, în condițiile în care contractul are o durată mai mare de 6 luni, autoritatea contractantă are obligația de a include în contract clauze clare privind ajustarea prețului și indicii utilizați.

10. Cerințele privind capacitatea economică și financiară. Contestatoarea reclamă faptul că autoritatea contractantă solicită prezentarea unor documente precum scrisoare de confort bancar sau linie de credit valabile la data depunerii ofertelor și exclude utilizarea extraselor de cont, deși potrivit legii, la momentul depunerii ofertelor este suficient DUAE, iar documentele justificative se solicită doar ofertantului clasat pe primul loc.

11. Cerința potrivit căreia experiența similară este recunoscută doar pentru contractele finalizate fără acte adiționale de prelungire a termenului de execuție. În opinia..., autoritatea contractantă ignoră situațiile în care prelungirile au fost generate de circumstanțe neimputabile executantului și restrânge artificial competiția.

12. Solicitarea unor informații detaliate în documentele justificative pentru experiența similară. Contestatoarea apreciază că aceste cerințe sunt redundante și disproporționate, întrucât informațiile respective rezultă deja din procesele-verbale de recepție sau din documentele standard utilizate în practică.

De asemenea, solicită suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, arătând că, în lipsa suspendării, operatorii economici ar fi obligați să pregătească oferte în baza unei documentații considerate nelegale, existând riscul producerii unui prejudiciu și al vicerii procedurii de atribuire.

Prin punctul de vedere înregistrat la CNSC cu nr..... a solicitat respingerea contestației formulată de... ca inadmisibilă și, pe fond, ca neîntemeiată.

Autoritatea menționează că a publicat integral documentația de atribuire în SEAP, inclusiv proiectul tehnic și caietele de sarcini, iar operatorii economici aveau obligația de a analiza documentația și de a solicita clarificări, însă ofertantul contestator nu a formulat nicio solicitare de clarificări și nu a inițiat niciun dialog procedural, motiv pentru care invocă inadmisibilitatea contestației, apreciind că formularea directă a criticilor contravine principiului bunei-credințe și utilizării etapizate a mijloacelor procedurale.

Totodată, susține că nu este dovedită existența unei vătămări reale și concrete, întrucât... nu a depus ofertă, nu a demonstrat imposibilitatea participării și nu a indicat un prejudiciu efectiv, arătând că, în sensul Legii nr...., nu orice nemulțumire constituie vătămare.

Pe fondul criticilor, autoritatea contractantă precizează că a analizat cele 12 capete de cerere și răspunde punctual astfel:

1. Cu privire la cerința de atestare a personalului de către..., menționează că aceasta a fost instituită pentru asigurarea unui nivel ridicat de competență, însă, fără a recunoaște nelegalitatea, a decis ajustarea cerinței pentru eliminarea oricărei interpretări restrictive.

2. Referitor la documentele privind experiența personalului, arată că acestea permit verificarea obiectivă a experienței, însă ulterior a eliminat factorii de evaluare aferenți personalului și a stabilit criteriul „...”, *menținând cerințele* minime ca fiind legale și proporționale.

3-4. În ceea ce privește menționarea numelui în procesul-verbal de recepție și punctarea multiplă a experienței, susține că aceste critici au rămas fără obiect ca urmare a modificării criteriului de atribuire.

5. Cu privire la clauza de decontare AFM, respinge caracterul abuziv invocat, arătând că finanțarea provine din AFM și buget local, clauza reflectă mecanismul de finanțare și nu exonerează autoritatea de obligația de plată, fiind justificată prin riscurile financiare ale proiectului.

6. Referitor la termenul de garanție, arată că inițial a stabilit... luni pentru asigurarea calității lucrărilor, însă ulterior a acceptat reducerea la 36 luni pentru evitarea interpretărilor restrictive, fără a recunoaște nelegalitatea.

7. În ceea ce privește identitatea articolelor de deviz, susține că cerința asigură comparabilitatea ofertelor și evitarea interpretărilor diferite, precizând că vor fi acceptate abateri tehnice minore și corectate erori aritmetice.

8. Cu privire la randamentele tehnologice, arată că nu interzice utilizarea tehnologiilor proprii, dar solicită justificarea consumurilor și fundamentarea prețului, pentru prevenirea ofertelor nejustificat de scăzute și verificarea realismului ofertelor, menținând cerința.

9. Referitor la formula de ajustare a prețului, susține că durata contractului este de 8 luni și nu există obligația includerii acesteia, ajustarea fiind posibilă doar în condițiile legii, motiv pentru care nu se impune modificarea documentației.

10. În ceea ce privește capacitatea economică, justifică solicitarea de linii de credit sau scrisori de confort, arătând că extrasul de cont propus de contestator reflectă doar o situație punctuală și nu garantează capacitatea de finanțare pe durata contractului.

11. Cu privire la experiența similară, arată că a ajustat cerința privind actele adiționale pentru eliminarea interpretărilor restrictive, fără a recunoaște nelegalitatea.

12. În final, referitor la documentele justificative, susține că acestea nu sunt redundante și fiecare are rol în evaluarea conformității ofertelor, fiind necesare pentru o evaluare riguroasă.

Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea... a înaintat recipisa

de consemnare a cauțiunii nr.... din data de..., în valoare de..., emisă de...

... constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 611 alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare simplificat nr...., publicat în... de... - SEAP la..., autoritatea contractantă... a inițiat o procedură simplificată pentru atribuirea contractului de lucrări „Eficiență energetică grădiniță.....”, cod CPV principal..., cu data-limită de depunere a ofertelor..., estimată valoric la..., fără TVA.

Împotriva prevederilor documentației de atribuire... a depus contestația ce face obiectul prezentei cauze prin care solicită modificarea, completarea, revizuirea, rectificarea sau eliminarea unor prevederi din documentația de atribuire.

Înainte de a proceda la analiza pe fond a contestației, Consiliul are în vedere că prin punctul de vedere autoritatea contractantă a invocat excepția inadmisibilității acesteia motivat de lipsa unor solicitări de clarificări prealabile formulării prezentei contestații, excepție care va fi analizată cu precădere în conformitate cu dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia „*Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, cu încadrarea în termenul prevăzut la art. 24 alin. (1), iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei*”.

Consiliul reține că în susținerea excepției autoritatea contractantă afirmă că formularea directă a criticilor contravine principiului bunei-credințe și utilizării etapizate a mijloacelor procedurale.

Relevante în analiza excepției sunt dispozițiile art.... din Legea nr. 98/2016 care stabilesc că „(1) *Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunțul de participare/simplificat/de concurs*”.

Prin urmare, din textul suscitât rezultă că operatorii economici au un drept și nu o obligație de a solicita clarificări cu privire la prevederile documentației de atribuire, drept de care operatorii economici pot sau nu fără a putea fi sancționați pentru lipsa unui astfel de demers înainte de formularea unor critici pe calea contestației cu privire la prevederile documentației de atribuire.

De asemenea, Consiliul reține în soluționare că nu există o prevedere legală care să interzică operatorilor economici să beneficieze de prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016 potrivit căroră „(1) *Persoana*

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

În condițiile în care operatorii economici consideră că autoritatea contractantă a stabilit prevederi/cerințe nelegale care produc vătămare prin restricționarea participării cu ofertă la procedura de atribuire aceștia nu pot fi obligați să solicite pe calea..., spre exemplu eliminarea acestora, situație în care pot ieși din termenul de contestare dacă autoritatea contractantă răspunde în sensul refuzului eliminării unei prevederi/cerințe fi ea și nelegală.

Prin urmare, este dreptul operatorilor economici să solicite clarificări, în sensul de lămurire a unor prevederi sau cerințe, în temeiul art. 1... alin. (1) din Legea nr. 98/2016, situație în care autoritatea contractantă este obligată să răspundă *„în mod clar și complet tuturor solicitărilor de clarificare/informațiilor suplimentare, conform prevederilor normelor metodologice la prezenta lege”*, cum de altfel este și dreptul operatorilor economici de a formula contestație fără a fi necesară solicitarea unor clarificări, contestația fiind admisibilă iar excepția urmează a fi respinsă ca nefondată.

Pe fondul cauzei, Consiliul va analiza fiecare dintre criticile formulate în ordinea prezentată în contestație pentru o mai bună parcurgere.

1. În ceea ce privește cererea contestatoarei de eliminare a cerințelor privind atestarea personalului de către... (RTE, Manager proiect...) din caietul de sarcini, Consiliul constată că prin punctul de vedere transmis la dosarul cauzei de autoritatea contractantă, aceasta afirmă că *„Autoritatea contractantă menționează că cerința a fost inclusă în contextul general al asigurării unui nivel ridicat de competență profesională.*

Totuși, având în vedere specificul investiției (execuția unei construcții noi), fără a recunoaște caracterul nelegal al cerinței, aceasta va fi ajustată pentru eliminarea oricărei interpretări, aspect deja menționat în punctul de vedere inițial”.

Consiliul constată că în caietul de sarcini la... 24 și următoarele autoritatea contractantă a stabilit la punctul *„... Necesar minim de personal specializat:*

Se va prezenta modalitatea de asigurare a accesului la specialiștii necesari și obligatorii în vederea verificării nivelului de calitate corespunzător cerințelor fundamentale aplicabile lucrărilor cuprinse în obiectul contractului, în conformitate cu prevederile Legii 10/... și a altor legi incidente.

Ținând seama de prevederile Normelor metodologice privind atestarea specialiștilor, experților și verificatorilor tehnice în domeniul protejărilor monumentelor istorice, aprobate prin... nr...., art. 1, art. 7-10, se solicită următorul personal atestat:

- *RESPONSABIL TEHNIC CU EXECUȚIA autorizat de către Inspectoratul de Stat în Construcții în domeniul construcții civile - maxim 10;*
- *MANAGER DE PROIECT / ȘEF DE ȘANTIER - maxim: 10;*
- ... - *maxim: 10;* "

Având în vedere măsurile de remediere pe care autoritatea contractantă este dispusă să le ia și întrucât acestea restabilesc legalitatea cerinței atacate prin contestație, cât și faptul că documentul a fost publicat în SEAP fiind astfel cunoscut și contestatoarei care a achiesat la acestea prin necontestarea lor ulterioară, Consiliul va admite critica și va obliga autoritatea contractantă la eliminarea acestor cerințe și stabilirea unor noi cerințe adaptate obiectului contractului.

2. Modificarea modalității de dovedire a experienței profesionale a personalului-cheie, documente solicitate în vederea acordării punctajului prin caietul de sarcini.

Consiliul reține în soluționare faptul că prin punctul de vedere autoritatea contractantă arată că:

„Cerințele stabilite au avut rolul de a permite verificarea completă și obiectivă a experienței personalului-cheie.

Ulterior, autoritatea contractantă a decis:

- *Eliminarea factorilor de evaluare aferenți personalului;*
- *Utilizarea criteriului „prețul cel mai scăzut”;*

Mentținând însă cerințele minime privind personalul, ceea ce este legal și proporțional”

Întrucât procedura de atribuire este suspendată, Consiliul va obliga autoritatea contractantă la publicarea în SEAP a modificării intervenite în documentația de atribuire după ridicarea măsurii suspendării, situație în care va admite solicitarea contestatoarei.

3. Eliminarea cerinței privind menționarea numelui persoanei pe procesul-verbal de recepție. Consiliul constată că cererea cu privire la eliminarea cerinței va fi admisă ca urmare a măsurilor de remediere în sensul modificării criteriului de atribuire așa cum autoritatea contractantă a susținut prin punctul de vedere, urmând ca această informație să fie publicată în SEAP după ridicarea măsurii suspendării.

4. În ceea ce privește cererea referitoare la eliminarea interdicției de punctare a mai multor persoane pentru același contract anterior, stabilită în fișa de date a achiziției cu următorul conținut *„pentru același contract similar, punctajul se acordă o singură dată, indiferent de numărul de persoane implicate”*, Consiliul o va admite ca urmare a măsurilor de remediere la care autoritatea contractantă s-a obligat privind eliminarea factorilor de evaluare privind personalul, aceasta urmând să publice în SEAP decizia de remediere în sensul eliminării factorilor de evaluare ca o consecință a modificării criteriului de atribuire.

5. Eliminarea clauzei de exonerare a răspunderii de plată în funcție de decontarea finanțatorului este, de asemenea, solicitată de contestatoare.

În susținerea cererii sale contestatoarea arată că autoritatea contractantă a introdus o clauză prin care precizează că finanțatorul (AFM) nu acceptă decontarea... nu își asumă responsabilitatea plății către executant, respectiv *„În cazul în care finanțatorul nu acceptă decontarea lucrărilor transmise spre decontare, beneficiarul... nu-și asumă nici o responsabilitate asupra obligației de a suporta decontul înaintat de către executant”, clauză care, în opinia sa, este abuzivă și nelegală.*

Soluționând cererea contestatoarei, Consiliul reține ca relevante, pertinente și întemeiate susținerile contestatoarei potrivit căroră (art. 3 alin. (1), lit. I din Legea nr. 98/2016) contractul de achiziție publică este un contract cu titlu oneros, în care autoritatea contractantă are calitatea de debitor al obligației de plată pentru lucrările recepționate.

Consiliul va reține în soluționare că prin semnarea contractului de achiziție publică părțile stabilesc drepturile și obligațiile pe care și le asumă iar în acest raport juridic autoritatea contractantă are calitatea de debitor al obligației de plată pentru lucrările executate și recepționate, obligație care nu poate fi condiționată de raporturile juridice ale acesteia cu un terț finanțator, cum este în cazul de față... de Mediu.

Autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire și executare a contractului fiind obligată să adopte măsuri corective și să garanteze securitatea raportului juridic, transferul riscului financiar derivat din contractul de finanțare către executant reprezintă o clauză abuzivă care distorsionează echilibrul contractual.

Executantul contractului nu este parte în contractul de finanțare și nu are pârghii legale sau administrative pentru a putea influența procesul de decontare dintre... și... de Mediu, astfel, condiționarea plății lucrărilor de acțiunea unui terț este contrară normelor de drept comun aplicabile contractelor administrative.

Pentru aceste motive, Consiliul va admite cererea și va dispune eliminarea prevederii care exonerează autoritatea contractantă de obligația principală de plată în cazul refuzului de decontare din partea finanțatorului.

6. Legat de revizuirea termenului de garanție de la... la 36 de luni, Consiliul constată că prin punctul de vedere autoritatea contractantă arată că:

„Autoritatea contractantă a stabilit inițial un termen de... luni pentru a asigura calitatea lucrărilor.

Ulterior, pentru evitarea oricăror interpretări restrictive și fără a recunoaște caracterul nelegal, a fost acceptată ajustarea la 36 luni”, modificare care va fi adusă la cunoștința operatorilor economici prin publicarea în SEAP.

Cererea va fi admisă de Consiliul ca urmare a achiesării la aceasta de către autoritatea contractantă.

7. Va fi admisă și cererea privind eliminarea obligativității identității verbale absolute a articolelor de deviz având în vedere achiesarea la

aceasta de către autoritatea contractantă prin punctul de vedere atunci când afirmă că:

„Cerința privind identitatea articolelor de deviz are ca scop:

- *Asigurarea comparabilității ofertelor;*
- *Evitarea interpretărilor diferite ale soluției tehnice;*

Autoritatea a precizat că:

- *Vor fi acceptate abateri tehnice minore;*
- *Vor fi corectate erori aritmetice;*

În conformitatea cu legislația în vigoare”, informație care, de asemenea, va fi publicată în SEAP.

Consiliul are în vedere că după luarea la cunoștință de clarificarea adusă de autoritatea contractantă contestatoarea nu a formulat un punct de vedere sau o opinie cu privire la acesta fapt ce este asimilat cu acceptarea lămuririi comunicate.

8. Consiliul constată că se solicită și eliminarea sancțiunii respingerii ofertei pentru utilizarea randamentelor tehnologice proprii cu privire la care autoritatea contractantă a comunicat prin punctul de vedere că *„își menține poziția de a nu renunța la această cerință”.*

Cererea de eliminare privește prevederea din caietul de sarcini și fișa de date a achiziției, cap. IV..... *Modul de prezentare al propunerii financiare, respectiv „La solicitarea autorității contractante, ofertantul trebuie, în mod obligatoriu, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă și neconformă, să poată să justifice baza legală și normativele tehnice pe care le-a utilizat în stabilirea elementelor de preț pentru oricare dintre categoriile de lucrări din lista cu cantitățile de lucrări, precum și prezentarea de documente justificative/înscrișuri doveditoare pentru elementele componente ale ofertei financiare (material, manopera, utilaje și transport) prin care să se justifice propriile consumuri cu material, mâna de lucru, ore de funcționare a utilajelor, transporturi, dacă utilizează propriile tehnologii de execuție față de consumurile pentru material/manoperă/utilaje reglementate prin Indicatoarele de norme pentru articole de deviz”.*

Consiliul constată că în justificarea cererii sale contestatoarea invocă faptul că fundamentarea prețului se face prin raportare la dispozițiile art. 210 alin. (2), lit. a) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 136 alin.(2) din HG nr. 395/2016 dar și nefondat faptul că operatorul economic nu poate fi constrâns de *„indicatoarele de norme orientative care nu mai reflectă realitatea pieței”* precum și faptul că *„respingerea unei oferte pentru că utilizează randamente mai eficiente decât cele din normele vechi contravine scopului legii de a asigura utilizarea eficientă a fondurilor publice”,* în condițiile în care în preambulul prevederii a cărei eliminare se solicită autoritatea contractantă a prevăzut că *„La elaborarea ofertelor,*
ofer
tehnologi
i

de excepție cu propriile consumuri de resurse, dar numai cu respectarea

prevederilor legale în vigoare și a tehnologiilor de execuție reglementate prin normative tehnice în domeniul lucrărilor supuse procedurii de atribuire”.

Or, în situația în care valoarea propunerii financiare se află sub pragul de 80% din valoarea estimată, conform art. 136 alin. (4) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare are obligația de a face aplicarea art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia „În cazul unei propuneri financiare aparent neobișnuit de scăzută în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru care urmează a fi atribuit/încheiat, autoritatea contractantă are obligația de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la prețul sau costurile propuse în respectiva ofertă”.

Prin urmare, comisia de evaluare are dreptul de a solicita informații inclusiv cu privire la baza legală și normativele tehnice pe care le-a utilizat în stabilirea elementelor de preț pentru oricare dintre categoriile de lucrări din lista cu cantitățile de lucrări, obligația de justificare a prețului și tuturor elementelor din care este format acesta este în sarcina ofertantului, așa cum legiuitorul a reglementat prin dispozițiile art. 136 din HG nr. 395/2016, în sensul că *„(1) În situația în care comisia de evaluare constată că elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute, prin raportare la prețurile pieței i, utilizându-se*

ca referință în acest sens informații cum ar fi buletine statistice, sau cotații ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicații cu privire la posibilitate îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire.

(2) Explicațiile aduse de ofertant conform prevederilor alin.

(1) vor fi însoțite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 210 [alin.](#)

(2) din Lege, precum și, după caz, documente privind prețurile ce pot fi obținute de

la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru”.

Pentru aceste motive, Consiliul va respinge ca nefondată cererea contestatoarei.

9. Contestatoarea solicită și completarea documentației cu formula matematică de ajustare a prețului afirmând în susținerea cererii că instrucțiunile către ofertanți prevăd o metodă de „ajustare” care confundă indexarea prețurilor cu modificarea contractului pentru lucrări suplimentare, lipsind formula de calcul obligatorie, omisiune care, în opinia sa, este nelegală.

De asemenea, contestatoarea susține că potrivit art...., alin (9) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă este obligată să includă

clauze de ajustare pentru contractele de lucrări ce depășesc 6 luni (contractul având 8 luni).

Este invocată și nerespectarea art...., alin. (3) din Legea nr. 98/2016 care impune precizarea modului concret de ajustare a indicilor utilizați și a sursei acestora, simpla enumerare a unor situații cum ar fi modificări legislative fără o formulă matematică face clauza inaplicabilă, precizând totodată că, ajustarea reprezintă actualizarea valorii ca urmare a evoluției pieței (manoperă, materiale), în timp ce lucrările suplimentare reprezintă modificări contractuale conform art...., fiind două mecanisme juridice distincte.

Potrivit fișei de date a achiziției, cap. II.3 *Ajustarea prețului contractului*, autoritatea contractantă a stabilit astfel:

„Contractul va fi ajustat după următoarea metodă: Ajustarea este posibilă numai în cazul în care au loc:

- modificări legislative la nivel național;

- lucrări ce au rezultat în timpul execuției de lucrări și au ca document justificativ: Nota de constatare, dispoziție de șantier ce conține lucrări suplimentare față de cele ofertate și licitate - documente semnate de către toți factorii implicați;

- Documente ce au fost emise de către autoritățile locale acte administrative care au ca obiect instituire, modificarea sau renunțarea la anumite: lucrări, taxe/impozite locale, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului”.

Consiliul constată că prevederile de mai sus nu privesc ajustarea prețului în sensul reglementat de art.... din Legea nr. 98/2016.

Or, având în vedere că durata contractului, așa cum este stabilit la cap. II...., este de 8 luni iar potrivit dispozițiilor art.... din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă este obligată să includă clauze de ajustare/revizuire a prețului în conformitate cu alin. (3) al acestuia.

În acest sens, Consiliul are în vedere că dispozițiile art.... din Legea nr. 98/2016 stabilesc astfel:

„(1) Pe parcursul îndeplinirii acordului-cadru/contractului, prețul poate fi ajustat prin actualizare în cazul în care pe piață au apărut anumite condiții, în urma cărora s-a constatat creșterea/diminuarea indicilor de preț pentru elemente constitutive ale ofertei, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul acordului-cadru/contractului.

(2) Pentru a

se respecta principiul transparenței, posibilitatea de ajustare a prețului trebuie să fie precizată atât în documentația de atribuire, cât și în acordul-cadru/contractul care urmează să fie încheiat, prin clauze speciale în acest sens.

(3) Aut

**o
r
n**

co

tractantă precizează atât în documentația de atribuire, cât și în contractul de achiziție publică/acordul-cadru modul concret de ajustare a prețului, indicii care vor fi utilizați, precum și sursa informațiilor cu privire la evoluția acestora, cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri. (...)

(5) În orice situație, prețul acordului-cadru/contractului poate fi ajustat doar în măsura strict necesară pentru acoperirea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul acordului-cadru/contractului.

(6) Modul de ajustare nu trebuie să conducă în niciun caz la schimbarea rezultatului procedurii de atribuire, prin anularea sau diminuarea avantajului competitiv pe baza căruia contractantul respectiv a fost declarat câștigător în urma finalizării respectivei proceduri, cu excepția cazului prevăzut la alin. (5). (...)

(8) Autoritatea contractantă are dreptul să includă clauze de ajustare/revizuire a prețului, în conformitate cu prevederile [alin. \(3\)](#), pentru contractele de servicii sau furnizare care

se derulează pe o perioadă de până la
de luni și pentru contractele de lucrări care
se derulează pe o perioadă de cel mult 6 luni.

24

(9) Autoritatea contractantă este obligată să includă clauze de ajustare/revizuire a prețului, în conformitate cu prevederile [alin. \(3\)](#), pentru contractele de servicii sau furnizare care

**se derulează pe o perioadă ce depășește 24
de luni și pentru contractele de lucrări care
se derulează pe o perioadă ce depășește 6 luni.**

(10) Pe parcursul derulării contractului plățile se vor face exclusiv pe baza prețurilor proprii prevăzute de contractant în oferta sa inițială, fixe sau ajustate, după cum
a prevăzut în documentele de achiziție inițiale și în contract".

s-

Prin urmare, Consiliul constată că autoritatea contractantă era obligată la includerea în documentația de atribuire a unor astfel de informații, motiv pentru care va admite critica și va obliga autoritatea contractantă la includerea clauzelor de ajustare a prețului cu respectarea dispozițiilor art.... din Legea nr. 98/2016.

10. Este solicitată de către contestatoare și rectificarea cerințelor privind capacitatea economică și financiară stabilită în *Instrucțiuni către ofertanți*, cap. III....) *Capacitatea economică și financiară*, invocând în legătura cu aceasta omisiunea precizării perioadei pentru care accesul la linia de credit sau scrisoarea de conform trebuie menținut care conduce la o stare de incertitudine tehnică și juridică, lipsă de claritate care, în opinia sa, împiedică ofertanții să își dimensioneze costurile financiare necesare menținerii facilităților de creditare, fiind încălcat astfel principiul transparenței statuat de art. 2, alin. (2), lit. d) din Legea nr. 98/2016.

Solicitarea de demonstrare a accesului la un flux de numerar de... prin documente suport valabile la data depunerii ofertelor și excluderea utilizării extraselor de cont este considerată nelegală de către contestatoare, întrucât încalcă dispozițiile art. 193 alin. (1) din Legea nr.

98/2016, potrivit cărora autoritatea contractantă este obligată a accepta DUAЕ ca dovadă preliminară la momentul depunerii ofertelor iar verificarea efectivă să se facă doar pentru ofertantul clasat pe primul loc.

Este invocată de asemenea și încălcarea dispozițiilor art. 177, alin. (1), lit. a) din Legea nr. 98/2016 care stabilește că dovada situației economice se poate face prin „*declarații sau extrase bancare corespunzătoare*” având în vedere că prin cerința impusă autoritatea contractantă a exclus posibilitatea dovedirii îndeplinirii cerinței prin prezentarea unui extras de cont.

Un ultim aspect criticat cu privire la cerința a cărei rectificare o solicită privește lipsa de proporționalitate având în vedere că cerințele privind capacitatea trebuie să fie necesare, adecvate și proporționale cu obiectul contractului conform art. 172, alin. (3) și (5) din Legea nr. 98/2016, iar în contextul în care mecanismul de decontare a lucrărilor este stabilit la 30 de zile, solicitarea accesului la un flux de numerar de... apare ca fiind excesivă și fără fundament tehnic solid. Precizează, se asemenea, că autoritatea contractantă are obligația să demonstreze, prin strategia de contractare, relația dintre complexitatea contractului și cuantumul garanției financiare solicitate, pentru a evita excluderea nejustificată a IMM-urilor.

În analiza criticilor contestatoarei, Consiliul are în vedere că prin fișa de date a achiziției, cap. III....) *Capacitatea economică și financiară*, autoritatea contractantă a stabilit astfel:

„Criteriu selecție:

Alte cerințe economice sau financiare

Modalitatea de îndeplinire:

Capacitatea economică și financiară a ofertantului: în conformitate cu prevederile art....-171 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă solicită ofertanților să facă dovada unei capacități economice și financiare adecvate, necesare pentru susținerea fluxului de numerar aferent executării contractului.

- *Cerință minimă*

Ofertantul va demonstra că dispune de resurse financiare suficiente sau are acces la finanțare, pentru asigurarea continuității execuției lucrărilor, fără a fi necesară bloc...u indisponibilizarea unor sume de bani, prin prezentarea unuia sau mai multora dintre următoarele documente:

- *Scrisoare de confort bancar emisă de o instituție de credit;*
- *Linie de credit/facilitate de finanțare aprobată;*
- *Contract de credit sau document echivalent,*

Din care să rezulte accesul la fonduri în valoare de minim..., destinate susținerii fluxului de numerar aferent contractului.

- *Precizări importante*

Documentele prezentate trebuie să fie valabile la data-limită de depunere a ofertelor și să permită identificarea clară a cuantumului fondurilor la care ofertantul are acces.

Nu se solicită și nu se acceptă dovada existenței unor sume de bani bloc..., indisponibilizate sau alocate exclusiv anterior atribuirii contractului,

această cerință fiind îndeplinită prin accesul la resurse financiare, conform legislației în vigoare.

Autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a verifica, pe parcursul derulării contractului, respectarea obligațiilor contractuale privind asigurarea fluxului de numerar, prin mecanismele prevăzute în contractul de achiziție publică”.

Din analiza conținutului cerinței, Consiliul constată caracterul excesiv al solicitării prezentării „*la data-limită de depunere a ofertelor*” a dovezii privind accesul la fonduri în valoare de minimum..., destinate susținerii fluxului de numerar aferente contractului, având în vedere că potrivit dispozițiilor art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, ofertanții au posibilitatea de a da o declarație pe proprie răspundere cu privire la îndeplinirea cerințelor de calificare, iar ulterior, la solicitarea autorității contractante doar ofertantul clasat pe primul loc să prezinte dovezile în acest sens, situație care trebuie acceptată de autoritatea contractantă și prevăzută în documentația de atribuire după primirea deciziei.

Consiliul constată caracterul nelegal a limitarea dovezilor privind accesul la resurse de finanțare sau că ofertantul are acces la finanțare doar prin documentele enumerate și excluderea posibilității de a prezenta ca dovadă „*declarații sau extrase bancare corespunzătoare*” așa cum prevede Legea nr. 98/2016.

În acest sens, Consiliul reține dispozițiile art. 177 din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră „(1) *Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind situația economică și financiară, de regulă, prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente:*

a) declarații sau extrase bancare corespunzătoare sau, acolo unde este cazul, dovada asigurării de risc profesional”.

În ceea ce privește critica privind omisiunea precizării perioadei pentru care accesul la linia de credit sau scrisoare de confort bancar sau contract de credit, Consiliul o găsește fondată autoritatea contractantă având obligația de a preciza în mod clar, conform art. 154 alin.(1) din Legea nr. 98/2016, care sunt cerințe pe care ofertanții trebuie să le îndeplinească, iar în acest caz, perioada precisă în care ofertanții să asigure accesul la acestea, motiv pentru care se impune completarea cerinței cu o astfel de informație.

În ceea ce privește lipsa de proporționalitate având în vedere că cerințele privind capacitatea trebuie să fie necesare, adecvate și proporționale cu obiectul contractului conform art. 172, alin. (3) și (5) din Legea nr. 98/2016, Consiliul constată că potrivit acestor dispoziții legale „(3) *Autoritatea contractantă stabilește numai cerințe de participare care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat/ofertant are capacitatea juridică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul de achiziție publică /acordul-cadru care urmează să fie atribuit. (...)*

(5) Toate cerințele privind capacitatea solicitate de autoritatea contractantă trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordul ui-cadru și să fie proporționale prin raportare la obiectul acestuia”.

Or, valoarea de... reprezintă aproximativ 21% din valoarea estimată situație în care aceasta nu apare a fi disproportională este necesară și are legătură cu obiectul contractului care un contract de lucrări pentru care autoritatea contractantă trebuie să se asigure că ofertanții sunt în măsură să continue lucrările în termen și în situația în care plata din partea finanțatorului... de Mediu poate întârzia.

Pentru aceste motive, Consiliul admite, în parte, criticile autoritatea contractantă urmând a publica în SEAP modificările cerinței conform considerentelor de mai sus.

11. Este solicitată eliminarea interdicției privind actele adiționale de prelungire în experiența similară pentru execuție de lucrări prevăzută în fișa de date a achiziției, cap. III.....a) *Capacitatea tehnică și/sau profesională*, cu privire la care autoritatea contractantă afirmă prin punctul de vedere că „a decis ajustarea cerinței privind actele adiționale, pentru a elimina orice potențială interpretare restrictivă, fără a recunoaște nelegalitatea”.

Cerința al cărui conținut este criticat este prevăzută în fișa de date, cap. III.....a) *Capacitatea tehnică și/sau profesională*, astfel:

„Criteriu selecție:

Referințe despre lucrări specificate

Modalitatea de îndeplinire:

Cerința nr.... - Experiența similară

Ofertantul trebuie să fi executat lucrări similare în ultimii 3 ani, calculai până la data limită de depunere a ofertelor, în valoare cumulată de cel puțin..., fără TVA.

Se acceptă însumarea valorilor aferente lucrărilor executate în cadrul a maxim două contracte.

Lucrări similare: lucrări de construire/reabilitare/modernizare construcții civile.

!!Se consideră experiență în contracte similare de execuție lucrări finalizate în termenul contractual fără acte adiționale de prelungire a termenului de execuție pentru clădiri noi/publice/educaționale.

Se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile ce descriu nivelul lor de experiență, prin raportare la contractele executate în trecut, corespunzător cerințelor autorității contractante. Asociatul/asociații nominalizați va/vor prezenta distinct DUAE în care se vor cuprinde informațiile solicitate.

La nivelul DUAE trebuie precizate următoarele informații: numărul și data contractului invocat drept experiență similară, tipul/categoriile de lucrări pentru care a fost responsabil în execuția lucrărilor.

Următoarele documente justificative care probează îndeplinirea cerinței, vor fi prezentate la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor.

- *procesul-verbal de recepție finală/procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor/proces verbal de recepție pe obiect, întocmite în condițiile actelor normative care reglementează recepția lucrărilor, care să ateste faptul că lucrările au fost executate în conformitate cu normele legale în domeniu și că au fost duse la bun sfârșit și/sau alte documente din care să reiasă următoarele informații: beneficiarul, cantitatea (indicatorii tehnici ce caracterizează obiectul lucrării), perioada (inclusiv data încheierii contractului) și locul execuției lucrărilor. (...)*"

Consiliul constată că prin punctul de vedere transmis la dosarul cauzei autoritatea contractantă comunică faptul că „a decis ajustarea cerinței privind actele adiționale, pentru a elimina orice potențială interpretare restrictivă, fără a recunoaște nelegalitatea”.

Astfel, autoritatea contractantă achiesează la solicitarea contestatoarei, motiv pentru care Consiliul va admite critica urmând ca măsura de remediere în acest sens să fie publicată în SEAP după ridicarea măsurii suspendării procedurii de atribuire.

12. O ultimă solicitare a contestatoarei se referă la simplificarea informațiilor din documentele justificative - revizuirea cerințelor privind informațiile din documentele justificative pentru demonstrarea experienței similare execuție lucrări, aceasta apreciind că solicitarea de a prezenta informații extrem de detaliate (indicatori tehnici de detaliu, locul execuției, data încheierii contractului) în documentele suport este redundantă.

Consiliul reține că argumentele contestatoarei vizează prioritatea procesului - verbal de recepție având în vedere Instrucțiunea nr...., procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor este mijlocul de probă suveran care atestă execuția conformă, irelevanța datei încheierii contractului câtă vreme punctul de referință legal pentru verificarea experienței este momentul recepției lucrărilor în perioada de referință (ultimii 5 ani), nu data semnării contractului cât și faptul că solicitarea separată a unor date care rezultă implicit din documentele standard aduce atingere eficienței procesului de evaluare și principiul proporționalității.

În ceea ce privește cerința criticată, Consiliul constată că aceasta se regăsește în fișa de date a achiziției, cap.III.....a) *Capacitatea tehnică și/sau profesională:*

„- *procesul-verbal de recepție finală/procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor/proces verbal de recepție pe obiect, întocmite în condițiile actelor normative care reglementează recepția lucrărilor, care să ateste faptul că lucrările au fost executate în conformitate cu normele legale în domeniu și că au fost duse la bun sfârșit și/sau alte documente din care să reiasă următoarele informații: **benefici***

(indi

lucră

r

ii),

perioada (inclusiv data încheierii contractului) și locul execuției lucrărilor”.

Consiliul constată că prin punctul de vedere transmis la dosarul cauzei autoritatea contractantă afirmă că:

„Autoritatea contractantă își menține poziția:

- Documentele solicitate nu sunt redundante;
- Fiecare are rol în evaluarea conformității ofertelor;

Această abordare este justificată și necesară pentru o evaluare riguroasă”.

În justificarea cerințelor autoritatea contractantă nu susține caracterul întemeiat al acestora prin indicarea unor aspecte concrete, prin raportare la dispoziții legale, care să determine necesitatea impunerii acestora.

Limitarea la afirmația că documentele solicitate nu sunt redundante și că fiecare are rol în evaluarea conformității ofertelor în lipsa unei justificări pertinente și întemeiate nu fac altceva decât să confirme doar caracterul excesiv al acestora, motiv pentru care Consiliul va obliga autoritatea contractantă la eliminarea sintagmelor „(indic

a

to

r

i

i

t

ehni

c

i

lucră

r

i

i)” și „...” din f

. III.....a)

Cap

a

c

t

ehnică și/sau profesională.

Concluzionând, Consiliul constată caracterul nelegal al unor cerințe a căror modificare, completare, revizuire, rectificare, revizuire sau eliminare a fost solicitată de contestatoare, motiv pentru care, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite, în parte, contestația formulată de..., în contradictoriu cu... și va obliga autoritatea contractantă la publicarea în SEAP a modificărilor și clarificărilor aduse documentației de atribuire conform susținerilor exprimate prin punctul de vedere precum și a măsurilor dispuse de

Consiliu, în maxim 15 zile de la primirea prezentei, conform considerentelor de mai sus.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și alin. (5) din Legea nr. 101/2016, admite, în parte, contestația formulată de..., în contradictoriu cu....

Obligă autoritatea contractantă la publicarea în SEAP a modificărilor și clarificărilor aduse documentației de atribuire conform susținerilor exprimate prin punctul de vedere precum și a măsurilor dispuse de Consiliu, în maxim 15 zile de la primirea prezentei, conform considerentelor de mai sus.

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

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...