



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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. 736/C1/534

Data: 12.04.2021

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. 11470/09.03.2021, formulată de SC SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI, prin, reprezentată convențional prin SCA ..., cu sediul ales pentru corespondență în ..., formulată împotriva documentației de atribuire elaborată de către ..., prin ..., cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Acord-cadru de servicii de asigurare pază patrimoniu prin patrulare și posturi fixe pe ...” – cod CPV 79713000-5, s-a solicitat:

- anularea în parte a cap. II.2.5 din anunțul de participare și din fișa de date, în ceea ce privește stabilirea criteriilor de atribuire în funcție de experiența deținută de ofertant în domeniul coordonării serviciilor de pază pe un sector de autostradă, precum și algoritmul de calcul prin care se acordă 10 puncte ofertanților care au experiență similară și 2 puncte ofertanților care nu au experiență similară în domeniul coordonării serviciilor de pază pe un sector de autostradă;

- anularea în parte a cap. II.2.10 din anunțul de participare și din fișa de date, prin care se arată că nu sunt acceptate variante;

- obligarea autorității contractante să modifice documentația de atribuire în vederea eliminării criteriilor nelegale, mai sus indicate.

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

În fapt, contestatorul critică documentația de atribuire, pentru următoarele motive:

Contestatorul arată că la cap. II.2.5 se impune ca factor de evaluare experiența similară, respectiv experiența deținută de ofertant în domeniul coordonării serviciilor de pază pe un sector de autostradă. Se arată că se acordă un punctaj de 10 puncte pentru ofertantul care deține experiență în domeniul coordonării serviciilor de pază pe un sector de autostradă și doar 2 puncte pentru ofertantul care nu are experiență similară în domeniul coordonării serviciilor de pază pe un sector de autostradă.

Se observă așadar că, deși factorul de evaluare îl constituie experiența similară, în realitate, criteriul de selecție îl constituie experiența identică. Astfel, se realizează o discriminare prin algoritmul de calcul al punctajului, în sensul că pentru cei care au experiență într-un contract anterior identic (respectiv servicii de pază pe un sector de autostradă) se acordă un punctaj mult mai mare față de punctajul acordat celor care au experiență din contracte anterioare similare (servicii de pază prin patrulare și mijloace fixe la alte obiective).

Susține că, potrivit art. 5 din Instrucțiunile nr. 2/2017 emise de Agenția Națională pentru Achiziție Publice, nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin prestarea de servicii identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică, pentru a nu se restrânge competiția.

De asemenea, susține că art. 1 din Ordinul Președintelui ANRMAP nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, interzice impunerea unor condiții ce nu prezintă relevanță sau sunt disproporționate în raport cu ceea ce urează a se achiziționa.

În speță, autoritatea contractantă justifică impunerea criteriului de selecție privind experiența similară doar în domeniul serviciilor de pază pe un sector de autostradă, întrucât specificul contractului presupune patrularea, care se diferențiază de paza unui obiectiv fix.

Așadar, justificarea prezentată de către autoritatea contractantă nu este pertinentă, întrucât obiectul contractului poate fi satisfăcut și de către un agent comercial care are experiență similară în serviciile de pază prin patrulare și posturi fixe la alte obiective decât sectoare de autostradă.

Prin urmare, specificul contractului constă în servicii de pază prin patrulare și posturi fixe, la care se adăugă condițiile excesive și discriminatorii ca acestea să se realizeze pe sectoare de autostradă.

Așa cum a arătat CNSC prin decizii sale, stabilirea cerințelor minime de calificare și selecție rămâne la latitudinea autorității contractante, însă trebuie să se țină cont de complexitatea și natura contractului de achiziții, nefiind permis a se institui criterii de selecție disproporționate și fără relevanță cu privire la posibilitatea de îndeplinire a obiectului contractului, aceasta având dreptul de a solicita experiență similară, iar nu identică, atât în stabilirea criteriilor de calificare cât și a

criteriilor de selecție. În jurisprudența sa, CNSC a arătat că: *„rolul cerinței experienței similare este de a dovedi faptul că operatorii economici au experiență în domeniul serviciilor similare cu ceea ce urmează a fi prestat în urma încheierii contractului ce face obiectul acestei proceduri, că are cunoștințele și capacitatea necesară derulării unui astfel de contract. Mai mult, sintagma „similar” înseamnă „de aceeași natură, de același fel, asemănător, apropiat” și nu identic, respectiv «care coincide într-un tot»”*. Într-o altă decizie, CNSC a arătat că stabilirea unor diferențe valorice semnificative la punctajul acordat, în baza unor criterii nerelevante, semnifică de fapt intenția autorității contractante de a favoriza un anumit competitor.

Și dispozițiile art. 49 din Legea nr. 98/2016 instituie obligativitatea autorităților contractante să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională, și, de asemenea, art. 2 din același act normativ instituie, printre principiile elementare ale achizițiilor publice, principiul nediscriminării și al transparenței și al tratamentului egal. Or, prin modalitatea de stabilire a criteriilor de atribuire, autoritatea contractantă încalcă aceste principii, concurența devenind una de formă și mediul concurențial fiind grav afectat.

Este clar, așadar, că prin acordarea punctajului maxim pentru ofertantul care a prestat activitate identică cu cea care urmează să facă obiectul contractului toți ceilalți participanți la procedura de atribuire sunt înlăturați, aceasta devenind una de formă.

Mai mult, conform Convenției Națiunilor Unite împotriva corupției, ratificată prin Legea nr. 365/2004, se stabilește, la art. 9 lit. c) din Convenție, că: *„Fiecare stat parte ia, conform principiilor fundamentale ale sistemului său juridic, măsurile necesare pentru a stabili un sistem corespunzător de achiziții publice care să se bazeze pe transparență, concurență și criterii obiective pentru luarea de decizii și care, între altele, să fie eficiente pentru prevenirea corupției. Aceste sisteme, pentru aplicarea cărora se poate ține seama de valori-cadru, prevăd mai ales: [...] c) folosirea criteriilor obiective și predeterminate pentru luarea de decizii privind achizițiile publice, cu scopul de a facilita verificarea ulterioară a aplicării corecte a regulilor sau procedurilor”*.

În concluzie, contestatorul consideră că, pentru a se asigura că operatorul economic participant are capacitatea derulării unui astfel de contract, este excesiv să se acorde maximum de puncte doar celor cu experiență în domeniul serviciilor de pază pe autostradă, în defavoarea celor care au experiență în prestarea serviciilor de pază prin patrulare și posturi fixe la alte obiective de interes public.

Prin urmare, susține că, în condițiile în care, la momentul actual există un singur operator economic, care poate justifica experiență similară, prin prestarea serviciilor de pază pe sectoare de autostradă, se realizează în mod evident o discriminare a celorlalți operatori de piață și, de asemenea, se încalcă libera concurență, datorită faptului că se

instituie condiții excesive pentru câștigarea contractului, nejustificate din punct de vedere tehnic și economic.

În ceea ce privește opțiunea autorității contractante de la punctul II.2.10 de a nu accepta variante, contestatorul susține că deține documente prin care ar fi putut demonstra autorității contractante că serviciul de pază sub forma prezentată în documentația de atribuire nu este apt să ducă la eliminarea problemelor și riscurilor menționate în caietul de sarcini, apreciind că refuzul de a accepta variante este nejustificat și nu este în interesul public al autorității contractante.

Prin corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 12923/16.03.2021, SC SRL a depus originalul recipisei de consemnare a cauțiunii nr. 207062258/1, tranzacția nr. 1066772333/1855898862 din data de 15.03.2021, emisă de CEC Bank – Sucursala ..., în valoare de 102.869,42 lei.

Dosarul achiziției publice este înaintat de către autoritatea contractantă odată cu punctul de vedere nr. 270/712/19.03.2021, înregistrat la Consiliu sub nr. 14056/22.03.2021, aceasta apreciind ca nefondată contestația, pentru următoarele considerente:

- Referitor la criticile privitoare la faptul că: „factorul de evaluare îl constituie experiența similară, în realitate, *criteriul de selecție îl constituie experiența identică*”, susține că factorul de evaluare nu reprezintă o condiție eliminatorie de participare a ofertanților la procedură de atribuire a acordului-cadru, acesta fiind stabilit ca urmare a alegerii criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț”. Mai mult decât atât, pentru atribuirea acordului-cadru s-a optat pentru procedura de licitație deschisă, care, conform legislației achizițiilor publice, nu prevede stabilirea unor criterii de selecție, în urma cărora, prin acordarea pentru fiecare candidat în parte a unui punctaj, s-ar realiza selecția acestora.

Așadar, contestatorul face confuzie între punctajul acordat în cadrul procedurii de licitație deschisă, procedură care se desfășoară într-o singură etapă, conform art. 72 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, și punctajul acordat pentru selecția candidaților ca urmare a unor criterii de selecție, criterii ce ar fi putut fi stabilite doar în cadrul unor proceduri desfășurate în mai multe etape;

- În ceea ce privește afirmația referitoare la „art. 5 din Instrucțiunile nr. 2/2017 emise de Agenția Națională pentru Achiziții Publice arată că nu se poate solicita demonstrarea experienței similare prin prestarea de servicii identice cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică, pentru a nu restrânge competiția”, autoritatea contractantă arată că s-au respectat prevederile acestei Instrucțiuni, stabilindu-se în cadrul fișei de date a achiziției, la cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, cerința de calificare privind experiența similară, și anume „Ofertantul trebuie să facă dovada că a prestat ... servicii similare** cu cele care fac obiectul contractului ... ***) Prin servicii similare se înțeleg servicii de pază și patrulare”, de unde

reiese faptul că prin această cerință de calificare nu au fost solicitate servicii identice pentru demonstrarea experienței similare;

- Referitor la criticile contestatorului cu privire la faptul că *„autoritatea contractantă justifică impunerea criteriului de selecție privind experiența similară doar în domeniul serviciilor de pază pe un sector de autostradă întrucât specificul contractului presupune patrularea, care se diferențiază de paza unui obiectiv fix. Justificarea prezentată de către autoritatea contractantă nu este pertinentă întrucât obiect contractului poate fi satisfăcut și de către un agent comercial care are experiență similară în serviciile de pază prin patrulare și posturi fixe la alte obiective decât sectoare de autostradă”*, condițiile de participare au fost stabilite cu respectarea prevederilor legislației în vigoare, explicitându-se similaritatea obiectului acordului-cadru într-o manieră care să reflecte categoriile de servicii de o complexitate comparabilă cu ce e care fac obiectul acordului-cadru, prin care nu s-a restrâns competiția, ci doar s-a stabilit un algoritm de punctare a avantajelor de natură tehnică, dorindu-se să se asigure că un agent comercial poate îndeplini în condiții optime clauzele contractuale. Serviciile de pază prin patrulare pe sectoare de autostradă sunt superioare din punct de vedere al complexității, față de servicii de pază prin patrulare în centre comerciale de exemplu;

- Contrar celor susținute de contestator, cu privire la faptul că: *„Este clar că prin acordarea punctajului maxim pentru ofertantul care a prestat activitate identică cu cea care urmează să facă obiectul contractului toți ceilalți participanți la procedura de atribuire sunt înlăturați, aceasta devenind una de formă”*, diferența de punctaj între un ofertant care a prestat servicii de pază prin patrulare pe un sector de autostradă, față de unul care a prestat servicii de pază prin patrulare la alte obiective, este de maxim 8 puncte, dintr-un total de 100 de puncte. Mai mult decât atât, ofertanții care au prestat servicii de pază prin patrulare la alte obiective nu pot fi înlăturați din procedură, factorul de evaluare nefiind un criteriu de calificare în ceea ce privește experiența similară, astfel cum a fost stabilită prin fișa de date a achiziției, la cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională;

- Contrar criticilor tendențioase ale contestatorului, respectiv: *„În condițiile în care, la momentul actual există un singur operator economic care poate justifica experiența similară, prin prestarea serviciilor de pază pe sectoare de autostradă, se realizează în mod evident o discriminare a celorlalți operatori de piață și de asemenea, se încalcă libera concurență”* autoritatea contractantă a realizat o analiză a bazelor de date privind contractele de pază pe sectoare de autostradă din administrarea proprie, C.N.A.I.R. SA având încheiate în ultimii 10 ani, acorduri-cadru/contracte cu peste 10 operatori economici, de unde reiese că, afirmațiile contestatorului sunt simple supoziții. Mai mult decât atât, prin aceste afirmații se dorește să se inducă falsa idee că, factorul de evaluare de natură tehnică „Experiența deținută de ofertant în domeniul coordonării

serviciilor de pază pe un sector de autostradă” este un criteriu de calificare eliminatoriu, acesta nefiind unul și același cu experiența similară impusă la cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției;

- Referitor la critica contestatorului în ceea ce privește: *„refuzul de a nu accepta variante”* - potrivit art. 162 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, (*„Autoritatea contractantă are dreptul de a permite sau solicita ofertanților să depună oferte alternative numai dacă a precizat explicit în anunțul de participare că permite sau solicită depunerea de oferte alternative”*), aceasta este doar o opțiune care rămâne la latitudinea autorității contractante. În cazul procedurii de atribuire a acordului-cadru în discuție, specificațiile de natură tehnică au fost stabilite foarte clar la nivelul caietului de sarcini, nefiind posibilă prezentarea unor oferte alternative;

- La întocmirea documentației de atribuire, autoritatea contractantă susține că a respectat prevederile legislației în vigoare, astfel:

- criteriul de atribuire s-a stabilit, ținând cont de prevederile art. 187 alin. (3¹) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, alegându-se criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” și stabilindu-se factori de evaluare de natură tehnică, în concordanță cu cerințele caietului de sarcini;

- la stabilirea factorilor de evaluare, s-a ținut cont de prevederile art. 32 alin. (2) și (8) din HG nr. 395/2016, respectiv: factorii de evaluare a ofertelor și algoritmul de punctare au fost precizați în mod clar și detaliați în cadrul documentației de atribuire și reflectă metodologia de punctare a avantajelor; factorii de evaluare au legătură cu obiectul acordului-cadru ce urmează să fie atribuit;

- documentația de atribuire este întocmită cu respectarea prevederilor Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017, în ceea ce privește criteriile de calificare. Cerința privind demonstrarea capacității tehnice și/sau profesionale, solicitată în fișa de date a achiziției, la cap. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, a fost stabilită cu respectarea principiului tratamentului egal, al transparenței și al proporționalității;

- documentația de atribuire nu prezintă elemente de restricționare privind participarea potențialilor ofertanți la procedură, fiind întocmită cu respectarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, astfel cum sunt acestea prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, și a prevederilor legale în vigoare.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei,

CONSILIUL constată următoarele:

..., prin ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat, procedura de licitație deschisă în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect: „Acord-cadru de servicii de asigurare pază patrimoniu prin patrulare și posturi fixe pe ...” – cod CPV 79713000-5, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP,

anunțul de participare CN1028691/25.02.2021, conform căruia valoarea estimată a acordului-cadru este de 10.265.862,60 lei, fără TVA.

Având în vedere că o primă critică din contestația care face obiectul prezentei o constituie prevederea pct.II.2.5 din instrucțiunile pentru ofertanți publicate în SEAP în anexa anunțului de participare sub identificatorul „[CN1028691/00001] FisaDate_DF1106598.pdf”, intitulate generic „fișa de date” conform căreia „Experiența deținută de ofertant în domeniul coordonării serviciilor de pază pe un sector de autostradă”, constituie factor de evaluare având o pondere de 10% din punctajul total, contestatorul apreciind că acest factor este nelegal și discriminatoriu, Consiliul o va analiza prin raportare atât la prevederile documentației de atribuire cât și legislația specifică în materie.

Astfel, potrivit pct.II.2.5) din Fișa de date, la „Criterii de atribuire”, unul din factorii de evaluare stabiliți de autoritatea contractantă îl reprezintă: „Experiența deținută de ofertant în domeniul coordonării serviciilor de pază pe un sector de autostradă”, având o pondere de 10% din punctajul total, algoritmul de calcul fiind următorul:

„Punctajul se acordă astfel:

a) Pentru ofertanții care nu au o experiență similară în domeniul coordonării serviciilor de pază pe un sector de autostradă – **2 puncte**;

b) Pentru ofertanții care au o experiență similară în domeniul coordonării serviciilor de pază pe un sector de autostradă – **10 puncte**;

Justificare: acest factor de evaluare a fost ales întrucât experiența similară în domeniul specific aferent activităților din cadrul viitorului acord-cadru, respectiv paza unui patrimoniu atât prin echipe de patrulare, cât și posturi fixe este primordială. **Am ales acest factor pentru a evita încheierea Acordului-cadru cu ofertanții care au ca experiență doar paza unor obiective fixe, întrucât patrimoniul autostrăzii A1 este reprezentat în proporție de 90% din sectorul de drum cu elemente de siguranță a traficului (gard de protecție, parapete, camere de supraveghere, indicatoare, etc.) unde patrularea pe sectoarele de autostradă contractate este activitatea principală.** Documentele suport relevante în vederea susținerii experienței sunt reprezentate de contractul de servicii/contracte subsecvente/etc”.

Analizând prevederile documentației de atribuire mai sus iterate, Consiliul reține ca un prim aspect că acestea se referă la criteriul de atribuire și nicidecum la criteriile de calificare și selecție, fiind incidente în acest caz următoarele dispoziții legale:

- art. 187 alin. (1), (2), (3), (3¹), (4) și (6) din Legea nr.98/2016:

„(1) Fără a aduce atingere dispozițiilor legale sau administrative privind prețul anumitor produse ori remunerarea anumitor servicii, autoritatea contractantă atribuie contractul de achiziție publică/acordul-cadru ofertantului care a depus oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic.

(2) În sensul dispozițiilor alin. (1), autoritatea contractantă stabilește oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic pe baza criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare prevăzuți în documentele achiziției.

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

- a) prețul cel mai scăzut;
- b) costul cel mai scăzut;
- c) cel mai bun raport calitate-preț;
- d) cel mai bun raport calitate-cost.

(3¹) Autoritatea contractantă poate utiliza criteriul prețul cel mai scăzut numai în situația în care achiziționează produse, servicii sau lucrări a căror valoare estimată a contractului nu depășește pragurile prevăzute la art. 7 alin. (1).

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

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

-art. 188, alin. (1) și (2) din Legea nr.98/2016:

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

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

- a) procesul specific de producție, furnizare sau comercializare a lucrărilor, produselor **sau serviciilor**;
- b) un proces specific pentru un alt stadiu al ciclului de viață a lucrărilor, produselor **sau serviciilor**”.

-art. 189 alin. (1), (2) și (3) din Legea nr.98/2016:

„(1) Autoritatea 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 utilizați de autoritatea contractantă trebuie să asigure o concurență reală între operatorii economici și să fie însoțiți de prevederi care să permită verificarea

efectivă a informațiilor furnizate de către ofertanți, în scopul aplicării factorilor de evaluare.

(3) Atunci când consideră necesar, autoritatea contractantă verifică exactitatea informațiilor și dovezilor furnizate de ofertanți”.

-art.32 alin. (1) și (2) din HG nr.395/2016:

„(1) În cazul în care criteriul utilizat este criteriul „cel mai bun raport calitate-preț” sau „cel mai bun raport calitate-cost”, astfel cum este prevăzut la art. 187 alin. (3) lit. c) și d) din Lege, stabilirea ofertei câștigătoare 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 și algoritmul de punctare prevăzut la alin. (1) **se precizează în mod clar și detaliat în cadrul documentației de atribuire și vor reflecta metodologia de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți și trebuie să aducă un avantaj real, să nu fie formali și să poată fi urmăriți în cadrul procesului de evaluare a ofertelor și aplicare a criteriului de atribuire”.**

Din analiza factorului de evaluare criticat, Consiliul reține pe de-o parte că acesta are legătură cu obiectul contractului de achiziție publică iar pe de altă parte autoritatea contractantă a prevăzut în mod clar și detaliat în cadrul instrucțiunilor pentru ofertanți intitulate generic „Fișa de date” atât algoritmul de calcul cât și metodologia de punctare a „Experienței deținute de ofertant în domeniul coordonării serviciilor de pază pe un sector de autostradă”, astfel încât să poată fi urmărit în cadrul procesului de evaluare a ofertelor și aplicare a criteriului de atribuire.

De asemenea, nu este lipsită de relevanță faptul că, nefiind cerință/ criteriu de calificare, potrivit documentației de atribuire, operatorii economici care nu au experiență în domeniul coordonării serviciilor de pază pe un sector de autostradă, nu sunt excluși din procedură, fiind punctați cu 2 puncte din totalul de 10, factorul criticat neavând deci caracter eliminatziu, justificarea autorității contractante de stabilire și punctare a acestui factor fiind determinat de avantajul real pe care îl aduce autorității contractante, respectiv faptul că: **„patrimoniul autostrăzii A1 este reprezentat în proporție de 90% din sectorul de drum cu elemente de siguranță a traficului (gard de protecție, parapete, camere de supraveghere, indicatoare, etc.) unde patrularea pe sectoarele de autostradă contractate este activitatea principală”**, această necesitate regăsindu-se de altfel și în cadrul Strategiei de contractare (pag. 9-31 din dosarul achiziției).

Consiliul va reține că, niciunde în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea factorilor de evaluare și, cu atât mai mult, obligația autorității contractante de a modifica acești factori după cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este discriminatoriu doar pe

raționamentul că acesta din urmă nu a prestat servicii de natura celor punctate și care aduc un avantaj real autorității contractante.

Scopul organizării prezentei proceduri de atribuire este achiziționarea unor servicii de pază patrimoniu prin patrulare și posturi fixe pe ..., autoritatea contractantă apreciind pe bună dreptate că ofertanții care au experiență în domeniul coordonării serviciilor de pază pe un sector de autostradă, să fie punctați în mod diferit raportat la cei care nu au prestat astfel de servicii, diferența de punctaj stabilită între aceștia nefiind de natură să conducă la distorsionarea concurenței, cum în mod eronat susține contestatorul.

Astfel fiind, autoritatea contractantă nu are vreo obligație legală de a modifica documentația de atribuire după voința operatorului economic care a formulat contestație sau după natura serviciilor pe care acesta le prestează; 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 modificări /schimba factorul de evaluare în condițiile în care nu se probează caracterul restrictiv/nelegal al acestuia.

Prin urmare, contestatorul în susținerea contestației avea obligația de a proba caracterul discriminatoriu al factorului de evaluare criticat, fiind pe deplin aplicabile în acest caz prevederile art. 249 c.p.c potrivit căroră „cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”.

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, a 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 că 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 să dovedească pe de-o parte faptul că la nivelul pieței naționale/mondiale nu există sau există un număr restrâns de operatori economici care au experiență în domeniul coordonării serviciilor de pază pe un sector de autostradă iar pe de altă parte că diferența de punctaj acordat acestora distorsionează rezultatul aplicării procedurii; ori, contestatorul s-a limitat la simple afirmații fără a depune la dosarul cauzei până la data emiterii prezentei nicio probă în sprijinul susținerilor sale.

Mai mult, Consiliul reține că societatea contestatoare își întemeiază argumentația pe prevederile art. 1 din Ordinul Președintelui ANRMAP nr. 509/2011, abrogate la data prezentei și pe prevederile art. 5 din Instrucțiunile nr. 2/2017 care se referă la condițiile de utilizare a experienței similare ca și criteriu de calificare și selecție și nicidecum ca și factor de evaluare.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să respingă ca nefondate criticile contestatorului privind factorul de atribuire „*Experiența deținută de ofertant în domeniul coordonării serviciilor de pază pe un sector de autostradă*”.

În ceea ce privește cea de a doua critică a contestatorului, respectiv cea cu privire la mențiunea de la cap. II.2.10 din anunțul de participare și din fișa de date, prin care se arată că nu sunt acceptate variante, Consiliul va reține incidența prevederilor art. 162 din Legea nr. 98/2016 care dispun astfel:

„(1) *Autoritatea contractantă are **dreptul** de a permite sau solicita ofertanților să depună oferte alternative numai dacă a precizat explicit în anunțul de participare că permite sau solicită depunerea de oferte alternative.*

(2) *În cazul în care autoritatea contractantă nu a precizat explicit că permite sau solicită depunerea de oferte alternative conform dispozițiilor alin. (1), autoritatea contractantă nu are dreptul de a lua în considerare ofertele alternative.*

(3) *Ofertele alternative trebuie să fie în legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru.*

(4) **Autoritatea contractantă care permite sau solicită** depunerea de oferte alternative are obligația de a preciza în documentele achiziției cerințele minime obligatorii pe care acestea trebuie să le respecte și orice alte cerințe specifice pentru prezentarea ofertelor alternative, în special dacă ofertele alternative pot fi depuse numai în cazul în care a fost depusă și o ofertă care nu este o ofertă alternativă.

(5) *În situația prevăzută la alin. (4), autoritatea contractantă trebuie să se asigure că este posibilă aplicarea criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare stabiliți atât în cazul ofertelor alternative care*

îndeplinesc cerințele minime stabilite în conformitate cu dispozițiile alin. (4), cât și în cazul ofertelor conforme care nu sunt oferte alternative.

(6) Autoritatea contractantă are obligația de a nu lua în considerare ofertele alternative care nu respectă cerințele minime stabilite în conformitate cu dispozițiile alin. (4).

(7) În cazul procedurilor de atribuire a unor contracte de achiziții publice de produse sau de servicii, autoritatea contractantă **care a permis sau solicitat** depunerea de oferte alternative nu are dreptul de a respinge o astfel de ofertă alternativă pentru singurul motiv că, dacă aceasta este declarată câștigătoare:

a) contractul de furnizare pentru atribuirea căruia s-a organizat procedura se califică drept contract de servicii; sau

b) contractul de servicii pentru atribuirea căruia s-a organizat procedura se califică drept contract de furnizare.

(8) **În cazul în care** autoritatea contractantă **permite sau solicită** depunerea de oferte alternative, ofertanții pot depune doar ofertă alternativă".

Din analiza prevederilor legale anterior iterate, Consiliul reține că permisiunea de depunere a ofertelor alternative nu constituie obligația ci dreptul/opțiunea autorității contractante, aceasta neputând fi sancționată pentru exercitarea dreptului său legal de a organiza procedura fără posibilitatea depunerii de oferte alternative, în speță având incidență principiul asumării răspunderii statuat la art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, conform căruia autoritatea contractantă este responsabilă pentru deciziile și acțiunile realizate în procesul de achiziție.

În prezenta procedură de atribuire, autoritatea contractantă a întocmit caietul de sarcini care conține potrivit art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016 specificațiile tehnice ce descriu în mod obiectiv serviciile care constituie necesitatea sa și modalitatea în care se vor presta (patrulare auto și intervenție rapidă, inclusiv prin informarea în timp real a reprezentanților desemnați de beneficiar).

Raportat la prevederile art. 3 alin. (1) lit. rr) din Legea nr. 98/2016 care definesc specificațiile tehnice drept „cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, într-o manieră corespunzătoare îndeplinirii necesității autorității contractante”, art. 155 alin. (1) din același act normativ conform căroră „Specificațiile tehnice sunt stabilite prin documentația de atribuire și definesc caracteristicile solicitate privind lucrarea, serviciul sau produsele care fac obiectul achiziției” și cele ale art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016 anterior citate, Consiliul reține că autoritatea contractantă este singura în măsură să-și stabilească propriile necesități, să aprecieze relevanța și avantajele impunerii anumitor specificații, context în care se reține că orice eventuala achiziție care nu ar conduce la satisfacerea în mod deplin a necesității sale ar conduce la folosirea ineficientă a fondurilor publice.

Atât necesitatea sau oportunitatea achiziționării serviciilor de pază cât și cerințele impuse pentru acestea au fost stabilite de autoritatea contractantă, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante, relevante în acest caz fiind dispozițiile art. 2 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Față de cele de mai sus, Consiliul urmează să respingă ca nefondată critica contestatorului privind opțiunea autorității contractante de a nu accepta oferte alternative.

Având în vedere considerentele de fapt și de drept mai sus iterate, Consiliul urmează, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr.101/2016, să respingă ca nefondată contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu ..., prin

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu ..., prin

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
...

PREȘEDINTE
...

Consilier de soluționare
...

Redactat practicaua deciziei
...