

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 ... SRL, cu sediul în ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată legal de domnul ... - administrator și convențional de „...” Societate Civilă de Avocați, cu sediul în ..., și adresa aleasă pentru comunicarea actelor de procedură în ..., privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de proiectare și execuție lucrări pentru obiectivul de investiție „...”, cod CPV principal 45216200-6, cu data-limită de depunere a ofertelor 22.04.2024, anunț de participare nr. ..., organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, legal reprezentată de șeful unității, domnul colonel inginer ..., contestatoarea a solicitat, în principal, anularea procedurii de atribuire, în subsidiar, anularea clarificării din 21.03.2024, obligarea autorității la eliminarea modificărilor nelegale aduse documentației de atribuire, precum și la prelungirea termenului de depunere a ofertelor, cu suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației. Prin încheierea nr. ..., Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, respingându-l, ca nefondat. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

**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 operatorul economic ... SRL reclamă anumite cerințe din documentația de atribuire clarificată de autoritatea contractantă ... la 21.03.2024, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, între factori de evaluare menționați în secțiunea II.2.5. – „Criterii de atribuire” din fișa de date, se numărau:

Tehnic 2	Capacitatea ofertantului de a livra pe bază de Building Information Modeling (BIM) - documentațiile de proiectare	5% Punctaj maxim factor: 5
Algoritm de calcul: Modul de prezentare a Building Information Modeling (BIM) în conformitate cu standardele BIM în vigoare SR EN ISO 19650-1/2019, SR EN ISO 19650-2/2019, aplicabil pentru faza de proiectare. A se consulta algoritmul de calcul atașat.		
Tehnic 3	Capacitatea ofertantului de a susține utilizarea Building Information Modeling (BIM) - în etapa de execuție a proiectului	5% Punctaj maxim factor: 5
Algoritm de calcul: Modul de prezentare a Building Information Modeling (BIM) în conformitate cu standardele BIM în vigoare SR EN ISO 19650-1/2019, SR EN ISO 19650-2/2019, aplicabile pentru faza de execuție. A se consulta algoritmul de calcul atașat.		
Procesul specific de producție exprimat prin raportul durată/lucrări realizate CT/CP	Capacitatea ofertantului de a adapta procesul specific de producție pentru a eficientiza resursa de timp, în condițiile unor eventuale fluctuații ale nivelului de lucrări.	10% Punctaj maxim factor: 10
Algoritm de calcul: Raportul durată/lucrări realizate - cu o valoare de 10 puncte și o pondere de 10% în totalul criteriului de atribuire - se va calcula conform algoritmul de calcul atașat		
Capacitatea de îndeplinirea a contractului (C) determinată pe baza nivelului specific de producție realizat în contracte similare	Factorul de evaluare evidențiază capacitatea de producție a ofertantului rezultată din execuția de lucrări similare cu cele care fac obiectul contractului ce urmează a fi atribuit și pe care le-a prezentat în vederea îndeplinirii cerinței privind experiența similar referitoare la capacitatea tehnică și profesională de execuție, raportată la capacitatea de producție estimată în cadrul prezentei proceduri de achiziție.	10% Punctaj maxim factor: 10
Algoritm de calcul: Punctele pentru factorul de evaluare „Capacitatea de îndeplinirea a contractului (C)” - cu o valoare de 10 puncte și o pondere de 10% în totalul criteriului de atribuire se vor acorda conform algoritmului de calcul atașat.		

... SRL a formulat contestația înregistrată la Consiliu cu nr. ... și a solicitat înlăturarea sau modificarea celor patru factori de evaluare arătați, iar prin decizia nr. ..., Consiliul a admis în parte contestația și a dispus revizuirea documentației de atribuire, în sensul eliminării a doi factori de evaluare:

- „Procesul specific de producție exprimat prin raportul durată/lucrări realizate CT/CP”;
- „Capacitatea de îndeplinirea a contractului (C) determinată pe baza nivelului specific de producție realizat în contracte similare”.

Ca urmare a deciziei, autoritatea a publicat clarificarea din 21.03.2024, prin care a operat modificări substanțiale atât asupra criteriilor de calificare, cât și asupra factorilor de evaluare:

- a eliminat cei doi factori de evaluare constatați nelegali, dar i-a reintrodus sub forma criteriilor de calificare;

- în vădită contradicție cu considerentele deciziei, a modificat ponderea celorlalți factori de evaluare din algoritmul de calcul tocmai pentru a acorda o pondere mai mare celorlalți doi factori contestați de ... SRL, menținuți de Consiliu.

Pe de o parte, se instituie noi criterii de calificare, iar pe de altă parte se modifică algoritmul de calcul al punctajului. În loc să respecte indicațiile obligatorii ale Consiliului, autoritatea, în mod nelegal, a menținut factorii de evaluare nelegali, transformându-i în cerințe de calificare. Față de natura și efectele modificărilor, sunt incidente dispozițiile art. 55 alin. (2) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 și ar fi trebuit dispusă anularea procedurii. Rațiunea pentru care legiuitorul a impus anularea procedurii de atribuire în ipoteza intervenirii unor modificări semnificative a documentației de atribuire este aceea a asigurării unei concurențe efective, principiu al întregii legislații a achizițiilor publice. În lipsa cunoașterii anticipate a tuturor elementelor esențiale ale procedurii de atribuire, operatorii economici nu dispun de timpul necesar pentru a analiza care este formula optimă de participare la respectiva procedură de atribuire (participare simplă, formarea unui consorțiu, apelarea la terți susținători, folosirea de subcontractanți) și de a face demersurile necesare participării în formula aleasă.

Autoritatea contractantă nu s-a oprit la inserarea unor noi criterii de calificare, ci a modificat și modalitatea de punctare a ofertelor.

Anterior deciziei nr. ..., ofertele erau punctate astfel:

Denumire factor evaluare	Punctaj maxim
1. Financiar	40 puncte
2. Tehnic 1	20 puncte
3. Tehnic 2. Capacitatea ofertantului de a livra pe bază de Building Information Modeling (BIM) - documentațiile de proiectare	5 puncte
4. Tehnic 3. Capacitatea ofertantului de a susține utilizarea Building Information Modeling (BIM) - în etapa de execuție a proiectului	5 puncte
5. Durata suplimentară a perioadei de garanție	10 puncte
6. Procesul specific de producție exprimat prin raportul durată/lucrări realizate CT/CP	10 puncte
7. Capacitatea de îndeplinirea a contractului (C) determinată pe baza nivelului specific de producție realizat în contracte similare	10 puncte

iar ulterior clarificării:

Denumire factor evaluare	Punctaj maxim
1. Financiar	40 puncte
2. Tehnic 1	20 puncte
3. Tehnic 2. Capacitatea ofertantului de a livra pe bază de Building Information Modeling (BIM) - documentațiile de proiectare	10 puncte
4. Tehnic 3. Capacitatea ofertantului de a susține utilizarea Building Information Modeling (BIM) - în etapa de execuție a proiectului	10 puncte
5. Durata suplimentară a perioadei de garanție	20 puncte

Potrivit art. 1 alin. (2) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a evita apariția unor situații de natură să determine existența

unui conflict de interese și/sau împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței.

În cauza de față, Consiliul este chemat să ia măsurile necesare pentru a înlătura restricțiile aduse concurenței, ca urmare a modificării substanțiale și intempestive a documentației. În opinia contestatoarei, măsura adecvată este anularea procedurii de atribuire.

După cum judicios a reținut deja Consiliul, performanța anterioară a operatorului economic este influențată de o sumedenie de factori ce excedează controlului celui mai diligent antreprenor (*„utilizarea celor 2 factori de evaluare criticați nu reflectă avantajul pe care autoritatea contractantă îl poate obține prin utilizarea lor, în condițiile în care performanța anterioară a operatorului economic a fost circumstanțiată de elemente a căror existență nu poate fi garantată și în derularea viitorului contract de achiziție publică: resurse umane, tipul și complexitatea lucrărilor, perioada anului în care lucrarea a fost executată, conduita și resursele beneficiarului, intervenția unor evenimente neprevăzute etc.”*). Întrucât formulele de calcul uzitate în cazul ambilor factori de evaluare au fost preluate cu titlu de criterii de selecție, concluziile Consiliului își păstrează aplicabilitatea.

Aplicarea criteriilor de selecție alese de autoritate poate duce la situația ridicolă în care un operator economic ce și-a îndeplinit întocmai și la timp toate obligațiile contractuale nu va putea participa la prezenta procedură de atribuire. Cele două criterii de calificare nu prezintă relevanță în raport cu contractul ce urmează a fi atribuit.

Dacă intenția autorității contractante ar fi fost aceea de a împiedica participarea la procedură a ofertanților care au finalizat cu întârzieri imputabile lucrările de construcții de care se prevalează cu titlu de experiență similară, inserarea celor două criterii de selecție este superfluă.

Potrivit art. 166 alin. (1) din aceleași norme: „Autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/ contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii [...]”. Rezultă că o eventuală manieră defectuoasă în care operatorii au executat alte contracte este relevantă de conținutul documentelor constatatoare emise în cadrul respectivelor contracte și poate atrage excluderea din procedură, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

În al doilea rând, impunerea celor două criterii de calificare prezintă caracter disproporționat față de necesitățile autorității și de obiectul contractului ce urmează a fi atribuit. Principiul proporționalității presupune corelarea dintre necesitățile autorității, obiectul contractului și cerințele care trebuie îndeplinite de ofertanți pentru satisfacerea necesităților autorității. Disproporția dintre criteriile de calificare și necesitățile autorității reiese chiar din conduita autorității, care inițial le

inserase sub forma factorilor de evaluare. Ținând seama că înainte de pronunțarea deciziei nr. ..., însăși autoritatea a conchis că neîndeplinirea criteriilor privind „Procesul specific de producție exprimat prin raportul durată/lucrări realizate CT/CP” și „Capacitatea de îndeplinirea a contractului (C) determinată pe baza nivelului specific de producție realizat în contracte similare” atrage doar un punctaj mai scăzut al ofertei, este evident că aceste criterii nu au fost concepute pentru a releva posibilitatea concretă de a îndeplini contractul. Mai mult decât atât, disproporția este relevată și de înăsprirea criteriilor pe parcursul „metamorfozei” acestora.

În vremea când acționa ca factor de evaluare, „Procesul specific de producție exprimat prin raportul durată/lucrări realizate CT/CP” conferea punctaj până la valoarea $CT/CP=1,05$, însă după transformarea în criteriu de calificare valoarea $CT/CP>1$ atrage inadmisibilitatea ofertei. O atare schimbare de optică nu poate fi explicată plecând de la premisa bunei-credințe.

Un alt aspect demn de remarcat este și diferența dintre abordările autorității contractante cu privire la două proceduri de atribuire cu parcurs jurisdicțional identic:

- în procedura de atribuire inițiată prin anunțul de participare nr. ..., prin decizia nr. ... Consiliul a dispus eliminarea celor doi factori de evaluare, iar autoritatea s-a conformat și i-a eliminat, fără a modifica criteriile de calificare;

- în prezenta procedură, primind dispoziții identice de la Consiliu, autoritatea a modificat criteriile de calificare spre a păstra esența factorilor de evaluare.

În considerentele deciziei nr. ..., Consiliul a reținut că ponderea corectă a factorilor BIM din prezenta procedură este de 5% fiecare. Presupunând că ... SRL nu putea îndeplini cei patru factori de evaluare contestați inițial, ca urmare felului în care autoritatea a implementat decizia, societății i s-a agravat situația, în sensul că:

- dacă anterior demersului administrativ-jurisdicțional, putea depune ofertă admisibilă, dar fără șansa de a obține punctaj maxim, actualmente aceeași ofertă nu este nici măcar admisibilă;

- făcând abstracție de noile criterii de calificare, punctajul ofertei ... SRL va fi mai mic, întrucât s-a dublat ponderea factorilor relativi la tehnologia BIM.

În punctul său de vedere nr. ... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. ..., autoritatea contractantă susține în apărare că modificările operate nu sunt substanțiale și, prin urmare, nu conduc la anularea procedurii de atribuire. Chiar dacă s-ar admite că autoritatea s-a abătut de la concluziile deciziei Consiliului, acest fapt nu presupune, în mod automat, că modificările aduse sunt substanțiale și că s-ar impune anularea procedurii de atribuire. Autoritatea nu a făcut decât să urmeze considerentele Consiliului, după cum urmează:

1. A eliminat factorii de evaluare „Procesul specific de producție exprimat prin raportul durată/lucrări realizate CT/CP” și „Capacitatea de îndeplinirea a contractului (C) determinată pe baza nivelului specific de producție realizat în contracte similare”. Contestatoarea însăși constată că „cei 2 factori de evaluare eliminați reprezintă în realitate criterii de calificare privind experiența similară”, dar pe de altă parte susține că „în loc să respecte indicațiile obligatorii ale Consiliului, autoritatea contractantă, în mod nelegal, a menținut factorii de evaluare nelegali transformându-i în cerințe de calificare”;

2. A eliminat notele din subsolul fiecărui algoritm de calcul pe care Consiliul le-a considerat a fi nelegale;

3. Ca o consecință firească a eliminării factorilor, autoritatea a revizuit ponderile celorlalți factori de evaluare, pentru a respecta art. 32 alin. (9) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016: *„Ponderea stabilită pentru fiecare factor de evaluare nu trebuie să conducă la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică. Pentru fiecare factor de evaluare autoritatea contractantă are obligația de a stabili o pondere care să reflecte în mod corect:*

a) importanța caracteristicii tehnice/funcționale considerate a reprezenta un avantaj calitativ, de mediu și/sau social ce poate fi punctat; sau

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

Autoritatea este singura în măsură să decidă importanța caracteristicii tehnice/funcționale a factorilor de evaluare și, după cum notează Consiliul în cadrul deciziei, *„factorii (mai precis subfactorii) «Tehnic 2. Capacitatea ofertantului de a livra pe bază de Building Information Modelling (BIM) - documentațiile de proiectare» și «Tehnic 3. Capacitatea ofertantului de a livra pe bază de Building Information Modelling (BIM) - în etapa de execuție a proiectului», cu algoritmii aferenți, sunt permiși de legislația în vigoare, sunt inovativi și de perspectivă, conferă avantaje certe autorității achizitoare, au legătură cu obiectul licitației, nu sunt discriminatorii, nu se referă la stadiul de maturitate a pieței din România în domeniul BIM, nu sunt restrictivi, nu au ponderi exagerate, nu privesc istoricul ofertanților și nici nu afectează concurența în sectorul specific.”*

După cum însuși Consiliul reține, *„autoritatea nu a impus în documentația de atribuire tehnologia BIM, în sensul în care, în lipsa utilizării acestei tehnologii pe parcursul derulării contractului, oferta ar fi respinsă” și, în plus, „prezintă relevanță și că însăși contestatoarea, în calitate de subcontractant al asocierii ...SRL -ERP ...SRL, în contractul de lucrări nr. ... - Lucrări de intervenție în ..., utilizează tehnologia BIM,*

conform documentelor prezentate în cadrul ofertei (...), rezultând că ... SRL a făcut dovada, încă din 2021, că deține resurse în domeniul BIM".

Chiar dacă societatea contestatoare nu ar obține punctajul maxim aferent acestui factor de evaluare, nu înseamnă că ponderea alocată factorului este restrictivă și nejustificată. Limita a fost stabilită de autoritate prin raportare la riscurile contractului, iar determinarea ponderilor factorilor de evaluare sunt și trebuie să fie rezultatul procesului de documentare a deciziei de planificare a achiziției de către autoritate, care a luat în considerare și relația dintre obiectul contractului, constrângerile asociate și complexitatea contractului, pe de o parte, și resursele disponibile la nivel de autoritate contractantă pentru derularea activităților din etapele procesului de achiziție publice, pe de altă parte.

În concluzie, este nefondată afirmația contestatoarei conform căreia autoritatea a alocat în mod nelegal un procent de 10% factorului de evaluare BIM, în loc de 5%.

Autoritatea a revizuit (nu a modificat semnificativ) cerințele din documentația de atribuire, în sensul în care, după cum însuși Consiliul a reținut, cerințele de calificare fuseseră amalgamate cu factorii de evaluare. Practic, autoritatea a intrat în legalitate, prin achiesare la concluziile Consiliului, în sensul în care „cei 2 factori de evaluare eliminați reprezintă în realitate criterii de calificare privind experiența similară, întrucât privesc istoricul ofertantului, iar nu conținutul ofertei evaluate”.

Contrar susținerilor contestatoarei, autoritatea a alocat un termen mai mult decât rezonabil, peste cel stabilit de Consiliu în cadrul deciziei, între data publicării modificărilor aduse documentației de atribuire (21.03.2024) și data-limită de depunere a ofertelor (01.04.2024). Viitorii ofertanți au la dispoziție să adapteze ofertele la modificările survenite nu mai puțin de 11 zile, față de cele 8 stabilite de Consiliu, termen pe care autoritatea îl consideră „mai mult decât suficient”, în condițiile în care modificările au la bază, în fapt, adaptarea și aducerea în legalitate a unor criterii ce țin de capacitatea tehnică și profesională a ofertanților.

Modificările operate sunt în concordanță cu legislația achizițiilor publice și cu principiile generale de drept.

Contestatoarea consideră, fără argumente, că cele două criterii de calificare nu sunt relevante și interpretează subiectiv concluzia Consiliului că *„utilizarea celor 2 factori de evaluare criticați nu reflectă avantajul pe care autoritatea contractantă îl poate obține prin utilizarea lor, în condițiile în care performanța anterioară a operatorului economic a fost circumstanțiată de elemente a căror existență nu poate fi garantată și în derularea viitorului contract de achiziție publică: resurse umane, tipul și complexitatea lucrărilor, perioada anului în care lucrarea a fost executată, conduita beneficiarului, intervenția unor evenimente neprevăzute etc.”*

Echivalează eronat avantajele pe care le poate aduce un factor de evaluare cu dreptul autorității de a stabili prin documentele achiziției cerințe privind capacitatea tehnică și profesională care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dețin resursele umane și tehnice și experiența necesare pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru la un standard de calitate corespunzător. Autoritatea este singura îndreptățită să determine și să-și asume gradul în care măsurile întreprinse sunt adecvate au fost prezentate anterior.

Chiar dacă decizia Consiliului a presupus eliminarea celor doi factori de evaluare, acest lucru nu presupune că formula de calcul pentru respectivii coeficienți este nelegală în mod absolut și nu poate fi utilizată sub nicio formă în cadrul documentației de atribuire. Concluziile Consiliului sunt aplicabile doar în ceea ce privește factorii de evaluare.

După cum însăși contestatoarea admite: *„Pentru a pronunța o atare hotărâre, Consiliul a reținut, în esență, că cei 2 factori de evaluare eliminați reprezintă în realitate criterii de calificare privind experiența similară întrucât privesc istoricul ofertantului, iar nu conținutul ofertei evaluate.”* În consecință, autoritatea, achiesând la concluziile Consiliului, a utilizat coeficienții, ce inițial au fost introduși în mod eronat ca factori de evaluare, pentru a consolida cerința de calificare referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională - experiență similară în executarea de lucrări.

Autoritatea redă cerințele concrete formulate prin clarificarea din oficiu publicată la 21.03.2024.

Contestatoarea consideră că *„aplicarea criteriilor de selecție alese de autoritate poate duce la situația ridicolă în care un operator economic ce și-a îndeplinit întocmai și la timp toate obligațiile contractuale nu va putea participa la prezenta procedură de atribuire.”*, raționament eronat, atât timp cât din modul de calcul al coeficienților aferenți cerinței rezultă în mod clar că operatorul economic va fi admis dacă și-a îndeplinit la timp toate obligațiile contractuale. În fapt, autoritatea a adaptat cele două criterii de selecție astfel încât să asigure ofertanților posibilitatea să demonstreze un nivel minim al capacității tehnice și profesionale, cerințele fiind mai permissive decât fuseseră inițial prin utilizarea coeficienților ca factori de evaluare. Mai precis, autoritatea solicită ca cerințele să fie demonstrate la nivelul unui singur contract (față de condițiile factorilor de evaluare, care implicau calculul unei medii a contractelor prezentate). Mai mult decât atât, contractul prezentat nu este condiționat de alte criterii, în afară de încadrarea globală în categoria de importanță C - clădiri de importanță normală), ofertanții având o libertate mare de a își valorifica experiența acumulată. Practic, este suficient ca ofertanții să prezinte orice contract de construcții de clădiri de importanță normală, în care au realizat un nivel de producție zilnică cel puțin egal cu cel necesar pentru îndeplinirea contractului licitat. Se poate observa că singura condiționare o reprezintă corelarea

productivității zilnice realizate cu aceea solicitată, indiferent de natura și valoarea construcțiilor realizate în trecut.

A doua cerință este și mai simplu de îndeplinit, atât timp cât ofertanții pot să prezinte orice contract de construcții de clădiri de importanță normală, în care și-au îndeplinit întocmai și la timp toate obligațiile contractuale, indiferent de natura și valoarea construcțiilor realizate în trecut, nefiind nici măcar solicitată corelarea strictă cu specificul lucrărilor ce fac obiectul licitației.

Se poate observa că cerințele autorității nu sunt exagerate, nu sunt restrictive, sunt proporționale cu nivelul de complexitate al lucrărilor și sunt formulate cu respectarea art. 178 din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 29 din norme, unde legiuitorul pune accent pe „capacitatea profesională a operatorilor economici de a executa lucrarea în funcție de aptitudinile, competențele, eficiența, experiența și potențialul acestora” și pe „posibilitatea concretă de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta va fi declarată câștigătoare”.

Riscul ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, ca urmare a faptului că în cadrul documentației de participare nu au fost impuse participanților anumite condiții, aparține autorității contractante.

Argumentele propuse de contestatoare sunt subiective și vizează la modul general lipsa de relevanță a criteriilor de calificare, caracterul disproporționat al acestora, punerea la îndoială a bunei-credințe, fără să probeze cu dovezi concrete cele susținute.

Contestatoarea se raportează doar la imposibilitatea sa de a demonstra respectarea cerinței și se substituie autorității în planificarea achiziției, stabilind propriile condiții de participare.

Autoritatea contractantă a prezentat în prima parte a prezentului punct de vedere motivele pentru care ponderile factorilor de evaluare au fost stabilite prin raportare la riscurile contractului, iar determinarea ponderilor factorilor de evaluare sunt și trebuie să fie rezultatul procesului de documentare a deciziei de planificare a achiziției de către autoritate, care a luat în considerare și relația dintre obiectul contractului, constrângerile asociate și complexitatea contractului, pe de o parte, și resursele disponibile la nivel de autoritate contractantă pentru derularea activităților din etapele procesului de achiziție publice, pe de altă parte.

Contrar opiniei contestatoarei, Consiliul nu a fixat o „pondere corectă” și nici nu s-ar fi putut substitui autorității contractante în procesul de stabilire a ponderilor pentru factorii de evaluare.

Consiliul a afirmat că *„ponderea stabilită pentru fiecare dintre cei doi factori de evaluare nu este exagerată (doar 5% fiecare) și nici nu conduce la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii de atribuire”,*

însă nu rezultă din aceste considerente că o pondere de 10% ar fi nelegală, aceasta fiind o simplă interpretare viciată pe care contestatoarea o face în vederea mascării unei eventuale imposibilități de a obține ponderea maximă. Este evident că decizia și responsabilitatea stabilirii ponderii factorilor de evaluare revine autorității contractante și nici Consiliul, nici contestatoarea nu se pot substitui autorității în planificarea achiziției și nu pot stabili propriile condiții de participare la procedura de atribuire.

Argumentele contestatoarei se axează în principal pe imposibilitatea acesteia de a răspunde cerințelor din documentația de atribuire și nu pe argumente obiective care să releve o eventuală restrângere artificială a concurenței.

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 nr. ..., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 02.02.2024, autoritatea contractantă denumită la pct. I.1) din anunț „...” a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea procurării de servicii de proiectare și lucrări de execuție pentru obiectivul de investiție „...”, estimate valoric la 72.957.964,58 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 02.02.2024, alături de anunțul de invitare la competiție. Ulterior consultării acestei documentații, considerând că patru factori de evaluare tehnici stabiliți de autoritate sunt nerelevanți, restrictivi, discriminatorii și contrari dispozițiilor legale, ... SRL a atacat-o în termenul legal, prin contestația înregistrată la Consiliu cu nr. ..., în privința căreia a fost pronunțată decizia nr. ..., cu următorul dispozitiv:

Respinge, ca fiind îndreptată împotriva unei persoane fără calitate procesuală pasivă, contestația ... SRL nr. ..., în contradictoriu cu „...”.

Admite parțial, în limita celor reținute în considerente, contestația ... SRL nr. 8822/13.02.2024, în contradictoriu cu autoritatea contractantă Obligă autoritatea ca, în termen de cel mult cincisprezece zile de la data primirii prezentei decizii, să adopte măsurile de remediere a anunțului de participare și documentației de atribuire stabilite mai sus și să le aducă la cunoștința operatorilor economici, prin publicarea lor în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, de îndată ce vor fi adoptate. Totodată, Consiliul obligă autoritatea contractantă să stabilească o nouă dată-limită de depunere a ofertelor, nu mai devreme de opt zile de la data postării în SEAP a respectivelor măsuri de remediere.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere de înlăturare/modificare a factorilor de evaluare „*Tehnic 2. Capacitatea ofertantului de a livra pe bază de Building Information Modeling (BIM) - documentațiile de proiectare*” și „*Tehnic 3. Capacitatea ofertantului de a susține utilizarea Building Information Modeling (BIM) - în etapa de execuție a proiectului*”.

Încuviințează, în principiu, cererile de intervenție voluntară accesorie nr. ... și nr. ..., depuse de ...SRL și ...SRL, și le respinge ca nefondate.

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

În considerentele deciziei, Consiliul a reținut, între altele:

Subfactorii „*Tehnic 2. Capacitatea ofertantului de a livra pe bază de Building Information Modeling (BIM) - documentațiile de proiectare*” și „*Tehnic 3. Capacitatea*

ofertantului de a susține utilizarea Building Information Modeling (BIM) - în etapa de execuție a proiectului", la modul cum sunt redactați algoritmi aferenți, asociază această capacitate a ofertanților modului de prezentare a BIM în faza de proiectare, respectiv execuție a obiectivului de investiție descris în anunțul de participare după cum urmează:

În cazarma 727 Borcea se desfășoară activități militare specifice, cu participarea forțelor aparținând atât României, cât și altor state membre NATO. În vederea asigurării interoperabilității cu structurile militare ale statelor membre NATO, pe timpul operațiilor și exercițiilor aliate infrastructurii necesare, obiectivul de investiție imobiliară continuă procesul de modernizare a infrastructurii de aerodrom. Proiectul continuă investițiile realizate prin "Modernizare punct control acces și parcare auto în cazarma 727 Borcea", cod proiect: 2017-I-727 PCA și "Infrastructură bază aeriană în cazarma 727 Borcea – zona operațională", cod proiect: 2008-I-727 și "Pavilion nou administrativ în cazarma 727 Borcea", cod proiect 2020-I-727. Cazarma 727 Borcea este folosită pentru pregătirea personalului din forțele aeriene precum și pentru depozitarea și mentenanța tehnicii din dotare. Cazarma se află în prezent într-un proces de modernizare care implică refacerea infrastructurii existente și extinderea acesteia. Prin actualul proiect se propune realizarea următoarelor obiecte de investiție: Obiect 1 - Amenajarea terenului; Obiect 2 - Realizare adăposturi ușoare pentru aeronave; Obiect 3 - Realizare platformă betonată – rulaj aeronave; Obiect 4 - Realizare depozit materiale aviație; Obiect 5 - Realizare platformă betonată – acces depozit materiale aviație; Obiect 6 – Grupuri generatoare de joasă tensiune; Obiect 7 – Branșamente la rețele utilități (alimentare cu apă, canalizare, alimentare cu energie electrică, rețea termică). Obiect 8 – Rezervoare și rețea de alimentare cu gaze (GPL).

După cum notează contestatoarea, la considerentul (10),

(10) BIM (Building Information Modelling) este o metodă de lucru colaborativă pentru structurarea, gestionarea și utilizarea datelor digitale în mod standardizat. Aceasta reunește tehnologia, îmbunătățirile procesului de proiectare și execuție a construcțiilor și informațiile digitale, **pentru a permite o ameliorare substanțială a rezultatelor proiectelor, a beneficiilor clientului și a exploatării construcțiilor. BIM este un factor strategic pentru îmbunătățirea procesului de luare a deciziilor atât pentru clădiri, cât și pentru infrastructurile publice**, pe toată durata de viață a acestora.

(11) La nivel internațional, utilizarea BIM a cunoscut o creștere accelerată, fiind estimat că piața BIM la nivel european va ajunge la 2,1 miliarde Euro în anul 2023. **În unele jurisdicții utilizarea BIM în proiectele de construcții cu finanțare publică este obligatorie** însă reglementarea acestei obligații a fost făcută în toate cazurile progresiv, niciodată intempestiv și întotdeauna prin modificare legislativă urmată de reglementarea metodologiei BIM în documentații de atribuire.

Și în cazul României, pentru anumite obiective/proiecte de investiții-pilot din sectorul public, utilizarea instrumentelor BIM este obligatorie. Astfel, conform Ordinului ministrului dezvoltării, lucrărilor publice și administrației nr. 2.224/2023 pentru aprobarea reglementării tehnice „Ghid privind utilizarea instrumentelor BIM în generarea și gestionarea datelor digitale aferente construcțiilor, indicativ RTC 9-2022”:

Art. 3. - Prezentul ordin **se aplică** obiectivelor/proiectelor de investiții-pilot din sectorul public, realizate în etapa 3 - Demararea introducerii BIM la nivel național și implementarea de proiecte-pilot, definită în Memorandumul cu tema: Aprobarea Foi de parcurs privind implementarea metodologiei BIM (Building Information Modelling) la nivel național, în proiectele de investiții finanțate din fonduri publice din sectorul construcțiilor, conform Planului național de redresare și reziliență, componenta 5 - Valul renovării, reforma 1. Realizarea unui cadru normativ simplificat și actualizat care să sprijine implementarea investițiilor în tranziția către clădiri verzi și reziliente - jalonul 91.2, aprobat în ședința Guvernului din data de 16 septembrie 2022.

Art. 4. - Începând cu implementarea etapei 4 - Dezvoltarea și extinderea BIM la scară largă, definită în memorandumul sus-menționat, se vor stabili noi criterii de selecție a obiectivelor/proiectelor de investiții pentru care **va fi obligatorie aplicarea metodologiei BIM la nivel național**, în proiectele de lucrări publice.

Art. 5. - Prezentul ordin are **caracter de recomandare** pentru obiectivele/ proiectele de investiții din sectorul public care nu se încadrează în prevederile art. 3 și 4.

În aceeași direcție este și Ordinul ministrului dezvoltării, lucrărilor publice și administrației nr. 2.221/2023 pentru aprobarea reglementării tehnice „Ghid privind managementul și monitorizarea informațiilor generate în sistem BIM, indicativ RTC 8-2022”.

Referințe se găsesc și în Strategia națională privind economia circulară, aprobată prin Hotărârea Guvernului nr. 1.172/2022, din care face parte „Planul de acțiune pentru Strategia națională privind economia circulară”:

Standardizarea joacă, de asemenea, un rol important în tranziția digitală a sectorului construcțiilor. Accesul la date standardizate, deschise și fiabile ar asigura un set minim de criterii care ar putea facilita chiar și cooperarea transfrontalieră. Sistemul de modelare a informațiilor pentru clădiri/Building Information Modelling - BIM, ar putea fi un element cheie în acest sens, datorită popularității sale și a faptului că a fost deja adoptat în mai multe țări europene. În România, se discută despre perspectivele ca BIM să devină principalul catalizator al revoluției digitale din industria construcțiilor.

[...]

Pe lângă includerea criteriilor de circularitate în achiziționarea materialelor de construcții, circularitatea în proiectele de construcții ar putea fi facilitată și prin utilizarea unor metode de evaluare complementare, cum ar fi: [...]

• *cerința de introducere a Building Information Modelling pentru toate ofertele în cadrul unei licitații publice. Modelarea informațiilor despre clădiri are potențialul de a îmbunătăți alegerea materialelor și asamblarea elementelor de construcție în faza de proiectare, astfel încât, la sfârșitul ciclului de viață al clădirii, materialele să poată fi recuperate, reutilizate și reciclate, iar impactul asupra mediului să fie redus.*

[...]

Internetul obiectelor, dronele, Building Information Modelling și alte instrumente de colectare a datelor privind operațiunile și procesele sunt fundamentale. Acestea trebuie să fie cuplate cu analiza datelor și inteligența artificială pentru a extrage cele mai relevante informații din ecosistem și a le transforma în cunoștințe, cu obiectivul de a sprijini companiile în introducerea de soluții inovatoare menite să îmbunătățească procesele și operațiunile.

Concluzia extrasă atât din aceste pasaje normative, cât și din susținerile contestatoarei, este că utilizarea instrumentului BIM nu este interzisă în România, ci dimpotrivă, admisă și chiar obligatorie pentru anumite investiții. Nici legislația pe linie de achiziții publice nu interzice utilizarea lui, de principiu, inclusiv ca factor de evaluare. De altminteri, din anunțul de consultare a pieței nr. 2280/09.10.2023 (anexa nr. 4 la contestație) reiese că și alte autorități achiziitoare recurg la cerințe de utilizare BIM.

Pe portalul SEAP a fost identificată licitație inițiată prin anunțul nr. CN1020055/26.03.2020 la care s-a utilizat factorul de evaluare „Capabilitatea și capacitatea ofertantului de a livra pe baza de Building Information Modeling (BIM) documentațiile de proiectare și de a susține utilizarea BIM și în etapa de execuție a proiectului, conform prevederilor Caietului de sarcini, secțiunea 3.5.9”, cu algoritmul de calcul:

- *Ofertantul dovedește că are capabilitate și capacitate conform Stadiului 3 – 20 puncte;*

- *Ofertantul dovedește că are capabilitate și capacitate conform Stadiului 2 – 10 puncte;*

- *Ofertantul dovedește că are capabilitate și capacitate conform Stadiului 1 – 5 puncte;*

- *Ofertantul nu dovedește că are capabilitate și capacitate de livrare BIM – 0 puncte;*

Punctaj maxim BIM = 20 pct./Stadiul 3 = 20 puncte

Aceeași autoritate – ... – a folosit un factor bizuit pe BIM la procedura inițiată prin anunțul de participare simplificat nr. ..., pentru obiectivul „Realizare pavilion nou – Complex preșcolar în ...”, la care au participat trei asocieri de ofertanți.

Se cuvine a fi observat că, în cauza de față, în combaterea contestației au intervenit doi antreprenori, însemnând că nu toți operatorii economici apreciază a fi restrictivi sau discriminatorii cei doi factori de evaluare concepuți de autoritate.

Mai trebuie adăugat că factorii de evaluare utilizați de autoritate 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. Atunci când consideră necesar, autoritatea contractantă verifică exactitatea informațiilor și dovezilor furnizate de ofertanți. – art. 189 alin. (2) și (3) din Legea nr. 98/2016. Aplicarea incorectă a factorilor de evaluare este sancționată contravențional de legiuitor cu

amendă de până la 30.000 lei [art. 224 alin. (1) lit. h) și alin. (2) din legea precitată], tocmai pentru a evidenția importanța tratării ofertanților în mod uniform de către autoritate.

După cum judicios a remarcat contestatoarea, factorii de evaluare a ofertelor, precum și algoritmul de punctare 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.

Este cert că aplicarea de către autoritatea achiziitoare din speță a factorilor de evaluare ce țin de utilizarea BIM reflectă un avantaj real pe care îl obține autoritatea, după cum se arată cu titlu general și în Ghidul privind managementul și monitorizarea informațiilor generate în sistem BIM, indicativ RTC 8-2022, precitat:

*Implementarea BIM presupune **adoptarea unei abordări colaborative, eficiente și precise în livrarea și utilizarea informațiilor** aferente unui proiect investițional în construcții. Utilizarea modelării informației construcției (BIM) presupune **îmbunătățirea colaborării și comunicării, integrarea soluțiilor de design, eficientizarea fluxurilor de lucru și reducerea costurilor comparativ cu practicile de lucru curente.***

„Ceea ce se află în spatele tehnologiei BIM este un model tridimensional care poate fi utilizat pentru a genera o varietate de date, inclusiv orarele muncitorilor, listele de materiale, costurile estimative și alte documente de proiect. Totodată, o reprezentare 3D generată de acest sistem tehnologic poate include și date despre sistemele electrice, sanitare și despre sistemele de încălzire și aerisire.”, punctează antreprenorul ...SRL. Adaugă faptul că: *„Utilizarea tehnologiei BIM oferă o mai mare vizibilitate asupra proiectului de construcție, oferă alternative mai sustenabile, modalități de economisire a costurilor și îmbunătățește procesul decizional.”* Aceste argumente nu au fost combătute de reclamantă.

Fără dubiu, constituie avantaje, astfel cum a punctat și ...SRL:

- nivelul ridicat de coordonare și colaborare între specialiștii implicați în proiect, de la faza incipientă (concept/idee) până la operare;
- asigurarea unui management mai clar și mai eficient al informațiilor;
- reducerea riscului apariției de erori, inclusiv de proiectare;
- stocarea informațiilor despre clădire de la început până la sfârșit, reducând timpul de proiectare prin comunicarea directă cu alte specialități, reducând erorile de proiectare prin transferul direct de informații și creând prezentări vizuale;
- verificarea rapidă a informațiilor și a documentelor stocate, reducând costurile suplimentare prin estimarea precisă a costurilor de construcție, calculând cu precizie materialele necesare și planificându-le în funcție de programul de execuție;
- în exploatare, aduce valoare prin vizualizarea întregului proiect și a tuturor documentațiilor, controlând costurile și furnizând informații despre toate produsele și soluțiile utilizate în proiect.

Și intervenientul ...SRL scoate în evidență unele dintre avantaje (pct. 15-20 și 28 din cererea de intervenție), care sunt efective, nu formale:

- îmbunătățește comunicarea și lucrul în echipă;
- reduce costurile și risipa;
- îmbunătățește operațiunile de estimare a costurilor;
- îmbunătățește fundamentul și structurile construcției;
- reduce riscurile la nivel general;
- maximizează eficiența.

Aceste beneficii sunt în directă legătură cu obiectul contractului și se răsfrâng nu doar asupra autorității, ci și asupra contractantului.

Consiliul apreciază judicioase și argumentele expuse de autoritate în punctul de vedere, care, deși sunt redactate la modul general, au impact punctual asupra obiectivului de investiție supus adjudecării prin licitație:

Autoritatea contractantă consideră că utilizarea BIM pentru conceperea și analiza sistemelor construcției semnificând în acest caz operațiile de simulare și măsurare a fluctuațiilor parametrilor fizici, ce sunt de așteptat de la construcția reală, acoperă multe aspecte funcționale ale comportării construcției, cum ar fi integritatea structurală, controlul temperaturii, ventilației și fluxurilor de aer, iluminatul, circulațiile, acustica, distribuția și consumul de energie, alimentarea cu apă și evacuarea gunoierului, toate fiind afectate de factori externi variabili. Aceste simulări și evaluări sunt realizate de către specialiști din echipa de

proiectare, folosind modele de analiză detaliate cu date tehnice de intrare specifice. Acest aspect se referă la colaborarea între diferitele profesii implicate, susținută de interoperabilitatea soluțiilor software utilizate de acestea. Acestea generează configurații de specialitate ce sunt utilizate pentru a planifica și coordona diferitele sisteme. Colaborarea se întinde începând cu proiectul conceptual și terminând cu modelarea la nivel de detalii de execuție. Programele de modelare a construcției includ reguli de poziționare și alcătuire ce pot accelera generarea documentației de execuție în formate standard sau predefinite. Acest lucru oferă atât avantajul scurtării procesului de generare cât și al creșterii calității documentelor generate.

Metodologia BIM permite tuturor factorilor implicați să vizualizeze și să înțeleagă evoluția proiectului și problemele de coordonare într-un mod ce nu era posibil înainte, astfel fiind transformat chiar modul în care lanțul de furnizori parteneri colaborează pentru a îmbunătăți proiectul și procesul de construcție prin identificarea și eliminarea din timp a problemelor. Aceasta conduce la reducerea costului și a timpului de execuție și ajută proiectele cu ritm rapid de desfășurare să evite întârzieri costisitoare. În plus față de beneficiile asociate proceselor de proiectare și execuție, baza de date digitală asociată BIM oferă potențialul îmbunătățirii managementului și mentenanței obiectivelor construite mult timp după începerea exploatării.

Abordarea BIM va aduce în proiect un nivel mai ridicat de colaborare între participanții la proiect, o mai bună înțelegere a proiectului prin vizualizare și abilitatea de a lua decizii și de a efectua schimbări asupra proiectului în timp real. Luând în considerare doar acești factori se pot obține reduceri substanțiale ale cererilor de informare suplimentară și ale modificărilor din timpul execuției care, la rândul lor, vor conduce la optimizarea graficului de execuție și la un mai bun control al costurilor.

În ceea ce privește plus valoarea pe care o aduce tehnologia BIM, cu toate că nu există obligația legală de implementare, prin faptul că antreprenorul asigură baza de date comună, autoritatea contractantă are posibilitatea ca, prin intermediul acestei baze de date, să verifice în timp real evoluția activităților din contract. Practic, autoritatea contractantă și beneficiarul vor avea acces la o platformă a antreprenorului (denumită Common Data Base) prin intermediul căreia vor putea vizualiza și verifica documentele contractului la orice fază de evoluție, ceea ce conduce la avantaje reale (economie de timp, resurse etc.).

Ponderea stabilită pentru fiecare dintre cei doi factori de evaluare nu este exagerată (doar 5% fiecare) și nici nu conduce la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii de atribuire. Respectiva pondere reflectă în mod corect importanța caracteristicii tehnice/funcționale considerate a reprezenta un avantaj calitativ pentru autoritate. Așadar, nu se poate reține de către forul jurisdicțional o abatere de la art. 32 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

Autoritatea nu a impus în documentația de atribuire tehnologia BIM, în sensul în care, în lipsa utilizării acestei tehnologii pe parcursul derulării contractului, oferta ar fi respinsă. În cazul operatorilor economici ce nu utilizează tehnologia BIM, lipsa punctelor obținute pe baza factorilor de evaluare aferenți nu echivalează cu respingerea ofertei.

Cu amendamentul legat de notele de subsol aferente lor, contrar opiniei contestatoarei, algoritmi factorilor de evaluare privind capacitatea de utilizare a tehnologiei BIM nu se raportează la istoricul activității ofertanților (criteriu de calificare), ci la capacitatea acestora de a utiliza metodele BIM și de a livra informații pe bază de BIM, în etapele de proiectare și de execuție. De asemenea, nu se raportează nici la „nivelul de maturitate al pieței naționale BIM”, autoritatea punctând nivelul de capacitate a ofertantului, nu al maturității pieței. Prezintă relevanță și apărarea autorității în sensul că însăși contestatoarea, în calitate de subcontractant al asocierii ...SRL - ERP ...SRL, în contractul de lucrări nr. ... - „Lucrări de intervenție în ...”, utilizează tehnologia BIM, conform documentelor prezentate în cadrul ofertei în vederea îndeplinirii cerinței minime a autorității contractante din caietul de sarcini (cap. 10.1, „Cerințe pentru proiectare și execuție”), aferent anunțului de participare nr. ..., rezultând că ... SRL a făcut dovada, încă din 2021, că deține resurse în domeniul BIM.

Recapitulând și concluzionând, Consiliul determină că factorii (mai precis subfactorii) „Tehnic 2. Capacitatea ofertantului de a livra pe bază de Building Information Modeling (BIM) - documentațiile de proiectare” și „Tehnic 3. Capacitatea ofertantului de a susține utilizarea Building Information Modeling (BIM) - în etapa de execuție a proiectului”, cu algoritmi aferenți, sunt permisi de legislația în vigoare, sunt inovativi și de perspectivă, conferă avantaje certe

autorității achizitoare, au legătură cu obiectul licitației, nu sunt discriminatorii, nu se referă la stadiul de maturitate a pieței din România în domeniul BIM, nu sunt restrictivi, nu au ponderi exagerate, nu privesc istoricul ofertanților și nici nu afectează concurența în sectorul specific. Tendința pieței este înspre generalizarea aplicării sistemului BIM în proiectare și execuția investițiilor. Soluțiile inovatoare sunt promovate de Directiva 2014/24/UE, invocată de contestatoare.

Pe de altă parte, este vădit nelegală nota din subsolul fiecărui algoritm de calcul discutat mai sus:

*NOTA: Ofertantul va face **dovada că s-au livrat proiecte pe bază de BIM** prin extrase din lucrări anterioare care demonstrează modul de abordare propus în planul de execuție BIM al proiectului prezentat în propunerea tehnică (faza de proiectare).*

și

*NOTA: Ofertantul va face **dovada că s-au executat proiecte utilizând facilitățile BIM** prin extrase din lucrări anterioare care demonstrează modul de abordare propus în planul de execuție BIM al proiectului prezentat în propunerea tehnică (faza de execuție).*

Întrucât o asemenea dovadă este proprie cerinței de calificare constând în experiența similară, iar nu factorilor de evaluare. Nu se pot amalgama cerințele de calificare cu factorii de evaluare, respectiv respinge ori depuncta ofertele ajunse în etapa de aplicare a criteriului de atribuire pe considerentul nedovedirii experienței BIM. Din acest considerent, nu poate fi acceptată nici apărarea autorității din punctul de vedere:

*La selectarea factorului de evaluare „Capacitatea ofertantului de a livra pe bază de Building Information Modeling (BIM) documentațiile de proiectare și de a susține utilizarea BIM și în etapa de execuție a proiectului”, autoritatea contractantă a avut în vedere ca operatorii economici participanți la procedură **să demonstreze faptul că au livrat proiecte pe bază de BIM**, care oferă, chiar și în cadrul practicilor de proiectare tradiționale, o serie de perfecționări ale procesului de proiectare și îmbunătățiri ale informației și comunicării între factorii implicați în proiect.*

În sensul interzicerii confundării criteriilor de calificare (care au ca scop identificarea ofertanților admisibili) cu factorii de evaluare (care au ca scop identificarea ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic dintre cele ale ofertanților admiși) este, cu titlu de

exemplu, Hotărârea din 24 ianuarie 2008, Lianakis și alții, C-532/06, EU:C:2008:40, punctele

30-32:

30. Astfel, sunt excluse dintre „criteriile de atribuire” acele criterii care nu au în vedere identificarea ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic, ci sunt fundamentale asociate cu evaluarea capacității ofertanților de a executa contractul în discuție.

31. În acțiunea principală, criteriile reținute de către autoritatea contractantă cu titlu de „criterii de atribuire” au în vedere, cu toate acestea, în principal experiența, calificările și mijloacele de natură să garanteze o bună executare a contractului în discuție. Acestea reprezintă criterii care privesc capacitatea ofertanților de a executa acest contract și care nu au, așadar, calitatea de „criterii de atribuire” în sensul articolului 36 alineatul (1) din Directiva 92/50.

32. În consecință, trebuie să se constate că articolul 23 alineatul (1), articolul 32 și articolul 36 alineatul (1) din Directiva 92/50 se opun ca, în cadrul unei proceduri de atribuire, autoritatea contractantă să țină cont de experiența ofertanților, de efectivele acestora și de echipamentele din dotarea acestora, precum și de capacitatea acestora de a executa contractul în termenul prevăzut nu cu titlu de „criterii calitative de selecție”, ci cu titlu de „criterii de atribuire”.

A se vedea de asemenea în același sens Hotărârile Tribunalului din 2 martie 2010, ...EMSA, T-70/05, EU:T:2010:55, punctul 131, din 25 februarie 2003, ..., T-4/01, EU:T:2003:37, punctul 66, și din 25 februarie 2003, ...Consiliul, T-183/00, EU:T:2003:36, punctele 73 și 74.

În consecință, raportat la circumstanțele reținute și descrise mai sus și văzând că ... nu a reușit să convingă organul jurisdicțional că notele în discuție nu privesc, în realitate, capacitatea tehnică a ofertanților ca un criteriu de calificare, se impune obligarea autorității

organizatoare la eliminarea notelor. Organul administrativ de jurisdicție va admite contestația sub acest aspect și va anula cele două note de subsol reproduse la pagina anterioară.

Aceeași soluție se impune și față de factorii (subfactorii):

„6. Procesul specific de producție exprimat prin raportul durată/lucrări realizate CT/CP”

și

„7. Capacitatea de îndeplinirea a contractului (C) determinată pe baza nivelului specific de producție realizat în contracte similare”,

care de asemenea vor fi anulați de către Consiliu și eliminați de autoritate din cadrul anunțului de participare și al documentației.

Relativ la acești factori, Consiliul s-a pronunțat deja într-o cauză asemănătoare, în care autoritate a fost tot „...”. Considerentele relevante ale deciziei nr. ...sunt deplin valabile și în speța de față:

[...] Consiliul constată că necesitatea eliminării factorilor de evaluare „Procesul specific de producție exprimat prin raportul durată/lucrări realizate CT/CP” și „Capacitatea de îndeplinire a contractului (C) determinată pe baza nivelului specific de producție realizat în contracte similare” a fost iterată de UBITECH CONSTRUCȚII SRL chiar din cuprinsul contestației depuse, neputându-se susține fără dubii că o astfel de cerere a fost adresată Consiliului pentru prima dată pe calea concluziilor scrise, ceea ce ar fi condus la inadmisibilitatea ei în acord cu dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016. Faptul de a acorda spațiu consistent măsurilor de remediere a acestor factori de evaluare nu poate lipsi de însemnătate aprecierea nelegalității stabilirii lor.

[...]

Așa cum rezultă din informațiile citate din Strategia de contractare, autoritatea contractantă, în cadrul celor 2 factori de evaluare criticați, punctează drept avantaje obținute informații referitoare la contractele pe care ofertantul le prezintă ca dovada a îndeplinirii cerinței de calificare vizând experiența sa similară. Prin urmare, achizițtoarea utilizează în scopul stabilirii ofertei câștigătoare informații care țin de capacitatea operatorului economic, informații care, potrivit art. 29 alin. (1) din HG nr. 395/2016, reprezintă cerințe de calificare. Această concluzie este întărită chiar de mențiunile autorității contractante în justificarea acestor 2 factori, potrivit cărora:

- *„Factorul de evaluare evidențiază capacitatea ofertantului de a adapta procesul specific de producție pentru a eficientiza resursa de timp, în condițiile unor eventuale fluctuații ale nivelului de lucrări.”;*

- *„În acest sens, se vor lua în considerare lucrările similare cu cele care fac obiectul contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, pe care antreprenorul le-a executat și pe care le-a prezentat în vederea îndeplinirii cerinței privind experiența similară referitoare la capacitatea tehnică și profesională de execuție și se va analiza dacă termenul de realizare a fost devansat/ respectat/ întârziat în corelație cu variația producției față de cea prevăzută prin contract.”*

- *„Factorul de evaluare a fost stabilit [...] pentru a reflecta avantaje reale și evidente ce pot fi obținute în acest sens (diminuarea riscului de prelungire a duratei de realizare a contractului în situația în care pe parcursul execuției lucrărilor se impune realizarea de lucrări suplimentare, respectiv asigurarea că obiectivul de investiție va putea fi dat în folosință cu respectarea planificării ce rezultă din justificarea necesității investiției).”*

- *„Astfel, autoritatea contractantă aplică un factor de evaluare [...], prin intermediul căruia se poate evalua procesul specific de producție al ofertantului pentru execuția de lucrări similare cu cele care fac obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, exprimat prin raportul coeficient durată/coeficient lucrări realizate, care oferă posibilitatea de a fi selectată oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere al procesului specific de producție al ofertantului și, implicit, oferă autorității contractante asigurări că viitorul contractant are capacitatea de a optimiza termenul de execuție pentru darea în folosință a obiectivului de investiții.”*

- *„Factorul de evaluare evidențiază capacitatea de producție a ofertantului rezultată din execuția de lucrări similare cu cele care fac obiectul contractului ce urmează a fi atribuit și pe care le-a prezentat în vederea îndeplinirii cerinței privind experiența similară referitoare la capacitatea tehnică și profesională de execuție, raportată la capacitatea de producție estimată în cadrul prezentei proceduri de achiziție.”*

- *„Factorul de evaluare a fost stabilit [...] pentru a reflecta avantaje reale și evidente ce pot fi obținute în acest sens (diminuarea riscului de a atribui contractul unui ofertant care nu*

dovedește că are capacitatea de producție necesară pentru ca ritmul de realizare a lucrărilor să asigure finalizarea lucrărilor la termenul stabilit în documentația de atribuire)."

- „Astfel, autoritatea contractantă aplică un factor de evaluare [...], prin intermediul căruia se poate evalua capacitatea de producție a ofertantului pentru execuția de lucrări similare cu cele care fac obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, exprimat prin raportul dintre producția zilnică realizată efectiv în cadrul contractelor similare și producția zilnică anticipată de către autoritatea contractantă în cadrul prezentului contract ce urmează a fi atribuit."

Reiese din considerentele citate ale achizitoarei, că aceasta urmează a stabili oferta câștigătoare și prin raportare la o analiză a istoricului contractual al operatorului economic și a modalității în care acesta a gestionat resursele materiale, umane și financiare în contractele sale invocate ca experiență similară.

Or, o asemenea logică în stabilirea unor factori de evaluare este în contradicție cu regulile regăsite în art. 32 din HG nr. 395/2016, potrivit cărora:

„(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. a) și b) 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.

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

a) nu au o legătură directă cu natura și obiectul contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;

b) nu reflectă un avantaj pe care autoritatea contractantă îl poate obține prin utilizarea factorului de evaluare respectiv."

Consiliul notează că istoricul contractual al operatorului economic ce depune oferta nu are legătură directă cu natura și obiectul contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, cu atât mai mult cu cât circumstanțele în care contractele de experiență similară au fost executate pot să difere substanțial de cele ale contractului care va fi încheiat, din punctul de vedere al duratei efective în care contractul a fost finalizat, al duratei stipulate în acordul contractual inițial, al valorii contractului la finalizarea acestuia, al valorii contractului la încheierea lui.

De asemenea, Consiliul constată că utilizarea celor 2 factori de evaluare criticați nu reflectă avantajul pe care autoritatea contractantă îl poate obține prin utilizarea lor, în condițiile în care performanța anterioară a operatorului economic a fost circumstanțiată de elemente a căror existență nu poate fi garantată și în derularea viitorului contract de achiziție publică: resurse umane, tipul și complexitatea lucrărilor, perioada anului în care lucrarea a fost executată, conduita și resursele beneficiarului, intervenția unor evenimente neprevăzute etc. Cu alte cuvinte, obținerea unui punctaj superior ca urmare a utilizării acestor factori de evaluare nu oferă nicio garanție autorității contractante cu privire la conduita operatorului economic în viitoarea relație contractuală, o bună „carte de vizită” nefiind un avantaj pe care autoritatea contractantă îl obține, ci doar un element care are potențialul de a convinge asupra capacității operatorului economic, deziderat asigurat, potrivit legii, prin utilizarea cerințelor de calificare.

Consiliul reține că, potrivit dispozițiilor legale din materia achizițiilor publice, capacitatea operatorului economic face obiectul verificărilor autorității contractante în etapa de stabilire a admisibilității ofertei acestuia, o capacitate insuficientă făcându-l incompatibil cu viitoarea calitate de contractant. În conformitate cu aceeași legislație, utilizarea factorilor de evaluare are drept scop alegerea celei mai bune oferte din cele admisibile, depuse, prin urmare, de operatori economici cu capacități comparabile. Acesta este motivul pentru care legiuitorul a stabilit că factorii de evaluare trebuie să aibă legătură directă cu natura și obiectul contractului ce va fi atribuit și trebuie să reflecte un avantaj pe care autoritatea contractantă îl poate obține prin utilizarea acestora, prin urmare fiind necesar ca aceștia să vizeze viitoarea prestație pe care și-o asumă față de achizitoare, așa cum reiese din prevederea art. 188 alin.

(1) din Legea nr. 98/2016, conform căreia „**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.” (s.n.)

În același sens sunt și următoarele dispoziții ale Legii nr. 98/2016:

- art. 187 „(5) Factorii de evaluare prevăzuți la [alin. \(4\)](#) pot viza, printre altele:

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

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

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

- art. 188 „(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.”

Nici avantajele pe care autoritatea contractantă arată că le-ar obține din utilizarea celor 2 factori de evaluare criticați nu sprijină alegerea acestora. Astfel, achiziția susține că factorul „Procesul specific de producție exprimat prin raportul durată/lucrări realizate CT/CP” avantajează achiziția prezentă prin diminuarea riscului de prelungire a duratei de realizare a contractului în situația în care pe parcursul execuției lucrărilor se impune realizarea de lucrări suplimentare, respectiv asigurarea că obiectivul de investiție va putea fi dat în folosință cu respectarea planificării ce rezultă din justificarea necesității investiției, prin intermediul acestui factor putându-se evalua procesul specific de producție al ofertantului pentru execuția de lucrări similare cu cele care fac obiectul contractului. De asemenea, autoritatea arată că factorul „Capacitatea de îndeplinire a contractului (C) determinată pe baza nivelului specific de producție realizat în contracte similare” aduce avantajul de diminuare a riscului de a atribui contractul unui ofertant care nu dovedește că are capacitatea de producție necesară pentru ca ritmul de realizare a lucrărilor să asigure finalizarea lucrărilor la termenul stabilit în documentația de atribuire, prin intermediul acestui factor putându-se evalua capacitatea de producție a ofertantului pentru execuția de lucrări similare cu cele care fac obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, exprimat prin raportul dintre producția zilnică realizată efectiv în cadrul contractelor similare și producția zilnică anticipată de către autoritatea contractantă în cadrul prezentului contract ce urmează a fi atribuit.

Însă, ceea ce omite achiziția să noteze este că aceste pretinse avantaje nu pot fi garantate prin istoricul operatorului economic, ci prin modalitatea în care acesta își elaborează oferta prezentă, prin obligațiile și angajamentele pe care și le asumă în legătură cu executarea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit, prin descrierea managementului tuturor resurselor de care dispune în viitoarea relație contractuală, pe scurt, prin aspecte legate, așa cum impune și legea, de viitorul contract de achiziție publică.

Raportat la aspectele de fapt și de drept, Consiliul stabilește alegerea eronată de către autoritatea contractantă a factorilor de evaluare „Procesul specific de producție exprimat prin raportul durată/lucrări realizate CT/CP” și „Capacitatea de îndeplinire a contractului (C) determinată pe baza nivelului specific de producție realizat în contracte similare”, urmând ca aceștia să fie eliminați.

Față de aceste considerente, valabile *mutatis mutandis* în prezenta cauză, Consiliul determină că anunțul și documentația trebuie revizuite prin eliminarea celor doi factori. Conform art. 431 alin. (2) C. proc. civ., oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă. Art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 dispune că deciziile Consiliului sunt obligatorii pentru părțile cauzei, deci inclusiv pentru autoritatea contractantă „...”, iar insistența utilizării acestor doi factori de evaluare, cunoscând caracterul lor nelegal statuat în mod definitiv de Consiliu, poate îmbrăca alte valențe.

Luând în considerare situația faptică expusă de părți și aspectele cercetate de Consiliu, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite parțial, în limita celor reținute mai sus, contestația ... SRL nr. ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., față

de care se verifică existența calității procesuale pasive, autoritate pe care o va obliga să posteze în SEAP remedierile anunțului de participare și documentației de atribuire corespunzătoare motivării de mai sus, cu stabilirea unei noi date-limită de depunere a ofertelor, nu mai devreme de opt zile de la data postării în SEAP a respectivelor măsuri de remediere.

Analiza actului atacat al autorității contractante, din punctul de vedere al legalității și temeiniciei, s-a efectuat prin prisma motivelor invocate de societatea contestatoare, în acord cu principiul disponibilității care guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului [art. 26 alin. (2) partea introductivă din legea remediilor și art. 9 alin. (2) C. proc. civ. - obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților].

Conform art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei, deci și pentru ..., care a avut calitatea de autoritate contractantă în cauza soluționată prin respectiva decizie. Unitatea achizitoare era ținută de obligația punerii în executare a deciziei, inclusiv prin prisma considerentelor decisive pe care le cuprinde, potrivit art. 430 alin. (2) C. proc. civ.

Practica judiciară este statornică în sensul că autoritățile/ entitățile contractante au obligația de a respecta și considerentele deciziei Consiliului, nu numai dispozitivul. Relevantă este și poziția Curții de Justiție a Uniunii Europene, reluată în Hotărârea din 19 aprilie 2012,

Artegoda/Comisia, C-221/10 P, EU:C:2012:216, punctul 87: autoritatea

de lucru judecat nu se referă doar la dispozitivul hotărârii, ci se extinde și la motivele acesteia, care constituie suportul necesar pentru dispozitiv și, din această cauză, nu pot fi disociate [Hotărârea din 14 septembrie 1999, Comisia/ AssiDomän Kraft Products și alții, C-310/97 P, EU:C:1999:407, punctul 54, precum și Hotărârea din 1 iunie 2006, P&O European Ferries (Vizcaya) și Diputación Foral de Vizcaya/Comisia, C-442/03 P și C-471/03 P, EU:C:2006:356, punctul 44].

În Decizia nr. 31 din 24 aprilie 2023 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 693 din 28 iulie 2023, s-a reținut:

141. [...] fundamentul autorității de lucru judecat constă în posibilitatea pe care au avut-o părțile de a formula pretenții și apărări, de a-și expune motivele și argumentele, de a propune, administra și discuta probele, precum și de a dezbate toate chestiunile de fapt și de drept relevante. În aceste condiții, hotărârea care tranșează litigiul se bucură de autoritatea de lucru judecat, nemaiputând fi pusă în discuție în alte procese ulterioare, firește, intrând în autoritatea lucrului judecat numai considerentele decisive, care sprijină în mod necesar soluția adoptată prin dispozitiv, precum și cele decizorii, prin care se dezleagă o chestiune litigioasă.

142. Evaluarea problemei existenței sau nu a efectului pozitiv al autorității lucrului judecat presupune un examen de identificare a elementelor raportului juridic litigios deja soluționate.

Din consultarea portalului instanțelor naționale de judecată (<http://portal.just.ro>), reiese că nu a fost înregistrată nicio plângere împotriva deciziei Consiliului, la Curtea de Apel București, singura competentă să o soluționeze. Nici părțile nu invocă că s-ar fi depus vreo

plângere. Așadar, nu au atacat decizia nr. ..., situație în care ea a dobândit autoritate de lucru judecat absolută (a se vedea în acest sens

Hotărârea din 29 aprilie 2004, Italia/Comisia, C-372/97, EU:C:2004:234,

punctul 36, și jurisprudența acolo citată), inclusiv din perspectiva considerentelor, cunoscute ... SRL și ..., cărora – fiind părți și în litigiul anterior – le-a fost comunicată decizia de către Consiliu. În temeiul art. 431 alin. (2) C. proc. civ.: *„Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă.”*

Nici alți subiecți de drept interesați nu au atacat decizia nr. ..., care a fost postată de unitatea organizatoare în SEAP, la 12.03.2024 - [.../00041] DECIZIE 578.PDF.p7s, situație în care era și este deplin accesibilă și opozabilă oricui în format electronic, față de art. 435 alin. (2) C. proc. civ. (*„Hotărârea este opozabilă oricărei terțe persoane atât timp cât aceasta din urmă nu face, în condițiile legii, dovada contrară.”*).

Deși nu operează excepția autorității de lucru judecat a dispozitivului în prezenta cauză, întrucât nu sunt îndeplinite toate condițiile art. 431 alin. (1), actele vătămătoare atacate fiind diferite față de cele din litigiul anterior, Consiliul nu poate infirma cele deja stabilite prin considerente, singura având competență în acest sens fiind curtea de apel în a cărei rază se află sediul achizitoarei. După cum s-a punctat mai sus, nu a fost înregistrată nicio plângere depusă împotriva deciziei precedente a Consiliului la Curtea de Apel București. Nici la celelalte instanțe nu a fost identificată o asemenea plângere.

Fiind ținută de obligația punerii în executare a deciziei, în concordanță cu cele statuate de Consiliu, mai cu seamă că respectarea deciziei este sub sancțiunea amenzii contravenționale între 5.000 și 30.000 de lei, sub imperiul art. 224 alin. (1) lit. a) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, ... trebuia să procedeze la adoptarea următoarelor măsuri de remediere a anunțului de participare și documentației de atribuire:

a) eliminarea de la factorii de evaluare *„Tehnic 2. Capacitatea ofertantului de a livra pe bază de Building Information Modeling (BIM) - documentațiile de proiectare”* și *„Tehnic 3. Capacitatea ofertantului de a susține utilizarea Building Information Modeling (BIM) - în etapa de execuție a proiectului”* a notelor de subsol:

NOTA: Ofertantul va face **dovada că s-au livrat proiecte pe bază de BIM** prin extrase din lucrări anterioare care demonstrează modul de abordare propus în planul de execuție BIM al proiectului prezentat în propunerea tehnică (faza de proiectare).

și

NOTA: Ofertantul va face **dovada că s-au executat proiecte utilizând facilitățile BIM** prin extrase din lucrări anterioare care demonstrează modul de abordare propus în planul de execuție BIM al proiectului prezentat în propunerea tehnică (faza de execuție).

b) eliminarea factorilor de evaluare:

„6. Procesul specific de producție exprimat prin raportul durată/lucrări realizate CT/CP”

și

„7. Capacitatea de îndeplinirea a contractului (C) determinată pe baza nivelului specific de producție realizat în contracte similare”.

c) stabilirea unei noi date-limită de depunere a ofertelor, nu mai devreme de opt zile de la data postării în SEAP a precedentelor măsuri de remediere.

În executarea deciziei, unitatea organizatoare a adoptat și postat în SEAP măsurile de remediere concretizate în fișierele asemănătoare în esență conținutului „[.../00045] Clarificare _Oficiu_Erata_Automata_DF1202557.pdf” și „[.../00046] Clarificare oficiu implementare decizie CNSC.PDF.p7s”, precum și decalarea succesivă a datei-limită de depunere a ofertelor. Nemulțumită fiind de remediile operate asupra factorilor de evaluare și criteriilor de calificare, ... SRL a reacționat prin formularea la Consiliu a contestației nr. ..., aflată în prezent pe rol, obiect al dosarului nr. 948/2024, premisă a controlului administrativ-jurisdicțional. Cauțiunea aferentă, în valoare de ... lei, a fost constituită prin recipisa de consemnare nr. ..., emisă de ..., la data de .., cu respectarea art. 61 ind. 1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Diferendul juridic nu poate fi lichidat în absența observării nu doar a instrucțiunilor trasate de către forul administrativ de jurisdicție prin precedentă decizie a sa, rămasă definitivă prin neatacare, ci și a rațiunii pe care s-au bizuit respectivele instrucțiuni. Astfel, prin dispozitivul deciziei, Consiliul a respins, ca nefondat, capătul de cerere de înlăturare/modificare a factorilor de evaluare „*Tehnic 2. Capacitatea ofertantului de a livra pe bază de Building Information Modeling (BIM) - documentațiile de proiectare*” și „*Tehnic 3. Capacitatea ofertantului de a susține utilizarea Building Information Modeling (BIM) - în etapa de execuție a proiectului*”, fiecare dintre acești factori având asociat o pondere maximală de 5 puncte. Această soluție a fost fundamentată pe o analiză amănunțită a tuturor circumstanțelor respectivilor factori, inovativi și neuzuali în România, iar una dintre circumstanțele favorabile menținerii lor a reprezentat-o tocmai ponderea lor rezonabilă în economia punctării ofertelor, pondere care să nu conducă la favorizarea fățișă a unor ofertanți și la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii de atribuire, elocvente fiind următoarele considerente ale deciziei:

Ponderea stabilită pentru fiecare dintre cei doi factori de evaluare **nu este exagerată** (doar 5% fiecare) și nici **nu conduce la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii de atribuire**. Respectiva pondere **reflectă în mod corect importanța caracteristicii tehnice/funcționale considerate a reprezenta un avantaj calitativ pentru autoritate**. Așadar, nu se poate reține de către forul jurisdicțional o abatere de la art. 32 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

Recapitulând și concluzionând, Consiliul determină că factorii (mai precis subfactorii) „*Tehnic 2. Capacitatea ofertantului de a livra pe bază de Building Information Modeling (BIM) - documentațiile de proiectare*” și „*Tehnic 3. Capacitatea ofertantului de a susține utilizarea Building Information Modeling (BIM) - în etapa de execuție a proiectului*”, cu algoritmi aferenți,

sunt permisi de legislația în vigoare, sunt inovativi și de perspectivă, conferă avantaje certe autorității achizitoare, au legătură cu obiectul licitației, nu sunt discriminatorii, nu se referă la stadiul de maturitate a pieței din România în domeniul BIM, nu sunt restrictivi, **nu au ponderi exagerate**, nu privesc istoricul ofertanților și nici nu afectează concurența în sectorul specific.

Așadar, unul dintre elementele care au cântărit în fața Consiliului la adoptarea soluției de păstrare a factorilor în discuție l-a reprezentat tocmai ponderea rezonabilă a lor, care să permită intrarea în competiție cu șanse și a operatorilor economici care nu recurg la Building Information Modeling, pierderea suferită din această cauză în evaluare neputând depăși 10 puncte, cu posibilitatea compensării ei prin punctajele superioare obținute la ceilalți factori de evaluare.

Prin manopera sa, ... a dublat ponderile factorilor „*Tehnic 2. Capacitatea ofertantului de a livra pe bază de Building Information Modeling (BIM) - documentațiile de proiectare*” și „*Tehnic 3. Capacitatea ofertantului de a susține utilizarea Building Information Modeling (BIM) - în etapa de execuție a proiectului*”, ceea ce diminuează radical șansele operatorilor economici care nu recurg la Building Information Modeling, întrucât ar suferi o pierdere de 20 puncte (dublă față de aceea inițială), greu sau chiar imposibil de recuperat. Totodată, respectiva manoperă ignoră sau deturbează rațiunea Consiliului care a stat la baza respingerii capătului de cerere al contestatoarei, rațiune construită plecând tocmai de la ponderea corectă, neexagerată și acceptabil de suportat de către ofertanți, respectiv care să nu conducă la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii de atribuire.

În consecință, fiind denaturate circumstanțele soluției Consiliului, acesta trebuie să intervină în restabilirea lor, sens în care va dispune autorității contractante să păstreze ponderile inițiale, de 5% pentru fiecare dintre factorii antementionați, care „*respectă prevederile art.32, alin.(9), lit.a) din HG 395/2016*”, după cum recunoștea chiar autoritatea la pag. 7 din punctul de vedere aferent primei contestații [dosarul nr. ... fiind alăturat celui aflat pe rol, în temeiul art. 18 alin. (4) din legea remediilor].

Relativ la operațiunea permutării factorilor de evaluare „*6. Procesul specific de producție exprimat prin raportul durată/lucrări realizate CT/CP*” și „*7. Capacitatea de îndeplinirea a contractului (C) determinată pe baza nivelului specific de producție realizat în contracte similare*” în criterii de calificare, cu ajustări formale, Consiliul stabilește că ea sfidează flagrant autoritatea deciziei jurisdicționale, în care s-a explicat limpede ... că:

[...] **istoricul contractual al operatorului economic ce depune oferta nu are legătură directă cu natura și obiectul contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, cu atât mai mult cu cât circumstanțele în care contractele de experiență similară au fost executate pot să difere substanțial de cele ale contractului care va fi încheiat, din punctul de vedere al duratei efective în care contractul a fost finalizat, al duratei stipulate în acordul contractual inițial, al valorii contractului la finalizarea acestuia, al valorii contractului la încheierea lui.**

[...] **performanța anterioară a operatorului economic a fost circumstanțiată de elemente a căror existență nu poate fi garantată și în derularea viitorului contract de**

achiziție publică: resurse umane, tipul și complexitatea lucrărilor, perioada anului în care lucrarea a fost executată, conduita și resursele beneficiarului, intervenția unor evenimente neprevăzute etc.

[...] ceea ce omite achizitoarea să noteze este că aceste preținse avantaje **nu pot fi garantate prin istoricul operatorului economic**, ci prin modalitatea în care acesta își elaborează oferta prezentă, prin obligațiile și angajamentele pe care și le asumă în legătură cu executarea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit, prin descrierea managementului tuturor resurselor de care dispune în viitoarea relație contractuală, pe scurt, prin aspecte legate, așa cum impune și legea, de viitorul contract de achiziție publică.

Argumentele precitate sunt deopotrivă valabile atât pentru factorii de evaluare 6 și 7 (în privința cărora, Consiliul a atras atenția autorității că *„insistența utilizării acestor doi factori de evaluare, cunoscând caracterul lor nelegal statuat în mod definitiv de Consiliu, poate îmbrăca alte valențe”*, inclusiv de suspectare a autorității de urmărire a favorizării anumitor antreprenori), cât și pentru criteriile de calificare în care ei au fost preschimbați. Operațiunea la care a recurs autoritatea alterează masiv competiția, în sensul restrângerii ei, întrucât în varianta inițială ofertanții riscau depunctarea, cu păstrarea lor în competiție, însă în noile condiții de calificare este o certitudine pentru ei eliminarea din competiție dacă nu obțin scorul minim unitar (primul coeficient) sau maxim unitar (al doilea coeficient) impus de autoritate.

În ceea ce privește pledoaria autorității că a achiesat la concluziile Consiliului și *„a utilizat coeficienții, ce inițial au fost introduși în mod eronat ca factori de evaluare, pentru a consolida cerința de calificare referitoare la capacitatea tehnică și/sau profesională - experiență similară în executarea de lucrări”*, forul administrativ de jurisdicție nu o poate valida, întrucât intenția reală a autorității pare a fi mai degrabă îngreunarea accesului la licitație a cât mai multor operatori, inclusiv a contestatoarei. Dacă acești coeficienți erau vitali pentru autoritate, ea trebuia să îi includă și să îi justifice în strategia de contractare – fișierul „[.../00005] 2. STRATEGIA DE CONTRACTARE 727.docx.p7s”, [în acord cu art. 9 alin. (3) lit. f) din normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 395/2016, ceea ce nu se verifică] –, respectiv să îi menționeze în anunțul de participare și în fișa de date, mai cu seamă că avea cunoștință din decizia nr. ...că utilizarea lor în cadrul factorilor de evaluare este nelegală, deci încă din luna august 2023, mult înainte de inițierea licitației în curs. În primul litigiu (contestația ... SRL nr. 8822/13.02.2024, dosar nr. ...), poziția autorității a fost de ignorare a jurisprudenței Consiliului, insistând în utilizarea lor ca factori, nicidecum criterii de calificare, pe fondul în care nici în strategia de contractare fișier „[.../00005] 2. STRATEGIA DE CONTRACTARE 727.docx.p7s” nu a menționat nimic despre vreun criteriu de calificare pe bază de coeficienți. Nici în fișierul de instrucțiuni pentru ofertanți nu figurează vreun astfel de criteriu.

Este limpede că, la aproape două luni de la demararea licitației, găsind subterfugiul schimbării factorilor care nu au trecut de filtrul Consiliului în criterii de calificare, autoritatea a introdus un obstacol

nejustificat în calea participării operatorilor economici la competiție, excluzându-i practic de la procedură pe toți aceia care, deși au capacitatea de a îndeplini corespunzător contractul în discuție dovedită prin ducerea la bun sfârșit a unui contract de lucrări similare de minimum 70.000.000 lei, fără TVA, respectiv de servicii similare de minimum 2.500.000 lei, fără TVA, coeficienții lor reieșiți din calculul autorității nu sunt supraunitari (primul), respectiv subunitari (secundul).

Autoritatea nu are dreptul de a solicita îndeplinirea de cerințe minime referitoare la capacitatea tehnică care pot conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire, după cum deopotrivă este obligată să stabilească numai cerințe de participare care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un ofertant are competențele tehnice pentru a executa contractul care urmează să fie atribuit.

Existau cerințe de calificare severe și suficiente în anunțul de participare și fișa de date, nefiind justificată suplimentarea lor cu cele două noi cerințe. Astfel, în redactarea inițială, fișa cuprindea:

III.1.3.a) Capacitatea tehnica si/sau profesionala

Pentru contractele de achiziție de **lucrări**: executarea de lucrări de tipul specificat

Modalitatea de îndeplinire:

În vederea demonstrării potențialului tehnic și organizatoric care să reflecte posibilitatea operatorilor economici de a aduce la îndeplinire contractual ce urmează a fi atribuit, în condiții de calitate și în termenul stabilit, autoritatea contractantă, respectând principiul proporționalității, solicit prezentarea listei lucrărilor executate însoțită de certificări/documente constatatoare sau echivalent, prin care **ofertantul trebuie să facă dovada că, în ultimii 5 ani calculați până la data limită stabilită pentru depunerea ofertelor au fost executate în conformitate cu normele profesionale în domeniu și duse la bun sfârșit lucrări similare cu cele ce fac obiectul contractului care se atribuie prin prezenta procedură cu o valoare totală cumulată, fără TVA, mai mare sau cel puțin egală cu 70.000.000 lei fără TVA, la nivelul unui contract, maximum 3 contracte.**

[...]

Prin „lucrări executate și duse la bun sfârșit” se înțelege:

- lucrări recepționate parțial care sunt însoțite de proces-verbal de recepție parțială, sau
- lucrări recepționate însoțite de proces-verbal de recepție la terminarea lucrărilor, sau
- lucrări recepționate însoțite de proces-verbal de recepție finală. [...]

Pentru contractele de achiziție de **servicii**: executarea de servicii de tipul specificat

Modalitatea de îndeplinire:

[...]

Prin lista serviciilor prestate însoțită de certificări/documente constatatoare sau echivalent, **ofertantul trebuie să facă dovada că, în ultimii 3 ani calculați până la data limită stabilită pentru depunerea ofertelor au fost executate în conformitate cu normele profesionale în domeniu și duse la bun sfârșit, servicii similare cu cele ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire, servicii de proiectare cu o valoare totală cumulată fără TVA mai mare sau cel puțin egală cu 2.500.000 lei fără TVA, la nivelul unui contract, maximum 3 contracte.** În cazul în care este depusă o ofertă de către operatori economici care participă în comun la procedura de atribuire, îndeplinirea criteriilor referitoare la experiența similară se realizează prin cumul.

Serviciile similare se referă la servicii de proiectare aferente oricărei faze din SF/DALI/PT/PT+DDE, astfel încât să reflecte categoriile/tipurile de servicii de o complexitate comparabilă cu cele care fac obiectul contractului, fiind permise și cele echivalente sau superioare din punct de vedere al complexității și/sau scopului obiectului contractului.

Așadar, reperul pentru calificarea ofertanților îl reprezenta valoarea cumulată a lucrărilor/serviciilor similare realizate, probată cu o serie de documente.

Prin clarificarea nr. ... (fișier „[.../ 00046] Clarificare oficiu implementare decizie CNSC.PDF.p7s”) și prin clarificarea fișier „[.../00045] Clarificare_Oficiu_Erata_Automata_DF1202557.pdf”, ambele publicate în SEAP la 21.03.2024, autoritatea a completat radical cerința de calificare privind experiența în lucrări similare, fără să îi fi cerut nimeni această completare:

La nivelul acestor contracte, ofertantul trebuie să prezinte, obligatoriu:

1. minim un contract în cadrul căruia s-au realizat drumuri și platforme sau rețele de utilități în incintă sau drumuri și platforme + rețele de utilități în incintă.

2. minim un contract în cadrul căruia antreprenorul a avut capacitatea de a realiza un nivel de producție zilnică cel puțin egal cu cel necesar pentru îndeplinirea prezentului contract.

Capacitatea se va demonstra pe baza coeficientului: $C \geq 1$

Coeficientul (C) se calculează după cum urmează:

$C = C_c / C_e$, în care:

C_c reprezintă nivelul specific de producție realizat în contractul similar și se stabilește utilizând următorul mod de calcul: $C_c = P_c / T_c$, unde:

P_c = Valoarea (lei, fără TVA) aferentă execuției lucrărilor indicată în procesul verbal de la terminarea lucrărilor (PV-RTL), din cadrul contractelor prezentate ca experiență similară;

T_c = Timpul în care au fost realizate lucrările de execuție din cadrul contractelor prezentate ca experiență similară (de la data ordinului administrativ de începere până la data RTL), exprimat în zile calendaristice (1 lună = 30,5 zile).

C_e reprezintă minimul necesar îndeplinirii activităților din contract în termenul stabilit și s-a stabilit utilizând următor mod de calcul:

$C_e = P_e / T_e = (70.378.467,45) / 747 = 94.214,81$ lei/zi, unde:

P_e = Valoarea estimată (lei, fără TVA) a contractului (componenta de execuție), indicată în documentația de atribuire;

T_e = Durata estimată (zile) aferentă execuției lucrărilor din cadrul contractului, indicată în documentația de atribuire.

Cerința se consideră îndeplinită atunci când valoarea coeficientului este cel puțin egală cu 1.

3. minim un contract în cadrul căruia antreprenorul a avut capacitatea de a adapta procesul specific de producție pentru a eficientiza resursa de timp, în condițiile unor eventuale fluctuații ale nivelului de lucrări.

Capacitatea se va demonstra pe baza raportului: $CT/CP \leq 1$.

Coeficienții CT și CP se calculează după cum urmează:

$CT = T_f / T_i$, unde:

T_f = Durata efectivă în care contractul a fost finalizat (de la data ordinului administrativ de începere a execuției lucrărilor până la data RTL), exprimată în zile calendaristice (1 lună = 30,5 zile)

T_i = Durata stipulată în acordul contractual inițial, exprimată în zile calendaristice (1 lună = 30,5 zile) $CP = P_f / P_i$, unde:

P_f = Valoarea contractului aferentă execuției lucrărilor indicată în procesul verbal de la terminarea lucrărilor (PV-RTL), exprimată în lei, fără TVA;

P_i = Valoarea execuției lucrărilor din acordul contractual inițial, exprimată în lei, fără TVA.

Cerința se consideră îndeplinită atunci când raportul CT/CP este mai mic sau egal cu 1.

Se va prezenta:

Lista principalelor lucrări executate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 5 ani (raportați la data limită de depunere a ofertei stabilită inițial prin anunțul de participare), cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publici sau privați, însoțită de certificări / documente constatatoare sau echivalent.

Ultimii 5 ani vor fi calculați prin raportare la data limită de depunere a ofertei, cu mențiunea că modul de calcul a perioadei va fi afectat de eventuale decalări ale termenului limită prevăzut în anunțul de participare publicat. În cazul în care este depusă o ofertă de către operatori economici care participă în comun la procedura de atribuire, îndeplinirea cerinței valorice (70.000.000 lei) referitoare la experiența similară se realizează prin cumul.

Cerința referitoare la experiența similară se consideră îndeplinită dacă:

a) operatorul economic ce prezintă respectiva experiență a avut calitatea de antreprenor general în contractul prezentat drept experiență similară, indiferent dacă acesta a avut subcontractori, urmând a fi luată în calcul întreaga valoare a respectivului contract (deoarece antreprenorul general a avut răspunderea ducerii la îndeplinire a contractului în cauză).

b) operatorul economic ce prezintă respectiva experiență a realizat lucrări/ activități în calitate de subcontractant în contractul prezentat drept experiență similară pentru un antreprenor general, cu condiția ca partea sa de lucrări/activități să fie confirmată de antreprenorul general, iar beneficiarul final a atestat faptul că respectivul operator economic a avut calitatea de subcontractor.

c) pentru oricare din situațiile prezentate la punctele a) și b, la nivelul a cel puțin un contract, ofertantul demonstrează că a avut capacitatea de a realiza un nivel de producție zilnică cel puțin egal cu cel necesar pentru îndeplinirea prezentului contract, a adaptat procesul specific de producție pentru a eficientiza resursa de timp, în condițiile unor eventuale fluctuații ale nivelului de lucrări și a executat lucrări de drumuri și platforme sau rețele de utilități în incintă sau drumuri și platforme + rețele de utilități în incintă.

Aceste completări aduse în timpul derulării licitației adaugă noi repere celui reținut mai sus, respectiv „valoarea producției zilnice” și „eficientizarea resursei de timp”, repere a căror necesitate a fost „descoperită” pe parcurs de către Întrucât ele sunt contrare deciziilor precedente ale Consiliului și vin să îngreuneze/restricționeze accesul la procedură al operatorilor economici, situație pe care Consiliul a urmărit să o prevină prin amintitele decizii, completările în discuție urmează a fi eliminate de către autoritatea contractantă, ce va fi obligată să continue licitația pe baza cerințelor de calificare existente inițial (anterior completării).

Față de aceste considerente, Consiliul determină că trebuie anulate parțial și revizuite clarificările operate de autoritate prin fișierele „[.../00046] Clarificare oficiu implementare decizie CNSC.PDF.p7s” și „[.../00045] Clarificare_Oficiu_Erata_ Automata_DF1202557.pdf”, prin eliminarea noilor cerințe de calificare și revenirea la cerințele inițiale, respectiv la ponderea inițială a factorilor „Tehnic 2. Capacitatea ofertantului de a livra pe bază de Building Information Modeling (BIM) - documentațiile de proiectare” și „Tehnic 3. Capacitatea ofertantului de a susține utilizarea Building Information Modeling (BIM) - în etapa de execuție a proiectului”. În baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite parțial, în limita celor reținute mai sus, contestația ... SRL nr. ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., va anula parțial clarificările aduse prin fișierele antemenționate și va obliga autoritatea să posteze în SEAP remedierile corespunzătoare motivării de mai sus, cu stabilirea unei noi date-limită de depunere a ofertelor, nu mai devreme de opt zile de la data postării în SEAP a respectivelor măsuri de remediere.

Cu privire la capătul de cerere principal, de anulare a întregii licitații, el este nefondat și urmează a fi respins ca atare. Conform dispozițiilor art. 26 alin. (7) din lege – *în cazul admiterii contestației, dacă se constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, Consiliul dispune anularea procedurii de atribuire* –, anularea unei proceduri reprezintă o măsură extremă, care intervine doar, pe de o parte, în situația când, în derularea procedurii, se constată încălcări ale normelor legale, care lezează principiile ce o guvernează, încălcări iremediabile, iar pe de altă parte când Consiliul sesizat prin contestație stabilește că neregulile înregistrate fac imposibilă continuarea procedurii de atribuire. Așadar, anularea intervine doar în situațiile în care încălcările săvârșite nu pot fi acoperite prin măsuri de remediere. Privită prin prisma imperativului restabilirii legalității actelor sau procedurii în ansamblu, opțiunea remedierii apare ca fiind una firească, preferabilă aceleia a anulării actelor/procedurii.

Luând în considerare situația faptică expusă de părți și aspectele cercetate de Consiliu, la acest moment ipoteza anulării nu se suprapune cazului, autoritatea fiind în măsură să remedieze actele procedurii, astfel cum s-a dispus mai înainte, indiferent dacă modificările aduse au fost sau nu substanțiale, ele nu mai produc efecte juridice, fiind eliminate de Consiliu în părțile aflate în dispută.

Relativ la decalarea datei-limită de ofertare, ... a anunțat și prelungit, în mai multe rânduri, termenul de depunere a ofertelor.

Analiza actelor atacate ale autorității contractante, din punctul de vedere al legalității și temeiniciei, s-a efectuat prin prisma motivelor invocate de societatea contestatoare, în acord cu principiul disponibilității care guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului [art. 26 alin. (2) partea introductivă din legea remediilor și art. 9 alin. (2) C. proc. civ. - obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților]. Cu privire la aspectele care nu au format obiectul contestației, răspunderea juridică pentru admiterea și declararea câștigătoare a unei anumite oferte revine autorității contractante, ținută de lege să verifice și să stabilească modul de îndeplinire de către ofertant/ofertă a tuturor cerințelor de calificare și specificațiilor tehnice stabilite în documentația de atribuire.

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

Admite parțial, în limita celor reținute în considerente, contestația ... SRL nr. ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., și anulează în parte clarificările aduse prin fișierele „[.../ 00046] Clarificare oficiu implementare decizie CNSC.PDF.p7s” și „[.../00045]

Clarificare_Oficiu_Erata_Automata_DF1202_557.pdf". Obligă autoritatea ca, în termen de cel mult cincisprezece zile de la data primirii prezentei decizii, să adopte măsurile de remediere constând în eliminarea noilor cerințe de calificare și revenirea la cerințele inițiale, respectiv la ponderea inițială a factorilor „*Tehnic 2. Capacitatea ofertantului de a livra pe bază de Building Information Modeling (BIM) - documentațiile de proiectare*” și „*Tehnic 3. Capacitatea ofertantului de a susține utilizarea Building Information Modeling (BIM) - în etapa de execuție a proiectului*”. Noile măsuri de remediere vor fi aduse la cunoștința operatorilor economici, prin publicarea lor în Sistemul Electronic de Achiziții Publice, de îndată ce vor fi adoptate. Totodată, Consiliul obligă autoritatea contractantă să stabilească o nouă dată-limită de depunere a ofertelor, nu mai devreme de opt zile de la data postării în SEAP a respectivelor măsuri de remediere.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere de anulare a procedurii de atribuire.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată practica deciziei,

...

Redactată în patru exemplare, conține douăzeci și nouă de pagini.