

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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 22646/04.05.2021, depusă de SA, cu sediul în localitatea, județul, având CUI și număr de înregistrare în Registrul Comerțului, cu sediul procesual ales pentru comunicarea actelor de procedură în, privind procedura de licitație deschisă, organizată pentru încheierea acordului-cadru având ca obiect Lucrări de covoare asfaltice pe drumurile județene din județul, cod CPV 45233140-2 Lucrări de drumuri (Rev.2), organizată de, cu sediul în, ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat obligarea autorității contractante la punerea imediată în aplicare a deciziei CNSC nr. 636/C9/356/29.03.2021, respectiv obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere a documentației de atribuire dispuse în motivarea deciziei CNSC nr. 636/C9/356/29.03.2021, anularea eratei nr. EN1027741/29.04.2021 sub aspectul factorului de evaluare introdus prin aceasta și sub aspectul termenului pentru solicitarea de clarificări și formularea răspunsului la solicitarea de clarificări, iar în subsidiar, anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, obligarea autorității contractante la suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate de depunerea contestației și, de asemenea, suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

Cererea de suspendare a fost respinsă ca nefondată de către Consiliu prin Încheierea nr. 1210/C9/1057/05.05.2021.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SA critică aspecte din documentația de

atribuire, respectiv refuzul nejustificat al autorității contractante de a pune în aplicare decizia CNSC nr. 636/C9/356/ 29.03.2021, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare următoarele:

În urma analizei documentației de atribuire, a constatat că au fost impuși o serie de factori de evaluare, cerințe și condiții imprecise, disproporționate, restrictive sau care nu au legătură cu obiectul contractului, astfel încât a formulat contestația înregistrată la CNSC cu nr. 8638/19.02.2021, care a făcut obiectul dosarului nr. 356/C9/2021.

Prin decizia nr. 636/C9/356/29.03.2021, CNSC a decis admiterea în parte a contestației, iar în dispozitivul deciziei s-au precizat următoarele: *obligă autoritatea contractantă la modificarea/completarea documentației de atribuire, în sensul celor prevăzute în motivarea prezentei decizii, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, cu stabilirea unui nou termen pentru depunerea ofertelor. Modificările/completările vor fi aduse la cunoștința operatorilor economici, în cadrul aceluiași termen, prin publicarea lor în SEAP.*

Decizia nr. 636/C9/356/29.03.2021 a fost primită de autoritatea contractantă la data de 06.04.2021, la aceeași dată fiind și încărcată în SEAP. Decizia a rămas definitivă, nefiind atacată cu plângere de către niciuna dintre părțile litigante.

Conform prevederilor deciziei CNSC, în termen de 15 zile de la primire, adică cel târziu la data de 21.04.2021, autoritatea contractantă ar fi trebuit să modifice/completeze documentația de atribuire și să publice în SEAP aceste modificări.

În pofida obligației legale care îi incumba însă, autoritatea contractantă nu s-a conformat obligațiilor impuse prin decizia anterior menționată.

Astfel, cronologic, după comunicarea deciziei CNSC nr. 636/C9/356/ 29.03.2021, autoritatea contractantă a procedat după cum urmează:

- mai întâi, în termenul impus de decizia CNSC, autoritatea contractantă a publicat erata nr. EN1027313/13.04.2021, prin care a fost extins termenul de depunere a ofertelor, fiind stabilit un nou termen de depunere a ofertelor pentru data de 07.05.2021;
- până la data de 21.04.2021, adică în termenul de 15 zile impus de decizia CNSC, autoritatea contractantă nu a făcut nici o altă modificare a documentației de atribuire, astfel încât nu a dus la îndeplinire decizia CNSC nr. 636/C9/356/29.03.2021;
- în afara termenului de 15 zile impus de decizia CNSC, respectiv la data de 26.04.2021, autoritatea contractantă a publicat în SEAP erata EN nr. 1027630 privind corectarea informațiilor din anunțul de participare CN1028344; analizând conținutul eratei se constată că nu cuprinde modificările/completările documentației de atribuire dispuse de CNSC;
- la data de 29.04.2021, autoritatea contractantă a publicat erata nr. EN1027741 prin care a eliminat factorii de evaluare „Stație de preparare

mixtură asfaltică” și „Repartizator” și i-a înlocuit cu un nou factor de evaluare constând în „Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate la parametrii calitativi solicitați (Planul de management al calității lucrărilor executate)”; analizând conținutul eratei a constatat nu numai ca aceasta nu cuprinde modificările/completările documentației de atribuire dispuse de CNSC, dar cu doar 7 zile înainte de data depunerii ofertelor, introduce un factor de evaluare nou și un termen pentru solicitările de clarificări ce nu mai poate fi respectat.

În continuare, prezintă argumente care, în opinia sa, justifică admiterea contestației datorită refuzului nejustificat al autorității contractante de a pune în aplicare decizia CNSC nr. 636/C9/356/29.03.2021.

Analizând considerentele deciziei CNSC, contestatoarea a rezumat obligațiile de remediere impuse autorității contractante cu privire la aspectele din documentația de atribuire.

Se constata astfel 12 puncte asupra cărora autorității contractante i s-a impus să facă modificări/completări ale documentației.

Din cele 12 puncte asupra cărora autoritatea contractantă era obligată să facă modificări/completări, constată că doar asupra a două puncte autoritatea a făcut modificări în sensul celor dispuse de CNSC, respectiv eliminarea cerinței minime de calificare privind lichiditatea generală și eliminarea a doi factori de evaluare: repartizator și stație de asfalt.

Astfel, prin erata nr. EN1027630/26.04.2021, emisă cu încălcarea termenului de 15 zile stabilit de CNSC, autoritatea contractantă a indicat eliminarea cerinței privind indicatorul economico-financiar, nivelul de lichiditate curentă.

Prin erata nr. EN1027741/29.06.2021, emisă de asemenea cu încălcarea termenului de 15 zile stabilit de CNSC, autoritatea contractantă a indicat înlocuirea factorilor de evaluare „stație de asfalt” și „repartizator de mixtură asfaltică” cu un factor de evaluare nou și anume „Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate la parametrii calitativi solicitați (Planul de management al calității lucrărilor executate)”.

Comparând decizia CNSC nr. 636/C9/356/29.03.2021 cu eratele publicate de autoritatea contractantă în datele de 13.04.2021, 26.04.2021 și 29.04.2021 în ceea ce privește ce s-a dispus de Consiliu și ceea ce s-a pus în aplicare de autoritatea contractantă, se constată că:

- autoritatea contractantă a ignorat cea mai mare parte a dispozițiilor CNSC (10 puncte) din decizia nr. 636/C9/356/29.03.2021;
- nu a respectat termenul de modificare/completare și publicare în SEAP impus de CNSC, respectiv 15 zile;

- autoritatea contractantă a introdus cu doar 7 zile înainte de data de depunere a ofertelor un factor de evaluare nou, factor de evaluare ce contravine prevederilor art. 189 din Legea 98/2016.

Ori, în conformitate cu prevederile art. 28 alin. (1) și (4) din Legea nr. 101/2016, decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei, iar contractul încheiat cu nerespectarea deciziei Consiliului este lovit de nulitate absolută.

În speță, nerespectarea obligațiilor impuse prin decizia CNSC este una vădită, care reiese din simpla comparare a motivării deciziei cu conținutul eratelor publicate de autoritatea contractantă.

Astfel, contestatoarea apreciază că se confruntă cu un refuz nejustificat al autorității contractante de a pune în aplicare decizia Consiliului, refuz care se impune a fi cenzurat prin admiterea contestației.

În ceea ce privește conținutul eratei nr. EN1027741/29.04.2021, precizează că introducerea unui nou factor de evaluare constând în „Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate la parametrii calitativi solicitați (Planul de management al calității lucrărilor executate)” este un demers nelegal pentru următoarele considerente:

- Acest factor de evaluare contravine prevederilor art. 189 din Legea nr. 98/2016 și art. 32 alin. (2) din HG nr. 395/2006, prin urmare se impune a fi eliminat din documentația de atribuire;
- Modalitatea de acordare a punctajului prevăzut pentru factorul de evaluare nou introdus contravine dispozițiilor legale în vigoare.

Contestatoarea prezintă modalitatea de punctare a factorului de evaluare „Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate la parametrii calitativi solicitați (Planul de management al calității lucrărilor executate)” din cadrul eratei nr. EN1027741/29.04.2021.

Algoritmul de punctare prevede calificative definite la nivel abstract „Satisfăcător/Parțial relevant” „Bine/Adecvat”, „Foarte bine/Exceptional” fără a prevedea niciun criteriu obiectiv de acordare a acestor calificative, lăsând practic punctarea ofertei la libera apreciere pur subiectivă a comisiei de evaluare.

O astfel de modalitate de punctare este în contradicție cu prevederile legale al căror scop este tocmai evitarea arbitrariului în procesul de evaluare și punctare a ofertelor în procedura de atribuire.

Distinct de modalitatea de punctare, factorul de evaluare în sine nu este definit în termeni clari. Astfel, pe de o parte, el este intitulat Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare, titlu care trimite spre noțiunea de „Metodologie de execuție”, dar în paranteză se face trimitere la „Planul de management al calității lucrărilor”, noțiune distinctă din punct de vedere tehnic. Așadar, pe lângă punctarea deficitară, și aceasta

ambiguitate întărește caracterul nelegal al factorului de evaluare nou introdus.

Totodată, în cuprinsul eratei nr. EN1027741/29.04.2021 se prevede că, în conformitate cu dispozițiile art. 160 alin. (2) și art. 161 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, termenul până la care se pot solicita clarificări este de 16 zile anterior depunerii ofertelor, iar autoritatea contractantă a publicat răspunsurile cu cel puțin 11 zile anterior acestei date.

Or, în speță, data depunerii ofertelor este stabilită pentru 7 mai 2021, dată în raport de care termenele prevăzute în erata nr. EN1027741/ 29.04.2021 și implicit cele prevăzute în dispozițiile legale citate nu mai pot fi respectate.

De asemenea, față de modificările introduse de autoritatea contractantă prin această erată remarcă faptul că acestea nu se coroborează cu întregul conținut al fișei de date, așa încât la acest moment fișa de date conține dispoziții contradictorii.

De exemplu, la pag. 10, *pct. IV.4.1, asterix 8-9 se menționează:*

„* prezentarea dovezilor privind deținerea în proprietate și vechimea fabricației utilajului <repartizator de mixturi asfaltice>, dacă este cazul pentru obținerea unui punctaj tehnic suplimentar.

* prezentarea dovezilor privind deținerea în proprietate a stației de preparare a mixturilor asfaltice, dacă este cazul pentru obținerea unui punctaj tehnic suplimentar.”

Având în vedere obligația impusă autorității contractante prin decizia CNSC nr. 636/C9/356/29.03.2021, de a elimina factorii de evaluare referitor la deținerea în proprietate și vechimea repartizatorului și stației de asfalt, este evident că și mențiunile mai sus citate trebuiau eliminate.

În concluzie, contestatoarea solicită Consiliului să constate încălcarea de către autoritatea contractantă a deciziei CNSC nr. 636/C9/356/29.03.2021 cu consecința admiterii contestației și obligarea acesteia la punerea în aplicare a deciziei, cu stabilirea unui nou termen de depunere a ofertelor.

Prin adresa nr. 7283/05.05.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 23055/05.05.2021, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestația depusă de SA, solicitând:

- respingerea contestației ca nefondată,
- sancționarea contestatoarei pentru comportament inadecvat în mod repetat, datorită scopului vădit/evident de a stabili condițiile de participare la licitație.

Precizează că, în fapt, contestația este îndreptată împotriva documentației de atribuire aferentă anunțului de participare nr. CN1028344/12.02.2021, pentru o procedură de licitație deschisă.

Analizând motivele preliminarilor menționate de contestatoare, a sesizat o încercare de inducere în eroare a Consiliului cu privire la calculul termenului limită impus autorității contractante pentru a

modifica/completa documentația de atribuire în urma deciziei CNSC nr. 636/C9/356/29.03.2021.

În fapt, prin această decizie, s-a stabilit inițial ca „autoritatea contractantă să modifice/completeze documentația de atribuire, în sensul celor prevăzute în documentația de atribuire, în termen de 15 zile de la primirea deciziei”, adică să nu modifice nimic. Decizia CNSC a fost comunicată și înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 6030/06.04.2021.

Ulterior, contestatoarea a depus o solicitare la CNSC pentru îndreptarea erorii materiale, în urma căreia a fost emisă Încheierea nr. 963/C9/356/07.04.2021, primită și înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 6282/12.04.2021. Prin această încheiere la decizia CNSC, a fost îndreptată eroarea materială stabilindu-se ca „autoritatea contractantă să modifice/completeze documentația de atribuire, în sensul celor prevăzute în motivarea deciziei” fiind acordat un termen de 10 zile de la comunicare conform art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, pentru a putea fi formulată plângere, conform art. 32 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie. Nu a formulat plângere, înțelegând eroarea materială, dar asta nu înseamnă ca este ieșită de drepturi.

Având în vedere aceste aspecte, este evident că termenul limită pentru modificarea/completarea documentației de atribuire se calculează astfel:

- 12.04.2021, data comunicării ultimului document care modifică decizia CNSC, adică încheierea nr. 963/C9/356/07.04.2021;
- 10 zile, termen pentru a formula plângere împotriva Încheierii nr. 963/C9/356/07.04.2021;
- 15 zile, termen pentru a pune în aplicare decizia CNSC nr. 636/C9/356/29.03.2021, evident după expirarea ultimului termen de exercitare a dreptului de contestație al autorității contractante.

Adunând cele 25 zile (10 + 15) după data de 12.04.2021, rezultă termenul limită de 07.05.2021 inclusiv, pentru ca „autoritatea contractantă să modifice/completeze documentația de atribuire, în sensul celor prevăzute în Decizia CNSC”.

În legătură cu celelalte aspecte contestate, având legătură cu obligațiile autorității contractante în urma deciziei CNSC, precizează că:

1. Cei 2 factori de evaluare (stația de asfalt și repartizatorul de mixturi asfaltice) au fost înlocuiți cu un factor tehnic de evaluare, aprobat de ANAP prin Aviz conform necondiționat, fiind publicat în SEAP, prin erata la fișa de date.
2. A fost publicat un formular „Factori de evaluare”, care conține punctaje, algoritmi de calcul și mod de atribuire a punctajelor, în urma Avizului conform necondiționat emis de ANAP. De asemenea, a fost modificat și publicat caietul de sarcini în acest sens, în urma Avizului conform necondiționat emis de ANAP.

3. Referitor la „lucrări de întreținere în perioada garanției lucrărilor”, caietul de sarcini a fost modificat după cum urmează: „pe toată durata perioadei de garanție executantul va interveni în acord cu obligațiile stabilite în acordul-cadru și nu îi vor reveni obligații de întreținere suplimentare față de lucrările oferite conform listelor de cantități de lucrări, astfel încât la recepția finală obiectivul să poată fi preluat în condițiile de la recepția la terminarea lucrărilor”.
4. Cerința de calificare privind „lichiditatea curentă” a fost eliminată, prin erată.
5. Cerința privind prezentarea ofertelor de la furnizori în cadrul propunerii tehnice a fost eliminată prin Clarificări din oficiu.
6. Având în vedere modificarea factorilor de evaluare, „modalitatea de reofertare” la reluarea competiției a fost restabilită: „Art.3.3 – Acord cadru: Contractele subsecvente vor fi încheiate în perioada de valabilitate a acordului cadru încheiat cu maxim 3 operatori economici, în urma reluării competiției începând cu al doilea an de acord-cadru, între toți semnatarii acordului-cadru/lot. Reofertarea se va face în condițiile stabilite la licitație și se va referi doar la prețul ofertei. Garanția acordată lucrărilor rămâne fermă pe toată perioada acordului-cadru”.
7. Referitor la „limitarea numărului maxim de loturi” ce pot fi atribuite aceluiași ofertant, a justificat în Strategia de contractare, aceasta decizie luată potrivit art. 141 alin. (5) din Legea nr. 98/2016. Limitarea la 1 singur lot atribuit aceluiași ofertant în condițiile posibilității de ofertare a ambelor loturi, rămâne valabilă.
8. Daunele compensatorii pentru neexecutare totală, parțială și executare necorespunzătoare, prevăzute în propunerea de contract subsecvent, au fost diminuate rezonabil.
9. Noțiunea de „culpa profesională gravă” a fost definită în propunerea de contract subsecvent.
10. Referitor la „respectarea normelor de deviz”, a răspuns prin răspunsul consolidat nr. 4/09.03.2021 – Întrebarea nr. 9, că nu se permite la ofertare o astfel de posibilitate, întrucât nu ar mai fi ofertare unitară.
11. Referitor la „înlocuirea normativului AND 514/2000”, a făcut modificarea în propunerea de contract subsecvent.
12. Referitor la „ultima factură de plată”, consideră aprecierea sa corectă și își menține această condiție, ca ultima factură să fie prezentată doar însoțită de procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor, având în vedere că și plata acesteia se va face condiționat de acest aspect. Notificarea autorității contractante, la terminarea lucrărilor, se va face evident după terminarea lucrărilor, neavând nicio legătură cu facturarea sau cu plata.

Prin adresa nr. 7524/10.05.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 23846/10.05.2021, ... a transmis completare la punctul de vedere, precizând legat de „limitarea numărului maxim de loturi” ce pot fi

atribuite aceluiași ofertant, că justificarea există în Strategia de contractare.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 24007/10.05.2021, ... SA a transmis răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, prin care:

- combate susținerile autorității contractante cu privire la criticile formulate în contestație;
- completează contestația inițială cu următoarele capete de cerere, față de care se află în termenul legal prevăzut de art. 8 din Legea nr. 101/2016, respectiv:
 - a) anularea parțială a clarificării din oficiu nr. CN1028344/00061/04.05.2021, publicată de autoritatea contractantă la data de 04.05.2021 și a documentelor anexate acesteia;
 - b) anularea parțială a clarificării din oficiu nr. CN1028344/00072 publicată la data de 10.05.2021.

Ca urmare a completării contestației inițiale cu noi capete de cerere de către SA prin răspunsul la punctul de vedere al autorității contractante, Consiliul i-a solicitat prin adresa nr. 24282/1057/C9/11.05.2021, să-și exprime punctul de vedere cu privire la calificarea acestui răspuns ca fiind o contestație nouă.

Prin adresa nr. 7650/11.05.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 24331/11.05.2021, ... a transmis completare la punct de vedere împotriva punctului de vedere din data de 10.05.2021 depus de SA, solicitând respingerea contestației ca nefondată și sancționarea contestatoarei pentru comportament inadecvat în mod repetat, datorită scopului vădit/evident de a stabili condițiile de participare la licitație.

Ca dovezi ale remedierilor efectuate la documentația de atribuire în urma deciziei CNSC nr. 636/C9/356/29.03.2021, ... a transmis documente în acest sens prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 24332/11.05.2021.

Ca urmare a adresei Consiliului precizată mai sus, ... SA a transmis adresa înregistrată cu nr. 24549/12.05.2021, menționând următoarele:

- capetele de cerere formulate în cadrul răspunsului la punctul de vedere al autorității contractante nu reprezintă o nouă contestație, ci o completare, în termenul legal, a contestației formulate inițial;
- în sensul admisibilității completării contestației cu noi capete de cerere face trimitere la dispoziții legale, cum ar fi art. 21 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016.

În ceea ce privește cautiunea prevăzută de art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, nu consideră că datorează o cautiune adițională față de cea achitată la momentul formulării contestației inițiale.

Prin e-mail-ul înregistrat la Consiliu cu nr. 24672/12.05.2021, ... a transmis completare la punctul de vedere comunicat de SA în data de 10.05.2021, atașând documente în

susținerea derulării unor relații contractuale între contestatoare și autoritatea contractantă, în aceleași condiții contractuale privind penalizările pentru neexecutarea lucrărilor asumate.

Cu privire la completarea punctului de vedere ale autorității contractante din data de 11.05.2021 și 12.05.2021, ... SA a transmis Note scrise înregistrate la Consiliu cu nr. 24837/ 13.05.2021, menținându-și obiectul contestației inițiale.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

..... a inițiat procedura de licitație deschisă, organizată pentru încheierea acordului-cadru având ca obiect Lucrări de covoare asfaltice pe drumurile județene din județul, cod CPV 45233140-2 Lucrări de drumuri (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1028344/12.02.2021, data limită de depunere a ofertelor fiind stabilită inițial, prin anunț, pentru 10.03.2021, ora 15:00, iar ulterior, pentru data de 02.06.2021. Valoarea estimată a acordului-cadru este 106.974.982,00 lei, fără TVA.

Nemulțumită de unele prevederi ale documentației de atribuire, ... SA a înaintat contestația înregistrată la Consiliu cu nr. 8638/19.02.2021, contestație care a fost admisă de către Consiliu prin decizia nr. 636/C9/356/29.03.2021.

Ulterior, nemulțumită de faptul că autoritatea contractantă nu a pus în aplicare decizia CNSC nr. 636/C9/356/29.03.2021, respectiv obligarea autorității contractante la adoptarea măsurilor de remediere a documentației de atribuire dispuse în motivare, ... SA a înaintat contestația înregistrată la Consiliu cu nr. 22646/04.05.2021.

Societatea a constituit cauțiunea în sumă de 220.000,00 lei, conform prevederilor art. 61¹ alin. (1) și (22) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 207168508/1 din 29.04.2021, eliberată de CEC Bank SA, Sucursala

Trecând la soluționarea contestației, Consiliul constată că sunt formulate critici împotriva documentației de atribuire publicată în SEAP în data de 12.02.2021, respectiv a modului în care a înțeles autoritatea contractantă să pună în practică cele decise de Consiliu prin decizia nr. 636/C9/356/29.03.2021.

În soluționarea cauzei, Consiliul consideră relevante cele reținute prin decizia sa anterioară nr. 636/C9/356/29.03.2021, rămasă definitivă prin neatacarea ei cu plângere:

Astfel o primă critică privește factorii de evaluare "repartizor mixtură asfaltică" și "stație de preparat mixtură asfaltică", apreciați ca fiind nelegali.

.....
Astfel fiind, autoritatea contractantă trebuia să elimine cei doi factori de evaluare, cum în mod corect a fost sesizată de ANAP, și să stabilească factori de evaluare care să asigure respectarea prevederilor art. 187 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.
.....

Având în vedere necesitatea eliminării celor doi factori de evaluare mai sus amintiți, o atașare a unui nou formular trebuie efectuată în acord cu modificările aduse.

În ce privește critica adusă cerinței din caietul de sarcini, pct. 7.2: Pe toată durata perioadei de garanție lucrarea se află în întreținerea executantului, cu obligația acestuia de a supraveghea și a remedia imediat deficiențele apărute astfel încât la recepția finală obiectivul să poată fi preluat în condițiile de la recepția la terminarea lucrărilor.

.....
Având în vedere că obiectul acordului-cadru este lucrări de covoare asfaltice pe drumurile județene din, în care nu intră lucrări de întreținere, autoritatea contractantă trebuie să elimine cerința sau să o completeze, astfel încât să fie clar stabilit că, pe perioada de garanție, executantul va interveni în acord cu obligațiile stabilite în acordul-cadru și nu îi vor reveni obligații de întreținere suplimentare.

Vizavi de criteriile de calificare privind capacitatea financiară (cifra de afaceri și lichiditate generală), se reține că, în privința cifrei de afaceri este criticată aplicarea de către autoritatea contractantă a unei situații de excepție asupra modului de îndeplinire în comun a cerinței, fără însă a fi justificată.

.....
Vizavi de cerința privind lichiditatea generală, analizând explicațiile autorității contractante, Consiliul constată că o astfel de cerință nu a fost justificată raportat la obiectul acordului-cadru, nefiind indicat care ar fi riscul de neîndeplinire a acordului-cadru/contractului subsecvent în lipsa acesteia, în acest sens fiind exprimat și avizul ANAP.

.....
Însă, față de explicațiile aduse, menținerea cerinței nu se justifică, nefiind demonstrat rolul ei în verificarea capacității ofertanților și, implicit, în derularea corespunzătoare a acordului-cadru (contractelor subsecvente).

.....
Referitor la prezentarea ofertelor de la furnizori în propunerea tehnică, față de explicațiile aduse de autoritatea contractantă prin punctul de vedere, în sensul că ofertele de la furnizori vor fi prezentate fără prețuri, interesul său fiind de a evalua în primul rând accesul, susținerea, disponibilitatea cantității de resurse materiale, solicitate prin listele de cantități, se reține că o astfel de cerință nu se justifică, ofertele de la furnizori având rol în fundamentarea prețului, nu în demonstrarea disponibilității resurselor. Se impune astfel eliminarea cerinței.

.....
Față de cele de mai sus, autoritatea contractantă trebuie să informeze în mod clar și complet operatorii economici în sensul că se elimină cerința de prezentare în propunerea tehnică a ofertelor de la furnizori.

În privința cerinței vizând limitarea posibilității de adjudecare la un singur lot care vine în contradicție cu dispozițiile referitoare la semnarea acordului-cadru cu 3 operatori economici cu reluarea competiției, se reține că, având în vedere necesitatea eliminării factorilor de evaluare "stația de asfalt" și "repartizor de mixtură asfaltică", trebuie restabilită de autoritatea contractantă modalitatea de reofertare.

Vizavi de reluarea competiției, prin Clarificările din 08.03.2021, autoritatea contractantă a precizat următoarele:

11. Acordul cadru / lot este impartit in 4 perioade a cate 12 luni fiecare si se va semna cu maxim 3 ofertanti/lot. In oricare din perioadele de 12 luni ale acordului cadrul pot fi semnate 1 sau mai multe contracte subsecvente in functie de fondurile bugetare disponibile, cantitatile de lucrări estimate nefiind limitate. Contractele subsecvente aferente primei perioade de 12 luni de acord-cadru se vor semna cu ofertanții clasati pe primul loc / loturi in urma licitatiei. Urmatoarele contracte subsecvente, aferente urmatoarelor perioade a cate 12 luni fiecare, se vor atribui prin reofertare, numai daca in urma licitatiei exista mai mult de 1, maxim 3 ofertanți semnatori ai acordului-cadru/lot. Reofertarea se va face doar cu ofertanții semnatori ai lotului respectiv. Baza legala pentru reofertare 0 reprezintă Art.1 18 (1) lit c) in conformitate cu lit.b) din legea 98/2016, iar in Fisa de date la secțiunea IV. 1.3 este bifata opțiunea < Reluarea competiției se realizeaza partial>, adica incepand cu perioada a 2-a de acord-cadru.

Cerințele autorității nu sunt contrare dispozițiilor legale invocate de aceasta, astfel încât nu este necesară eliminarea reluării competiției, fiind păstrată cerința astfel cum a fost explicitată.

Referitor la limitarea numărului maxim de loturi care pot fi atribuite unui singur ofertant la 1, se reține că, astfel cum a susținut și contestatoarea, cerința este restrictivă, putând exista operatori economici care au capacitate de a participa la ambele loturi, astfel că se impune eliminarea limitării impuse.

Potrivit art. 141 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 Autoritatea contractantă are dreptul, chiar și în cazul în care pot fi depuse oferte pentru mai multe sau pentru toate loturile, să limiteze numărul de loturi care pot fi atribuite aceluiași ofertant, însă achiziția nu a justificat limitarea atribuirii la un singur lot unui singur ofertant.

Trecând la analiza criticilor aduse caietului de sarcini, Consiliul observă că o primă critică privește două prevederi contradictorii, respectiv cea din caietul de sarcini: pct. 7.6 "...ultima factură va fi însoțită de Procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor" cu cea din modelul de contract subsecvent, art. 19.7: "Plata facturii finale se face după verificarea și acceptarea situației de plată definitive de către achizitor" și art. 16.2, pct. 2: "Pe baza situațiilor de lucrări executate confirmate și a constatărilor efectuate pe teren, achizitorul va aprecia dacă sunt întrunite condițiile pentru a convoca comisia de recepție".

Cum a arătat și contestatoarea, nu se poate notifica terminarea lucrărilor dacă situațiile de plată nu au fost confirmate și facturate, astfel încât condiționarea prezentării ultimei facturi de procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor contravine celorlalte prevederi. Astfel fiind, Consiliul va obliga autoritatea contractantă să efectueze corelarea prevederilor caietului de sarcini cu modelul de contract subsecvent.

Verificând criticile aduse clauzelor contractului, Consiliul constată că acestea vizează următoarele:

.....
Clauza 12, cum a arătat și contestatoarea, autoritatea contractantă a impus atât penalități pentru neexecutarea la termen a obligațiilor contractuale, cât și daune compensatorii pentru neexecutarea totală, parțială și executarea necorespunzătoare, astfel că cerințele trebuie corelate cu quantumul daunelor compensatorii fiind disproporționat. Autoritatea contractantă va diminua quantumul daunelor într-un procent rezonabil.

Clauza 16.4 face referire la respectarea Normativului AND 514/2000 abrogat și înlocuit de AND 514/2007, astfel că trebuie înlocuit normativul.

De asemenea, pentru clauza 20.2 lit. d), autoritatea contractantă trebuie să definească noțiunea de "culpă profesională gravă", întrucât, deși se face referire la ea, operatorii economici nu cunosc situațiile care se încadrează în această categorie și pentru care va interveni rezilierea contractului.

.....
Referitor la necesitatea respectării sau nu a normelor de deviz, se constată că, într-adevăr, din punctele 5.4, 5.5 și întrebarea nr. 9, informațiile sunt contradictorii, astfel că autoritatea contractantă trebuie să informeze clar operatorii economici dacă pot sau nu utiliza norme proprii.

.....
obligă autoritatea contractantă la modificarea/completarea documentației de atribuire, în sensul celor prevăzute în documentația de atribuire, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, cu stabilirea unui nou termen pentru depunerea ofertelor ...

De asemenea, Consiliul are în vedere că, prin Încheierea nr. 963/C9/356/07.04.2021, a decis îndreptarea erorii materiale existente în dispozitivul deciziei Consiliului nr. 636/C9/356/29.03.2021 și înlocuirea sintagmei „în sensul celor prevăzute în documentația de atribuire” cu sintagma „în sensul celor prevăzute în motivarea prezentei decizii”, celelalte prevederi ale deciziei rămânând nemodificate.

Prin urmare, Consiliul a stabilit ca termenul de modificare/completare al documentației de atribuire este de 15 zile de la primirea deciziei, iar autoritatea contractantă nu s-a încadrat în acest termen. Existența erorii materiale nu a afectat, în niciun fel obligațiile achiziției izvorâte din decizia Consiliului, considerentele și dispozitivul deciziei formând un tot unitar. Mai mult decât atât s-a precizat expres în

dispozitivul că a fost admisă contestația pentru considerentele evocate în motivarea deciziei.

Deși conținutul deciziei este lipsit de echivoc cu privire la acțiunile necesar a fi făcute de autoritatea contractantă, având în vedere existența erorii materiale din dispozitivul deciziei, chiar dacă s-ar calcula termenul de 15 zile de la data primirii încheierii, așa cum susține achizitoarea, data până la care avea obligația de a pune în aplicare decizia Consiliului era 27.04.2021.

Contrar alegațiilor autorității contractante din punctul de vedere la contestație și celelalte documente emise în acest sens, termenul se calculează de la data luării la cunoștință despre actul emis de Consiliu și nu de la data expirării termenului de contestare a respectivului act.

Prin urmare, având în vedere că a luat la cunoștință de încheierea privind îndreptarea erorii materiale existente în dispozitivul deciziei anterioare a Consiliului la data de 12.04.2021, autoritatea contractantă avea obligația de a pune în aplicare decizia Consiliului până la 27.04.2021.

Ulterior datei de 12.04.2021 autoritatea contractantă a emis erata nr. EN1027313/13.04.2021, prin care a modificat termenul de depunere a ofertelor pentru data de 07.05.2021.

Prin erata nr. EN1027630/26.04.2021, autoritatea contractantă a făcut mai multe modificări ale informațiilor inițiale în referire la conversia în lei a valorilor exprimate în orice valută, la indicatorul economico-financiar *nivelul de lichiditate curentă*, la utilajele necesare, la capacitatea de exercitare a activității profesionale, la cifra de afaceri.

Ulterior, prin erata EN1027741/29.04.2021, autoritatea contractantă a modificat, printre altele, factorii de evaluare stabiliți inițial în sensul că a înlocuit factorii de evaluare "repartizor mixtură asfaltică" și "stație de preparat mixtură asfaltică", cu factorul de evaluare *Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate la parametrii calitativi solicitați (Planul de management al calității lucrărilor executate)*, punctaj maxim acordat 15 puncte, cu următorul algoritm:

Se va acorda punctaj in urma analizei informatiilor prezentate in propunerea tehnica referitor la :

- corelatia dintre Planul de management al calității lucrărilor si metodologia propusa de executare a lucrarilor;*
- nivelul si modalitatea de implicare a responsabililor din structura organizațională a Ofertantului și contribuția individuală pentru realizarea controlului calității;*
- metodologia propusa si resursele umane, materiale si tehnice prezentate pentru executia lucrarilor comparativ cu nivelul de calitate al lucrarilor solicitate prin caietul de sarcini.*

Punctajele se vor acorda astfel:

- a) 1-5 puncte pentru un Plan de management al calității lucrărilor executate, prezentat la modul Acceptabil/Satisfăcător/Parțial relevant;*
- b) 6-10 puncte pentru un Plan de management al calității lucrărilor executate, prezentat la modul Bine/Adecvat;*
- c) 11-15 puncte pentru un Plan de management al calității lucrărilor executate, prezentat la modul Foarte bine/Exceptional*

Prezentarea informatiilor solicitate este obligatorie. Neprezentarea acestora sau prezentarea intr-un mod nesatisfacator (metodologia propusa este necorespunzatoare si nu respecta cerintele minime ale caietului de sarcini referitor la executia lucrarilor la parametrii calitativi solicitati) conduce la neconformitatea propunerii tehnice.

Prin erata nr. EN 1027867/07.05.2021, autoritatea contractantă a modificat termenul de depunere a ofertelor pentru data de 02.06.2021.

În consecință, se constată că autoritatea contractantă a eliminat factorii de evaluare "repartizor mixtură asfaltică" și "stație de preparat mixtură asfaltică", înlocuindu-i cu un alt factor numit *Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate la parametrii calitativi solicitați (Planul de management al calității lucrărilor executate)*, factor care privește strict *Planul de management al calității lucrărilor executate*, având o pondere de 15% din punctajul total.

Pentru soluționarea cauzei, Consiliul consideră relevante următoarele dispoziții legale:

- Legea nr. 98/2016:

- art. 187 alin. (2): *În sensul dispozițiilor alin. (1), autoritatea contractantă stabilește oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic pe baza criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare prevăzuți în documentele achiziției;*

- art. 187 alin. (4): *În sensul alin. (3) lit. c) și d), cel mai bun raport calitate-preț/calitate-cost se determină pe baza unor factori de evaluare care includ aspecte calitative, de mediu și/sau sociale, în legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru;*

- art. 189 alin. (1): *Autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată;*

- art. 189 alin. (2): *În sensul alin. (1), factorii de evaluare utilizați de autoritatea contractantă trebuie să asigure o concurență reală între operatorii economici și să fie însoțiți de prevederi care să permită verificarea efectivă a informațiilor furnizate de către ofertanți, în scopul aplicării factorilor de evaluare;*

- HG nr. 395/2016:

- art. 32 alin. (2): *Factorii de evaluare a ofertelor, precum și algoritmul de punctare prevăzut la alin. (1) se precizează în mod clar și detaliat în cadrul documentației de atribuire și vor reflecta metodologia de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți și trebuie să aducă un avantaj real, să nu fie formali și să poată fi urmăriți în cadrul procesului de evaluare a ofertelor și aplicare a criteriului de atribuire.;*

- art. 32 alin. (9): *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) *cuantumul 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.*

Raportat la aceste prevederi legale devine evident faptul că stabilirea factorilor de evaluare trebuie să se constituie într-un avantaj pentru achizitoare, fiind la fel de evident faptul că aceștia trebuie să asigure o concurență reală, care să permită verificarea efectivă a

informațiilor furnizate de ofertanți, fiind interzis să fie astfel stabiliți încât libertatea de apreciere să devină una nelimitată.

Ori, se constată că, potrivit algoritmului de calcul, cele 1-15 puncte se acordă ofertanților funcție de modul de întocmire al *Planului de management al calității lucrărilor executate*, corespunzător calificativelor ACCEPTABIL/SATISFĂCĂTOR/PARȚIAL RELEVANT ori BINE/ADECVAT, respectiv FOARTE BINE/EXCEPȚIONAL.

Analizând toate aceste informații, inclusiv documentul intitulat *Factori de evaluare 28.04.2021* (CN1028344/00060), publicat în SEAP la data de 04.05.2021, se constată că, în fapt, toate aceste indicații date de autoritatea contractantă cu privire la algoritmul de calcul pentru acest factor de evaluare reprezintă mai degrabă instrucțiuni cu privire la ce ar trebui să conțină propunerea tehnică astfel cum este aceasta definită, raportat la caietul de sarcini, la art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016: *Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante, decât avantajele rezultate prin utilizarea lor, respectiv descrierea modului de acordare a punctajului pentru un factor de evaluare stabilit conform prevederilor legale incidente anterior citate. A îndeplini cerințele caietului de sarcini foarte bine – excepțional din punct de vedere al cerințelor acestuia privind execuția lucrărilor la parametri calitativi solicitați presupune că respectiva propunere tehnică corespunde necesității autorității contractante, reprezintă o condiție de conformitate a ofertei și nu un avantaj obținut de autoritatea contractantă, pentru a putea fi folosit ca factor de evaluare a ofertelor. Dacă cerințele de calitate minime considerate necesare au fost stabilite prin caietul de sarcini, Consiliul consideră că nu pot fi făcute aprecieri prin care acestea au fost îndeplinite satisfăcător (mai mult sau mai puțin), adecvat (mai mult sau mai puțin) ori foarte bine (mai mult sau mai puțin, până la excepțional).*

Se introduce astfel un factor de evaluare privind un document (Planul de management al calității) care, în fapt, nu a fost solicitat expres nici prin documentația inițială publicată în SEAP și nici măcar prin clarificările aduse caietului de sarcini publicate în SEAP în aceeași zi, 04.05.2021. Prevederile documentației de atribuire trebuie să fie clare, lipsite de echivoc, obligație stabilită de legiuitor fără echivoc la art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Necesitatea prezentării unui Plan al calității apare în descrierea factorilor de evaluare din 04.05.2021, în sensul că informațiile analizate vor fi cele din planul de management al calității, iar ca informații relevante sunt considerate cele de la cap. 6 Detalierea lucrărilor solicitate. Acest plan fiind parte a propunerii tehnice, depunerea lui trebuie indicată expres, inclusiv informațiile considerate absolut necesare pentru a fi regăsite în cadrul său.

Revenind la factorul de evaluare introdus de achizitoare, se constată că, condițiile de conformitate ale ofertei care ar trebui să se regăsească în caietul de sarcini sunt utilizate pentru a acorda punctaj ofertei, în condițiile în care neîndeplinirea lor, chiar și parțială, ar trebui să constituie, mai degrabă, subiect al unor solicitări de clarificări sau să conducă la neconformitatea ofertei și nu la primirea unui punctaj de până la 15% din punctajul total.

Astfel, se constată că nu există nicio precizare legată de modul în care se vor acorda astfel de calificative, inclusiv pentru fiecare dintre calificative, alta decât aprecierea subiectivă a membrilor comisiei de evaluare, fiind posibilă acordare unor punctaje pe diferite nivele (1-5, 5-10 sau 11-15), fără a se putea stabili modul în care s-ar aprecia că planul prezentat de ofertanți poate fi mai mult sau mai puțin acceptabil/satisfăcător/parțial relevant sau mai mult sau mai puțin bine/adekvat, respectiv mai mult sau mai puțin foarte bine/exceptional.

În fapt, este prevăzut un raționament care se referă la condiții de conformitate a ofertei.

Astfel, calificativul *Acceptabil/Satisfăcător/Parțial relevant* este acordat pentru prezentarea unui plan al calității la modul general, care nu reflectă caracteristicile specifice ale contractului de lucrări, nefiind în totalitate corelat cu metodologia de executare a lucrărilor. Ori, corelarea planului calității cu metodologia de executare a lucrărilor este condiție de conformitate a ofertei, neputând fi acceptate oferte al căror plan al calității nu este corelat cu metodologia de executare a lucrărilor.

De asemenea, dacă se solicită prezentarea și detalierea nivelului de implicare al responsabililor din structura organizațională a ofertantului cu controlul calității lucrărilor, lipsa detalierei lui nu îi poate permite autorității contractante să acorde punctaj unei astfel de oferte, în discuție fiind, din nou, o condiție de conformitate.

Tot o condiție de conformitate a unei oferte ar trebui să fie și îndeplinirea cerinței privind indicarea faptului că se realizează controlul calității la toate stadiile de punere în operă a documentației. În condițiile în care prin caietul de sarcini se stabilește o astfel de cerință, ofertanții sunt obligați să o respecte.

Neprezentarea detaliată a responsabilităților pentru execuția/gestionarea/controlul calității și resursele umane implicate, dacă a fost solicitată, constituie, din nou, o neconformitate a ofertei și nu poate permite acordarea punctajului respectivei oferte.

Nu în ultimul rând, neasigurarea nivelului calitativ solicitat prin caietul de sarcini, prin metodologia propusă și resursele prezentate, este din nou o condiție neîndeplinită de conformitate a ofertei, nicio ofertă neputând fi declarată conformă, și cu atât mai puțin să primească punctaj, pentru existența unor astfel de deficiențe. De altfel, această descriere vine în contradicție nu numai cu prevederile legale, dar și cu propriile prevederi din caietul de sarcini publicat în SEAP la data de

04.05.2021 potrivit cărora nerespectarea cerințelor caietului de sarcini conduce la neconformitate ofertei.

Toate aceste 5 condiții sunt cerințe minimale care ar trebui să se regăsească în caietul de sarcini, condiții de conformitate a unei oferte și în niciun caz criterii de acordare a punctajului/departajare a ofertelor.

Mai mult, cele 5 condiții nu stabilesc nici măcar la nivel declarativ cum o ofertă poate obține 1 punct sau 5, fiind evident faptul că acordarea punctajului pentru acest calificativ este unul discreționar, lipsit de orice metodă de verificare, mai ales că oferta respectivă, în fapt, este neconformă.

În același fel sunt definite și cerințele calificativului *Bine/Adecvat*, care sunt dezvoltate pe aceleași criterii, însă conținând ceva mai multe informații de genul este adaptat la caracteristicile specifice contractului, evidențiază adecvat nivelul de implicare al responsabililor din structura organizațională, corelarea planului cu metodologia propusă (din punct de vedere al responsabilităților, etapelor tehnologice și resurselor), un nivel de detaliere adecvat.

Este evident faptul că o ofertă care îndeplinește aceste condiții, în realitate îndeplinește cerințele caietului de sarcini, fapt ce determină conformitatea ofertei, neputând fi îndeplinite cerințele caietului de sarcini pe mai multe nivele pentru a putea primi 6 sau 10 puncte. În discuție sunt condiții de conformitate ale ofertei, nu cele aferente unui factor de evaluare, iar o ofertă nu poate fi "mai conformă" decât alta pentru a primi un punctaj mai mare, funcție de aprecierea subiectivă a membrilor comisiei de evaluare. Este evident că a se constata că o ofertă este conformă nu este un avantaj pentru achizitoare pentru a-i acorda un anumit punctaj, iar a acorda punctaje diferite pe principiul că o ofertă ar fi "mai adecvată" decât alta, contravine prevederilor legale incidente, mai sus citate.

Relevant pentru lipsa de legalitate a utilizării unui astfel de factor de evaluare este modul în care este descris raționamentul pentru acordarea calificativului Foarte bine/Excepțional și a punctajului maxim, în intervalul 11-15 puncte: *în plus față de informațiile enumerate mai sus în cadrul calificativului "Bine/adevat", activitățile/etapele tehnice descrise, responsabilitățile ... și resursele utilizate sunt foarte bine definite, .. demonstrând optimizarea resurselor și un nivel inovator al soluțiilor tehnice de execuție, superior cerințelor minime ale caietului de sarcini ... nivelul și modalitatea de implicare a responsabililor în realizarea controlului calității sunt realiste și foarte clar definite.*

Este evident faptul că o dată ce s-a constatat că informațiile au fost corelate între planului calității cu metodologia de executare a lucrărilor nu poate fi făcută o nouă reevaluare și a se constata, de data aceasta, că sunt bine definite. Dacă nu au fost bine definite, cel mult, funcție de deficiența constată pot fi solicitate clarificări, iar funcție de răspuns se poate stabili conformitatea ofertei. Buna definire a activităților, etapelor tehnice, a responsabilităților etc, în niciun caz nu poate fi considerată că ar fi vreun avantaj în favoarea achizitoare, ci

condiție de conformitate a ofertei. Pe de altă parte, acordarea punctajului funcție de modul în care s-ar aprecia că aceste activități, etape, responsabilități au fost mai bine sau mai puțin bine definite, ar fi lipsită de obiectivitate în mod evident.

A defini foarte clar și realist nivelul și modalitatea de implicare a responsabililor în realizarea controlului calității, este de asemenea, condiție de conformitate a ofertei și în niciun caz element de acordare a unui punctaj. Nivelul de detaliere dorit trebuie indicat în caietul de sarcini și analizat prin raportare la cerințele stabilite și nu ca element de departajare a ofertelor.

Cât privește optimizarea resurselor și nivelul inovator al soluțiilor, care ar contribui la creșterea performanței viitoarei construcții, este lipsit de echivoc faptul că a departaja o ofertă conformă pentru că autorul ei a optimizat mai bine sau mai puțin bine resursele este din nou o apreciere subiectivă lipsită de relevanță în obținerea rezultatului dorit. Cât privește presupusa performanță a viitoarei construcții, aceasta este asumată prin termenul de garanție acordat, nivelul inovator al soluțiilor tehnice de execuție fiind, mai degrabă, un element care ar determina competitivitatea ofertei respective și nici un caz o garanție a calității lucrărilor executate.

Toate aceste "criterii" sunt, în fapt, specificații care ar trebui să se găsească în caietul de sarcini, ca și cerințe minime de conformitate a ofertei din punct de vedere al Planului calității, autoritatea contractantă stabilind în procesul de evaluare, urmare a clarificărilor necesare, dacă este cazul, măsura în care au fost respectate și, pe cale de consecință, caracterul conform/neconform al ofertei.

Prin caietul de sarcini autoritatea contractantă poate solicita depunerea unui Plan de management al calității și stabili toate criteriile care trebuie să le îndeplinească fiecare ofertă depusă în procedură pentru a fi declarată conformă, obiectivul său fiind ca fiecare dintre oferte să îndeplinească toate aceste cerințe definite la calificativul Foarte bine/Exceptional, neîndeplinirea lor trebuind să conducă la respingerea ofertei.

Pornind de la buna credință a autorității contractante în ceea ce privește alegerea unui astfel de factor de evaluare, cu titlu de exemplu, Consiliul are în vedere faptul că este oferită posibilitatea ca cerințe minimale să nu fie îndeplinite nici măcar în urma solicitărilor de clarificări. O astfel de situație, poate pune autoritatea contractantă în postura de a acorda punctaj unei oferte care nu îndeplinește o astfel de condiție, dar care, cu concursul celorlalți factori de evaluare, poate fi declarată câștigătoare. Este evident că a declara câștigătoare o astfel de ofertă contravine interesului obiectiv al autorității contractante.

Pe de altă parte, modul în care este prezentat algoritmul de calcul atestă faptul că ofertanții au posibilitatea să își definească planul de management al calității conform propriilor principii, reguli, tehnologii etc,

iar autoritatea contractantă să considere relevante alte reguli ori principii sau tehnologii, fapt ce îi conferă subiectivitate în stabilirea caracterului adecvat/corelat sau mai puțin adecvat/corelat și, pe cale de consecință, în a stabili punctajul acordat, fără niciun element de control, altul decât aprecierea discreționară a membrilor comisiei de evaluare.

Mai mult decât atât, devine evident că, procedând astfel, prin stabilirea acestui factor de evaluare, caracterul obiectiv al evaluării este afectat pentru o situație care nu poate fi verificată, ofertanții neputând anticipa la momentul realizării ofertei calificativul pe care l-ar obține oferta lor pentru acest factor de evaluare.

Consiliul apreciază că nivelul de detaliere al Planului de management al calității nu poate fi apreciat în mod obiectiv, astfel încât evaluarea ofertelor pentru acest factor de evaluare să permită verificarea modului de acordare a punctajului.

Toate aceste elemente impuse pentru algoritmul de acordare a punctajului ar fi trebuit să se materializeze în cerințe ale caietului de sarcini, mențiunile sale legate de acordarea punctajului maxim, respectiv pentru obținerea calificativului *Foarte bine*, ar trebui să fie cerințe minime ale caietului de sarcini și nu mijloc de departajare a ofertelor în baza unei aprecieri subiective.

O presupusă calitate urmărită a fi obținută nu poate fi obținută pe baza unei evaluări subiective sau dacă sunt declarate conforme (și li se acordă punctaj) oferte care au deficiențe sau omisiuni de genul celor definite pentru acordarea calificativului **ACCEPTABIL/SATISFĂCĂTOR/PARȚIAL RELEVANT** sau **BINE/ADECVAT**.

Îndeplinirea unor cerințe minime ale caietului de sarcini nu poate primi calificative precum cele definite de autoritatea contractantă, ci doar stabilită conformitatea/neconformitatea ofertei din acest punct de vedere.

Modul de punctare nu este stabilit în mod clar și neechivoc, pentru a permite ofertanților să obțină punctaje cât mai ridicate, tocmai pentru că ofertanții nu vor putea face nicio apreciere legată de faptul că viziunea lor de a întocmi oferta corespunde cu cea a autorității contractante din punct de vedere al caracterului complet/incomplet al detalierei respectivului plan.

Faptul că se dorește obținerea unor oferte cât mai bune, nu este asigurat de utilizarea unor factori de evaluare subiectivi precum cel în analiză, cu o pondere foarte mare, a cărei modalitate de aplicare nu poate fi verificată, interpretarea ofertanților putând diferi de cea a achizitoarei sau chiar a Consiliului la un eventual control de legalitate al modului de acordare al punctajului, tocmai datorită faptului că în discuție sunt mai degrabă cerințe minime ale caietului de sarcini din acest punct de vedere, iar îndeplinirea lor nu poate fi făcută prin calificative de genul celor analizate, ci prin stabilirea caracterului conform/neconform al ofertei din acest punct de vedere.

Prin urmare, deși nu este stabilită metodologia clară cu privire la modul în care o ofertă primește 1 punct sau 15 puncte, ori nu este definit ce înseamnă fiecare dintre calificative, devine evident că avantajul obținut de autoritatea contractantă prin utilizarea acestui factor de evaluare este nul.

Dacă achizițtoarea dorește a impune anumite cerințe care din prisma sa sunt absolut necesare pentru a fi asigurate condițiile de calitate dorite, acestea pot fi impuse prin caietul de sarcini, fără a se utiliza un factor de evaluare care nu îi va aduce niciun avantaj în sensul definit conform prevederilor legale amintite.

Astfel, raportat la algoritmul descris de autoritatea contractantă devine evident faptul că se va acorda punctaj dacă în propunerea tehnică se regăsește corelarea planului cu metodologia propusă de executare, însă este la fel de evident faptul că identificând existența acestei corelări aceasta nu poate fi încadrată pe diferite nivele. Există sau nu există corelarea necesară, iar prin clarificări pot fi eliminate, cu respectarea prevederilor incidente, eventuale deficiențe, între plan și metodologie, însă nu se poate face aprecierea că existând această corelare ea este acceptabilă ori satisfăcătoare sau parțial relevantă, bine sau adecvată.

Dacă această corelare există oferta este conformă, dacă nu există și nu poate fi asigurată prin clarificări oferta este neconformă.

Este lipsită de o minimă obiectivitate acordarea unui calificativ EXCEPȚIONAL sau PARȚIAL RELEVANT unei oferte pentru nivelul și modalitatea de implicare a responsabililor din structura organizațională a ofertantului și contribuția individuală pentru realizarea controlului calității. Eventuala nevoie a autorității contractante din acest punct de vedere trebuie să se regăsească în caietul de sarcini, pentru a se asigura derularea contractului și este îndeplinită sau nu, în niciun caz criteriu de departajare a ofertelor.

De asemenea, legalitatea unui asemenea factor de evaluare nu este dată de faptul că acesta se regăsește în CATALOGUL Factori de evaluare lucrări, emis de ANAP.

Într-adevăr, ANAP a emis un catalog cu factorii care pot fi utilizați, însă acel catalog este cu titlu general, parte a unei documentații standard, orientative, dar alegerea factorilor de evaluare nu este universal valabilă, indiferent de complexitatea contractului.

Utilizarea nivelului de detaliere a Planului calității într-un astfel de contract, cu o pondere de 15% din punctajul total nu poate fi justificată în condițiile în care este afectată evaluarea ofertelor într-un mod care contravine prevederilor legale amintite.

De altfel, ANAP a precizat expres faptul că ... *orice factor de evaluare inclus în Documentația de atribuire trebuie să aibă „în oglindă” o clauză contractuală care să asigure materializarea avantajului obținut de Operatorul Economic Ofertant în evaluare pe perioada derulării*

Contractului, precum și un mecanism de corectare a eventualelor devieri de la materializarea avantajelor acordate pe perioada evaluării.

Ori, este evident că informațiile pentru care acordă punctajul autoritatea contractantă nu își au oglindă într-o clauză contractuală, în cazul de față corelația dintre planului cu metodologia propusă de executare a lucrărilor, nivelul și modalitatea de implicare a responsabililor din structura organizațională a ofertantului și contribuția individuală pentru realizarea controlului calității ori metodologia nematerializându-se în vreun avantaj în favoarea achizitoarei, ci reprezintă doar o modalitate neanticipabilă/discreționară de acordare a punctajului.

Utilizarea unui astfel de factor de evaluare indiferent de tipul procedurii de atribuire și gradul de complexitate a contractului de lucrări nu numai că nu oferă vreun avantaj autorității contractante, dar contribuie la crearea de condiții de eludare a rezultatului procedurii, prin ponderea mare acordată acestui factor și imposibilitatea verificării obiective a modului de acordare a lui.

Cât privește invocarea faptului că ANAP a validat acest factor de evaluare prin avizul de conformitate necondiționat emis în acest sens, Consiliul consideră lipsită de temei o astfel de apreciere.

Analizând documentele emise de autoritatea contractantă, Consiliul a constatat nelegalitatea utilizării unui astfel de factor de evaluare, pentru crearea de condiții de eludare a rezultatului procedurii, prin ponderea mare acordată acestuia și imposibilitatea verificării obiective a modului de acordare a punctajului, legiuitorul stabilind lipsit de echivoc la art. 23 din OUG nr. 98/2017 că: *Avizul conform al ANAP nu afectează caracterul obligatoriu al deciziilor pronunțate și al măsurilor dispuse de Consiliu/instanța competentă în legătură cu procedurile de atribuire conform prevederilor Legii nr. 101/2016.*

Pentru aceste motive, Consiliul consideră necesară eliminarea acestui factor de evaluare și completarea caietului de sarcini prin cuprinderea ca cerințe minime obligatorii ale caietului de sarcini a necesității prezentării unui Plan de management al calității și a elementelor considerate necesare.

Referitor la criticile formulate de contestatoare împotriva termenului de depunere a ofertelor stabilit pentru data de 07.05.2021, Consiliul constată că sunt rămase fără obiect, prin erata nr. EN 1027867/ 07.05.2021, autoritatea contractantă modificând termenul de depunere a ofertelor pentru data de 02.06.2021.

Cât privește existența condițiilor contradictorii din fișa de date, modificările/clarificările aduse au stabilit lipsit de echivoc faptul că cerințele aferente factorilor de evaluare privind "repartizor mixtură asfaltică" și "stație de preparat mixtură asfaltică" au fost eliminate.

Referitor la afirmațiile contestatoarei legate de faptul că achizitoarea ar fi trebuit să atașeze un nou formular referitor la factorii de evaluare se constată că a fost emis documentul intitulat *Factori de*

evaluare 28.04.2021 (CN1028344/00060), publicat în SEAP la data de 04.05.2021, iar Consiliul a constatat nelegalitatea utilizării noului factor de evaluare.

În ceea ce privește criticile contestatoarei referitoare la cerința caietului de sarcini respectiv paragraful *Pe toata durata perioadei de garantie lucrarea se afla în întreținerea executantului, cu obligatia acestuia de a supraveghea și a remedia imediat deficiențele aparute*, pentru care Consiliul a dispus eliminarea sau completarea ei, se constată că, în caietul de sarcini publicat în SEAP în 04.05.2021, autoritatea contractantă a modificat-o/completat-o în sensul stabilit de Consiliu și solicitat de contestatoare, respectiv că pe perioada de garanție, executantul va interveni în acord cu obligațiile stabilite în acordul-cadru, fără a-i reveni obligații de întreținere suplimentare.

Referitor la eliminarea cerinței de calificare privind lichiditatea generală se constată că a fost eliminată prin erata nr. EN1027630, publicată în SEAP în data de 26.04.2021.

În ceea ce privește cerința de prezentare a ofertelor de la furnizori în propunerea tehnică, se constată că aceasta a fost eliminată doar prin clarificarea nr. CN1028344/00072, postată în SEAP în data de 10.05.2021.

Cu privire la restabilirea de autoritatea contractantă a modalității de ofertare după eliminarea factorilor de evaluare "stația de asfalt" și "repartizor de mixtură asfaltică", se constată că cele stabilite de Consiliu prin decizia sa anterioară au fost puse în practică prin clarificarea nr. CN1028344/00062, postată în SEAP la data de 04.05.2021. Decizia Consiliului, rămasă definitivă privea restabilirea modalității de ofertare legat de eliminarea factorilor de evaluare și nu de eliminare a prevederii privind reluarea competiției (... *nu este necesară eliminarea reluării competiției, fiind păstrată cerința astfel cum a fost explicitată* – pag. 28 din decizie).

Referitor la limitarea numărului maxim de loturi care pot fi atribuite unui singur ofertant la 1, se reține că, prin decizia sa anterioară, rămasă definitivă prin neatacare ei cu plângere, Consiliul a reținut că se impune eliminarea limitării impuse.

Se constată că decizia Consiliului, deși a rămas definitivă, nu a fost pusă în practică de autoritatea contractantă, aceasta precizând în mod expres faptul că o menține prin clarificarea nr. CN1028344/00072, publicată în SEAP la data de 10.05.2021, motiv pentru care, de altfel, ANAP a și emis avizul conform condiționat nr. 1587/8659/07.05.2021, publicat în SEAP menționând: *Masură de remediere: REGULARITATE – AC va trebui sa reconsidere continutul clarificarii din oficiu, avand in vedere ca o astfel de limitare nu a fost justificată în cadrul procedurii de solutionare a contestatiei de catre CNSC, iar prin Decizia CNSC ramasa definitiva s-a impus eliminarea limitării în cauză.*

Pentru astfel de situații legiuitorul a stabilit lipsit de echivoc la art. 224 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 că: *Următoarele fapte constituie contravenții, dacă nu au fost săvârșite în astfel de condiții încât să fie considerate, potrivit legii penale, infracțiuni: a) neducerea la îndeplinire a deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, după data la care aceasta rămâne definitivă.*

În ceea ce privește obligarea autorității contractante la a efectua corelarea prevederilor caietului de sarcini cu modelul de contract subsecvent (caietul de sarcini - pct. 7.6, cu cea din modelul de contract subsecvent, art. 19.7 și art. 16.2, pct. 2) Consiliul a stabilit lipsit de echivoc că nu se poate notifica terminarea lucrărilor dacă situațiile de plată nu au fost confirmate și facturate, astfel încât condiționarea prezentării ultimei facturi de procesul-verbal de recepție la terminarea lucrărilor contravine celorlalte prevederi. Nu a putut fi identificată punerea în practică a celor decise de Consiliu în acest sens, clarificările nr. CN1028344/00063, și CN1028344/00061, publicate în SEAP la data de 04.05.201, reprezentând propunerea contractuală și caietul de sarcini conținând aceleași formulări, cu ignorarea celor decise prin decizia anterioară a Consiliului, rămasă definitivă, putând fi incidente prevederile art. 224 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la Clauza 12 privind cuantumul daunelor, se constată că autoritatea contractantă a luat măsura modificării ei de abia prin clarificarea nr. CN1028344/00062, postată în SEAP la data de 04.05.2021.

Cât privește modul în care a înțeles autoritatea contractantă să coreleze cuantumul daunelor compensatorii, Consiliul nu a impus un prag al daunelor compensatorii, dar a impus, printr-o decizie rămasă definitivă, corelarea penalităților pentru neexecutarea la termen a obligațiilor contractuale, cu daunele compensatorii pentru neexecutarea totală, parțială și executarea necorespunzătoare la un nivel rezonabil, iar autoritatea contractantă nu a făcut o astfel de corelare. Nivelul rezonabil al acestora trebuie stabilit prin corelare cu valoarea penalităților impuse pentru neexecutarea la termen și cu precizarea faptului că sunt/nu sunt cumulate daunele compensatorii cu penalitățile de întârziere.

Cât privește Clauza 16.4, respectiv înlocuirea Normativului AND 514/2000 abrogat cu AND 514/2007, se constată că această măsură a fost luată prin CN1028344/00063, publicată în SEAP la data de 04.05.2021.

Prin aceeași clarificare se constată că a fost completată și clauza 20.2 lit. d), respectiv definită noțiunea de "culpă profesională gravă".

Referitor la necesitatea respectării sau nu a normelor de deviz, în referire la *punctele 5.4, 5.5 și întrebarea nr. 9*, Consiliul a stabilit lipsit de echivoc, prin decizia sa anterioară, rămasă definitivă, că informațiile sunt contradictorii, astfel că autoritatea contractantă trebuie să informeze clar operatorii economici dacă pot sau nu utiliza norme proprii,

iar autoritatea contractantă a ignorat această decizie, putând atrage, din nou, incidența prevederilor art. 224 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

În consecință, Consiliul constată că autoritatea contractantă fie a pus în aplicare cu întârziere, în tot sau parțial, cele decise de Consiliu, fie a ignorat o decizie obligatorie și definitivă.

Cât privește alegațiile autorității contractante cu privire la conduita contestatoarei în alte contracte ori în proceduri de atribuire organizate de alte autorități contractante, Consiliul consideră că sunt lipsite de relevanță în soluționarea cauzei, în discuție fiind documentația de atribuire aferentă procedurii de atribuire de față și punerea în practică a dispozițiilor deciziei Consiliului nr. 636/C9/356/29.03.2021, rămasă definitivă prin neatacarea ei cu plângere.

De asemenea, constatând temeinicia, în parte, a contestației nu poate fi luat în considerare un eventual comportament șicanator, inadecvat al contestatoarei, cum, în mod eronat, invocă autoritatea contractantă.

În aceste condiții, constatând că autoritatea contractantă poate remedia documentația de atribuire, capătul de cerere privind anularea procedurii de atribuire va fi respins ca neîntemeiat.

Pentru toate aceste motive, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de SA, în contradictoriu cu

Fiind admisă, în parte, contestația, Consiliul va admite cererea privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate în cursul soluționării contestației, însă va dimnua corespunzător cuantumul onorariului, astfel că va obliga la plata către contestatoare a sumei de 2.000 lei reprezentând onorariu avocat. La dosarul cauzei, au fost depuse factura nr. 1017/10.05.2021, în valoare de 4.500,29 lei, emise de, și dovada plății cheltuielilor.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite, în parte, contestația formulată de SA, în contradictoriu cu, și obligă autoritatea contractantă la modificarea/completarea documentației de atribuire, în sensul celor prevăzute în motivarea deciziei și în decizia nr. 636/C9/356/29.03.2021, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, cu stabilirea unui nou termen pentru depunerea ofertelor. Modificările/

completările vor fi aduse la cunoștința operatorilor economici, în cadrul aceluiași termen, prin publicarea lor în SEAP.

În temeiul art. 26 alin. (6) din lege, respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind anularea procedurii.

În temeiul art. 26 alin. (9) din lege, admite cererea contestatoarei privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate în cursul soluționării contestației și obligă la plata către SA a sumei de 2.000 lei reprezentând onorariu avocat.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Redactată în 4 exemplare, conține 23 pagini.