

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

DECIZIE

Nr. /C8/.....

Data:

Prin contestația nr., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., formulată de, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată prin administrator Ioan Ismail și convențional prin, cu sediul ales la reprezentantul convențional, în, împotriva documentației de atribuire elaborată de către, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, s-a solicitat:

- în principal, anularea procedurii de atribuire, ca urmare a încălcării dispozițiilor legale care reglementează criteriul de atribuire;
- în subsidiar, obligarea autorității contractante la modificare documentației de atribuire, în sensul limitării ponderii factorului de evaluare preț la maxim 40%, prin adăugarea altor factori de evaluare relevanți, precum și la eliminarea clauzelor nescrise privind personalul.

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

Prin contestația formulată, ..., în calitate de operator economic specializat în prestarea de servicii informatice, interesat de participarea la procedura de licitație deschisă organizată de, critică procedura de atribuire, constatând abateri de la lege care impun adoptarea măsurilor de remediere solicitate.

Contestatoarea aduce următoarele critici:

**I . PONDEREA NELEGALĂ A FACTORULUI DE EVALUARE PREȚ.
ANULAREA PROCEDURII DE ATRIBUIRE**

Arată că ponderea alocată prețului este contrară dispozițiilor art. 87 din Legea nr. 98/2016. Prin aplicarea acestor dispoziții, se constată că a

fost încălcată, în mod flagrant, regula privind limitarea la 40 % a ponderii alocate factorului de evaluare preț, aceasta fiind stabilită în mod nelegal la 84%, în detrimentul unor factori de evaluare care să determine o calitate mai ridicată a serviciilor intelectuale care fac obiectul viitorului contract de achiziție publică.

Subliniază faptul că obiectul contractului ce urmează a fi atribuit de către MAI îl reprezintă, aceste servicii fiind încadrate în codul CPV Principal: 72611000-6 *Servicii de asistență tehnică informatică (Rev.2)*. Este evident că, raportat la complexitatea activităților descrise în detaliu în cuprinsul caietului de sarcini, serviciile care vor fi prestate au caracter eminentamente intelectual (incluzând dezvoltare de aplicații și sisteme informatice), încadrare care determină aplicarea limitării legale anterior- menționate.

În acest context, apreciază că se impunea a se stabili fie o pondere mai ridicată pentru factorii de evaluare de natură tehnică (în special cel care vizează metodologia de prestare a serviciilor), fie să se introducă și alți factori de evaluare relevanți prin raportare la obiectul achiziției.

Deși în actuala legislație nu mai este inclusă o regulă similară celei de la art. 197 alin. (5) din OUG nr. 34/2006 care impunea anularea procedurii atunci când era necesară modificarea factorilor de evaluare, vă rugăm a constata că, raportat la importanța criteriului de atribuire în ansamblul regulilor de atribuire a contractului de achiziției publice, cea mai adecvată măsură de restabilire a legalității procedurii de atribuire o reprezintă anularea procedurii de atribuire, în acest mod se asigură pe deplin respectarea principiului transparenței, fiind creată posibilitatea

oricăror operatori economici interesați să decidă cu privire la participarea la procedura de atribuire prin raportare la elementul determinant constând în criteriul de atribuire și elementele sale componente.

Contestatoarea precizează că practica majoritară a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor și a instanțelor de judecată este constantă, în sensul anulării procedurii de atribuire, în situația în care este necesară modificarea criteriului de atribuire sau a componentelor acestuia. În același sens este inclusiv practica judiciară a Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) care a reținut în mod expres în cuprinsul Hotărârii din data de 17 septembrie 2002 pronunțată în Cauza C-513/99 *Concordia Bus Finland Oy Ab*, că factorii de evaluare sunt în conformitate cu principiile aplicabile în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică dacă aceștia nu conferă autorității contractante o libertate necondiționată de alegere a ofertei câștigătoare. Or, această limitare a libertății de alegere a ofertei câștigătoare a avut în vedere inclusiv introducerea în legislație a ponderii maxime alocate prețului pentru servicii de complexitate ridicată, în special serviciile intelectuale pentru atribuirea cărora trebuie să primeze aspectele calitative iar nu prețul cel mai scăzut.

De asemenea, arată că relevante în acest sens sunt și aspectele reținute în considerentul nr. 90 al Directivei 2014/24/UE privind achizițiile publice: *„Atribuirea contractelor ar trebui realizată pe baza unor criterii obiective care să asigure respectarea principiilor de transparență, de nediscriminare și de egalitate de tratament, cu scopul de a asigura o comparație obiectivă a valorii relative a ofertelor pentru a determina, în condiții de concurență efectivă, care dintre ele este oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”*.

Data fiind gravitatea abaterii de la legalitate constatate, apreciază că remedierea încălcării este imposibil de realizat fără anularea procedurii de atribuire, singura măsură de restabilire a legalității posibilă. În caz contrar, ar fi lipsite de substanță dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu alin. (2) al aceluiași articol.

Astfel, raportat la importanța deosebită a informațiilor privind criteriul de atribuire și factorii de evaluare a ofertelor, aceasta consideră că modificarea prevederilor privind modalitatea de departajare a ofertelor reprezintă o modificare substanțială a documentației de atribuire care ar încălca grav principiul transparenței.

Pentru toate aceste argumente prezentate, arată că drepturile și interesele legitime ale sale și ale altor potențiali ofertanți sunt în mod grav vătămăte prin modalitatea de elaborare a documentației de atribuire, fiind restricționat accesul prin promovarea peste limita legală a factorului de evaluare de natură financiară în detrimentul celor care

determină o calitate sporită a serviciilor intelectuale care vor fi achiziționate.

În opinia sa, această vătămare nu poate fi înlăturată decât prin admiterea prezentei contestații, cu consecința anulării procedurii de atribuire conform art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016, aceasta urmând a fi reluată ulterior în condiții de legalitate.

În subsidiar, în ipoteza în care Consiliu va aprecia ca fiind posibilă menținerea procedurii de atribuire, solicită obligarea autorității contractante la modificarea ponderii factorului de evaluare preț până la maxim 40 %, urmând a fi introduși factori de evaluare relevanți prin raportare la obiectul achiziției.

II. EXISTENȚA UNOR CLAUZE NESCRISE. NECESITATEA ELIMINĂRII.

Aceasta precizează că, din studiul caietului de sarcini, reiese că autoritatea contractantă a impus cerințe de calificare (de capacitate) care vizează resursele umane ale ofertanților - personalul de conducere și experții cheie.

Astfel, arată că, la pct. 10.1 și 10.2 din caietul de sarcini, s-au indicat experții pentru care s-au solicitat studii specializate și competențe specifice care trebuie dovedite prin prezentarea de documente suport precum CV europass, diplome/certificări, declarații de disponibilitate, recomandări etc., iar în anunțul de participare s-au precizat următoarele aspecte la rubrica III.2.3) *Informații privind personalul responsabil cu executarea contractului: Obligație de a preciza numele și calificările*

profesionale ale angajaților desemnați pentru executarea contractului: Nu.

Cerințele privind calificările educaționale, experiența profesională, competențele specifice și disponibilitatea de a se implica în contract reprezintă veritabile criterii de calificare, motiv pentru care, pentru a produce efecte, respectivele cerințe trebuie să fie menționate în mod explicit în anunțul de participare.

Apreciază că, în condițiile în care astfel de cerințe lipsesc din anunțul de participare, în conformitate cu dispozițiile art. 30 alin. (6) din anexa la HG nr. 395/2016, solicitarea prezentării de documente care să demonstreze capacitatea ofertanților prin raportare la resursele umane reprezintă veritabile clauze nescrise care nu pot produce nici un efect și, prin urmare, nu pot fi folosite pentru evaluarea unei oferte.

În susținere, invocă Decizia CNSC nr. 2410/C2/2611 din 04.09.2018, Decizia CNSC B02017_5031, Decizia nr. 682/2019, Curtea de Apel București, Decizia CNSC nr. 2410/C2/2611 din 04.09.2018.

Totodată, arată că relevantă în speță este inclusiv jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) - cu titlu de exemplu invocăm Hotărârea din 16 aprilie 2015, emisă în Cauza C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL, împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia* care a statuat în mod clar că : "[...] *autoritatea contractantă nu poate respinge o oferta care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat*".

Mai arată că importantă pentru soluționarea cauzei din perspectiva respectării obligației legale de transparență este și Decizia civilă nr. 375 din data de 21.06.2019 pronunțată de Curtea de Apel București: „(*...).* *Intenția autorității contractante de a impune o cerință de calificare constând în deținerea unui agreement AFER pentru sudură trebuia materializată expres în fișa de date a achiziției și în anunțul de participare.*”

În acest context legislativ și jurisprudențial obligatoriu, ... apreciază ca fiind necesară eliminarea cerințelor - clauze nescrise care vizează demonstrarea prin ofertă a resurselor umane indicate la pct. 10.1 și 10.2 din caietul de sarcini.

Concluzionând, raportat la considerentele expuse, solicită admiterea contestației, cu consecința anulării procedurii de atribuire ca fiind remediul cel mai eficient raportat la încălcarea regulilor privind stabilirea criteriului de atribuire.

Prin punctul de vedere nr., înregistrat la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., ... a solicitat respingerea contestației formulate de, ca nefondată și continuarea procedurii.

1. Referitor la cele solicitate de contestator cu privire la „Ponderea nelegală a factorului de evaluare preț. Anularea procedurii de atribuire”, arată că deține platforma informatică (.....) care asigură disponibilitatea resurselor geospațiale, facilitează descoperirea și utilizarea acestora, pune la dispoziția structurilor interesate un mediu colaborativ în domeniul spațial.

Prin contractul de achiziție publică care urmează să fie atribuit, se urmărește doar extinderea funcționalităților pentru asigurarea unui suport spațial extins și actualizat integrat pentru toate structurile din cadrul MAI, în vederea creșterii capabilităților tuturor forțelor de ordine și siguranță publică, precum și situații de urgență, în vederea asigurării misiunilor specifice.

Subliniază că serviciile care fac obiectul prezentei proceduri au fost puse în concordanță cu sistemul de grupare și codificare utilizat în Vocabularul comun al achizițiilor publice (CPV) pornind de la necesitatea depășirii barierelor lingvistice, astfel încât informațiile cu privire la obiectul contractului să fie accesibile operatorilor economici din afara țării. Vocabularul comun privind achizițiile publice (CPV) reprezintă un instrument utilizat de autoritățile contractante în realizarea achizițiilor publice, care are ca scop unificarea descrierii obiectului achiziției în vederea depășirii barierelor lingvistice la nivelul pieței europene; art. 3 alin. (1) lit. r) din Legea nr. 98/2016 definește CPV ca fiind „nomenclatorul de referință în domeniul achizițiilor publice, adoptat prin Regulamentul (CE) nr. 2.195/2002 al Parlamentului European și al

Consiliului din 5 noiembrie 2002 privind Vocabularul comun privind achizițiile publice (CPV)".

Serviciile de mentenanță care urmează să fie prestate sunt clar definite în caietul de sarcini întocmit de specialiștii autorității contractante; caietul de sarcini reprezintă proiectul/concepția pe baza căruia ofertantul declarat câștigător va presta serviciile ce fac obiectul prezentei proceduri.

Susține că operatorul economic care va fi declarat câștigător va pune în operă aceste cerințe, nu va fi cel care propune un plan, o strategie de dezvoltare sau o idee de proiect pe care autoritatea contractantă ulterior să le adopte.

Totodată, arată că serviciile de mentenanță care urmează să fie prestate în baza contractului de achiziție publică nu implică prestație intelectuală, creație din partea operatorului economic, ci doar respectarea în totalitate a cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini, operatorul economic doar implementează concepția aprobată la nivelul autorității contractante.

Precizează că este necesar a se face distincția dintre dezvoltarea unui sistem informatic și mentenanța sistemului realizat.

Pe de o parte, realizarea practică a unui sistem IT&C nou presupune parcurgerea unor etape, cum ar fi, spre exemplu, analizarea cerințelor utilizatorului - business analysis, realizarea proiectului tehnic (PT) (proiectarea logică a aplicației software, pe de altă parte, mentenanța sistemelor informatice reprezintă procesul prin care sunt restabilite caracteristicile funcționale ale acestuia în parametri nominali sau în intervale acceptabile predefinite, și se clasifică în: mentenanță preventivă - de regulă sunt reparații planificate atunci când sistemul este în funcțiune, iar caracteristicile curente sunt în intervalul acceptabil; mentenanță corectivă: una sau mai multe componente ale sistemului (sau chiar întregul sistem) nu mai funcționează sau funcționează în afara parametrilor acceptabili; mentenanță evolutivă: *sistemul este actualizat (update sau upgrade)* datorită progreselor tehnologice și/sau modificărilor legislative, procedurale sau socio-economice.

Prin urmare, subliniază că procedura de licitație deschisă, organizată de către MAI, a avut ca scop atribuirea contractului de achiziție publică de servicii de mentenanță evolutivă (adaptivă) pentru platforma dezvoltată în cadrul Sistemului informatic funcțional care necesită adaptări, optimizări și extindere a unor capacități, și nu de dezvoltare a platformei respective.

Apreciază relevantă inclusiv Instrucțiunea ANAP nr. 1/2017 art. 10 alin. (1) lit. a).

Aceasta apreciază că autoritatea contractantă este aceea care stabilește, în funcție de condițiile concrete, toate detaliile procedurii de

atribuire, în scopul realizării unei cât mai eficiente utilizări a fondurilor publice și a satisfacerii intereselor sale, în acest sens MAI stabilind faptul că nevoile sale pot fi acoperite prin achiziționarea unor servicii de mentenanță evolutivă prestate în baza cerințelor cuprinse în caietul de sarcini, servicii care nu intră în sfera serviciilor intelectuale stipulate în Instrucțiunea ANAP nr. 1/2017.

În considerarea celor expuse, criteriul de atribuire a fost stabilit cel mai bun raport calitate - preț, au fost determinați factori de evaluare și algoritmul de calcul asociat, astfel:

Denumire factor evaluare	Descriere	Pondere
Prețul ofertei	Componenta financiară	84% Punctaj maxim 84
Subfactor 1 Garanție extinsă acordată serviciilor de mentenanță	Componenta tehnică	10% Punctaj maxim 10
Subfactor 2 Demonstrarea unei metodologii adecvate de implementare a contractului	Componenta tehnică	6% Punctaj maxim 6

Factorii de evaluare cuprinși în documentația de atribuire au fost raportați la obiectul contractului ce urmează să fie atribuit, la nevoia concretă a autorității contractante și avantajele pe care aceasta le urmărește prin punctarea suplimentară a unor cerințe.

Arată că încadrarea serviciilor de mentenanță în categoria prestațiilor intelectuale, așa cum consideră contestatoarea, și determinarea ponderii factorului de evaluare preț la 40% ar fi condus la distorsionarea rezultatului procedurii de atribuire și încălcarea scopului și

principiilor achizițiilor publice, așa cum sunt definite în legislația națională în materie.

2. În ceea ce privește a doua critică din contestație, privind „existența unor clauze nescrise”, care vizează resursele umane ale ofertanților, potrivit prevederilor art. 3 alin. (1) din Instrucțiunea nr. 1/2017, categoria de personal a experților/expertilor-cheie nu este considerată criteriu de calificare și selecție în raport cu operatorul economic care este ofertant în procedura de atribuire, aceștia răspunzând de realizarea efectivă a proceselor de execuție aferente implementării respectivului contract și experiența lor influențând calitatea rezultatului ce trebuie atins prin contractul în cauză.

Arată că autoritatea contractantă a solicitat informații și documente doveditoare în legătură cu aptitudinile profesionale ale experților/expertilor-cheie prin intermediul specificațiilor tehnice ale caietului de sarcini, ca parte a propunerii tehnice, acestea neregăsindu-se în structura fișei de date, nefiind criteriu de calificare privind capacitatea ofertanților;

Astfel, afirmația contestatorului *„Aceste cerințe indicate în caietul de sarcini reprezintă, în mod indubitabil, criterii de calificare (privind capacitatea) care, în lipsa preluării în anunțul de participare, reprezintă clauze nescrise ”* este eronată.

În mod similar, consideră eronată și afirmația *„Cerințele privind calificările educaționale, experiența profesională, competențele specifice și disponibilitatea de a se implica în contract reprezintă veritabile criterii de calificare, motiv pentru care, pentru a produce efecte, respectivele cerințe trebuie să fie menționate în mod explicit în anunțul de participare”*.

Autoritatea contractantă nu a introdus criterii de calificare cu privire la calificarea/experiența profesională a ofertanților, ci doar a intenționat să se asigure că serviciile care fac obiectul prezentei proceduri vor fi prestate cu profesionalism de personal specializat.

Concluzionând, autoritatea contractantă arată că are pârghiile legale de a institui măsura solicitării experților/expertilor-cheie prin intermediul specificațiilor tehnice ale caietului de sarcini, ca o măsură de precauție menită să asigure implicarea reală și efectivă a experților în cauză, în derularea efectivă a contractului și nu în calificarea ofertantului la procedura de atribuire, această solicitare nefiind de natură a încălca legislația privind achizițiile publice.

Prin adresa nr., înregistrată la Consiliu cu nr., autoritatea contractantă a transmis dosarul achiziției.

Consiliul constată că societatea a înaintat Consiliului, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr., emisă de, în

data de, stabilită potrivit art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, în cuantum de lei.

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

....., în calitate de autoritatea contractantă a organizat procedura de licitație deschisă în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând anunțul de participare nr., criteriul de atribuire fiind „cel mai bun raport calitate-preț”, data deschiderii ofertelor fiind stabilită pentru, ora 15:00. Valoarea totală estimată a contractului ce urmează a fi atribuit este de lei, fără TVA.

Nemulțumită de conținutul documentației de atribuire, ... a formulat prezenta contestație solicitând cele menționate în partea introductivă.

O primă critică a contestatoarei este îndreptată împotriva factorului de evaluare *preț*, a cărui pondere, în opinia sa, conform art. 32 alin. (6) din HG nr. 395/2016, nu poate fi mai mare de 40%.

În apărare, autoritatea contractantă arată că obiectul contractului include mentenanță și asistență tehnică care nu intră în sfera contractelor de servicii care presupun prestații intelectuale.

Consiliul reține, în soluționare, că autoritatea contractantă a optat pentru criteriul de atribuire *cel mai bun raport calitate-preț*, stabilind pentru factorul de evaluare *prețul ofertei*, o pondere de 84%.

Dispozițiile art. 32 alin. (6) din HG nr. 395/2016, invocate de contestator prevăd următoarele: „În aplicarea art. 187 alin. (8) și (9) din Lege, în cazul contractelor de servicii având ca obiect prestații intelectuale,

cum ar fi cele de consultanță/asistență tehnică, elaborare studii, proiectare sau supervizare, aferente unor proiecte de complexitate ridicată, criteriul de atribuire prevăzut la alin. (1) se aplică în mod obligatoriu, iar ponderea alocată factorului preț nu poate fi mai mare de 40%”.

În aceste condiții, Consiliul stabilește că legiuitorul a interzis alocarea unei ponderi mai mari de 40% factorului de evaluare *preț*, în situația unor proceduri având ca obiect atribuirea contractelor de tipul explicit precizate, respectiv a *„contractelor de servicii având ca obiect prestații intelectuale, cum ar fi cele de consultanță/asistență tehnică, elaborare studii, proiectare sau supervizare, aferente unor proiecte de complexitate ridicată”*.

Consiliul constată că potrivit susținerilor autorității contractante și a informațiilor din anunțul de participare, obiectul contractului supus prezentei proceduri este denumit: „.....”.

Cu toate acestea, în caietul de sarcini, la cap. 2) *Contextul realizării acestei achiziții de servicii*, se prevăd următoarele: «*Direcția Administrare pentru Comunicații și Tehnologia Informației (DACTI) lansează procedura pentru:*

- ***îmbunătățirea și adaptarea funcționalităților sistemului informatic SIMIEOP*** destinat monitorizării evenimentelor și riscurilor asociate situației operative generate de fenomene infracționale cu efecte deosebite (ex: consum de droguri, migrațiune ilegală, infracțiuni cu violență și situații de urgență);

- ***dezvoltarea unui modul pentru implementarea unor tehnici avansate de analiză a datelor***, cum ar fi învățarea automată, care poate ajuta la prezicerea și identificarea zonelor sau persoanelor cu risc criminogen;

- ***îmbunătățirea performanței și a ușurinței de utilizare a aplicației SIMIEOP*** prin optimizarea timpului de răspuns și a interfeței grafice, pentru a oferi o experiență fluidă și intuitivă;

- ***actualizarea serviciilor integrate cu alte sisteme și platforme***, pentru a maximiza eficiența și eficacitatea SIMIEOP, este esențială să se asigure că sistemul poate comunica și colabora eficient cu alte sisteme și platforme utilizate de structurile de ordine și siguranță publică», care se regăsesc în sfera celor indicate în textul citat (prevederea legală enunțată fiind imperativă, iar enumerarea din cadrul său limitativă).

Așadar, caietul de sarcini cuprinde, preponderent, activități care un profund caracter intelectual, nefiind doar simple servicii repetitive, de întreținere și reparații. De altfel, achizitorul arată, în punctul de vedere că experții au rol determinant în acest contract, *„aceștia răspunzând de realizarea efectivă a proceselor de execuție aferente implementării respectivului contract și experiența lor influențând calitatea rezultatului*

ce trebuie atins prin contractul în cauză”. Unitatea militară arată, în punctul de vedere, că este interesată de aptitudinile profesionale ale experților, de profesionalismul acestora.

Importanța pe care autoritatea contractantă o acordă experților reiese cu evidență tocmai din caietul de sarcini, în care s-au impus veritabile criterii de calificare privitoare la resursa umană ce va fi implicată în contract, respectiv prezentarea de autorizații, CV etc.

Întrucât profesionalismul experților constituie pentru achizitor un element de conformitate al ofertei, respectiv un element eliminativ, în cazul în care nu s-ar face dovada lui, este cât se poate de clară importanța acordată serviciilor prestate de aceștia.

Astfel, punctul de vedere al achizitorului, privitor la lipsa caracterului intelectual al serviciilor ce urmează a fi prestate, este contrazis chiar de caietul de sarcini, dar și de opinia achizitorului față de păstrarea cerințelor de personal în caietul de sarcini.

În acest sens, sunt relevante dispozițiile art. 3 alin. (6) din Instrucțiunea ANAP nr. 1/2017 (invocată și de achizitor): „În cazul contractelor ce includ **o componentă semnificativă de servicii având ca obiect prestații intelectuale** care presupun activități cu nivel de complexitate ridicat, **situație în care calitatea personalului prevăzut la alin. (1) are un impact semnificativ** asupra calității executării respectivelor contracte, calificarea, experiența profesională și/sau modul de organizare reprezintă caracteristici ale ofertei, ce descriu, în fapt, nivelul tehnic sau funcțional al acesteia, fiind considerate un avantaj calitativ ce poate fi punctat. În acest caz, calificarea, experiența profesională și/sau modul de organizare a personalului-**cheie se utilizează ca factori de evaluare** în cadrul criteriului de atribuire preț-calitate/cost-calitate.”

În consecință, în procedură, devin incidente următoarele prevederi:

- art. 187 din Legea nr. 98/2016:

„(8) Autoritatea contractantă nu va utiliza costul cel mai scăzut/prețul cel mai scăzut drept criteriu de atribuire în cazul:

a) categoriilor de contracte de achiziție publică/acorduri-cadru de lucrări sau de servicii care au ca obiect servicii intelectuale;

b) contractelor de achiziție publică/acorduri-cadru de proiectare și execuție sau de servicii care sunt aferente proiectelor de infrastructură de transport transeuropene, așa cum sunt definite în prezenta lege, și drumuri județene.

c) anumitor categorii de contracte de achiziție publică/acorduri-cadru de produse care au impact asupra mediului, pe durata întregului ciclu de viață.

(9) Categoriile de contracte de achiziție publică/acorduri- cadru prevăzute la alin. (8), precum și ponderea maximă pe care elementul preț sau cost o poate avea în cadrul criteriului de atribuire a acestor contracte se stabilesc prin normele metodologice de aplicare a prezentei legi.”

- art. 32 alin. (6) din HG nr. 395/2016:

„Criteriile de atribuire prevăzute la alin. (1) se aplică în mod obligatoriu în cazul contractelor de achiziție publică/acordurilor-cadru prevăzute la art. 187 alin. (8) din Lege, iar ponderea alocată factorului preț nu poate fi mai mare de 40%.”

În aceste condiții, Consiliul va obliga autoritatea contractantă la modificarea factorului de evaluare, în sensul respectării dispozițiilor art. 32 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

Procedând la analiza celei de-a doua critici privind existența unor clauze nescrise, în caietul de sarcini, la pct. 10.1 Cerințe privind personalul de coordonare și 10.2 Cerințe privind experții cheie, Consiliul reține că acestea nu reprezintă specificații tehnice ale serviciilor (în sensul dispozițiilor art. 20 alin. (10) și alin. (11) din HG nr. 395/2016) necesar a fi evaluată în etapa tehnică, ci ține de capacitatea ofertantului de a executa contractul de achiziție publică, încadrându-se astfel în categoria cerințelor de calificare, așa cum sunt acestea definite de legiuitor.

Relevante în soluționarea prezentei critici, sunt următoarele prevederi legale:

- art. 172 din Legea nr. 98/2016: „(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii de capacitate referitoare la:

a) capacitatea de exercitare a activității profesionale;

b) situația economică și financiară;

c) capacitatea tehnică și profesională.

(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune operatorilor economici alte cerințe de capacitate privind participarea la procedura de atribuire față de cele prevăzute la alin. (1).

(3) Autoritatea contractantă stabilește numai cerințe de participare care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că un candidat/ofertant are capacitatea juridică și financiară și competențele tehnice și profesionale pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru care urmează să fie atribuit.

(4) Autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens.

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

- art. 30 din HG nr. 395/2016: „(1) Autoritatea contractantă poate utiliza criteriile de calificare atunci când aplică orice procedură de atribuire.

(2) Autoritatea contractantă stabilește criteriile de selecție în cadrul documentației de atribuire atunci când aplică în cadrul procedurii de atribuire etapa de selecție a candidaților și trebuie să se raporteze la criteriile de calificare stabilite prin documentația de atribuire.

(3) Criteriile de selecție pot privi numai situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională și trebuie să se raporteze la criteriile de calificare ce au fost stabilite de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire.

(4) Criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/simplificat/de concurs.

(5) Autoritatea contractantă are obligația să precizeze în anunțul de participare și în documentația de atribuire modalitatea de acordare a punctajului pe baza căruia se va realiza clasamentul candidaților, ori de câte ori urmează să realizeze o selecție a acestora.

(6) Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise”;

- art. 29 alin. (1) din HG nr. 395/2016: „ (1) Criteriile de calificare privind capacitatea au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare”.

Din interpretarea textelor legale mai sus menționate, rezultă că autoritatea contractantă are dreptul și libertatea de a stabili cerințe de calificare privind capacitatea tehnică/profesională a ofertanților, ce au ca scop demonstrarea potențialului tehnic/organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta va fi declarată câștigătoare, **sub condiția ca aceste cerințe să fie incluse în anunțul de participare, stabilirea acestora doar în caietul de sarcini fiind considerate clauze nescrise.**

Raportat la faptul că cerințele de calificare privind capacitatea tehnică a ofertantului se stabilesc la nivelul anunțului de participare, Consiliul reține că, în prezenta procedură, printre condițiile de participare regăsite la punctele III.1., autoritatea contractantă nu a menționat nicio cerință prin care ofertanții erau ținuti să facă dovada personalului de coordonare și a experților cheie, cerințe care, pentru a fi opozabile, trebuiau prevăzute în anunțul de participare, motiv pentru care, în cazul analizat, se constată că, și în ipoteza solicitării cerințelor în caietul de sarcini, acestea reprezintă clauze nescrise care nu pot produce niciun efect și, prin urmare, nu pot fi folosite ca motiv pentru respingerea unei oferte.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere și Hotărârea pronunțată la data 26.01.2023 în cauza C-403/21 având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, CJUE s-a pronunțat astfel:

*„68 Astfel cum reiese din răspunsul dat la prima întrebare, pentru a nu a lipsi de substanță larga putere de apreciere de care dispune autoritatea contractantă pentru a stabili criteriile de selecție pe care intenționează să le impună operatorilor economici drept condiții de participare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții, obligațiile rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități legate de un contract de achiziții publice care urmează să fie atribuit **nu se pot adăuga de drept în calitate de criterii de selecție la criteriile menționate expres în documentele acestui contract.***

Prin urmare, este necesar să se răspundă la a doua întrebare că principiile proporționalității și transparenței garantate la articolul 18 alineatul (1) primul paragraf din Directiva 2014/24 trebuie interpretate în sensul că **se opun ca documentele achiziției să fie completate de drept cu criterii de calificare rezultate din reglementări speciale aplicabile unor activități legate de contractul ce urmează să fie atribuit care nu au fost prevăzute în aceste documente și pe care autoritatea contractantă nu a intenționat să le impună operatorilor economici în cauză**".

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept expuse, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite, în parte, contestația formulată de, în contradictoriu cu și va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de maximum 10 zile de la primirea deciziei, să remedieze documentația de atribuire cu respectarea celor evocate în motivare, să aducă modificările efectuate la cunoștința operatorilor economici interesați prin publicarea în SEAP și să stabilească o nouă dată limită pentru depunerea ofertelor.

Având în vedere stadiul procedurii, precum și măsurile de remediere dispuse, Consiliul va respinge, ca nefondată, cererea de anulare a procedurii.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei,

respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de, în contradictoriu cu și obligă autoritatea contractantă ca, în termen de maximum 10 zile de la primirea deciziei, să remedieze documentația de atribuire cu respectarea celor evocate în motivare, să aducă modificările efectuate la cunoștință operatorilor economici interesați prin publicarea în SEAP și să stabilească o nouă dată limită pentru depunerea ofertelor.

Respinge, ca nefondată, cererea de anulare a procedurii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....