

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....

Data:...

Prin contestația nr...., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr...., formulată de către... SRL, cu sediul social în..., Str.... nr...., Clădirea C8, et 1, ap birou 2, înmatriculată la registrul comerțului cu nr...., având cod unic de înregistrare RO..., reprezentată de ..., împotriva întregii documentații de atribuire, inclusiv împotriva fișei de date și împotriva instrucțiunilor către ofertanți pentru proiectare și execuție, emis de către... cu sediul în... Str.... nr...., sector..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul licitației deschise, organizată în vederea încheierii contractului având ca obiect „...”, inițiată prin publicarea în SEAP a *anunțului de participare simplificat nr...., s-a solicitat:*

Obligarea autorității contractante la adoptarea de măsuri de remediere în sensul modificării criteriilor de atribuire prin eliminarea/diminuarea factorului de evaluare Metodologia de realizare a contractului și resurselor tehnice și umane în corelare cu specificul și complexitatea activităților, factor de evaluare ce are o pondere de 16%, precum și obligarea autorității contractante la stabilirea unui alt, factor de evaluare care să poată fi analizat în mod obiectiv de către autoritatea contractantă.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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 ... SRL solicită cele redate în partea introductivă.

Contestatoarea formulează contestația împotriva documentației de atribuire aferente procedurii pentru proiectarea și execuția ... din ..., solicitând modificarea criteriilor de atribuire, în special eliminarea sau

diminuarea ponderii factorului de evaluare „Metodologia de realizare a contractului și planificarea resurselor tehnice și umane”.

Aceasta consideră că acest factor, având o pondere de 16%, este definit în mod ambiguu și permite autorității contractante o apreciere subiectivă, fapt ce încalcă principiile transparenței, tratamentului egal și obiectivității. Prezentarea solicitată este una proprie fiecărui operator economic, iar evaluarea ei nu poate fi realizată într-un mod obiectiv și comparabil.

Contestatoarea subliniază că includerea acestui criteriu creează premisele acordării contractului unor oferte mai scumpe, în detrimentul celor cu prețuri mai avantajoase. Acest lucru este demonstrat prin simulări de evaluare în care, din cauza punctajului diferit acordat metodologiei, ofertanți cu prețuri mai mari pot câștiga licitația.

De asemenea, se menționează lipsa unui algoritm clar de calcul și faptul că documentația de atribuire nu oferă suficiente detalii pentru o informare corectă și completă a ofertanților. Contestatoarea susține că acest mod de evaluare contravine dispozițiilor legale privind achizițiile publice, care impun transparență, proporționalitate și tratament egal pentru toți participanții.

În concluzie, contestatoarea solicită admiterea contestației și obligarea autorității contractante la adoptarea unor măsuri de remediere, respectiv modificarea criteriilor de atribuire prin eliminarea sau diminuarea factorului de evaluare subiectiv privind metodologia și planificarea resurselor.

În punctul său de vedere nr.... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr...., autoritatea contractantă:

Își exprimă punctul de vedere cu privire la contestația formulată de contestatoare, care solicită modificarea criteriilor de atribuire prin eliminarea sau diminuarea ponderii factorului de evaluare „Metodologia de realizare a contractului și planificarea resurselor tehnice și umane”. Aceasta consideră că cerința este legală, justificată și proporțională cu natura contractului de proiectare și execuție.

Se arată că factorul contestat, cu o pondere de 16%, face parte dintr-un ansamblu de factori tehnici care, alături de componenta financiară (40%), contribuie la evaluarea ofertei în baza celui mai bun raport calitate-preț. Autoritatea contractantă susține că acest sistem asigură o echilibrare între preț și calitate, stimulând ofertanții să depună propuneri coerente și fundamentate.

Contractul are o durată de 106 luni și vizează realizarea a 12, 70 km de autostradă. Având în vedere specificul contractului, care implică atât proiectare cât și execuție, este esențial ca ofertanții să demonstreze, prin metodologie, o înțelegere detaliată a cerințelor tehnice și să coreleze activitățile cu resursele alocate.

Autoritatea contractantă explică faptul că factorul de evaluare este structurat în intervale clare de punctare, iar punctajul maxim este acordat doar ofertelor care demonstrează o abordare coerentă, detaliată și corelată cu specificul activităților. De asemenea, în documentație sunt inserate note explicative privind modul de acordare a punctajului și informațiile care trebuie incluse în ofertă.

Referitor la ipotezele de calcul invocate de contestatoare, autoritatea contractantă le consideră simple speculații care pot fi aplicate oricărui factor de evaluare, fără a dovedi vreo distorsionare a rezultatului.

Se reiterează faptul că factorii de evaluare au fost stabiliți cu respectarea legislației și că ponderea acordată componentei financiare nu poate depăși 40% în cazul contractelor de tip proiectare și execuție. Factorul de evaluare privind metodologia este necesar pentru a diferenția în mod obiectiv nivelul de pregătire și înțelegere al ofertanților, fiind esențial în cadrul unui contract în care antreprenorul este și proiectant.

În concluzie, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca neîntemeiată, susținând că cerințele procedurii de atribuire sunt conforme, justificate și formulate în mod clar, fără a aduce atingere principiilor care guvernează achizițiile publice.

În completarea punctul său de vedere nr.... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr...., autoritatea contractantă revine cu următoarele:

Contestatoarea solicită înlocuirea factorului de evaluare privind metodologia de realizare a contractului. Autoritatea contractantă susține însă că a utilizat în mod corect criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț”, conform prevederilor legale, stabilind o pondere de 40% pentru componenta financiară și... % pentru cea tehnică, detaliată pe factori precum metodologia (16%), utilizarea BIM (6%), experiența experților-cheie (28%), incluziune socială (5%) și sustenabilitate (5%).

Autoritatea contractantă arată că metodologia are un rol esențial într-un contract de tip proiectare și execuție, unde antreprenorul este și proiectant, iar calitatea soluției tehnice influențează direct calitatea execuției. Punctajul aferent acestui factor este acordat în funcție de gradul de detaliere și de caracterul sustenabil al propunerii, iar sistemul de evaluare este structurat pe intervale clare: 16 puncte pentru o prezentare completă și sustenabilă, 12 puncte pentru lipsa unor elemente-cheie, și 9 puncte pentru o înțelegere limitată.

Evaluarea se bazează pe criterii verificabile, nu pe aprecieri subiective. Factorii de evaluare au fost stabiliți în legătură directă cu obiectul contractului și permit departajarea obiectivă între oferte. De asemenea, aceștia reflectă un avantaj concret pentru autoritatea contractantă și nu distorsionează rezultatul procedurii.

Autoritatea contractantă consideră că cerințele din documentația de atribuire sunt clare, proporționale și conforme cu legislația. Nu s-au prezentat argumente sau probe concrete care să justifice modificarea factorului de evaluare sau să demonstreze încălcarea prevederilor legale.

Concluzie: Autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată și susține că metodologia criticată a fost formulată în mod transparent, echilibrat și legal.

Analizând conținutul dosarului cauzei... a transmis recipisa de consemnare nr.... eliberată de CEC BANK Sucursala ..., la data de..., din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de..., pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr.....

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „...”, *prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr.....* Valoarea estimată a contractului de furnizare este de..., iar criteriul de atribuire „Cel mai bun raport calitate – preț”.

Contestatorul este nemulțumit de factorul de evaluare stabilit de autoritatea contractantă respectiv „*Metodologia de realizare a contractului si planificarea resurselor tehnice si umane in corelare cu specificul si complexitatea activităților*”.

În soluționare Consiliul constată că, în anunțul de participare și în fișa de date a achiziției... a prevăzut factorul de evaluare „*Metodologia de realizare a contractului și planificarea resurselor tehnice și umane în corelare cu specificul și complexitatea activităților*”, având alocate maximum 16 de puncte, cu următorul algoritm de punctare:

„Algoritm de calcul:

1. *Autoritatea Contractanta acorda 16 puncte pentru ofertanții care prezintă o metodologie de implementare a contractului care demonstrează o foarte bună înțelegere a activităților stabilite în Cerințele Beneficiarului, precum și o bună documentare/ analiza a proiectului.*

2. *Autoritatea Contractanta acorda 12 puncte pentru ofertanții care prezintă o metodologie de implementare a contractului care demonstrează o bună înțelegere a activităților stabilite în Cerințele Beneficiarului.*

3. *Autoritatea Contractanta acorda 9 puncte pentru ofertanții care prezintă o metodologie de implementare a contractului care demonstrează o înțelegere limitată atât a sub-activităților care compun activitățile de proiectare si execuție prevăzute în Cerințele Beneficiarului, cat si in ceea ce privește corelarea acestora cu resursele tehnice si umane necesare realizării contractului.*

Pentru obținerea punctajului maxim de 16 puncte, vor fi utilizate ambele tipuri de mijloace de transport „prietenos cu mediul”. Ofertantul va prezenta o declarație prin care își va asuma că va utiliza ca număr de mijloace de

transport rutier sustenabil, minim 3 Autobasculante cu propulsie electrica și/sau hibridă din cele... autobasculante....2.5) - Criterii de atribuire instrucțiuni pentru ofertanți”.

În cadrul instrucțiunilor pentru ofertanți postate în SEAP sub identificatorul „[CN... /...] Instrucțiuni_Ptr_Ofertanti_semnat.pdf” autoritatea contractantă a explicat modalitatea de punctare a fiecărui element asociat respectivului factor, reluând informațiile redade mai sus și adăugând:

„Descriere criteriu:

Descrierea, reprezentarea grafică și planificare activităților contractului în corelare cu resursele tehnice și umane raportat la specificul și complexitatea activităților.

Algoritm de calcul:

1. Autoritatea Contractanta acorda 16 puncte pentru ofertanții care prezintă o metodologie de implementare a contractului care demonstrează o foarte bună înțelegere a activităților stabilite în Cerințele Beneficiarului, precum și o bună documentare/analiza a proiectului.

În vederea obținerii celor 16 puncte acordate, metodologia de implementare a contractului va trebui să conțină cel puțin următoarele:

a) descrierea TUTUROR sub-activităților care compun activitățile de proiectare și execuție prevăzute în Cerințele Beneficiarului, în succesiunea normală a acestora, și în corelare INTEGRALĂ cu resursele tehnice și umane necesare proiectării și execuției referitoare la:

- numărul și specialitățile personalului propus (cel puțin personalul solicitat prin Cerințele Beneficiarului atât pentru activitatea de proiectare, cât și pentru cea de execuție, precum și orice alt personal necesar realizării contractului),

- facilitățile/dotările tehnice specifice execuției Lucrărilor (cel puțin echipamentele / utilajele / instalațiile minim solicitate prin Cerințele Beneficiarului).

- principalele materiale ce vor fi puse în opera în vederea realizării Lucrărilor, ținând cont de obiectele de construcții ce intră în alcătuirea Lucrărilor, precum și de soluțiile tehnice adoptate;

- utilizarea de metodologii favorabile protecției mediului înconjurător, care să conducă la reducerea impactului asupra mediului prin:

- transportul de la sursa / furnizor la șantier a principalelor materiale utilizate (agregate, ciment, fier-beton, prefabricate, armături, parapete) prin utilizarea alternativelor de transport

„prietenoase cu mediu”:

- transport pe calea...

- mijloace de transport rutier sustenabile (propulsie exclusiv electrica și/sau hibridă);

b) reprezentarea grafică și descrierea:

- activităților aferente studiilor de teren pentru realizarea activității de proiectare

- activităților de coordonare a proiectării lucrărilor aferente utilităților;

- tuturor sub-activităților aferente etapei de execuție a lucrărilor.

c) descrierea rolului echipei de proiectare în realizarea contractului și interacțiunea acesteia cu echipa de coordonare a execuției lucrărilor

d) prezentarea managementului general al contractului, prin prisma interacțiunii cu personalul de management al Autorității Contractante, cu personalul Supraveghetorului, cu personalul Autorităților publice implicate în emiterea diverselor avize (inclusiv în ceea ce privește verificatorii autorizați).

2. Autoritatea Contractantă acordă 12 puncte pentru ofertanții care prezintă o metodologie de implementare a contractului care demonstrează o bună înțelegere a activităților stabilite în Cerințele Beneficiarului.

În vederea obținerii celor 12 puncte acordate, metodologia de implementare a contractului va trebui să conțină cel puțin următoarele:

a) descrierea MAJORITATII sub-activităților care compun activitățile de proiectare și execuție prevăzute în Cerințele Beneficiarului, în succesiunea normală a acestora, și în corelare PARTIALĂ cu resursele tehnice și umane necesare proiectării și execuției referitoare la:

- numărul și specialitățile personalului propus (cel puțin personalul solicitat prin Cerințele Beneficiarului atât pentru activitatea de proiectare, cât și pentru cea de execuție, precum și orice alt personal necesar realizării contractului),

- facilitățile/dotările tehnice specifice execuției Lucrărilor (cel puțin echipamentele/utilajele/ instalațiile minim solicitate prin Cerințele Beneficiarului).

- principalele materiale ce vor fi puse în opera în vederea realizării Lucrărilor, ținând cont de obiectele de construcții ce intra în alcătuirea Lucrărilor, precum și de soluțiile tehnice adoptate;

- utilizarea de metodologii favorabile protecției mediului înconjurător, care să conducă la reducerea impactului asupra mediului prin:

- transportul de la sursă / furnizor la șantier a principalelor materiale utilizate (agregate, ciment, fier-beton, prefabricate, armături, parapete) prin utilizarea alternativelor de transport "prietenoase cu mediu", respectiv transport pe calea....

b) reprezentarea grafică și descrierea:

- activităților aferente studiilor de teren pentru realizarea activității de proiectare

- activităților de coordonare a proiectării lucrărilor aferente utilităților;

- tuturor sub-activităților aferente etapei de execuție a lucrărilor.

c) descrierea rolului echipei de proiectare în realizarea contractului și interacțiunea acesteia cu echipa de coordonare a execuției lucrărilor

3. Autoritatea Contractantă acordă 9 puncte pentru ofertanții care prezintă o metodologie de implementare a contractului care demonstrează o înțelegere limitată atât a sub-activităților care compun activitățile de proiectare și execuție prevăzute în Cerințele Beneficiarului, cât și în ceea ce privește corelarea acestora cu resursele tehnice și umane necesare realizării contractului.

Nota 1: Autoritatea Contractantă nu acordă punctaje intermediare. În cazul în care nu sunt îndeplinite toate condițiile în mod cumulativ (prevăzute la lit. a, b, c și d) pentru acordarea punctajului conform punctului 1 din

algoritmul de calcul, Comisia de evaluare va verifica îndeplinirea condițiilor prevăzute la următoarele intervale de punctare (punctul 2 și respectiv punctul 3).

Nota 2: Punctajele acordate pentru fiecare dintre intervalele prevăzute la punctele 1, 2 și 3 din cadrul algoritmului de calcul nu se cumulează, punctajul maxim ce poate fi acordat fiind de 16 puncte, conform intervalului de punctare prevăzut la punctul 1.

Nota 3: Termenul de "Activități", menționat în cadrul algoritmului de calcul se refera la activitățile prevăzute în toate capitolele din Cerințele Beneficiarului.

Nota 4: Termenul de "Sub-activități" reprezintă ansamblul demersurilor/acțiunilor necesar a fi realizate în vederea îndeplinirii activităților prevăzute în toate capitolele din Cerințele Beneficiarului.

Nota 5: În vederea demonstrării conformității Propunerilor Tehnice, Ofertanții vor trata toate activitățile cuprinse în cadrul Cerințelor Beneficiarului, iar pentru acordarea punctajului conform prezentului algoritm de calcul vor demonstra în mod corespunzător și îndeplinirea condiționalităților suplimentare prevăzute în cadrul fiecărui interval de punctare (1, 2 sau 3, după caz).

Nota 6: Ofertanții vor evidenția numărul... kilometri aferenți transportului pe calea... numărul... kilometrii parcurși cu mijloace de transport rutier sustenabile pentru fiecare material utilizat (agregate, ciment, fier-beton, prefabricate, armaturi, parapete).

Nota 7: Ofertanții vor prezenta pentru fiecare mijloc de transport rutier sustenabil (propulsie exclusiv electrică și/sau hibridă) documente justificative (certificate de înmatriculare, cărți tehnice, etc.) din care să reiasă tipul de propulsie (electrică sau hibridă)."

Analizând acest factor de evaluare tehnic și algoritmul de calcul aferent, Consiliul reține că punctarea ofertelor în mod obiectiv nu se poate realiza, respectivul factor fiind prin esența lui de natură subiectivă. Lipsa precizării elementelor concrete ale mecanismului de punctare nu își găsește nicio justificare legală și viciază în întregime orice rezultat al evaluării, devenind imposibilă o eventuală verificare ulterioară a corectitudinii punctării tehnice a ofertelor. Inclusiv Curtea de Justiție a Uniunii Europene a evidențiat că utilizarea criteriilor de atribuire nu trebuie să furnizeze o libertate necondiționată autorităților contractante, autoritățile trebuind să restrângă această libertate prin fixarea unor criterii specifice, relevante pentru obiectul contractului și *măsurabile* sau, cu alte cuvinte, *specific și obiectiv cuantificabile*.

Legislația achizițiilor publice obligă autoritatea contractantă să precizeze, în mod clar și detaliat, în documentația de atribuire factorii de evaluare a ofertei cu ponderile relative ale acestora sau algoritmul de calcul, precum și metodologia concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice. În cazul în referință autoritatea contractantă nu a stabilit în documentație un algoritm de calcul *obiectiv* pentru acest factor de evaluare. Un algoritm cu exprimări de genul (cu titlu de exemplu):

„1. Autoritatea Contractanta acorda 16 puncte pentru ofertanții care prezintă o metodologie de implementare a contractului care demonstrează **o foarte bună înțelegere** a activităților stabilite în Cerințele Beneficiarului, precum și o bună documentare/ analiza a proiectului.

2. Autoritatea Contractanta acorda 12 puncte pentru ofertanții care prezintă o metodologie de implementare a contractului care demonstrează **o bună înțelegere** a activităților stabilite în Cerințele Beneficiarului.

3. Autoritatea Contractanta acorda 9 puncte pentru ofertanții care prezintă o metodologie de implementare a contractului care demonstrează **o înțelegere limitată** atât a sub-activităților care compun activitățile de proiectare și execuție prevăzute în Cerințele Beneficiarului, cât și în ceea ce privește corelarea acestora cu resursele tehnice și umane necesare realizării contractului.”

separat de faptul că este interpretabil/subiectiv și nu asigură informarea ofertanților vizavi de evaluarea și punctarea ofertelor, nu echivalează cu metodologia concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice. În baza algoritmului precizat de autoritate, niciunul dintre membrii comisiei de evaluare nu va putea să justifice de ce, la factorul în discuție, un ofertant a primit 16 puncte, iar altul a primit 12 sau 9 puncte, în ce fel o propunere este mai adecvată sau mai puțin adecvată, înțelegerea contextului este mai bună sau mai puțin bună, abordarea se bazează în mare măsură sau mai mică măsură, ori este mai aplicabilă decât alta. Toate elementele de punctare trebuie să fie clare și cunoscute de către potențialii ofertanți anterior depunerii și evaluării ofertelor, astfel încât fiecare să își poată elabora oferta pentru a obține punctajele maxime, pentru a fi desemnat câștigător. Este vădit că aprecierea pe care o vor efectua membrii comisiei în funcție de factorul expus este una discreționară, interzisă de lege. Deși ar trebui să aibă la bază o aritmetică precisă (cum se întâmplă la factorul de evaluare privind prețul ofertei), în cazul de față, etapa evaluării ofertelor devine una de conjunctură, bazată pe părerea pur subiectivă a fiecărui membru din comisie.

În plus, factorul impune autorității să acorde fiecărui ofertant măcar 9 puncte, deși nu este exclus să existe ofertanți a căror metodologie de implementare a contractului să nu demonstreze nici măcar o înțelegere limitată a ansamblului de elemente reper. Cu alte cuvinte, actualul algoritm nu are în vedere asemenea situații, care nu justifică defel acordarea celor 9 puncte.

În jurisprudența sa (Hotărârea din 22 iunie..., Comisia/ Danemarca, C-243/89, EU: C:...: 257, punctul 37), Curtea de Justiție a Comunităților Europene a stabilit că principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire a contractului de achiziție publică să beneficieze de o analiză *obiectivă* a ofertelor, condiție ce nu se poate îndeplini în speța de față. Respectarea principiului tratamentului egal trebuie să permită garantarea unei

comparații *obiective* a ofertelor și se impune în orice etapă a procedurii. Cu alte cuvinte, regulile jocului trebuie să fie cunoscute de toți ofertanții potențiali și trebuie să se aplice tuturor în același mod. Pe de altă parte, în temeiul principiului transparenței, toate condițiile și modalitățile procedurii de atribuire trebuie să fie formulate în mod clar, precis și univoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât să se permită tuturor operatorilor economici informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să înțeleagă întinderea exactă a acestora și să le interpreteze în același mod.

De pildă, Curtea a precizat domeniul de aplicare al obligației de transparență în Hotărârea din 7 decembrie..., Telaustria și Telefonadress, C-324/98, EU: C:....: 669, punctele 61 și 62. Potrivit instanței comunitare, această obligație are ca scop, în esență, să garanteze că este înlăturat riscul de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Obligația menționată constă în garantarea, în favoarea tuturor potențialilor ofertanți, a unui nivel de publicitate adecvat al procedurii de atribuire, care să permită astfel asigurarea condițiilor concurențiale pe piață și controlul imparțialității procedurii. În final, când ofertanții sunt evaluați, criteriile de atribuire trebuie aplicate în mod obiectiv și uniform tuturor ofertanților – Hotărârea din 18

octombrie..., SIAC Construction, C-... /..., EU: C:....: 553, punctele 42-

44.

Așadar, principiul transparenței implică și controlul imparțialității procedurii de atribuire, pentru a permite oricărui operator interesat să decidă să depună o ofertă pe baza tuturor informațiilor relevante și să garanteze lipsa riscului de favoritism și de comportament arbitrar din partea autorității contractante, să îi circumscrie puterea discreționară (a

se vedea în acest sens Hotărârea din 14 iulie..., ASADE, C-436/20, EU:

C:....: 559, punctul 97).

Inclusiv în Convenția Națiunilor Unite împotriva corupției, adoptată la New York la 31 octombrie..., semnată de România la Merida la 9 decembrie... și ratificată prin Legea nr. 365/2004, se prevede, la art. 9 lit. c): „Fiecare stat parte ia, conform principiilor fundamentale ale sistemului său juridic, măsurile necesare pentru a stabili un sistem corespunzător de achiziții publice care să se bazeze pe transparență, concurență și criterii obiective pentru luarea de decizii și care, între altele, să fie eficiente pentru prevenirea corupției. Aceste

sisteme, pentru aplicarea cărora se poate ține seama de valori-cadru, prevăd mai ales: [...] c) folosirea criteriilor obiective și predeterminate pentru luarea de decizii privind achizițiile publice, cu scopul de a facilita verificarea ulterioară a aplicării corecte a regulilor sau procedurilor”.

Și Directiva... /24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie... privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei... /18/CE, transpusă în dreptul intern prin Legea nr. 98/2016, prevăd că atribuirea contractelor ar trebui realizată pe baza unor criterii obiective care să asigure respectarea principiilor de transparență, de nediscriminare și de egalitate de tratament [a se vedea considerentul (90)]. La rândul ei, legea evocată dispune expres, la art. 189 alin. (1), că autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată. În speță, nimeni nu poate cuantifica – fără a fi acuzat de subiectivism și de eventuala favorizare ori defavorizare a unui ofertant – sintagmele de genul „foarte bună înțelegere”, „bună documentare/analiză”, „bună înțelegere”, „înțelegere limitată”, „corelarea acestora cu resursele tehnice și umane necesare”, „succesiunea normală”, „corelare integrală”, „orice alt personal necesar realizării contractului”, „metodologii favorabile”, „tuturor sub-activităților”, „prezentarea managementului general al contractului, prin prisma interacțiunii”, „descrierea majorității sub-activităților”, „corelare parțială” șamd.

Factorii de evaluare centrați pe concepte vagi, interpretabile sau fortuite sunt lipsiți de obiectivitate și de transparență, în sensul în care comisia de evaluare a ofertelor poate avea propria viziune asupra metodologiei de realizare a contractului și planificării resurselor, opusă ofertanților și discriminatorie pentru aceștia ori pentru unii dintre aceștia, cu riscul vulnerabilizării atribuirii contractului bazat pe suspiciuni sau acuzații de avantajare – interesată sau nu a câștigătorului. Nu trebuie omisă că, inclusiv la nivelul membrilor comisiei de evaluare, punctajele pot fi substanțial diferite, dacă sunt acordate în mod independent de fiecare membru al comisiei.

Ponderea de 16% a factorului este una substanțială (dublă sau triplă), comparativ cu ponderile celorlalți factori tehnici:

- Utilizarea BIM (Building Information Modelling) în cadrul activităților care fac obiectul Contractului - 6%;
- Experiența deținută de managerul de proiect - 7%;
- Experiența deținută de inginerul proiectant de poduri - 5%
- Experiența deținută de șeful echipei de proiectare - 6 %
- Experiența Inginerului Proiectant Drumuri - 5 %
- experiența proiectant tuneluri - 5 %
- creșterea incluziunii sociale - 5%
- emisii de co2 / schimbări climatice - materiale sustenabile pentru construcții - 5 %,

o asemenea pondere substanțială putând altera sau distorsiona rezultatul competiției, stabilirea adjudecatarului devenind discreționară, la discreția manifest subiectivă sau interesată a membrilor comisiei de evaluare.

Concluzionând, în speță, factorul este nelegal din dublă perspectivă, având în vedere pe de o parte subiectivismul aplicării punctajului pe care îl implică iar pe de altă parte a ponderii considerabile acordată acestui factor, ce poate altera rezultatul punctării ofertelor și desemnarea celei câștigătoare în mod transparent și obiectiv.

Pentru factorul criticat nu se stabilește un etalon clar și imparțial: ce înseamnă descrierea tuturor subactivităților ? care este nivelul descrierii ? cine stabilește și ce înseamnă succesiune „normală”? cine stabilește și ce înseamnă corelare, respectiv corelare „integrală”? De pildă, ipotetic, un ofertant poate enumera un număr „infini” de subactivități sau de persoane, rămânând strict la discreția membrilor comisiei să decidă care sunt standardele sau criteriile de validare pentru a le lua în considerare și pentru a le puncta în cadrul descrierii și corelării. Modul de punctare este subiectiv, determinând posibilitatea ca o ofertă să fie evaluată incorect (cu suspiciuni rezonabile de favorizare a câștigătorului), mai cu seamă pe fondul cutumei ofertanților de a își declara confidențiale propunerile tehnice, tocmai pentru a elimina posibilitatea verificării de către competitori a conținutului acestora și a corectitudinii punctării.

De asemenea, trebuie observată lipsa de efecte în utilizarea unor criterii de departajare, cum ar fi *mijloace de transport „prietenos cu mediul”*. În demonstrarea îndeplinirii acestei cerințe, ofertanții trebuie să prezinte declarații. Astfel, fiecare ofertant va declara că utilizează *„mijloace de transport rutier sustenabil”*, dar fără să poată fi verificată informația de către comisia de evaluare. Or, interesul autorității contractante este ca să acorde punctaj maxim ofertei care utilizează metodologii favorabile protecției mediului înconjurător. Însă, acest criteriu nu reflectă avantajele unei oferte, față de ale celorlalți concurenți, ci va fi punctat cu maximum, pe baza declarației ofertantului.

Din teoria autorității pe marginea algoritmului de punctare a factorului amintit, nu reiese cum sunt tratate ofertele pentru care metodologia și planificarea nu îndreptățesc ofertantul să primească nici măcar minimul de 9 puncte, caz pentru care algoritmul ar fi trebuit să prevadă punctajul corespunzător (inclusiv „0”). Această omisiune a autorității este de natură să implice și mai multă subiectivitate în cadrul evaluării ofertelor, în loc să clarifice modul în care se asigură respectarea principiilor din domeniul achizițiilor publice. Între „0” și minimul de 9 puncte alocate factorului amintit este o diferență considerabilă, care depășește punctajele maxime pentru fiecare dintre ceilalți factori tehnici de evaluare, putând schimba rezultatul competiției.

Din notele 4 și 5 regăsite la pct. IV.4.1 – „Modul de prezentare al propunerii tehnice” din fișa de date a achiziției:

„Nota 4: Autoritatea Contractanta va aplica factorii de evaluare privind componenta tehnica doar pentru ofertele declarate admisibile, respectiv acele oferte care nu au fost respinse de comisia de evaluare in urma verificării si evaluării potrivit art.... si art. 133 din H.G. nr. 395/2016.

Nota 5: Autoritatea Contractanta va acorda punctaj numai pentru acele aspecte de natura tehnica suplimentar ofertate fata de cerințele minime ale documentației de atribuire”,

nu se deduce posibilitatea acordării de „0” puncte la factorul de evaluare analizat.

Pe de altă parte, factorul de evaluare tehnic „Metodologia de realizare a contractului și planificarea resurselor tehnice și umane în corelare cu specificul și complexitatea activităților” nu aduce niciun avantaj concret autorității contractante, întrucât obiect al contractului îl formează serviciile de proiectare și lucrările de construire a tronsonului de autostradă estimate valoric la..., fără TVA, nicidecum metodologii și planificări, acestea având caracter atât adiacent obiectului, cât și probabilistic, întrucât durata anticipată a contractului este foarte lungă (106 luni....2.7 din anunțul de participare), riscul intervenirii modificărilor planificării inițiale fiind deopotrivă de ridicat. Totodată, alocarea a 16% din punctajul total pentru expuneri și planificări scriptice, fără niciun impact concret cuantificat și demonstrat la nivelul executării contractului, nu se justifică, mai cu seamă că toate informațiile urmează a fi actualizate ulterior, la momentul finalizării proiectului tehnic, inclusiv graficul de execuție.

Substanța contractului este dată de lucrările de execuție, care se ridică la peste 4 miliarde lei, fără TVA, nicidecum de componenta scriptico-descriptivă ori de servicii de proiectare, verificare, planificare și asistență, care totalizează aproximativ 8 milioane de lei, fără TVA, adică în jur de 0,17% din întreaga valoare estimată a contractului (potrivit graficului anexat referatului de necesitate nr...., fișier „2. Referat de necesitate tr 4 101_... _... _semnat.pdf” de pe suportul electronic de memorie transmis de autoritate).

Sub acest aspect, autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile:

- art. 189 din Legea nr. 98/2016:

„(1) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată.

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

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

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

„(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.”

Raportat la obiectul contractului care urmează a fi atribuit, prin prisma celor reținute și constatând a fi judicioase argumentele contestatorului cu privire la factorului de evaluare „Metodologia de realizare a contractului și planificarea resurselor tehnice și umane în corelare cu specificul și complexitatea activităților”, Consiliul va obliga autoritatea să elimine respectivul factor din cadrul criteriului de atribuire.

Un raționament similar este observat, de pildă, în sentința nr... /F.. din 22 martie... a Curții de Apel Pitești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal:

„Referitor la critica contestatoarei privind factorul de evaluare "Planul de implementare a contractului fezabil/realizarea lucrărilor", petenta arată că pentru modalitatea de atribuire, entitatea contractantă a creat un ansamblu de factori de evaluare obiectivi în legătură directă cu natura și obiectul contractului și care reflectă avantaje evidente calitative și economice pe care aceasta le va obține prin utilizarea acestuia, fiind respectate art. 38 alin. (8) din H.G. nr. 394/2016 actualizată.

Curtea constată că prin Planul de implementare a contractului, achizitorul a stabilit următorul algoritm de calcul:

Se vor acorda 10 puncte, corespunzător calificativului „Foarte bine/ Excepțional”.

a) Pentru acele oferte care vor propune un Plan de implementare a contractului care se subscrie următoarelor situații: Au fost identificate punctele de cheie de control/jaloanele (milestones”), dar acestea se încadrează în cei puțin unui dintre următoarele cazuri:

nu sunt semnificative/relevante prin raportare la cerințele caietului de sarcini și modalitatea efectivă de realizare a activităților;

nu sunt poziționate corect în timp (în graficul de implementare a contractului);

nu sunt corelate corespunzător cu succesiunea logică și cronologică a activităților prezentată în graficul de implementare a contractului;

Principalele activități au fost explicitate în graficul de implementare a contractului, dar acestea nu sunt detaliate în subactivități. Drumul critic nu este aliniat cu metodologia de management propusă pentru implementarea contractului.

Se vor acorda 3 puncte, corespunzător calificativului „Acceptabil/ Satisfăcător/ Parțial relevant”.

b) Pentru acele oferte care vor propune un Plan de implementare a contractului care se subscrie următoarelor situații: Au fost identificate punctele cheie de control/jaloanele (milestones”), dar acestea se încadrează în cel puțin două dintre următoarele cazuri:

sunt parțial (îh mică măsură) semnificative/relevante prin raportare la cerințele caietului de sarcini și modalitatea efectivă de realizare a activităților;

sunt poziționate în mod parțial (în mică măsură) corect în timp (în graficul de implementarea contractului);

sunt corelate corespunzător în mod parțial (în mică măsură) cu succesiunea logică și cronologică a activităților prezentată în graficul de implementare a contractului;

Principalele activități au fost explicitate în graficul de implementare a contractului, și sunt detaliate în subactivități, dar acestea nu acoperă toate operațiunile descrise în metodologia de execuție. Drumul critic este aliniat parțial cu metodologia de management propusă pentru implementarea contractului.

Se vor acorda 6 puncte, corespunzător calificativului „Bine/Adecvat”.

c) Pentru acele oferte care vor propune un Plan de implementare a contractului care se subscrie următoarele situații: Au fost identificate punctele cheie de control/jaloanele ("milestones") dar acestea se încadrează în cel puțin două dintre următoarele cazuri:

sunt relevante în cea mai mare parte/în totalitate prin raportare la cerințele caietului de sarcini și modalitatea efectivă de realizare a activităților;

sunt poziționate în cea mai mare parte/în totalitate corect în timp (în graficul de implementare a contractului);

sunt corelate corespunzător în cea mai mare parte/în totalitate cu succesiunea logică și cronologică a activităților prezentată în graficul de implementare a contractului;

Se completează cu secțiunea Instrucțiuni de elaborare a ofertelor.

Principalele activități au fost explicitate graficul de Implementare a contractului și sunt detaliate în subactivități acoperind toate operațiunile descrise, în metodologia de execuție. Drumul critic este aliniat în cea mai mare parte cu metodologia de management propusă pentru implementarea contractului. Se vor acorda 10 puncte, corespunzător calificativului „Foarte bine/Excepțional”.

Curtea constată că potrivit art. 209 și 211 din Legea 99/2016,

(1) Fără a aduce atingere dispozițiilor legale sau administrative privind prețul anumitor produse ori remunerarea anumitor servicii, entitatea contractantă își bazează decizia de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru, prin utilizarea criteriului oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic.

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

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

a) prețul cel mai scăzut;

b) costul cel mai scăzut;

c) cel mai bun raport calitate-preț;

d) cel mai bun raport calitate-cost.

(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.

(5) Factorii de evaluare prevăzuți la alin. (4) pot viza, printre altele:

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

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

c) serviciile post-vânzare, asistența tehnică și condițiile de livrare, cum ar fi data livrării, procesul de livrare și termenul de livrare sau de finalizare, angajamentele în ceea ce privește piesele și securitatea aprovizionării.

Art. 211) - (1) Entitatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată.

(2) În sensul alin. (1), factorii de evaluare utilizați de entitatea 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.

Curtea constată că, deși potrivit art. 209 din Legea nr. 99/2016, factorii de evaluare care pot fi avuți în vedere în cadrul criteriului cel mai bun raport calitate-preț se referă la calitatea, respectiv, la avantajele tehnice ale lucrării, la servicii post-execuție (asistență tehnică, garanții suplimentare), în cazul planului de implementare prevăzut de entitatea contractantă, departajarea ofertelor nu vizează elemente de calitate a lucrărilor ce vor fi executate, ci modalitatea de respectare a documentației tehnice.

Prin factorul de evaluarea a cărui nelegalitate a fost constatată de C.N.S.C., se încearcă o departajare a ofertanților raportată la modul de detaliere în care își elaborează propunerile tehnice, iar nu la calitatea lucrărilor care va fi executate.

În condițiile în care autoritatea contractantă a introdus acest factor de evaluare pentru ca ofertanții să dovedească realizarea lucrării în parametri optimi, Curtea constată că potrivit art. 209 din Legea 99/2016 factorii de evaluare pot fi utilizați pentru aspecte calitative, iar nu pentru a face dovada veridicității ofertei.

Nu se pot reține criticile din plângere potrivit cărora în mod nelegal a fost eliminat acest factor de evaluare care reflecta un avantaj real pentru entitatea contractantă, întrucât din modul de aplicare a algoritmului de calcul trebuie remarcat subiectivismul ce ar interveni în evaluarea propunerilor tehnice: instrucțiunile de mai sus arată că entitatea contractantă, deși stabilește cerințe minime ce trebuie respectate de ofertanți (și, în caz de neconformare, va respinge oferta), totodată le acordă punctajul minim (3 puncte), dacă nu sunt respectate (de exemplu: jaloanele nu sunt poziționate corect în timp, nu sunt corelate corespunzător cu succesiunea logică); dacă răspund parțial cerințelor tehnice, li se vor aplica 6 puncte; dacă respectă în cea mai mare parte condițiile tehnice, vor primi 10 puncte.

Autoritatea contractantă ar beneficia de libertatea totală de evaluare a ofertelor, neputându-se verifica dacă constatările autorității contractante sunt sau nu întemeiate, pentru că modalitatea de evaluare a acestui factor este concepută de o așa manieră subiectivă încât nu poate fi verificată, prohibită în mod expres de art. 211 din Legea cu nr...., care prevede că entitatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată.

Curtea constată că prin algoritmul de calcul, entitatea s-a abătut de la dispozițiile art. 38 din HG nr. 394/2016, potrivit căruia 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 de aplicare a criteriului de atribuire, iar Consiliul în mod corect a obligat la eliminarea, din cuprinsul criteriului de atribuire, a factorului de evaluare planul de implementare a contractului, plângerea nefiind întemeiată sub acest aspect".

La rândul ei, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a statuat în decizia nr.... din....:

„Pe fondul plângerii, Curtea de Apel reține că potrivit dispozițiilor art. 189 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată. 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.”

De asemenea, Curtea de Apel reține că dispozițiile art. 67 alin. (4), din Directiva (UE) n r. 24 din 26 februarie... privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei... /18/CE prevăd: „Criteriile de atribuire nu au ca efect acordarea unei libertăți de selecție nelimitate autorității contractante. Ele asigură posibilitatea concurenței efective și sunt însoțite de specificații care permit verificarea efectivă a informațiilor furnizate de către ofertanți, în scopul evaluării modului în care ofertele îndeplinesc criteriile de atribuire. În caz de îndoială, autoritățile contractante verifică efectiv exactitatea informațiilor și dovezilor furnizate de ofertanți”.

Raportat la dispozițiile legale mai sus prezentate, Curtea de Apel constată că deși are o marjă de apreciere considerabilă în alegerea și stabilirea criteriilor de atribuire a unui contract de achiziție publică, autoritatea contractantă trebuie, totuși, să stabilească criterii de atribuire suficient de precise așa încât să permită ofertanților și Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor și instanței de judecată să înțeleagă deciziile de admitere/respingere a ofertelor. În acest scop, orice criteriu de atribuire utilizat trebuie să fie clar și univoc astfel încât să dea posibilitatea persoanelor interesate să ia cunoștință de temeiurile măsurii luate pentru a - și valorifica drepturile și, pe de altă parte, să permită instanței să își exercite controlul judiciar.

În speță, astfel cum corect a reținut și Consiliul, sintagmele precum „ mod foarte puțin adecvat” de stabilire a succesiunii activităților din grafic, corelarea „în mică măsură” între durata activităților și complexitatea acestora, „deviații minore” în succesiunea activităților prin raportare la metodologia de execuție a lucrărilor, alinierea „în mare parte” a drumului critic la metodologia de execuție a lucrărilor prezentate conduc la o „libertate de apreciere nelimitată”, expres prohibită de dispoziții le legale imperative, mai sus redată. Expresiile „ mod foarte puțin adecvat”, „în mică măsură”, „deviații minore”, „în mare parte”, fiind lipsite de precizie, vagi, nu pot să asigure respectarea principiilor de transparență, de nediscriminare și de egalitate de tratament, în vederea realizării unei comparații obiectiv e 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.

Curtea de Apel mai constată că argumentele constând în invocarea recomandărilor și avizului Agenției Naționale a Achizițiilor Publice nu pot fi primite câtă vreme este evident că autoritatea contractantă a stabilit criteriile de atribuire cu nesocotirea dispozițiilor legale mai sus evocate, iar recomandările și avizele la care s-a făcut referire nu constituie argumente de legalitate a actelor adoptate.

În consecință, Curtea de Apel va respinge, ca neîntemeiată, plângerea formulată de petenta [...], împotriva deciziei nr. [...] a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor”.

Similar s-a pronunțat și Curtea de apel Constanța, prin Hotărâre nr.... din..., cod RJ... e96 (<https://rejust.ro/juris/...e96>):

„Potrivit prevederilor art.209 alin.(4) din Legea nr. 99/2016, „ (...) 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”, iar conform alin.(5), „Factorii de evaluare prevăzuți la alin. (4) pot viza, printre altele: a) calitatea, inclusiv avantajele tehnice, caracteristicile funcționale, accesibilitatea, conceptul de proiectare pentru toți utilizatorii, caracteristicile sociale, de mediu și inovatoare și comercializarea și condițiile acesteia; b) organizarea, calificarea și experiența personalului desemnat pentru executarea contractului, în cazul în care calitatea personalului desemnat poate să aibă un impact semnificativ asupra nivelului calitativ de executare a contractului; sau c) serviciile post-vânzare, asistența tehnică și condițiile de livrare, cum ar fi data livrării, procesul de livrare și termenul de livrare sau de finalizare, angajamentele în ceea ce privește piesele și securitatea aprovizionării”. Art. 210 din același act normativ prevede: „(1) Factorii de evaluare prevăzuți la art. 209 alin. (4) au legătură directă cu obiectul contractului sectorial/acordului-cadru atunci când se referă în orice mod la produsele, serviciile sau lucrările care urmează a fi furnizate/prestate/executate în temeiul contractului sectorial/acordului-cadru și în orice stadiu al ciclului lor de viață, chiar dacă acești factori nu fac parte din substanța materială a produselor, serviciilor sau lucrărilor respective. (2) În sensul dispozițiilor alin. (1), entitatea contractantă poate avea în vedere factori de evaluare în legătură cu: a) procesul specific de producție, furnizare sau comercializare a lucrărilor, produselor sau serviciilor; b) un proces specific pentru un alt stadiu al ciclului de viață a lucrărilor, produselor sau serviciilor”.

Conform dispozițiilor art. 211, „(1) Entitatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată. (2) În sensul alin. (1), factorii de evaluare utilizați de entitatea 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”. În H.G. nr. 394/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, art. 38, se arată următoarele, în legătură cu factorii de evaluare: „(1) În cazul în care criteriul utilizat este criteriul ”cel mai bun raport calitate-preț” sau ”cel mai bun raport calitate-cost”, astfel cum este prevăzut la art. 209 alin. (3) lit. c) și d) din ####, stabilirea ofertei câștigătoare se realizează prin aplicarea unui sistem de factori de evaluare pentru care se stabilesc ponderi relative sau un algoritm specific de calcul. (2) Factorii de evaluare a ofertelor, precum și algoritmul de punctare prevăzut la alin. (1) se precizează în

mod clar și detaliat în cadrul documentației de atribuire și vor reflecta metodologia de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți, și trebuie să aducă un avantaj real, să nu fie formali și să poată fi urmăriti în cadrul procesului de evaluare a ofertelor și de aplicare a criteriului de atribuire. (3) În aplicarea art. 209 alin. (3) lit. c) și d) din #####, în cazul în care calitatea personalului ce va realiza efectiv activitățile ce fac obiectul contractului sectorial/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit poate să aibă/are un impact semnificativ asupra nivelului de executare și a rezultatului acestuia, factorii de evaluare a ofertelor se vor referi și la organizarea/calificarea și/sau experiența respectivului personal. (...) (8) Atunci când stabilește factorii de evaluare a ofertelor, entitatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori care: a) nu au o legătură directă cu natura și obiectul contractului sectorial/acordului-cadru ce urmează să fie atribuit; b) nu reflectă un avantaj pe care entitatea contractantă îl poate obține prin utilizarea factorului de evaluare respectiv. (9) Ponderea stabilită pentru fiecare factor de evaluare nu trebuie să conducă la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii pentru atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru.

Pentru fiecare factor de evaluare entitatea contractantă are obligația de a stabili o pondere care să reflecte în mod corect: a) importanța caracteristicii tehnice/funcționale considerate a reprezenta un avantaj calitativ, de mediu și/sau social ce poate fi punctat; sau b) quantumul valoric al avantajelor de natură financiară pe care ofertanții le pot oferi prin asumarea unor angajamente suplimentare în raport cu cerințele minime prevăzute în caietul de sarcini sau documentul descriptiv”.

Din interpretarea normelor legale incidente, rezultă că factorii de evaluare trebuie să aibă legătură directă cu natura și cu obiectul contractului, trebuie să asigure o concurență reală între operatorii economici, trebuie să fie însoțiți de prevederi care să permită verificarea efectivă a informațiilor furnizate de către ofertanți și să nu conducă la o libertate de apreciere nelimitată din partea entității contractante.

De asemenea, aceștia trebuie să aducă un avantaj real, care să rezulte, în mod evident, din justificarea lor, să nu fie formali și să poată fi urmăriti în cadrul procesului de evaluare a ofertelor și de aplicare a criteriului de atribuire, iar în cazul în care calitatea personalului ce va realiza efectiv activitățile ce fac obiectul contractului are un impact semnificativ asupra nivelului de executare și a rezultatului acestuia, acești factori de evaluare se pot referi și la calificarea și/sau experiența respectivului personal.

evident că modalitatea efectivă de stabilire a acestor factori de evaluare trebuie să fie clară și neechivocă, să permită analiza concretă, prin criterii obiective, a îndeplinirii cerințelor, astfel încât principiile fundamentale ale derulării procedurilor de achiziție publică să fie respectate.”

Este veridic faptul că Instrucțiunea președintelui Agenției Naționale pentru Achiziții Publice nr.... emisă în aplicarea prevederilor art. 179 lit. g) și art. 187 alin. (8) lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, respectiv a art.... 2 lit. g) și a art. 209 alin. (8) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale prezintă, în anexă, ca exemplu de factor, „demonstrarea unei metodologii adecvate de implementare a contractului, precum și o planificare adecvată a resurselor umane și a activităților”, însă, la fel de veridic este și faptul că acest exemplu nu poate fi aplicat oricărui contract de proiectare și execuție de lucrări, respectiv că el poate constitui un pretext pentru evaluarea subiectivă a ofertelor și atribuirea contractului în mod netransparent sau imposibil de verificat ulterior. De asemenea, separat de ofertanți, membrii comisiei de evaluare nu pot fi puși în situația de a acorda punctaje pe care nu le pot justifica obiectiv și față de care planează riscul favorizării/defavorizării unor ofertanți. Nici pe departe, nu se verifică apărarea autorității contractante în sensul că: „Algoritmul de calcul stabilit pentru acordarea punctajului este unul

simpliciter și nu permite o libertate de apreciere nelimitată din partea comisiei de evaluare.”

Instrucțiunea ANAP recomandă acești factori, dar nu impune autorităților preluarea acestora *tale quale*, ci acestea trebuie să se inspire din ei și să aleagă factori cuantificabili, aplicabili în mod facil și verificabili.

În acest sens, prezintă relevanță concluziile CJUE din Cauza C-... 3/99... Ab... Ab împotriva Helsingin kaupunki, care a stabilit că atunci când autoritatea contractantă decide să atribuiască un contract ofertantului care depune oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, aceasta poate lua în considerare criterii ecologice precum nivelul emisiilor de oxid de azot sau nivelul de zgomot al autobuzelor, cu condiția ca acestea să fie legate de obiectul contractului, **să nu confere autorității o libertate nelimitată de alegere, să fie menționate în mod expres în caietul de sarcini sau în anunțul de licitație și să respecte toate principiile fundamentale ale dreptului comunitar, în special principiul nediscriminării.**

... SRL pretinde Consiliului și să oblige autoritatea contractantă la „stabilirea unui alt factor de evaluare care să poată fi analizat în mod obiectiv”, însă acest capăt de cerere nu poate fi admis, întrucât ar presupune o ingerință a Consiliului în atribuțiile proprii ale autorității, aceasta având libertatea de a concepe și introduce un nou factor de evaluare în locul celui eliminat, de a majora actualele punctaje ale celorlalți factori de evaluare tehnici sau de a diminua punctajul total de la 1... la 84 (ca efect al scăderii celor 16 puncte alocate factorului eliminat). Consiliul nu poate dispune, în sarcina autorității, introducerea altui factor de evaluare, întrucât ar însemna să exercite atribuții de stabilire conținutului documentației care revin autorității (în funcție de criteriile de oportunitate ale acesteia).

Data fiind situația expusă, Consiliul urmează ca, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, să admită în parte contestația... SRL, în contradictoriu cu..., pe care să o oblige la revizuirea documentelor de organizare a procedurii de atribuire prin eliminarea factorului de evaluare „Metodologia de realizare a contractului și planificarea resurselor tehnice și umane în corelare cu specificul și complexitatea activităților”.

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

Admite în parte contestația ... SRL, în contradictoriu cu..., pe care să o oblige la revizuirea documentelor de organizare a procedurii de atribuire prin eliminarea factorului de evaluare „Metodologia de realizare

a contractului și planificarea resurselor *tehnice și umane în corelare cu specificul și complexitatea activităților*.

Respinge ca inadmisibil capătul de cerere privitor la obligarea autorității contractante la stabilirea unui alt factor de evaluare.

Obligatorie.

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.