



În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data: 11.2023

Prin contestația nr., transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr., înaintată de, cu sediul în în calitate de administrator și convențional prin unde solicită și comunicarea tuturor actelor de procedură, împotriva documentației de atribuire și a celor două Răspunsuri consolidate la clarificări, publicate în SEAP la data de, elaborată de, cu sediul în în cadrul licitației simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări/proiectare și executare având ca obiect inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr., s-a solicitat:

➤ în temeiul prevederilor art. 22 alin. (1) din Legea 101/2016, suspendarea procedurii de achiziție publică până la soluționarea prezentei contestații;

➤ în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit. b) din Legea 101/2016, obligarea Autorității contractante să dispună măsuri de remediere în sensul modificării prevederilor documentației de atribuire contestate și a eliminării cerințelor restrictive;

➤ în subsidiar, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016, în situația în care se constată că nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, se solicită Consiliului să dispună anularea procedurii de atribuire;

➤ în temeiul prevederilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de judecarea contestației;

➤ în temeiul prevederilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, se solicită acces la dosarul constituit la Consiliu.

Prin Încheierea nr....., Consiliul a admis cererea de suspendare a procedurii de atribuire, formulată de în contradictoriu cu și, pe cale de consecință, a suspendat procedura de atribuire până la soluționarea cauzei.

**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 critică documentația de atribuire, solicitând cele redată în partea introductivă.

I. Petenta, în partea introductivă a contestației, face o scurtă prezentare a situației de fapt, afirmând că intenția sa este de a depune o ofertă admisibilă și competitivă, dar analizând conținutul Documentației de atribuire, a constatat că aceasta conține varii cerințe restrictive, care exced legislației incidente, așa cum se va prezenta, exhaustiv, în cele ce urmează.

Cu titlu informativ, a precizat că anterior formulării Contestației a solicitat prin intermediul clarificărilor eliminarea cerințelor restrictive, în temeiul art. 160 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, însă autoritatea contractantă nu a procedat la eliminarea cerințelor restrictive, așa cum rezultă din cele 2 (două) Răspunsuri la clarificări, publicate la data de 09.10.2023.

II. Motivele de fapt și de drept pentru care se solicită de către contestatoare suspendarea procedurii de achiziție publică

Având în vedere toate criticile care vizează Documentația de atribuire, contestatoarea a apreciat că, în cauza de față, sunt îndeplinite condițiile impuse de prevederile art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, pentru a se putea dispune suspendarea procedurii de achiziție până la soluționarea contestației, aceasta cu atât mai mult cu cât termenul limită pentru depunerea ofertelor a fost stabilit pentru data de 18.10.2023, cu titlu de jurisprudență, în sensul suspendării procedurii de achiziție publică, până la soluționarea pe fond a contestației, indicând Încheierea nr. 1184/C2/1085,1088 din 27.04.2023, Încheierea nr. 1024/C11/853 din 12.04.2022 și Încheierea nr. 1547/C3/1563 din 01.09.2021 emise de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (pag. 2-4 – Contestație).

Contestatoarea conchide că, din analiza textului legal incident rezultă că, pentru a se putea dispune suspendarea procedurii de achiziție sectorială, este necesară îndeplinirea următoarelor condiții:

✓ să fie vorba despre un caz temeinic justificat;

✓ măsura suspendării să fie necesară pentru prevenirea unei pagube iminente, demonstrând, succesiv, în cuprinsul contestației, îndeplinirea celor două cerințe sus-menționate.

Existența unui caz temeinic justificat

Noțiunea de „caz temeinic justificat” utilizată de legiuitor pentru a desemna una din condițiile ce trebuie întrunite în vederea dispunerii unei

măsurile de suspendare este similară celei întrebuintate de dispozițiile art. 14 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, motiv pentru care contestatoarea a apreciat utilă trimiterea la dispozițiile acestei legi care, de altfel, completează Legea nr. 101/2016, „Cazul bine (temeinic) justificat” fiind definit în art. 2 alin. (1) lit. t) din Legea nr. 554/2004 ca desemnând împrejurările legate de starea de fapt și de drept care sunt de natură să creeze o îndoială serioasă în privința legalității actului administrativ.

Ca jurisprudență invocă Decizia civilă nr. a Înaltei Curți de Casație și Justiție, Secția Contencios Administrativ.

În opinia contestatoarei, argumentele juridice expuse în contestația formulată sunt de natură să evidențieze caracterul nelegal al Documentației de atribuire, susținerile acesteia fiind confirmate de jurisprudența Consiliului, sens în care este pusă la îndoială legalitatea cerințelor impuse prin Documentației de atribuire care face obiectul contestației.

Astfel, fără a proceda la antamarea fondului, dar „pipăind” legalitatea conținutului răspunsului la solicitarea de clarificare, urmează a se reține, consideră contestatoarea, că este necesară suspendarea procedurii de atribuire.

La soluționarea cererii de suspendare contestatoarea a rugat Consiliu, să aibă în vedere faptul că, chiar dacă aspectele de mai sus „pipăie” fondul contestației, potrivit jurisprudenței ÎCCJ - Secția de contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 793/2014, pronunțată în dosarul nr. 4074/2/2013: *„Faptul că instanța de fond a analizat aparența de legalitate a actelor contestate prin prisma fiecărui motiv de nelegalitate invocat prin cererea de suspendare, ceea ce a determinat uneori și o ușoară atingere a fondului nu echivalează cu o cercetare a fondului, astfel încât critica formulată de recurentă în legătură cu acest aspect nu poate fi primită de instanța de control judiciar.”*

În lumina celor mai sus menționate, continuarea procedurii ar echivala cu acordarea unei prime de încurajare în favoarea unei proceduri care conține vădite erori și elemente de nelegalitate, ceea ce este contrar prevederilor legale aplicabile în materie.

III. Motivele de fapt și de drept pentru care contestatoarea solicită modificarea documentației de atribuire, în sensul eliminării cerințelor restrictive.

1. Contestatoarea a solicitat eliminarea factorului de evaluare care vizează modul de corelare a propunerii tehnice cu cerințele din documentația de atribuire, conform Anexa Criterii Atribuire și care reprezintă 40% din punctului total, având în vedere că nu prezintă niciun fel de relevanță pentru procedură, neputându-se face vreo diferențiere între oferte, întrucât la evaluarea ofertei nu pot exista decât cele două cazuri limită, respectiv fie oferta este conformă și primește și un punctaj de 40 puncte pentru acest factor de evaluare, fie oferta este neconformă, caz în care nu se mai face o evaluare cu privire la factorii de evaluare, pentru soluționarea acestei critici, contestatoarea ilustrând cu un extras

relevant din Documentația de atribuire, respectiv din Fișa de date (pag. 7-Contestație).

a) Contestatoarea a indicat punctul 1.B din Anexa Criterii Atribuire, care vizează graficul:

✓ „B. Modul de întocmire a graficului Gantt prin prezentarea tuturor etapelor de execuție, a drumului critic, a jaloanelor precum și a lucrărilor permanente și temporare și descrierea acestora. - 10 puncte.

Necorelarea etapelor din grafic cu modul de descriere al lucrărilor sau lipsa unor etape din grafic atrage neacordarea de punctaj la acest subcriteriu”

✓ În Fișa de date, secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, se indică: „c) programul de execuție (diagrama Gantt) pe luni calendaristice, la nivel de categorie de lucrări (deviz), care să ilustreze succesiunea cronologică de realizare a lucrărilor, ordinea și derularea în timp a activităților pe care ofertantul propune să le îndeplinească pentru realizarea lucrărilor, în special: - lucrările permanente și temporare ce urmează să fie executate, descrierea activităților și subactivităților aferente, durata acestora, cu evidențierea punctelor cheie(jaloanele) în execuția contractului; - drumul critic clar identificat în planificarea activităților; - un deviz ofertă pentru organizarea de șantier- fără valori; - extrasele de resurse materiale, manoperă, utilaj și transport; - declarație privind termenul de garanție acordat lucrărilor executate”

Din punctul de vedere al contestatoarei, acest factor de evaluare nu prezintă niciun fel de relevanță pentru procedură, neputându-se face vreo diferențiere între oferte, întrucât la evaluarea ofertei nu pot exista decât cele două cazuri limită, respectiv fie oferta este conformă și primește punctajul de 10 puncte pentru acest factor de evaluare, fie oferta este neconformă, caz în care nu se mai face o evaluare cu privire la acest factor de evaluare, jurisprudențial, în sensul susținerii acesteia aceasta indicând Decizia CNSC nr. 85/C4/2756, 2758 din 14.01.2021.

b) Contestatoarea a mai indicat și punctul 1.A din Anexa Criterii Atribuire, care vizează modul de corelare a planului de lucru cu operațiunile prevăzute în documentația de atribuire și listele de cantități prin descrierea detaliată a tuturor etapelor și subetapelor de execuție în sistem proces-tehnologic. – 10 puncte.

✓ În Fișa de date, secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnic, se indică:

Propunerea tehnica va conține:

„A) PENTRU PROIECTARE

(..)

B) PENTRU EXECUȚIE:

Prezentarea modului de realizare a lucrărilor (planul propus) care va descrie: a) abordarea din punct de vedere proces tehnologic (metodologia de execuție) pentru realizarea lucrărilor, prin descrierea detaliată în succesiune cronologică a fiecărei operațiuni ce face parte din etapele și subetapele de execuție.”

În mod similar, în această situație, acest factor de evaluare nu prezintă niciun fel de relevanță pentru procedură, neputându-se face vreo diferențiere între oferte, întrucât la evaluarea ofertei nu pot exista decât cele două cazuri limită, respectiv fie oferta este conformă și primește și un punctaj de 10 puncte pentru acest factor de evaluare, fie oferta este neconformă, caz în care nu se mai face o evaluare cu privire la factorii de evaluare, conchide contestatoarea.

c) Se mai indică de către contestatoare și punctul 1. C din Anexa Criterii Atribuire, care vizează:

✓ *„Planul calității: proceduri tehnice de execuție. Pentru prezentarea corectă a tuturor procedurilor tehnice de execuție aplicate și adaptate la lucrarea de față se vor acorda 10 puncte.*

Prezentarea de proceduri tehnice care nu au aplicabilitate sau prezentarea în cadrul unor proceduri de activități și/sau materiale/echipamente sau utilaje ce nu au legătură cu investiția de față, nu vor primi punctaj la acest subcriteriu. De asemenea, prezentarea unui plan de control al calității, verificări și încercări ce nu este corelat cu toate procedurile tehnice de execuție va atrage neacordarea de punctaj la acest subcriteriu”

✓ În Fișa de date, secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, se indică:

„Propunerea tehnică va conține:

(...)

„d) Programul calității pentru proiect în care să fie evidențiate prin descrieri detaliate toate procedurile tehnice de execuție a lucrărilor cu strictă aplicabilitate și adaptate la investiția propusă, precum și planul de control al calității, verificări și încercări aferent acestora. Prezentarea de proceduri tehnice care nu au aplicabilitate sau prezentarea în cadrul unor proceduri de activități și/sau materiale/echipamente, sau utilaje ce nu au legătură cu investiția de față, atrage după sine respingerea ofertei ca inacceptabilă întrucât nu îndeplinește cerințele minime din documentația de atribuire.”

Contestatoarea conchide că, este irefragabil că, acest factor de evaluare nu prezintă niciun fel de relevanță pentru procedură, neputându-se face vreo diferențiere între oferte, întrucât la evaluarea ofertei nu pot exista decât cele două cazuri limită, respectiv fie oferta este conformă și primește și un punctaj de 10 puncte pentru acest factor de evaluare, fie oferta este neconformă, caz în care nu se mai face o evaluare cu privire la factorii de evaluare.

Contestatoarea a făcut referire și la punctul 1.D din Anexa Criterii Atribuire, care vizează:

✓ *„Planul de management de mediu. Pentru prezentarea unui plan de management de mediu realist care să conțină o descriere a tuturor factorilor cu impact semnificativ asupra mediului identificați la această lucrare, un referențial legislativ cu toate normele juridice în domeniul protecției mediului aplicabile la lucrarea de față, precum și un plan de*

atenuare a impactului asupra mediului pentru toți factorii identificați se vor acorda 10 puncte.

Pentru prezentarea unor factori, norme legislative sau plan de atenuare fără legătură cu investiția de față sau pentru prezentarea de abordări cu caracter general, nu se va acorda punctaj la acest subfactor de evaluare”.

În Fișa de date, secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, se indică:

„Propunerea tehnică va conține:

(...)

e). De asemenea, va fi prezentat un plan de management al mediului prin care vor fi evidențiate toate acțiunile cu impact semnificativ asupra mediului identificate în documentația de atribuire, o listă cu legislația incidentă în domeniu și un plan de măsuri pentru atenuarea impactului asupra mediului. Activitățile identificate ca având impact semnificativ asupra mediului, precum și planul de măsuri trebuie să corespundă specificului obiectivului de investiții, iar activitățile și echipamentele propuse să aibă corespondent în devizul ofertă. Prezentarea unor factori, norme legislative sau plan de atenuare fără legătură cu investiția de față, sau pentru prezentarea de abordări cu caracter general atrage după sine respingerea ofertei ca inacceptabilă”.

În considerarea celor prezentate anterior, este indubitabil că, acest factor de evaluare nu prezintă niciun fel de relevanță pentru procedură, neputându-se face vreo diferențiere între oferte, întrucât la evaluarea ofertei nu pot exista decât cele două cazuri limită, respectiv fie oferta este conformă și primește și un punctaj de 10 puncte pentru acest factor de evaluare, fie oferta este neconformă, caz în care nu se mai face o evaluare cu privire la factorii de evaluare, conchide contestatoarea. În susținerea sa, contestatoarea indică dispozițiile art. 32 alin. (8) din HG nr. 395/2016, astfel: *„(8) Atunci când stabilește factorii de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori care: a) nu au o legătură directă cu natura și obiectul contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit; b) nu reflectă un avantaj pe care autoritatea contractantă îl poate obține prin utilizarea factorului de evaluare respectiv”.*

2. Cu privire la eliminarea cerințelor restrictive existente în Fișa de date și Caietul de sarcini, care vizează utilajele, potrivit cărora:

a) Ofertantul trebuie să facă dovada ca punerea în operă a betonului se va face în maxim 1h de la preparare;

b) Ofertantul trebuie să facă dovada ca punerea în opera a asfaltului se va face în maxim 2h de la preparare.

Ca o chestiune prealabilă, contestatoarea a reliefat faptul că aceste cerințe vizează utilajele, iar în acest sens a redat un extras relevant din Documentația de atribuire, din Fișa de date, la secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice unde se indică:

„- UTILAJE:

(...)

TIP UTILAJ

1. *CERINȚA > STAȚE BETOANE (ofertantul trebuie să facă dovada că punerea în operă a betonului se va face în maxim 1h de la preparare, conform normativelor în vigoare.) > minim 1 buc;*

2. *CERINȚA > STAȚIE ASFALT (ofertantul trebuie să facă dovada că punerea în operă a asfaltului se va face în maxim 2h de la preparare, conform normativelor în vigoare.) > minim 1 buc”.*

a) În primul rând, contestatoarea a precizat că, cerințele privind utilajele reprezintă criterii de calificare, iar cu privire la criteriile de calificare, a invocat dispozițiile art. 30 alin. (4) și (6) din HG nr. 395/2016 și în consecință, cât timp această cerință nu este indicată în anunțul de participare simplificat, fiind indicată doar la secțiunea „IV.4 Prezentarea ofertei IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice” din Fișa de date și în Caietul de sarcini, la punctul „11. Utilaje, echipamente, materiale”, încalcă prevederile legislative invocate mai sus, motiv pentru care se impune anularea acesteia.

b) În al doilea rând, contestatoarea a solicitat eliminarea acestor cerințe, având în vedere că normativele în vigoare nu impun aceste termene pentru punerea în operă a betonului și a asfaltului, ci doar reglementează condiții de livrare/păstrare a temperaturii, de la momentul preparării, până la momentul punerii în funcțiune, contestatoarea reiterând faptul că, așa cum rezultă din dispozițiile art. 31 din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe care nu prezintă relevanță sau care sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit.

Pentru confirmarea faptului că normativele în vigoare nu impun aceste termene pentru punerea în operă a betonului și a asfaltului, așa cum, eronat, a susținut autoritatea contractantă, inclusiv, prin Răspunsurile la clarificări publicate în SEAP la data de 09.10.2023, contestatoarea a anexat unele extrase relevante din:

❖ *NORMATIVUL MIXTURI ASFALTICE EXECUTATE LA CALD. CONDIȚII TEHNICE PRIVIND PROIECTAREA, PREPARAREA ȘI PUNEREA ÎN OPERĂ Indicativ AND 605 (revizuire AND 605-2013) - CAP. IV. PREPARAREA ȘI PUNEREA ÎN OPERĂ – Anexa nr. 4.*

❖ *La art. 71 se indică: „Art.71. Temperatura mixturii asfaltice la ieșirea din malaxor trebuie reglată astfel încât în condițiile concrete de transport (distanță si mijloace de transport) si condițiile climatice să fie asigurate temperaturile de așternere și compactare conform tabelului 25”.*

Tabelul 25 – Temperaturile mixturii asfaltice la așternere și compactare

Tipul liantului	Temperatura mixturii asfaltice la așternere °C, min.	Temperatura mixturii asfaltice la compactare °C, min.	
		început	sfârșit
bitum rutier neparafinos, tip: 35/50 50/70 70/100	150	145	110
	140	140	110
	140	135	100
bitum modificat cu polimeri , clasa: 25/55 45/80 40/100	165	160	120
	160	155	120
	155	150	120

❖ CODUL DE PRACTICĂ PENTRU EXECUTAREA LUCRĂRILOR DIN BETON ȘI BETON ARMAT Indicativ NE 012-99 – în acest sens vom anexa un extras care vizează secțiunea „**12. TRANSPORTUL ȘI PUNEREA ÎN OPERĂ A BETONULUI 12.1. TRANSPORTUL BETONULUI**”, în cadrul căreia se indică: „Transportul betonului trebuie efectuat luând măsurile necesare pentru a preveni segregarea, pierderea componentelor sau contaminarea betonului”.

12.1.1. Mijloacele de transport trebuie să fie etanșe, pentru a nu permite pierderea laptelui de ciment.

✓ Suplimentar, contestatoarea a afirmat că, susținerile sale sunt confirmate de prevederile Ordinului nr. 30/2023, pentru aprobarea reglementării tehnice „Normativ pentru producerea și executarea lucrărilor din beton, beton armat și beton precomprimat Partea 1: Producerea betonului, indicativ NE 012/1-2022”, precum și de normativele la care respectivul Ordin face trimitere.

✓ De exemplu, cu privire la livrarea betonului proaspăt nici din Ordinul nr. 30/2023, nici din SR EN 206+ A2:2021 nu rezultă că punerea în operă a betonului se va face în maxim 1h de la preparare, ci din contră, în Ordinul nr. 30/2023, se indică: „3) Pentru determinarea duratei de tratare, informațiile referitoare la creșterea rezistenței betonului pot fi date sub forma indicatorilor din Tabelul 16, sau sub forma unei curbe de evoluție a rezistenței la 20°C între 2 zile și 28 zile”.

✓ În considerarea celor prezentate anterior, rezultă indubitabil că normativele în vigoare nu impun un termen limită de punere în operă a asfaltului sau a betonului, ci stabilesc doar condiții concrete de transport (distanță și mijloace de transport).

✓ Așa cum rezultă atât din legislația achizițiilor, cât și din jurisprudența CNSC, achiziția nu trebuie să restricționeze participarea la procedură a operatorilor economici.

✓ Contestatoarea a învederat Consiliului faptul că, în conformitate cu dispozițiile art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016, Documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

✓ Pe de altă parte, contestatoarea a reliefat faptul că așa cum rezultă din dispozițiile art. 31 din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe care nu prezintă relevanță sau care sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, în prezenta procedură autoritatea contractantă favorizând operatorii economici locali.

3. Cu referire la eliminarea cerințelor restrictive existente în Fișa de date și Caietul de sarcini, care vizează utilajele, potrivit cărora *„nu se admit contracte ce includ promisiunea închirierii de utilaje sau terenuri cu condiția atribuirii contractului către un anumit ofertant. De asemenea, nu se admit contracte de comodat”*, contestatoarea a reliefat faptul că, solicită să se accepte, inclusiv, contractele de comodat și contracte ce includ promisiunea închirierii de utilaje, având în vedere că în Fișa de date, la secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, se indică:

„- UTILAJE

Ofertantul va trebui să facă dovada că are în posesie și disponibile la data deschiderii ofertelor (prin prezentarea de documente privind identificarea și locația utilajelor respective), următoarele categorii de utilaje:

(...)

Nu se admit contracte ce includ promisiunea închirierii de utilaje sau terenuri cu condiția atribuirii contractului către un anumit ofertant. De asemenea, nu se admit contracte de comodat”.

Contestatoarea a solicitat, în contestația sa, să se admită și contracte ce includ promisiunea închirierii de utilaje și, inclusiv, să fie considerată îndeplinirea cerinței și prin prezentarea unor contracte de comodat, afirmând că este lipsit de relevanță pentru achizițoare modul de deținere a utilajelor, relevantă fiind calitatea lucrărilor, nu utilajele folosite de fiecare operator economic pentru executarea lucrărilor.

În susținerea criticii sale, a făcut referire la jurisprudența constantă a CNSC-ului, iar în acest sens a indicat și a anexat un extras relevant din Decizia CNSC cu nr. 636/C9/356 din 29.03.2021 (extras decizie – Anexa nr. 5), rămasă definitivă prin nerecurare, Consiliul dispunând: *„Față de explicațiile aduse de achizițoare, astfel cum a susținut și contestatoarea, deținerea în proprietate a utilajelor și vechimea repartizorului de mixtură asfaltică nu pot constitui motive pentru acordarea de punctaje suplimentare, neaducând vreun avantaj autorității contractante”.*

Ca regulă, cerința privind utilajele reprezintă un criteriu de calificare, iar cu privire la criteriile de calificare, contestatoarea a invocat prevederile

Legii nr. 98/2016, art. 30 alin. (4) și (6) din HG nr. 395/2016, supunându-le atenției autorității contractante.

În consecință, contestatoarea a învederat faptul că, cât timp această cerință nu este indicată în anunțul de participare simplificat, fiind indicată doar la secțiunea „IV.4 Prezentarea ofertei IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice” din Fișa de date și în Caietul de sarcini, la punctul „11. Utilaje, echipamente, materiale”, încalcă prevederile legislative invocate mai sus, aceasta consideră că există motivul pentru care se impune anularea acesteia. Jurisprudențial, în sensul susținerii făcută de contestatoare, aceasta a indicat Decizia CNSC nr. 85/C4/2756, 2758 din 14.01.2021.

4. Eliminarea cerinței restrictive existentă în Fișa de date și Caietul de sarcini, care vizează utilajele, potrivit căreia, pentru utilajele mai vechi de 5 ani, ofertantul ar trebui să atașeze certificate de inspecție tehnică din care să rezulte că utilajele sunt în stare bună de funcționare,

În Fișa de date, la secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, se indică:

„- UTILAJE

(...)

„PENTRU UTILAJELE MAI VECHI DE 5 ANI, OFERTANTUL TREBUIE SA ATASEZE CERTIFICATE DE INSPECTIE TEHNICA DIN CARE SA REZULTE CA UTILAJELE SUNT IN STARE BUNA DE FUNCTIONARE”, această cerință regăsindu-se, inclusiv, în Caietul de sarcini, secțiunea 11. Utilaje, echipamente, materiale.

Prin raportare la obiectul contractului, pentru autoritatea contractantă este relevantă calitatea lucrărilor, nu utilajele folosite de fiecare operator economic pentru executarea lucrărilor, conchide contestatoarea și întrucât cerința în sine nu reprezintă un avantaj evident, de natură tehnică, aceasta apreciază că se impune admiterea cererii sale.

În susținerea contestatoarei, aceasta a făcut referire la jurisprudența constantă a CNSC-ului, iar în acest sens a indicat și anexat un extras relevant din Decizia CNSC cu nr. 636/C9/356 din 29.03.2021 (anexată în extras – Anexa nr. 5), rămasă definitivă prin nerecurare, de asemenea, indicând dispozițiile art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016: „*Specificațiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici*”.

Prin adresa nr. 55/13.10.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 56273/13.10.2023, ... a transmis „Concluzii scrise”, în care a susținut următoarele:

1. A învederat Consiliului faptul că autoritatea contractantă nu a publicat în SEAP Contestația, în conformitate cu dispozițiile art. 16 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, în acest sens, făcând dovada că a transmis contestația, în termenul legal, atât către C.N.S.C., cât și către autoritatea contractantă, prin mijloace electronice e-mail, iar în acest sens a anexat

dovada transmiterii contestației, precum și a confirmării primite din partea autorității contractante (Anexa nr. 1).

În acest context, contestatoarea a suspus atenției Consiliului dispozițiile art. 16 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, remarcând că, până la acest moment, autoritate contractantă nu a procedat la publicarea în SEAP a Contestației.

2. Cu referire la Cererea de suspendare din cuprinsul Contestației, prin raportare la conținutul contestației care vizează Documentația de atribuire, contestatoarea roagă Consiliul să observe că, în cauza de față, sunt îndeplinite condițiile impuse de prevederile art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, pentru a se putea dispune suspendarea procedurii de achiziție până la soluționarea contestației, aceasta cu atât mai mult cu cât termenul limită pentru depunerea ofertelor a fost stabilit pentru data de 18.10.2023.

Ca o chestiune prealabilă, ... a învederat Consiliului faptul că, în prezentul caz, sunt îndeplinite condițiile pentru a dispune suspendarea procedurii de atribuire, până la soluționarea pe fond a contestației. În ceea ce privește condiția „*cazului temeinic justificat*”, a invocat atât dispozițiile Legii 101/2016, cât și prevederile Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, respectiv art. 2 alin. (1) lit. t) și art. 14, din interpretarea cărora rezultă că această condiție presupune ca asupra legalității actului administrativ să planeze o puternică îndoială, iar aceasta să fie evidentă fără a se intra în cercetarea pe fond a dispozițiilor actului, respectiv a consecințelor juridice pe care le-a produs. În acest context, cu titlu exemplificativ, a indicat doar 3 dintre criticile detaliate în cuprinsul Contestației, care confirmă faptul că, Documentația de atribuire a fost întocmită cu nerespectarea prevederilor legale incidente în domeniul achizițiilor publice, reiterând cele menționate la punctul **II. 1, 2, 3** din contestație.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. 1891/13.10.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr.56328/13.10.2023, autoritatea contractantă, ... a transmis punctul de vedere la contestația depusă de

Referitor la contestația depusă de, autoritatea contractantă a precizat că, prin contestația formulată de, aceasta recurge la un șantaj asupra autorității contractante, solicitând eliminarea tuturor criteriilor pe care nu le poate îndeplini amenințând cu contestația și blocarea procedurii de atribuire.

Prin însăși invocarea jurisprudenței așa-zis relevante în speță, se poate observa cu ușurință, intenția de a denatura și de a scoate din context anumite prevederi ale deciziilor respective, pe care petenta le-a invocat.

În primul rând, în cadrul documentației de atribuire nu s-a pus în niciun fel problema proprietății asupra utilajelor așa cum în mod eronat a fost invocat de către petentă, ci doar de deținerea acestora, pentru a demonstra disponibilitatea resurselor tehnice care trebuie evaluate la data

deschiderii ofertelor, și nu după semnarea contractului de achiziție publică. Rațiunea autorității contractante în interzicerea anumitor practici de eludare a criteriilor de calificare prin prezentarea de documente fictive rezidă în situațiile anterioare din piață, unde o serie de ofertanți, pe baza unor asemenea documente au contractat zeci, chiar sute de lucrări pe care nici măcar nu le-au început de foarte mulți ani, din lipsă de resurse tehnice.

Motivele care au stat la baza acestei decizii, a susținut achizitoarea, au fost următoarele, în funcție de fiecare categorie de contract:

- Referitor la Contractele de comodat, autoritatea contractantă a subliniat faptul că, este interzis a se încheia un contract de comodat pentru mijloace de producție între două societăți comerciale aducătoare de profit, acele utilaje implicând costuri și amortizări care nu pot fi susținute de proprietar în baza unui contract de comodat și achizitoarea a apreciat, din punctul său de vedere că, acest lucru constituie în majoritatea cazurilor o simulație între două firme pentru a eluda plata de taxe și impozite, știut fiind că aceste tipuri de contracte produc costuri ce nu se înregistrează.

- Referitor la promisiunea de închiriere în cazul atribuirii unui contract către un ofertant, achizitoarea a afirmat că, acest tip de contract are menirea de a vicia concurența loială între candidați, întrucât un proprietar poate oferi această promisiune mai multor ofertanți fără a o putea însă acoperi ulterior, în cazul atribuirii mai multor contracte către mai mulți ofertanți cărora le-a oferit aceasta promisiune pentru un număr limitat de utilaje. În altă ordine de idei, disponibilitatea acestor resurse tehnice nu poate fi îndeplinită ulterior evaluării ofertei și prin urmare autoritatea contractantă a stabilit că utilajele respective trebuie să fie în posesia ofertantului la data deschiderii ofertelor, indiferent de forma legală de deținere(proprietate, leasing, credit sau închiriere).

- Cu privire la stațiile de betoane și stațiile de asfalt, au fost frecvent întâlnite în piață situații în care un ofertant cu sediul la sute de kilometri distanță de locul investiției făcea dovada disponibilității unor astfel de echipamente, știut fiind prin deducție logică faptul ca acestea nu ar fi putut să fie utilizate pentru execuția contractului, datorită distanței mari de transport și de imposibilitatea punerii în operă a unor materiale extrem de perisabile cum sunt mixturile asfaltice și betonul proaspăt. Autoritatea contractantă a afirmat că, degeaba petenta se forțează să demonstreze contrariul, atâta timp cât din pledoaria acesteia rezultă în mod clar că punerea în operă a acestor materiale este condiționată de anumite temperaturi sau de anumiți timpi de priză, în cazul betoanelor. Nu în ultimul rând, achizitoarea a afirmat că, ține de ipocrizie să fie solicitată eliminarea acestui criteriu știut fiind faptul că aceste norme tehnice trebuie respectate indiferent dacă ii convin sau nu, în caz contrar, materialele respective se vor arunca la gunoi și nu vor putea fi decontate niciodată întrucât ele nu vor atinge indicatorii necesari în cadrul analizelor și testelor obligatorii prevăzute de legislația în vigoare.

- Cu privire la modul de corelare al propunerii tehnice cu cerințele din documentația de atribuire, autoritatea contractantă a făcut precizarea că, pentru a asigura o concurență mai largă și pentru a nu mai fi acuzată autoritatea contractantă, că aceasta dă dovada de formalism excesiv, aceasta a considerat ca un ofertant poate întocmi o propunere tehnică admisibilă chiar dacă nu a abordat în proporție de 100% toată problematica solicitată în cadrul cerințelor și astfel, el poate să primească punctaj proporțional cu capitolele din propunerea tehnică pe care le-a abordat în mod corect, păstrându-și șansa de a trece la evaluarea financiară. În cealaltă situație, o singură abordare greșită a unui punct din propunerea tehnică ar fi atras după sine respingerea ofertei ca inacceptabilă și de aceea, achizitoarea a considerat că, în acest caz a dat dovadă de flexibilitate și nu de atitudine restrictivă, așa cum pretinde petenta.

Față de cele de mai sus și față de aspectul conform căruia petenta a așteptat până la sfârșitul perioadei prevăzute, pentru solicitarea de clarificări, în vederea formulării unei contestații fără ca autoritatea contractantă să formuleze un răspuns, autoritatea contractantă a considerat că demersul petentei, în sine, constituie un abuz de drept menit să forțeze autoritatea contractantă să-i satisfacă contestatoarei, unele cerințe, care ar avantaja-o în mod direct.

Cu privire la solicitarea petentei, de suspendare a procedurii de atribuire, având în vedere considerentele de mai sus, autoritatea contractantă a solicitat să se respingă cererea, ca neîntemeiată și de asemenea, referitor la solicitarea C.N.S.C. privind dosarul licitației, autoritatea contractantă a adus la cunoștința Consiliului, că acesta, poate fi descărcat direct din SEAP, conform art. 18 alin (1) și alin (2) din Legea 101/2016.

Pe cale de consecință, având în vedere motivele invocate în punctul de vedere, autoritatea contractantă a solicitat să se respingă contestația, ca neîntemeiată, întrucât asemenea practici au menirea de a vicia concurența loială între ofertanți pe termen scurt pe de o parte și de a crea un impact negativ asupra bugetului de stat, pe termen lung, prin blocarea unor sume necesare îndeplinirii contractelor datorită întârzierii sau neefectuării la timp a lucrărilor contractate, considerând că este de datoria noastră de a contracara asemenea acțiuni prin evaluarea unor certitudini, nu a unor promisiuni fără acoperire.

Prin adresa nr. 1982/31.10.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 59726/01.11.2023, ...a transmis dosarul achiziției, în copie certificată, **„conform cu originalul”**.

Prin mail-ul, înregistrat la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 60007/02.11.2023, ... a transmis dovada cheltuielilor ocazionate de judecarea contestației, cheltuieli pe care contestatoarea le solicită din partea autorității contractante.

Prin adresa nr. 59121/2855/C5/30.10.2023, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, a invitat reprezentanții contestatoarei la

sediul său, în data de 30.10.2023, în vederea studierii dosarului cauzei 2855/2023.

Prin adresa nr. 66/03.11.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 60227/03.11.2023, ...a transmis „Concluzii scrise”, în urma studierii dosarului 2855/2023, constituit la C.N.S.C.

În aceste „Concluzii scrise”, contestatoarea reiterează criticile din contestație și se referă și la cheltuielile de judecată pe care le solicită, în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

În temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la plata sumei de 5.000 Lei, cu titlu de cheltuieli de judecată, reprezentând onorariu avocat, suportat de aceasta pentru formularea contestației care face obiectul dosarului conform facturii și ordinului de plată, transmise în cursul zilei de 02.11.2023.

În ceea ce privește cuantumul cheltuielilor de judecată, contestatoarea a solicitat să se dispună obligarea autorității contractante la plata integrală a acestora.

De asemenea, în soluționarea acestei Cereri, contestatoarea a rugat Consiliu, să aibă în vedere și Decizia nr. 911 din 7 aprilie 2021, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, din care rezultă că onorariul avocatului poate fi redus în funcție de valoarea sau complexitatea cauzei ori activitatea desfășurată de avocat, iar nu în raport cu soluția de admitere în tot sau în parte a demersului judiciar. În speță, instanța supremă a constatat că afirmația recurente, potrivit căreia onorariul de avocat ar fi trebuit redus, în raport cu soluția de admitere în parte a acțiunii, nu poate fi primită, întrucât indiferent de soluția de admitere în tot sau în parte a acțiunii, această cheltuială poate fi redusă exclusiv pe temeiul art. 451 alin. 2 C. p. c., care enumeră criteriile ce trebuie avute în vedere, respectiv valoarea sau complexitatea cauzei ori activitatea desfășurată de avocat, iar nu în raport cu soluția de admitere în tot sau în parte a demersului judiciar.

Prin adresa nr. 2015/06.11.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 60655/06.11.2023, autoritatea contractantă a transmis „Concluzii scrise” cu privire la „Concluziile scrise” nr. 66/03.11.2023, înregistrate la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 60227/03.11.2023, transmise de

Autoritatea contractantă a făcut precizări cu privire la aspectele prezentate de petenta, astfel:

1. Petenta a dorit să inducă ideea că o corespondență între cerințele din documentația de atribuire și modul de întocmire a propunerii tehnice „*nu prezintă relevanță în raport cu diferențierea dintre oferte*”. Achizitoarea a precizat faptul că, petenta era într-o gravă eroare, având în vedere că, tocmai modul de corelare între propunerea tehnică și documentația de atribuire, face diferența dintre ofertanții care înțeleg ce au de făcut și cei care doar copiază o serie de normative fără să le înțeleagă în scopul de a forța autoritatea contractantă să accepte că

cerințele sunt astfel îndeplinite. Spre știința petentei, achizitoarea a menționat că, în afară de ofertele conforme și neconforme a mai existat și situația în care aceste oferte au fost acceptabile sau inacceptabile, în funcție de modul în care sunt tratate cerințele din documentația de atribuire în cadrul propunerii tehnice. Acest criteriu, a considerat contestatoarea, că este mult mai relevant decât o așa-zisă experiență a personalului-cheie care de cele mai multe ori nu aparține ofertantului, ci unor entități distincte, fără nicio legătură cu aceasta, existând practica „*declarațiilor de disponibilitate*”.

2. În legătură cu betonul, normativele prezentate de petentă au menirea de a induce în eroare Consiliul, consideră achizitoarea, ele referindu-se la transportul și, respectiv la tratarea betonului. În ceea ce privește punerea în operă a betonului, la o oră de la preparare intervine segregarea betonului, și acesta nu mai poate fi folosit. Nu în ultimul rând, achizitoarea, în ceea ce privește al doilea aspect, „*a invitat-o*” pe d-na avocat sa pună în operă un beton după 2 zile de la preparare, cu această ocazie poate va înțelege cum funcționează lucrurile în legătură cu prepararea și turnarea betonului.

3. Cu privire la punerea în operă a mixturilor asfaltice, achizitoarea a apreciat că petenta a fost într-o gravă eroare și încearcă să inducă în eroare Consiliul, ocolind esența problemei și contrazicându-se singură.

Într-adevăr, apreciază achizitoarea, mixtura asfaltică se pune în operă între 130- 140 grade Celsius. Ceea ce nu spune petenta în argumentația sa este faptul că această mixtură pleacă din stația de asfalt la 170-180 de grade în camioane cu prelată și de aceea a rugat petenta să spună achizitoarei, în cât timp consideră aceasta, că mixtura asfaltică ajunge la 140 de grade în condițiile în care aceasta se deplasează în camioane descoperite la temperaturi de 15-20 de grade și cați kilometri poate parcurge un asemenea camion în condiții normale de trafic până ce aceasta mixtură ajunge la temperatura de 140 de grade de la 180 de grade.

4. Achizitoarea informează pe această cale petenta, că Guvernul României interzice împrumuturile de orice fel între societățile comerciale, cu atât mai mult cu cat contractul de comodat privind utilajele este o simulație a contractului de împrumut.

5. Evaluarea capacității tehnice a unui ofertant se face pe baza documentelor ce demonstrează îndeplinirea cerinței la data deschiderii ofertelor și nu ulterior, a apreciat achizitoarea. Prin urmare contractele ce prevăd promisiuni ulterioare atribuirii lucrării nu pot demonstra îndeplinirea cerinței, întrucât utilajele respective nu se află în posesia ofertantului la data deschiderii ofertei, iar promisiunea proprietarului de drept al acestora conține condiții incerte, în plus, acesta încalcă principiul prevăzut la art. 2 din Legea nr. 98/2016, întrucât o asemenea promisiune poate fi făcută către mai mulți ofertanți participanți la proceduri diferite.

6. Cu privire la afirmația: „*Este lipsit de relevanță pentru achiziție modul de deținere a utilajelor, relevantă fiind calitatea lucrărilor, nu utilajele folosite de fiecare operator economic pentru*

executarea lucrărilor", achizitoarea a apreciat că, este de la sine înțeles că petenta încercă din nou să inducă în eroare Consiliul, prin afirmații populiste de acest fel, având în vedere că orice individ rațional înțelege faptul că un utilaj nou este mai performant decât un utilaj vechi și distincția dintre ele se face prin consumul redus de resurse, protecția mediului și nu în ultimul rând, lucrări de calitate superioară. Ponderea majoră în calitatea lucrărilor este dată de calitatea și performanța utilajelor folosite, a considerat autoritatea contractantă. Prin urmare criticile formulate de petenta nu se susțin, a conchis autoritatea contractantă.

7. Cu privire la afirmația: *„Față de explicațiile aduse de achizitoare, astfel cum a susținut și contestatoarea, deținerea în proprietate a utilajelor și vechimea repartizorului de mixtură asfaltică nu pot constitui motive pentru acordarea de punctaje suplimentare, neaducând vreun avantaj autorității contractante"*, utilajele mai vechi de 5 ani pot să fie niște simple *„fiare vechi"* înregistrate în registrul de inventar al societății fără ca din acest document să rezulte faptul că aceste utilaje mai sunt în funcțiune sau nu. În plus, utilajele mai noi de 5 ani din punct de vedere al analizei de risc se pot defecta mult mai rar decât cele mai vechi, astfel încât probabilitatea executării în termenul stabilit a lucrărilor și în condiții de calitate superioară este mai mare în cazul utilajelor noi. Achizitoarea a supus atenției petentei faptul că, acest criteriu nu este restrictiv, în sensul că nu descalifică un ofertant pentru că nu are utilaje mai noi de 5 ani, ci aplică o pondere a punctajului proporțională cu probabilitatea de executare a lucrărilor în termenul stabilit și în condițiile de calitate cerute de documentația de atribuire, iar prin solicitarea certificatului de inspecție tehnică autoritatea contractantă nu face altceva decât să se asigure că utilajele respective mai sunt în stare de funcționare.

8. Cu privire la cheltuielile de judecată solicitate de petentă, achizitoarea a considerat că acestea nu sunt justificate, întrucât contestația se referă la Fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă neavând certitudinea că petenta va avea măcar calitatea de participant la procedură și de aceea, a învedereat achizitoarea, toate cheltuielile cu privire la participarea la procedură, trebuie să cadă în sarcina ofertanților.

Având în vedere cele de mai sus, achizitoarea a solicitat să respingă contestația ca neîntemeiată și să se constate că petenta încearcă să-și creeze un avantaj prin eliminarea criteriilor de atribuire care o dezavantajează.

Prin adresa nr. 70/07.11.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 60844/07.11.2023, ... a transmis „Concluzii scrise” referitoare la concluziile trimise de autoritatea contractantă.

În aceste „Concluzii scrise”, contestatoarea a făcut o sinteză a motivelor pentru care a solicitat admiterea contestației.

Cu privire la eliminarea cerințelor restrictive existente în Fișa de date și Caietul de sarcini, care vizează utilajele, potrivit cărora:

„✓ Ofertantul trebuie să facă dovada că punerea în operă a betonului se va face în maxim 1h de la preparare;

✓ Ofertantul trebuie să facă dovada că punerea în operă a asfaltului se va face în maxim 2h de la preparare.”

✓ Normativele în vigoare nu impun un termen limită de punere în operă a asfaltului sau a betonului, ci stabilesc doar reguli de livrare, compoziție, păstrare a temperaturii în funcție de durata de transport și momentul punerii în operă, consideră contestatoarea.

✓ Așa cum a precizat și în cuprinsul contestației, susținerile contestatoarei sunt confirmate de prevederile Ordinului nr. 30/2023 pentru aprobarea reglementării tehnice *„Normativ pentru producerea și executarea lucrărilor din beton, beton armat și beton precomprimat Partea 1: Producerea betonului, indicativ NE 012/1-2022”*, precum și de normativele la care respectivul Ordin face trimitere.

✓ Contestatoarea a reiterat faptul că, din cuprinsul Ordinului nr. 30/2023, și nici din SR EN 206+ A2:2021 nu rezultă că punerea în operă a betonului se va face în maxim 1h de la preparare, ci din contră, în Ordinul nr. 30/2023, se indică: „3) Pentru determinarea duratei de tratare, informațiile referitoare la creșterea rezistenței betonului pot fi date sub forma indicatorilor din Tabelul 16, sau sub forma unei curbe de evoluție a rezistenței la 20°C între 2 zile și 28 zile.”

✓ În acest sens, contestatoarea a ilustrat și anexat extrase relevante din cadrul Normativului pentru producerea betonului și executarea lucrărilor din beton, beton armat și beton precomprimat – Partea 1: Producerea betonului Indicativ NE 012/1-2022.

✓ În continuare, contestatoarea a ilustrat și cu anexă cu extrase relevante din cadrul Normativului pentru producerea betonului și executarea lucrărilor din beton, beton armat și beton precomprimat – Partea 2: Producerea betonului Indicativ NE 012/1-2022.

Prin raportare la cele prezentate anterior, este indubitabil că Normativele în vigoare nu impun un termen limită de punere în operă a asfaltului sau a betonului, a învederat contestatoarea, ci stabilesc doar reguli de livrare, compoziție, păstrare a temperaturii în funcție de durata de transport și momentul punerii în operă.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că, a transmis recipisa de consemnare nr. 209583356/1, eliberată de CEC BANK Sucursala Alexandria la data de 10.10.2023, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 35.000,00 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. 2855/2023.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări/proiectare și executare având ca obiect „.....

Analizând criticile formulate de contestator, Consiliul constată că acestea vizează documentația de atribuire, respectiv anumite cerințe din

fișa de date și caietul de sarcini. Prin urmare, Consiliul va proceda la soluționarea contestației analizând modul în care autoritatea contractantă a elaborat documentația de atribuire aferentă, cu luarea în considerare a legislației în vigoare în domeniul achizițiilor publice și a argumentelor transmise de către părți.

Nemulțumit de modul în care autoritatea contractantă a răspuns la solicitările de clarificări, respectiv neacceptarea tuturor solicitărilor sale, ... a învestit Consiliul cu soluționarea contestației de față, solicitând modificarea documentației de atribuire, în principal, eliminarea prevederilor restrictive, nelegale, contradictorii ale fișei de date a achiziției și ale caietului de sarcini privind procedura de atribuire, cu consecința modificării caietului de sarcini/fișei de date în conformitate cu prevederile legale în vigoare, iar în subsidiar, în măsura în care se va aprecia că nu pot fi dispuse măsuri de remediere, anularea procedurii de atribuire.

Prin această contestație, sunt criticate prevederile documentației de atribuire referitoare la factorul de evaluare care vizează „*modul de corelare a propunerii tehnice cu cerințele din documentația de atribuire*”, utilajele, promisiunea închirierii de utilaje, contractul de comodat și certificate de inspecție tehnică.

În contestație se precizează că anterior formulării contestației a solicitat, prin intermediul clarificărilor, eliminarea cerințelor restrictive. Autoritatea contractantă a răspuns solicitării de clarificări, dar analizând conținutul acestuia, constată că aceasta nu a procedat la eliminarea cerințelor restrictive, așa cum rezultă din cele două răspunsuri la clarificări, publicate la data de 09.10.2023, sens în care depune contestație.

Referitor la criticile privind factorul de evaluare, Consiliul reține următoarele:

În fișa de date autoritatea contractantă a solicitat următoarele:

„II.2.5 Criterii de atribuire

Cel mai bun raport calitate – pret

Denumire factor evaluare

Descriere

Pondere

1. Pretul ofertei

Componenta financiara

40%

Punctaj maxim factor:

40

Algoritm de calcul: Punctajul se acorda astfel: a) Pentru cel mai scazut dintre preturi se acorda punctajul maxim alocat; b) Pentru celelalte preturi ofertate punctajul P(n) se calculeaza proportional, astfel: $P(n) = (\text{Pret minim ofertat} / \text{Pret } n) \times \text{punctaj maxim alocat}$.

2. Modul de corelare a propunerii

CONFORM ANEXA

40%

tehnice cu cerintele din

Punctaj maxim factor:

40

documentatia de atribuire

Algoritm de calcul: CONFORM ANEXA

3. Termen de garantie acordat
20%
lucrarilor

CONFORM ANEXA

Punctaj maxim factor:

20

Algoritm de calcul: CONFORM ANEXA

Punctaj maxim total: 100."

În Anexa criterii de atribuire, autoritatea contractantă a descris factorul de evaluare „modul de corelare a propunerii tehnice cu cerințele din documentația de atribuire”, precizând următoarele:

„Modul de corelare a propunerii tehnice cu cerintele din documentatia de atribuire (40 puncte)

In cadrul acestui criteriu se vor puncta urmatoarele aspecte:

A. Modul de corelare a planului de lucru cu operatiunile prevazute in documentatia de atribuire si listele de cantitati prin descrierea detaliata a tuturor etapelor si subetapelor de executie in sistem proces-tehnologic. - 10 puncte.

Necorelarea activitatilor si operatiunilor, nedescrierea lor, lipsa unor operatiuni sau prezentarea de operatiuni ce nu au aplicabilitate in cadrul proiectului va atrage neacordarea de punctaj la acest subcriteriu.

B. Modul de intocmire a graficului Gannt prin prezentarea tuturor etapelor de executei, a drumului critic, a jaloanelor precum si a lucrarilor permanente si temporare si descrierea acestora. - 10 puncte.

Necorelarea etapelor din grafic cu modul de descriere al lucrarilor sau lipsa unor etape din grafic atrage neacordarea de punctaj la acest subcriteriu.

C. Planul calitatii: proceduri tehnice de executie. Pentru prezentarea corecta a tuturor procedurilor tehnice de executie aplicate si adaptate la lucrarea de fata se vor acorda 10 puncte.

Prezentarea de proceduri tehnice care nu au aplicabilitate sau prezentarea in cadrul unor proceduri de activitati si/sau materiale/echipamente sau utilaje ce nu au legatura cu investitia de fata **nu vor primi punctaj la acest subcriteriu.** De asemenea, prezentarea unui plan de control al calitatii, verificari si incercari ce nu este corelat cu toate procedurile tehnice de executie va atrage neacordarea de punctaj la acest subcriteriu.

D. Planul de management de mediu. Pentru prezentarea unui plan de management de mediu realist care sa contina o descriere a tuturor factorilor cu impact semnificativ asupra mediului identificati la aceasta lucrare, un referential legislativ cu toate normele juridice in domeniul protectiei mediului aplicabile la lucrarea de fata , precum si un plan de atenuare a impactului asupra mediului pentru toti factorii identificati se vor acorda 10 puncte.

Pentru prezentarea unor factori, norme legislative sau plan de atenuare fara legatura cu investitia de fata sau pentru prezentarea de abordari cu caracter general, **nu se va acorda punctaj** la acest subfactor de evaluare".

Consiliul reține că factorul de evaluare se regăsește și în caietul de sarcini, respectiv cele descrise în anexă.

Prin solicitarea de clarificări, referitor la factorul de evaluare, contestatorul a solicitat autorității contractante:

„Eliminarea factorului de evaluare care vizează modul de corelare a propunerii tehnice cu cerințele din documentația de atribuire CONFORM ANEXA CRITERII ATRIBUIRE și care reprezintă 40%”.

În răspunsul la solicitarea de clarificări, referitor la criticile privind factorul de evaluare, autoritatea contractantă precizează/clarifică următoarele:

„Factorul de evaluare cu privire la modul de corelare al propunerii tehnice cu cerințele din documentația de atribuire are menirea de a cuantifica modul de înțelegere al documentației de atribuire și de a-l transpune în propunerea tehnică. Autoritatea contractantă își propune să nu elimine ofertele cu abateri tehnice minore din procedura, ci să contribuie la asigurarea unei concurențe mai largi bazată pe acuratețea cu care ofertanții își însușesc și înțeleg să îndeplinească toate cerințele privind modul de întocmire al propunerilor tehnice”.

În punctul de vedere, referitor la aceste critici (solicitări), autoritatea contractantă precizează:

„Cu privire la modul de corelare al propunerii tehnice cu cerințele din documentația de atribuire facem următoarea precizare:

Pentru a asigura o concurență mai largă și pentru a nu mai fi acuzați că dăm dovadă de formalism excesiv am considerat că un ofertant poate întocmi o propunere tehnică admisibilă chiar dacă nu a abordat în proporție de 100% toată problematica solicitată în cadrul cerințelor. Astfel, el poate să primească punctaj proporțional cu capitolele din propunerea tehnică pe care le-a abordat în mod corect, păstrându-și șansa de a trece la evaluarea financiară. În cealaltă situație, o singură abordare greșită a unui punct din propunerea tehnică ar fi atras după sine respingerea ofertei ca inacceptabilă. În acest caz considerăm că dăm dovadă de flexibilitate și nu de atitudine restrictivă, așa cum pretinde petenta”.

Contestatorul solicită eliminarea factorului de evaluare care vizează modul de corelare a propunerii tehnice cu cerințele din documentația de atribuire și care reprezintă 40% din punctajul total având în vedere că *„nu prezintă niciun fel de relevanță pentru procedură, neputându-se face vreo diferențiere între oferte, întrucât la evaluarea ofertei nu pot exista decât cele două cazuri limită, respectiv fie oferta este conformă și primește și un punctaj de 40 puncte pentru acest factor de evaluare, fie oferta este neconformă, caz în care nu se mai face o evaluare cu privire la factorii de evaluare”.*

Consiliul consideră că solicitările contestatorului în ceea ce privește factorul de evaluare sunt întemeiate, din următoarele considerente:

În Fișa de date, secțiunea IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, se precizează:

„Propunerea tehnică va conține: (...)

B) PENTRU EXECUTIE:

Prezentarea modului de realizare a lucrarilor (planul propus) care va descrie:

a) abordarea din punct de vedere proces tehnologic (metodologia de executie) pentru realizarea lucrarilor, prin descrierea detaliata in succesiune cronologica a fiecărei operatiuni ce face parte din etapele si subetapele de executie. (...)

c) programul de executie (diagrama Gantt) pe luni calendaristice, la nivel de categorie de lucrari (deviz), care sa ilustreze succesiunea cronologica de realizare a lucrarilor, ordinea si derularea în timp a activitatilor pe care ofertantul propune sa le îndeplineasca pentru realizarea lucrarilor, în special:

- lucrarile permanente si temporare ce urmeaza sa fie executate, descrierea activitatilor si subactivitatilor aferente, durata acestora, cu evidentierea punctelor cheie(jaloanele) în executia contractului;
- drumul critic clar identificat în planificarea activitatilor;
- un deviz oferta pentru organizarea de santier- fara valori;
- extrasele de resurse materiale, manopera, utilaj si transport;
- declaratie privind termenul de garantie acordat lucrarilor executate.

d) Programul calitatii pentru proiect in care sa fie evidentiata prin descrieri detaliate toate procedurile tehnice de executie a lucrarilor cu stricta aplicabilitate si adaptate la investitia propusa, precum si planul de control al calitatii, verificari si incercari aferent acestora. Prezentarea de proceduri tehnice care nu au aplicabilitate sau prezentarea in cadrul unor proceduri de activitati si/sau materiale/echipamente, sau utilaje ce nu au legatura cu investitia de fata, atrage dupa sine **respingerea ofertei ca inacceptabila** intrucat nu indeplineste cerintele minime din d.a.

e) De asemenea, va fi prezentat un plan de management al mediului prin care vor fi evidentiata toate actiunile cu impact semnificativ asupra mediului identificate in documentatia de atribuire, o lista cu legislatia incidenta in domeniu si un plan de masuri pentru atenuarea impactului asupra mediului. Activitatile identificate ca avand impact semnificativ asupra mediului, precum si planul de masuri trebuie sa corespunda specificului obiectivului de investitii, iar activitatile si echipamentele propuse sa aiba corespondent in devizul oferta. Prezentarea unor factori, norme legislative sau plan de atenuare fara legatura cu investitia de fata, sau pentru prezentarea de abordari cu caracter general atrage dupa sine **respingerea ofertei ca inacceptabila**."

Aceste cerințe se regăsesc, atât în caietul de sarcini (12. Prezentarea modului de realizare a lucrărilor - planul propus), cât și ca subfactori de evaluare, în Anexa criteriilor de atribuire.

În ceea ce privește factorul de evaluare criticat, respectiv subfactorii de evaluare, Consiliul are în vedere următoarele prevederi legale:

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

„(1) Fără a aduce atingere dispozițiilor legale sau administrative privind prețul anumitor produse ori remunerarea anumitor servicii, autoritatea contractantă atribuie contractul de achiziție publică/acordul-cadru

ofertantului care a depus oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic.

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

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

a) cel mai bun raport calitate-preț; (...)

(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 estetice și funcționale, accesibilitatea, conceptul de proiectare pentru toți utilizatorii, caracteristicile sociale, de mediu și inovatoare și comercializarea și condițiile acesteia;

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

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

- Art. 188 din Legea nr. 98/2016:

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

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

a) procesul specific de producție, furnizare sau comercializare a lucrărilor, produselor sau serviciilor;

b) un proces specific pentru un alt stadiu al ciclului de viață a lucrărilor, produselor sau serviciilor.”

- art. 32 din HG nr. 395/2016:

„(1) În cazul în care criteriul utilizat este criteriul «cel mai bun raport calitate-preț» sau «cel mai bun raport calitate-cost», astfel cum este prevăzut la art. 187 alin. (3) lit. a) și b) din Lege, stabilirea ofertei câștigătoare se realizează prin aplicarea unui sistem de factori de

evaluare pentru care se stabilesc ponderi relative sau un algoritm specific de calcul.

(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. (...)

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

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

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

Preliminar, Consiliul reține că în caietul de sarcini există prevederi cu privire la acest factor de evaluare cu o pondere de 40% (punctul 14 din caietul de sarcini).

Consiliul constată că o ofertă care îndeplinește cerințele de la pct. 14 din caietul de sarcini cu privire la planul de lucru, graficul Gantt, planul calității și planul de management de mediu pe lângă faptul că este declarată conformă, îndeplinește și condițiile pentru a primi și punctajul maxim pentru factorului de evaluare *„Modul de corelare a propunerii tehnice cu cerintele din documentatia de atribuire”*. Totodată, o ofertă care nu primește punctajul maxim pentru factorul de evaluare *„Modul de corelare a propunerii tehnice cu cerintele din documentatia de atribuire”* nu îndeplinește nici condițiile pentru a fi declarată conformă sub acest aspect.

În această situație, acest factor de evaluare nu prezintă niciun fel de relevanță pentru procedură, neputându-se face vreo diferențiere între oferte, întrucât la evaluarea ofertei nu pot exista decât cele două cazuri limită, respectiv fie oferta este conformă și primește și un punctaj de 40 puncte pentru acest factor de evaluare, fie oferta este neconformă, caz în care nu se mai face o evaluare cu privire la subfactorii de evaluare.

Pe de altă parte, Consiliul constată că nici în Strategia de contractare și nici prin punctul de vedere autoritatea contractantă nu a prezentat motivele pentru care a prevăzut acești subfactori de evaluare, respectiv nu a arătat avantajul pe care îl poate obține prin utilizarea acestor subfactori de evaluare.

Consiliul are în vedere că, așa cum reiese din prevederile actuale ale documentației de atribuire, orice ofertă care îndeplinește prevederile caietului de sarcini, este declarată admisibilă și primește punctaj maxim pentru 4 subfactori de evaluare ai factorului de evaluare *Modul de corelare a propunerii tehnice cu cerintele din documentatia de atribuire*.

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul dispune eliminarea factorului de evaluare *„Modul de corelare a propunerii tehnice cu cerintele din documentatia de atribuire”* și redistribuirea punctajului aferent acestui

factor de evaluare către ceilalți factori de evaluare sau înlocuirea factorului de evaluare.

Autoritatea contractantă are dreptul de a utiliza doar factori de evaluare care reflectă un avantaj real și evident, care poate fi obținut prin utilizarea respectivului factor.

În speță, autoritatea contractantă prin stabilirea factorului de evaluare nu va beneficia de niciun avantaj real, deoarece toate ofertele tehnice, chiar și cele care vor avea caracteristici superioare celor minime solicitate, vor obține același punctaj, deoarece cele care nu îndeplinesc aceste cerințe tehnice sunt inadmisibile (deoarece nu îndeplinesc cerințele din caietul de sarcini), astfel acest factor nu va influența în niciun mod punctajul final al operatorilor economici participanți.

În cazul în referință autoritatea contractantă nu a stabilit în documentație un algoritm de calcul concret pentru acest factor de evaluare, nu a specificat o modalitate corectă de evaluare și punctare a ofertelor de către comisia de evaluare, care să facă posibilă eventuala verificare a corectitudinii pentru care ofertele au primit anumite punctaje. Absența unui algoritm de punctare corect pentru respectivii subfactori de evaluare nu își găsește nicio justificare legală și permite acordarea în mod subiectiv și discreționar a punctajelor.

Mențiunea făcută în cadrul documentației de atribuire de către autoritatea contractantă cu privire la faptul că se vor acorda 40 puncte pentru factorul de evaluare în discuție, 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 punctajele acordate. Toate elementele de punctare trebuie să fie clare și cunoscute de ofertanți anterior depunerii și evaluării ofertelor, astfel încât să își poată elabora oferta pentru a obține punctajele maxime, pentru a fi desemnat câștigător.

Autoritatea contractantă avea posibilitatea să stabilească în caietul de sarcini cerințe minime, obligatorii a fi îndeplinite prin propunerile tehnice prezentate de ofertanți și a căror neîndeplinire să conducă la respingerea ca neconformă a ofertei, și să puncteze acele caracteristici tehnice suplimentare care ar aduce autorității un avantaj calitativ și pe baza cărora să se poată efectua o diferențiere între oferte. Unei oferte neconforme nu i se poate acorda puncte pentru concordanța sa cu prevederile caietului de sarcini, deoarece dacă aceasta nu corespunde nu i se va aplica criteriul de atribuire.

Astfel fiind, autoritatea contractantă trebuie să elimine acest factor de evaluare și să stabilească factori de evaluare care să asigure respectarea prevederilor art. 187 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la criticile privind betonul și asfaltul, Consiliul reține următoarele:

În fișa de date autoritatea contractantă a solicitat următoarele:

„IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice (...)

Propunerea tehnica va contine: (...)

B) PENTRU EXECUTIE: (...)

- UTILAJE:

Ofertantul va trebui sa faca dovada ca are in posesie si disponibile la data deschiderii ofertelor (prin prezentarea de documente privind identificarea si locatia utilajelor respective) , urmatoarele categorii de utilaje:

TIP UTILAJ

1. CERINTA > STATIE BETOANE (ofertantul trebuie sa faca dovada ca punerea in opera a **betonului** se va face in maxim 1h de la preparare, conform normativelor in vigoare.) > minim 1 buc;

2. CERINTA > STATIE ASFALT (ofertantul trebuie sa faca dovada ca punerea in opera a **asfaltului** se va face in maxim 2h de la preparare, conform normativelor in vigoare.) > minim 1 buc;”.

Această cerință se regăsește și în Caietul de sarcini, la secțiunea 11. „Utilaje, echipamente, materiale”.

Prin solicitarea de clarificări, referitor la beton și asfalt, contestatorul a solicitat autorității contractante:

„Eliminarea următoarelor cerințe restrictive care vizează utilajele, pe care le vom indica, punctual, în continuare, astfel:

a) STATIE BETOANE (ofertantul trebuie să facă dovada ca punerea în operă a **betonului** se va face în maxim 1h de la preparare, conform normativelor in vigoare);

b) STATIE ASFALT (ofertantul trebuie sa faca dovada ca punerea in opera a **asfaltului** se va face in maxim 2h de la preparare, conform normativelor in vigoare);”.

În răspunsul la solicitarea de clarificări, referitor la criticile privind betonul și asfaltul, autoritatea contractantă precizează/clarifică următoarele:

„A nu se face confuzii cu privire la modul de punere in opera a betonului cu asternerea mixturilor asfaltice. Normativul interzice punerea in opera a betonului la mai mult de o ora de la preparare indiferent de forma de transport(bena sau malaxor) deoarece acesta in termen de o ora de la preparare face priza. Prin urmare betonul nu mai poate fi folosit.

Mixturile asfaltice nu pot fi puse in opera la temperaturi ce scad sub 130 grade Celsius pentru ca acestea nu se mai compacteaza. Prin urmare mixturile asfaltice care pleaca din statia de asfalt incalzite la maxim 180 grade nu pot fi puse in opera la temperaturi sub 130 grade. Din acest motiv durata transportului nu poate depasi 2 ore, intrucat temperatura in timpul transportului si pana la punerea in opera sa nu scada sub 130 grade.

Acestea sunt criterii logice ce se desprind strict din tehnologia de punere in opera a acestor materiale si tin de acuratetea modului realist de intocmire al propunerii tehnice, nu de intentia Autoritatii de a restrictiona in mod arbitrar participarea vreunui ofertant la procedura de achiziție publica.”

În punctul de vedere, referitor la aceste critici (solicitări), autoritatea contractantă precizează:

„Cu privire la statiile de betoane si statiile de asfalt.

Au fost frecvent întâlnite în piața situații în care un ofertant cu sediul la sute de kilometri distanță de locul investiției face dovada disponibilității unor astfel de echipamente știut fiind prin deducție logică faptul că acestea nu vor putea fi utilizate pentru execuția contractului datorită distanței mari de transport și de imposibilitatea punerii în opera a unor materiale extrem de perisabile cum sunt mixturile asfaltice și betonul proaspăt. Degeaba petenta se fortează să demonstreze contrariul, atât timp cât din pledoaria sa rezulta în mod clar că punerea în opera a acestor materiale este condiționată de anumite temperaturi sau de anumiți timpi de priză, în cazul betoanelor. Tine de ipocrizie să fie solicitată eliminarea acestui criteriu știut fiind faptul că aceste norme tehnice trebuie respectate indiferent dacă îi convin sau nu, în caz contrar, materialele respective se vor arunca la gunoi și nu vor putea fi decontate niciodată întrucât ele nu vor atinge indicatorii necesari în cadrul analizelor și testelor obligatorii prevăzute de legislația în vigoare.”

Contestatorul solicită eliminarea acestor cerințe, referitoare la betoane și asfalt, având în vedere că normativele în vigoare nu impun aceste termene pentru punerea în operă a betonului și a asfaltului, ci doar reglementează condiții de livrare/păstrare a temperaturii, de la momentul preparării, până la momentul punerii în funcțiune.

Consiliul consideră că solicitările contestatorului, în ceea ce privește betonul și asfaltul, sunt întemeiate, din următoarele considerente:

Conform art. 31 din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe care nu prezintă relevanță sau care sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit.

Analizând normativul „MIXTURI ASFALTICE EXECUTATE LA CALD. CONDIȚII TEHNICE PRIVIND PROIECTAREA, PREPARAREA ȘI PUNEREA ÎN OPERĂ” Indicativ AND 605 (revizuire AND 605-2013), Consiliul constată că la Cap. IV. PREPARAREA ȘI PUNEREA ÎN OPERĂ, la art. 71, se precizează că: „Temperatura mixturii asfaltice la ieșirea din malaxor trebuie reglată astfel încât în condițiile concrete de transport (distanță și mijloace de transport) și condițiile climatice să fie asigurate temperaturile de așternere și compactare conform tabelului 25”.

În tabelul 25 sunt prevăzute temperaturile mixturii asfaltice, fără nicio precizare în legătură cu timpul de punere în operă.

Analizând CODUL DE PRACTICĂ PENTRU EXECUTAREA LUCRĂRILOR DIN BETON ȘI BETON ARMAT, Indicativ NE 012-99, Consiliul reține că la secțiunea 12. TRANSPORTUL ȘI PUNEREA ÎN OPERA A BETONULUI, 12.1. TRANSPORTUL BETONULUI, se indică: „Transportul betonului trebuie efectuat luând măsurile necesare pentru a preveni segregarea, pierderea componentelor sau contaminarea betonului. 12.1.1. Mijloacele de transport trebuie să fie etanșe, pentru a nu permite pierderea laptelui de ciment”. La cap. 16.4.1.3. Cerințe pentru betonul proaspăt se precizează: „Executantul va stabili consistența betonului proaspăt ce trebuie obținută la stația de betoane, astfel încât ținând seama de condițiile de mediu și de

durata totală de transport până la punerea în operă, să se realizeze condițiile impuse la locul de turnare”.

Nici în acest normativ nu se face nicio precizare în legătură cu timpul de punere în operă a betonului.

Nici din Ordinul nr. 30/2023 pentru aprobarea reglementării tehnice „Normativ pentru producerea și executarea lucrărilor din beton, beton armat și beton precomprimat Partea 1: Producerea betonului, indicativ NE 012/1-2022”, nu rezultă că punerea în operă a betonului se va face în maxim 1h de la preparare, ci se indică: *„3) Pentru determinarea duratei de tratare, informațiile referitoare la creșterea rezistenței betonului pot fi date sub forma indicatorilor din Tabelul 16, sau sub forma unei curbe de evoluție a rezistenței la 20°C între 2 zile și 28 zile”.* Tabelul 16 prezintă evoluția rezistenței betonului la 20°C.

Consiliul constată că normativele în vigoare nu impun un termen limită de punere în operă a asfaltului sau a betonului, ci stabilesc doar condiții concrete de transport (distanță și mijloace de transport).

Așa cum rezultă din legislația achizițiilor publice, achiziția nu trebuie să restricționeze participarea la procedură a operatorilor economici. Conform art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016, *„Documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/ candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire”.*

Față de explicațiile aduse, menținerea cerințelor nu se justifică, nefiind demonstrat rolul lor în verificarea capacității ofertanților și, implicit, în derularea corespunzătoare a contractului.

Față de cele de mai sus, autoritatea contractantă trebuie să informeze în mod clar și complet operatorii economici în sensul că se elimină cerințele de punere în operă a betonului și a asfaltului într-un anumit interval de timp.

Referitor la criticile privind promisiunea închirierii de utilaje și contractul de comodat, Consiliul reține următoarele:

În fișa de date autoritatea contractantă a solicitat următoarele:

„IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice (...)

Nu se admit contracte ce includ promisiunea închirierii de utilaje sau terenuri cu condiția atribuirii contractului către un anumit ofertant. De asemenea, nu se admit contracte de comodat”.

Această cerință se regăsește și în Caietul de sarcini, la secțiunea 11. *„Utilaje, echipamente, materiale”.*

Prin solicitarea de clarificări, referitor la promisiunea închirierii de utilaje și contractul de comodat, contestatorul a solicitat autorității contractante:

„Eliminarea cerinței restrictive care vizează utilajele și potrivit căreia nu se admit contracte ce includ promisiunea închirierii de utilaje sau terenuri cu condiția atribuirii contractului către un anumit ofertant. De asemenea, nu se admit contracte de comodat”.

În răspunsul la solicitarea de clarificări, referitor la criticile privind promisiunea închirierii de utilaje și contractul de comodat, autoritatea contractantă precizează/clarifică următoarele:

„Cerința privind utilajele face parte din categoria "resurse" și se referă atât la specialiștii-cheie ce vor fi angrenați în contract cât și la utilajele necesare îndeplinirii contractului. Cerința se referă la disponibilitatea utilajelor raportată la data de deschidere a ofertelor. Aceasta disponibilitate nu poate fi demonstrată printr-un contract ce prevede promisiuni incerte pentru viitor, știut fiind faptul că un furnizor poate încheia contracte ce prevăd astfel de promisiuni cu mai mulți ofertanți pentru mai multe proceduri, fapt ce va duce în viitor la imposibilitatea onorării acestor contracte din lipsa de disponibilitate. În plus, o asemenea promisiune nu poate fi considerată a satisface cerința din caietul de sarcini întrucât la data deschiderii ofertei acele utilaje nu există”.

În punctul de vedere, referitor la aceste critici (solicitări), autoritatea contractantă precizează:

„Contractele de comodat. Este interzis a se încheia un contract de comodat pentru mijloace de producție între două societăți comerciale aducătoare de profit. Acele utilaje implică costuri și amortizări care nu pot fi susținute de proprietar în baza unui contract de comodat. Acest lucru constituie în majoritatea cazurilor o simulatie între două firme pentru a eluda plata de taxe și impozite, știut fiind că aceste tipuri de contracte produc costuri ce nu se înregistrează.

Promisiunea de închiriere în cazul atribuirii unui contract către un ofertant. Acest tip de contract are menirea de a vicia concurența loială între candidați, întrucât un proprietar poate oferi această promisiune mai multor ofertanți fără a o putea acoperi ulterior, în cazul atribuirii mai multor contracte către mai mulți ofertanți cărora le-a oferit această promisiune pentru un număr limitat de utilaje. În alta ordine de idei, disponibilitatea acestor resurse tehnice nu poate fi îndeplinită ulterior evaluării ofertei. Prin urmare autoritatea contractantă a stabilit că utilajele respective trebuie să fie în posesia ofertantului la data deschiderii ofertelor, indiferent de forma legală de deținere (proprietate, leasing, credit sau închiriere).”

Contestatorul solicită să se admită și contracte ce includ promisiunea închirierii de utilaje și să fie considerată îndeplinită cerința și prin prezentarea unor contracte de comodat.

Consiliul consideră că solicitarea contestatorului, în ceea ce privește promisiunea închirierii de utilaje, este întemeiată, din următoarele considerente:

Promisiunea de închiriere este un antecontract și reprezintă acordul prin care una dintre părți (promitentul) se angajează față de cealaltă parte (beneficiar) să încheie, la o dată ulterioară, un contract.

Pe lângă acordul propriu-zis, promisiunea de închiriere stipulează și elementele care vor fi prevăzute în contractul final. Orice bun, mobil sau imobil, poate reprezenta obiectul acestui act.

În momentul semnării contractului, este nevoie ca părțile să aibă capacitatea de a încheia acte de dispoziție, lucru care nu este necesar la momentul semnării promisiunii de închiriere.

Este lipsit de relevanță pentru achizitoare modul de închiriere a utilajelor, relevantă fiind calitatea lucrărilor, nu utilajele folosite de fiecare operator economic pentru executarea lucrărilor.

Vizavi de solicitarea privind acceptarea promisiunii închirierii de utilaje, analizând explicațiile autorității contractante, Consiliul constată că o astfel de condiție de neacceptare a promisiunii, nu a fost justificată raportat la obiectul contractului, nefiind indicat care ar fi riscul de neîndeplinire a contractului în prezența acestuia.

Consiliul consideră că solicitarea contestatorului, în ceea ce privește contractul de comodat, nu este întemeiată, din următoarele considerente:

Contractul de comodat, cunoscut și sub denumirea de „contract de împrumut de folosință”, este documentul prin care o persoană fizică sau juridică are dreptul de a folosi, în temei legal, un bun pus la dispoziție de altă persoană. Pentru un business, contractul de comodat are mai multe beneficii, printre care reducerea costurilor aferente închirierii unui bun sau flexibilitate în ceea ce privește perioada de utilizare a bunului respectiv.

În conformitate cu prevederile prevăzute în Legea nr. 287/2009, privind Codul Civil, un contract de comodat este un acord scris între un comodant și comodat, prin care comodantul împrumută un bun unui comodat pentru o anumită perioadă de timp, fără a primi la schimb o plată.

Pe toată această perioadă prestabilită și agreată în contract, comodantul (cel care împrumută bunul) rămâne în continuare proprietarul bunului, iar comodatul are doar drept de folosință a bunului respectiv.

Contractele de comodat nu se înregistrează la organul fiscal. Totodată, niciun tip de contract de comodat nu presupune impozitarea acestuia. Fiind vorba despre un contract de folosință cu titlu gratuit, niciuna dintre părțile contractante nu trebuie să plătească vreun impozit sau vreo taxă către stat.

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul consideră că nu poate fi acceptat un contract de comodat pentru mijloace de producție între două societăți comerciale aducătoare de profit. Acele utilaje implică costuri și amortizări care nu pot fi susținute de proprietar în baza unui contract de comodat. Acest lucru constituie o înțelegere între două firme pentru a eluda plata de taxe și impozite, deoarece aceste tipuri de contracte produc costuri ce nu se înregistrează.

Având în vedere explicațiile aduse de autoritatea contractantă în punctul său de vedere și lipsa unei motivări concrete vizavi de eliminarea cerinței, Consiliul va menține cerința astfel cum a fost impusă.

Referitor la criticile privind certificatul de inspecție tehnică, Consiliul reține următoarele:

În fișa de date autoritatea contractantă a solicitat următoarele:

„IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice (...)

PENTRU UTILAJELE MAI VECHI DE 5 ANI, OFERTANTUL TREBUIE SA ATASEZE CERTIFICATE DE INSPECTIE TEHNICA DIN CARE SA REZULTE CA UTILAJELE SUNT IN STARE BUNA DE FUNCTIONARE”.

Prin solicitarea de clarificări, referitor la certificatul de inspecție tehnică, contestatorul a solicitat autorității contractante:

„Eliminarea următoarelor cerințe restrictive care vizează utilajele, pe care le vom indica, punctual, în continuare, astfel: (...)

c) Pentru utilajele mai vechi de 5 ani, ofertantul trebuie sa atașeze certificate de inspecție tehnică din care sa rezulte ca utilajele sunt in stare buna de funcționare.”

În răspunsul la solicitarea de clarificări, referitor la criticile privind certificatul de inspecție tehnică, autoritatea contractantă precizează/clarifică următoarele:

„In privința utilajelor mai vechi de 5 ani, acestea pot avea si 30 de ani. Condiția este ca aceste utilaje sa fie in stare de funcționare, iar acest lucru nu poate fi demonstrat decât printr-un document care sa ateste starea tehnica a acestora. Prin acest demers, Autoritatea contractanta incearca sa evite contractarea de „liste de inventar” ce conțin utilaje casate sau care nu mai sunt in stare de funcționare.”

Contestatorul solicită eliminarea cerinței restrictive potrivit căreia *„pentru utilajele mai vechi de 5 ani, ofertantul trebuie sa atașeze certificate de inspecție tehnică din care sa rezulte ca utilajele sunt în stare bună de funcționare”.*

Consiliul consideră că solicitarea contestatorului, în ceea ce privește certificatul de inspecție tehnică, nu este întemeiată, din următoarele considerente:

Așa cum precizează și autoritatea contractantă în răspunsul său, ofertanții trebuie să demonstreze că utilajele lor sunt în stare bună de funcționare, iar acest lucru nu poate fi demonstrat decât printr-un document care să ateste starea tehnică a acestora. Realizarea contractului în bune condiții depinde și de starea tehnică a utilajelor care vor fi folosite la aceste lucrări de modernizare drumuri.

Având în vedere explicațiile aduse de autoritatea contractantă în răspunsul său și lipsa unei motivări concrete vizavi de modul în care modalitatea de îndeplinire a cerinței restricționează participarea contestatoarei la procedură, Consiliul va menține cerința astfel cum a fost impusă.

Societatea contestatoare trebuia să prezinte în cuprinsul contestației, motivele concrete care să determine analiza cerinței de către Consiliul pentru a se stabili caracterul restrictiv al modalității de îndeplinire a cerinței.

Nefiind demonstrat caracterul restrictiv al cerinței, Consiliul constată că nu se impune eliminarea ei.

Vizavi de cerința referitoare la certificatul de inspecție tehnică, Consiliul observă că singura motivare a contestatoarei este legată de nerespectarea principiilor, nefiind adus vreun argument concret asupra modului în care cerința o împiedică să participe la procedură.

Se impune ca această cerință să fie menținută în documentația de atribuire, deoarece participanții la procedură trebuie să demonstreze comisiei de evaluare că au resursele tehnice necesare realizării contractului.

În situația în care consideră că punerea în aplicare a acestor măsuri de remediere duce la incidența în speță a prevederilor art. 212 alin. (1) lit. d) Legea nr. 98/2016, în conformitate cu care: *„(1) Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri: (...)*

d) Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sau instanța de judecată dispune modificarea/eliminarea unor specificații tehnice/cerințe din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire astfel încât nu mai poate fi atins în mod corespunzător scopul achiziției, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri de remediere, fără ca acestea să afecteze principiile achizițiilor publice reglementate la art. 2 alin. (2);”, autoritatea contractantă poate anula procedura de atribuire.

În analiza sa, Consiliul a avut în vedere argumentele contestatoarei, în funcție de acestea, dispunând modificarea/completarea/păstrarea cerințelor din fișa de date și caietul de sarcini.

Fiind posibilă luarea măsurilor de remediere, autoritatea contractantă urmând a decala termenul de depunere a ofertelor, va fi respins capătul de cerere privind anularea procedurii.

Capătul de cerere privind suspendarea procedurii a fost admis prin Încheierea nr. 2922/C5/2855 din 16.10.2023.

Fiind admisă, în parte, contestația, Consiliul va admite cererea privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate în cursul soluționării contestației, însă va diminua corespunzător cuantumul onorariului, astfel că va obliga autoritatea contractantă la plata către contestatoare a sumei de 2.000 lei reprezentând onorariu avocat. La dosarul cauzei, a fost depusă factura nr. SD0038/27.10.2023, în valoare de 5.000,00 lei, emisă de, și dovada plății cheltuielilor.

În ce privește aspectul invocat în adresa nr. 55/13.10.2023, Consiliul reține că depășirea de către autoritatea contractantă a termenului pentru publicarea contestației în SEAP, nu a împiedicat soluționarea contestației, nefiind necesară luarea vreunei măsuri împotriva autorității. De altfel, contestatoarea nu a indicat măsurile care ar trebui luate.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Va obliga autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire în conformitate cu considerentele prezentei decizii, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, cu stabilirea unui nou termen pentru depunerea ofertelor. Modificările/completările vor fi aduse la cunoștința operatorilor economici, în cadrul aceluiași termen, prin publicarea lor în SEAP.

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

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

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 autoritatea contractantă

Obligă autoritatea contractantă la remedierea documentației de atribuire în conformitate cu considerentele prezentei decizii, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, cu stabilirea unui nou termen pentru depunerea ofertelor. Modificările/completările vor fi aduse la cunoștința operatorilor economici, în cadrul aceleiași termen, prin publicarea lor în SEAP.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind anularea procedurii.

Admite cererea contestatoarei privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate în cursul soluționării contestației și obligă la plata către a sumei de 2.000 lei reprezentând onorariu avocat.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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,

.

.

.

Redactat în 4 exemplare originale, conține 32 pagini.