

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: ...

Prin contestația nr. 133/28.04.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 22916/28.04.2023, formulată de către ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., împotriva anunțului de tip erată ... și a Clarificării generată automat ca urmare a modificărilor aduse documentației de atribuire din data de 24.04.2023 de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări, având ca obiect *„Reabilitare străzi în lungimea de aproximativ 6 km în comuna ..., județul ...”*, se solicită anularea anunțului de tip erată EN 1044963/24.04.2023, publicat la data de 24.04.2023 și a Clarificării generată automat ca urmare a modificărilor aduse documentației de atribuire din data de 24.04.2023, eliminarea din cadrul fișei de date a cerinței introduse prin anunțul mai sus indicat, respectiv a cerinței din cadrul Criteriilor de atribuire ce vizează factorul de evaluare - Active imobilizate - media activelor imobilizate pe ultimii trei ani, obligarea autorității contractante la continuarea procedurii cu eliminarea cerinței contestate, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, în temeiul prevederilor art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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 ... critică anunțul de tip erată ... și Clarificarea generată automat ca urmare a modificărilor aduse documentației de atribuire din data de 24.04.2023, respectiv cerința din cadrul Criteriilor de atribuire ce vizează factorul de evaluare - Active imobilizate - media activelor imobilizate pe ultimii trei ani.

Contestatorul arată că aceasta este singura modalitate ce o are la îndemână pentru a elimina aceste cerințe evident restrictive și inutile, motivat de faptul că autoritățile contractante, prin consultantul acestora, nu doresc eliminarea acestor cerințe din proprie inițiativă, cu toate că știu că există riscul contestării acestora și cu toate că au cunoștință de caracterul restrictiv al acestora (toate fișele de date contestate, până la acest moment în număr de 4, au aceeași persoană ce ocupă poziția de consultant).

De asemenea, în toate aceste proceduri de atribuire, anterior transmiterii contestației, s-au formulat solicitări de clarificări, în speranța că vor fi remediate cerințele din fișele de date, fără a mai fi necesară sesizarea Consiliului și fără a mai fi necesară constituirea cauțiunii, însă autoritățile au refuzat să remedieze problema din proprie inițiativă, situația fiind similară și în prezenta cauză.

Anterior acestui litigiu, a mai existat o contestație la această fișă de date, în forma inițială a acesteia. Ca urmare a acestei contestații, autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere, eliminând toate aspectele criticate de către ..., însă a adăugat cerințe noi, ce sunt contestate prin prezenta.

Prin Anunțul de tip erată ..., publicat la data de 24.04.2023 și a Clarificării generată automat ca urmare a modificărilor aduse documentației de atribuire din data de 24.04.2023, autoritatea contractantă a introdus următorul factor de evaluare:

Nume	Descriere factor evaluare	Algoritm de calcul
Active imobilizate	Se va prezenta media activelor imobilizate pe ultimii 3 ani 2020, 2021 și 2022	a) Pentru cea mai mare valoare a mediei activelor imobilizate se acordă punctajul maxim alocat; b) Pentru celelalte valori punctajul AI(n) se calculează proporțional, astfel: $AI(n) = (Valoarea\ n / Valoarea\ cea\ mai\ mare\ prezentată) \times punctaj\ maxim\ alocat.$

Acest factor de evaluare a făcut obiectul deja al unei contestații, însă Consiliul nu a pronunțat o decizie în acest sens, autoritatea contractantă din acel dosar a dispus măsuri de remediere prin eliminarea cu totul a acestuia. A se vedea în acest sens dosarul nr. 711/C1/2023.

Cu privire la factorul de evaluare „ACTIVE IMOBILIZATE”, contestatorul arată faptul că acesta nu aduce niciun beneficiu concret autorității contractante, precum un asemenea factor de evaluare are menirea de a favoriza doar o anumită categorie de operatori economici, neexistând nicio justificare rezonabilă pentru care s-a stabilit un astfel de factor de evaluare.

Se învederează și faptul că se intenționează să se depună o ofertă admisibilă, ce poate conduce la atribuirea contractului în persoana

contestatorului, însă documentația de atribuire conține criterii ce nu pot fi îndeplinite în mod obișnuit de către ofertanți, fiind cu totul restrictive.

Din punctul de vedere al contestatorului, acest factor de evaluare este cu totul inutil, neaducând niciun beneficiu concret autorității contractante.

Contestatorul anticipează că în cadrul justificării ce va fi prezentată de către autoritatea contractantă în fața Consiliului, aceasta va argumenta că este interesată ca la procedura de atribuire a contractului să fie favorizați acei operatori economici care dispun de suficiente resurse materiale pentru a finaliza cât mai repede și în condiții cât mai bune lucrarea.

O astfel de justificare nu va putea fi primită, deoarece prin acest factor de evaluare nu se garantează în niciun fel calitatea lucrării sau termenul de execuție al acesteia.

În înțelesul contabil al sintagmei Active imobilizate se are în vedere că acestea reprezintă bunurile și valorile cu o durată de utilizare mai mare de un an și care nu se consumă la prima utilizare, acestea fiind împărțite în trei categorii: imobilizări necorporale, imobilizări corporale și imobilizări financiare.

- Imobilizările necorporale (numite și active intangibile sau nemateriale) reprezintă active fără suport material (identificabile nemonetar) deținute cu scopul de a fi utilizate în procesul de producție sau pentru furnizarea de servicii (ex: brevete, licențe, mărci). Imobilizările necorporale cuprind: cheltuieli de constituire, cheltuieli de dezvoltare, concesiuni, licențe, brevete, mărci comerciale, fondul comercial.

- Imobilizările corporale (numite și active tangibile sau fixe) sunt reprezentate de bunurile cu conținut material utilizate de societate în procesul de producție de bunuri sau prestare de servicii (ex: terenuri și construcții, mașini, utilaje, mijloace de transport etc).

- Imobilizările financiare reprezintă sumele financiare investite de societate pe termen lung sub formă de titluri și creanțe, cu scopul de a obține venituri din dividende și dobânzi (ex: acțiuni, împrumuturi acordate pe termen lung).

Totodată, Consiliul urmează a observa faptul că în cadrul formularului standard stabilit de Ordinul MFP nr. 4268/2022 privind principalele aspecte legate de întocmirea și depunerea situațiilor financiare anuale și a raportărilor contabile anuale ale operatorilor economici la unitățile teritoriale ale Ministerului Finanțelor, precum și pentru reglementarea unor aspecte contabile, sunt incluse aspecte cu totul neimportante pentru execuția contractului de lucrări.

Astfel, se anexează contestației formularul „Situația activelor imobilizate” (cod 40).

În cadrul acestui formular sunt incluse elemente precum:

*„Concesiuni, brevete, licențe, mărci comerciale, drepturi și active similare și alte imobilizări necorporale
Avansuri acordate pentru imobilizări necorporale (...)
Terenuri și amenajări de terenuri
Construcții (...)
Investiții imobiliare în curs de execuție (...)
Plante productive (...)
Active biologice productive (...)
Drepturi de utilizare a activelor luate în leasing.”*

Așa cum se poate observa, în lista elementelor contabile ce trebuie indicate în cadrul Situației Activelor imobilizate, sunt elemente care nu au absolut nicio legătură cu execuția lucrărilor de drumuri de interes local.

De asemenea, nu ar putea fi primită o justificare din partea autorității contractante în sensul că în cadrul acestui factor de evaluare sunt incluse și instalații tehnice și mașini, deoarece deținerea în patrimoniu a unui număr mai mare de utilaje sau echipamente nu duce în mod automat la concluzia că acest operator va putea finaliza lucrarea într-un termen mai scurt sau în condiții de calitate superioare față de alți operatori economici care au o valoare mai mică a activelor imobilizate.

Trebuie înțeles faptul că sintagma Activele imobilizate se aplică tuturor operatorilor economici, indiferent de domeniul în care aceștia își desfășoară activitatea. Având în vedere acest aspect, prin subcategoria de „instalații tehnice și mașini”, nu înseamnă în mod automat că aceste instalații și mașini sunt în legătură directă cu obiectul contractului ce se dorește a fi atribuit.

De asemenea, dacă intenția autorității contractante a fost aceea de a favoriza acei operatori economici cu un număr mai mare de instalații tehnice și utilaje, aceasta defavorizează în mod evident acei operatori economici care justifică/dovedesc deținerea de echipamente și utilaje necesare execuției contractului prin prezentarea de contracte de închiriere.

Așa cum rezultă din documentația de atribuire, autoritatea contractantă nu a interzis includerea în lista de echipamente și a utilajelor ce sunt închiriate de la alți operatori economici, echipamente și utilaje ce nu apar în cadrul valorii Activelor imobilizate ale ofertantului.

Or, din moment ce autoritatea contractantă dă posibilitatea închirierii utilajelor și echipamentelor necesare realizării lucrării, nu există nicio justificare pentru care este favorizat acel operator economic care le-ar avea în proprietate și ar fi incluse în cadrul Activelor imobilizate.

Mai mult, trebuie ținut cont și de specificul lucrărilor ce urmează a fi realizate. O categorie semnificativă de cheltuieli în cadrul acestor contracte este cheltuiala cu aprovizionarea de materiale.

Or, în mod obișnuit, toți furnizorii de materiale (asfalt, piatră, nisip etc.) asigură și serviciile de transport. Astfel, este cu totul irelevant faptul că un anumit operator economic are o valoare mare a activelor imobilizate, din moment ce acesta își va asigura necesarul de materiale prin utilizarea transportului acestora de către furnizorii de materiale.

Un alt argument ce trebuie avut în vedere este și acela că o valoare mai mare a Activelor imobilizate, ce ar presupune în concepția autorității contractante a unui număr mai mare de echipamente, nu justifică în mod automat faptul că acel operator economic ar realiza o lucrare într-un termen mai scurt sau de o calitate mai bună.

Împrejurarea că acel operator economic ar avea mai multe utilaje și echipamente nu semnifică în mod automat faptul că acesta va și angrena acele utilaje și echipamente în cadrul Contractului de lucrări.

Această departajare între operatorii economici este cu totul artificială din moment ce aceștia sunt obligați să prezinte ce echipamentele și utilajele vor folosi în cadrul contractului, echipamente ce se determină pe baza proiectării realizate și a graficului de execuție.

Mai exact, dacă proiectul tehnic propus stabilește că execuția lucrărilor se poate realiza cu 10 echipamente și utilaje, încadrându-se în termenul de execuție, nu mai prezintă relevanță pentru autoritatea contractantă faptul că acel operator economic mai are încă 10 utilaje, din moment ce acestea nu vor fi utilizate în cadrul lucrării.

Din punctul de vedere al contestatorului, sunt încălcate următoarele dispoziții din materia achizițiilor publice: art. 31 alin. (1) și art. 32 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016, citate.

Așa cum s-a arătat anterior, Consiliul urmează a mai observa faptul că un asemenea factor de evaluare este cu totul disproporționat, fiind încălcat principiul proporționalității, ce reclamă ca măsurile adoptate de o autoritate contractantă să fie potrivite (echilibrate) cu obiectivele urmărite, respectiv să nu se facă, restricționa sau solicita mai mult decât este necesar pentru a se atinge obiectivele urmărite.

Totodată, nu poate fi scăpat din vedere faptul că, pe lângă legătura pe care criteriul de calificare trebuie să o aibă cu obiectul contractului, acesta trebuie să îndeplinească și condiția cumulativă de a fi proporțional prin raportare la obiectul contractului, existența unei legături nefiind, așadar, și suficientă pentru legalitatea criteriului de calificare - art. 172 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

În concret, lucrarea ce urmează a fi realizată se referă la drumuri locale, sătești, acestea având un grad de complexitate scăzut, fiind încadrate în categoria V - drumuri cu nivel foarte redus de intensitate a traficului, nefiind necesară implicare unui număr considerabil de echipamente și utilaje.

Totodată, trebuie observată și neconcordanța dintre acest factor de evaluare și perioada de execuție.

Propriu-zis, din moment ce autoritatea contractantă nu a stabilit un termen de execuție scurt, ci a stabilit o perioadă de 57 luni, precum nu a încurajat ofertanții să ofere un termen cât mai scurt al execuției lucrărilor, împrejurarea că ofertantul deține un număr mai mare de utilaje nu poate reprezenta un beneficiu concret pentru aceasta.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. anularea anunțului de tip erată EN 1044963/24.04.2023, publicat la data de 24.04.2023 și a Clarificării generată automat ca urmare a modificărilor aduse documentației de atribuire din data de 24.04.2023, eliminarea din cadrul fișei de date a cerinței introduse prin anunțul mai sus indicat, respectiv a cerinței din cadrul Criteriilor de atribuire ce vizează factorul de evaluare - Active imobilizate - media activelor imobilizate pe ultimii trei ani, obligarea autorității contractante la continuarea procedurii cu eliminarea cerinței contestate, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației, în temeiul prevederilor art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 2469/12.05.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 25789/12.05.2023, ... transmite punctul său de vedere cu privire la contestația formulată de către ..., prin care solicită respingerea acesteia, pentru următoarele considerente:

La data de 24.04.2023, autoritatea contractantă a publicat clarificarea din oficiu automată DF1176035 și erata ..., prin care a adus modificări documentației de atribuire publicată inițial în SEAP, ca urmare a contestației înaintată CNSC de către operatorul economic ... și înregistrată sub numărul 21227/20.04.2023, dosar nr. 1804/2023.

Referitor la solicitarea contestatorului, în legătură cu suspendarea procedurii de atribuire, autoritatea contractantă arată că a luat măsura suspendării procedurii în data de 24.04.2023.

Referitor la punctul II criticat de către contestatoare, cu privire la factorul de evaluare modificat, se fac următoarele precizări:

Autoritatea contractantă a inițiat procedura de atribuire stabilind în fișa de date a achiziției, secțiunea II Obiectul contractului, subsecțiunea II.2.5 Criterii de atribuire, ca factori de evaluare prețul ofertei - componentă financiară, experiența echipei - manager de contract și experiența echipei - inginer proiectant infrastructură rutieră și justificarea în mod elocvent a unei metodologii adecvate de implementare a contractului, precum și o planificare adecvată a resurselor umane și a activităților, cu doi subfactori Abordarea propusă pentru implementarea contractului și Identificarea și încadrarea în timp a punctelor de reper (jaloanelor) semnificative în execuția contractului, inclusiv descrierea modului în care acestea vor fi reflectate în raportările contractului.

Autoritatea contractantă arată că a remediat cerințele documentației de atribuire cu privire la factorii de evaluare prin clarificarea din oficiu automată, fișier electronic [...] Clarificare_Oficiu_Automată_DF1176035.pdf, publicată în SEAP la data

de 24.04.2023, ora 13:49, criteriile de atribuire/Factori de evaluare, conform cerințelor contestatorului, ca urmare a contestației înregistrată la CNSC sub nr. 21227/20.04.2023, dosar nr. 1804/2023.

Autoritatea contractantă precizează că a modificat factorul de evaluare 4 Justificarea în mod elocvent a unei metodologii adecvate de implementare a contractului, precum și o planificare adecvată a resurselor umane și a activităților, cu doi subfactori: Abordarea propusă pentru implementarea contractului și Identificarea și încadrarea în timp a punctelor de reper (jaloanelor) semnificative în execuția contractului, inclusiv descrierea modului în care acestea vor fi reflectate în raportările contractului, înlocuindu-l cu un nou factor de evaluare, respectiv „Active imobilizate”.

Astfel, susținerea contestatorului potrivit căreia autoritatea contractantă a introdus un nou criteriu de atribuire, nu este justificată, având în vedere că acțiunea nu a fost aceea de a modifica criteriile de selecție/atribuire prin introducerea de noi cerințe/criterii, ci de a înlocui un criteriu pe care însăși ... l-a contestat.

Totodată, se consideră că prin acțiunea întreprinsă, nu s-a restrâns în nici un fel participarea unui operator economic la procedura de atribuire, având în vedere că prin noul factor de evaluare nu s-a impus un nivel minim sau maxim pentru factorul de evaluare, motiv care ar fi putut justifica intenția autorității contractante de a restricționa participarea operatorilor economici la procedura de achiziție publică.

În continuare, autoritatea contractantă precizează că a avut în vedere, l-a stabilirea noului factor de evaluare, de importanța pe care aceste active o au în cadrul unei societăți, respectiv oferă stabilitate operațională companiei. Este important ca societățile să își amortizeze cu exactitate și în mod consecvent activele, pentru a oferi o imagine clară și exactă a poziției financiare și a performanței societății în timp. Activele imobilizate asigură baza materială a activității unei întreprinderi și totodată reflectă ponderea elementelor patrimoniale aflate permanent în patrimoniu și măsoară gradul de imobilizare a elementelor de capital.

Autoritatea contractantă face mențiunea că, în accepțiunea contestatorului, intenția de a depune o ofertă admisibilă este posibilă, doar stabilind aceasta criteriile de selecție, calificare și atribuire în funcție de capacitatea financiară, tehnică și profesională de care dispune, după cum se poate observa din cele două contestații înaintate Consiliului.

Susținerea contestatorului cu privire la existența unui alt dosar înaintat CNSC-ului, pe o speță similară, nu are nicio relevanță, deciziile Consiliului fiind individuale și particulare fiecărei spețe, ca de altfel și acțiunile și cerințele solicitate prin documentațiile de atribuire ale autorităților contractante.

Se poate observa din acțiunea autorității contractante, prin care au fost luate măsuri de remediere asupra documentației de atribuire, conform aspectelor contestate de către ..., indiferent de cauzalitatea care

a determinat aceste măsuri, că nu se dorește îngrădirea participării operatorilor economici la procedura de atribuire, însă nu se poate elabora o documentație în funcție doar de capacitatea unui operator economic.

Concluzionând, ... solicită C.N.S.C. respingerea contestației ... ca nefondată.

Prin adresa nr. 143/15.05.2023, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 25956/15.05.2023, ... transmite Răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, astfel:

Cu privire la cererea de suspendare a procedurii, se arată faptul că nu se mai insistă în soluționarea acesteia, având în vedere din moment ce autoritatea contractantă a luat decizia suspendării procedurii, măsură dispusă la data de 24.04.2023.

Cu privire la cerința criticată, contestatorul precizează că autoritatea contractantă a introdus acest factor de evaluare motivat de faptul că acest indicator contabil arată „*stabilitatea operațională a companiei*”. În lipsă de alte argumente, nu se poate înțelege ce semnifică sintagma folosită, precum, mai important, care ar fi relevanța pentru autoritatea contractantă a „*stabilității operaționale*” a ofertanților.

Prin contestația formulată s-a invocat, printre altele, dispozițiile art. 32 alin. (2) și alin. (8) din H.G. nr. 295/2016, precum și ce conține codul contabil intitulat „Active imobilizate”.

Astfel, contestatorul arată că autoritatea contractantă nu a prezentat niciun răspuns la criticile menționate în cadrul contestației, referitoare la faptul că stabilirea acestui factor de evaluare nu aduce niciun beneficiu concret, precum nu are nicio legătură cu obiectul contractului.

Aceasta s-a limitat doar la o prezentare la modul general a sintagmei „Active imobilizate”, fără a da un răspuns de ce valoarea contabilă a „Terenurilor și amenajări de terenuri”, „plante productive”, „active biologice productive” reprezintă un element relevant de departajare a unor operatori economici ce urmează a realiza lucrări de asfaltare și modernizare drumuri.

Mai mult, autoritatea contractantă susține că „*este important ca societățile să își amortizeze cu exactitate și în mod consecvent activele pentru a oferi o imagine clară și exactă a poziției financiare și a performanței societății în timp*”.

Din acest paragraf, rezultă faptul că pentru autoritatea contractantă este importantă modalitatea în care operatorii economici își întocmesc și țin evidența contabilă, mai exact modalitatea în care amortizarea activelor este operată în contabilitate. În mod evident, o astfel de afirmație nu poate reprezenta un argument pertinent pentru a se putea susține menținerea acestui factor de evaluare, deoarece nu poate fi vorba de nicio legătură între amortizarea activelor și capacitatea de a executa contractul de lucrări.

Nu în ultimul rând, împrejurarea că un anumite operator economic are o valoare a activelor imobilizate mare, nu semnifică în mod automat că acesta are și posibilitatea executării contractului sau că prezintă o garanție suplimentară având o „stabilitate operațională”.

Așa cum s-a arătat anterior, în cadrul activelor imobilizate sunt incluse bunuri ce nu au nicio legătură cu obiectul contractului, precum împrejurarea că în cadrul activelor ar fi incluse și utilajele folosite în cadrul contractului, nu poate justifica menținerea unui asemenea factor de evaluare, din moment ce toate utilajele înregistrate vor fi și utilizate în cadrul contractului.

Din punctul de vedere al ..., așa cum a susținut și în cadrul contestației, menținerea unui asemenea factor de evaluare restrânge în mod artificial concurența, favorizând anumiți operatori economici (cei cu o valoare mare a activelor imobilizate), fără însă a exista o justificare obiectivă pentru această situație.

În concluzie, având în vedere că factorul de evaluare nu aduce un beneficiu concret autorității contractante, ... consideră că se impune admiterea contestației sale și eliminarea acestuia.

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

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură simplificată în vederea atribuirii contractului de lucrări „*Reabilitare străzi în lungimea de aproximativ 6 km în comuna ..., județul ...*”, cod CPV 45233120-6 Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ...

Conform anunțului de participare simplificat și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea estimată a contractului de lucrări este de 5.956.143,36 lei fără TVA.

Analizând conținutul dosarului cauzei, Consiliul constată că ... a transmis recipisa de consemnare nr. 209107866/1, eliberată de CEC BANK Sucursala ... la data de 02.05.2023, din care rezultă consemnarea cauțiunii în valoare de 35.000,00 lei, pe seama și la dispoziția C.N.S.C., corespunzătoare dosarului nr. 1145/2023.

Astfel, Consiliul constată că a constituit cauțiunea în cuantumul și în termenul prevăzut la art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Preliminar, Consiliul are în vedere că în prezenta procedură de atribuire, anterior, a mai fost pronunțată Decizia nr. 924/C7/1081/25.04.2023, prin care contestația nr. 1126/20.04.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 21227/20.04.2023, formulată de către ... împotriva documentației de atribuire/fișa de date a achiziției, a fost respinsă ca rămasă fără obiect, întrucât criticile contestatorului concordă cu măsurile luate de autoritatea contractantă.

Împotriva acestei Decizii nu a fost formulată plângere.

Prin Încheierea nr. 1265/C7/1145/05.05.2023, Consiliul a respins, ca rămasă fără obiect, solicitarea ... de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționare pe fond a contestației.

Procedând la analiza cauzei, raportat la criticile aduse de către ... în contestația formulată, Consiliul constată că aceasta vizează măsurile de remediere dispuse de către autoritatea contractantă ... și postate în SEAP, prin publicarea anunțului de tip erată ..., respectiv a „Clarificării generată automat ca urmare a modificărilor aduse documentației de atribuire” din aceeași dată, prin care s-au modificat prevederile documentației de atribuire.

Ca o chestiune preliminară se reține faptul că în vederea atribuirii contractului de lucrări supus procedurii în cauză, autoritatea contractantă a elaborat documentația de atribuire în cadrul căreia a menționat condițiile tehnice și de calitate pe care trebuie să le îndeplinească lucrările care fac obiectul contractului în analiză pentru a răspunde necesităților apărute în derularea activității la parametrii optimi.

În soluționarea fondului contestației, Consiliul va avea în vedere următoarele dispoziții legale din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice:

- Art. 3, alin. (1) lit. rr): „Specificațiile tehnice - cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, într-o manieră corespunzătoare îndeplinirii necesității autorității contractante.”

- Art. 50: „(1) Autoritățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi ori al restrângerii artificiale a concurenței.

- (2) În sensul alin. (1), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza ori dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici”;

- Art. 155, alin (6): „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”.

- Art. 156, alin (1): „Fără a aduce atingere normelor tehnice obligatorii de la nivel național, în măsura în care sunt compatibile cu actele normative adoptate la nivelul Uniunii Europene, specificațiile tehnice se stabilesc în una dintre următoarele modalități:

- a) prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale, inclusiv caracteristici de mediu, cu condiția ca parametrii să fie suficient de preciși pentru a permite ofertanților să determine obiectul contractului și autoritățile contractante să atribue contractul;

- b) prin trimitere la specificații tehnice și, ca ordine de prioritate, la standarde naționale care transpun standarde europene, evaluări tehnice europene, specificații tehnice comune, standarde internaționale, alte sisteme de referință tehnice instituite de către organismele de standardizare europene

sau, în lipsa oricăror dintre acestea, la standarde naționale, la acorduri tehnice naționale sau specificații tehnice naționale referitoare la proiectarea, calcularea și execuția lucrărilor și la utilizarea produselor; fiecare trimitere este însoțită de mențiunea "sau echivalent";

c) prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale, potrivit lit. a), și prin trimitere la specificațiile tehnice prevăzute la lit. b) ca modalitate de a prezuma conformitatea cu respectivele cerințe de performanță sau cerințe funcționale;

d) prin trimitere la specificațiile tehnice prevăzute la lit. b) pentru unele caracteristici și prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale prevăzute la lit. a) pentru alte caracteristici.

(2) Cu excepția cazului în care acest lucru este justificat de obiectul contractului, specificațiile tehnice nu precizează un anumit producător, o anumită origine sau un anumit procedeu care caracterizează produsele sau serviciile furnizate de un anumit operator economic și nici nu se referă la mărci, brevete, tipuri, la o origine sau la o producție specifică, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau produse."

Din economia textelor legale mai sus invocate se desprind următoarele aspecte: în cadrul caietului de sarcini, autoritatea contractantă trebuie să își materializeze nevoile, raportat la specificul activității sale și la faptul că dorește achiziționarea unor servicii care vor contribui la derularea în condiții optime a activității sale.

Cu alte cuvinte, așa cum a fost mai sus reținut, autoritatea contractantă trebuie să identifice în mod obiectiv în ce constă necesitatea sa, vizavi de achiziționarea lucrărilor de reabilitare și să stabilească în cadrul fișei de date a achiziției și a caietului de sarcini cerințe minime și specificații tehnice, astfel încât acestea 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.

În acest context, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă este singura în măsură să cunoască în mod exact necesitățile sale obiective, orice achiziție care nu ar conduce la satisfacerea în mod deplin a acestora reprezentând o folosire inefficientă a fondurilor publice, urmând a analiza temeinicia acestor critici.

Stabilind cadrul legal, Consiliul are în vedere că aspectul contestat de ... vizează informația furnizată de către achizitoare prin Anunțul de tip erată EN ..., publicat la data de 24.04.2023 și a „Clarificării generată automat ca urmare a modificărilor aduse documentației de atribuire” din data de 24.04.2023, prin care aceasta a introdus un nou factor de evaluare „Active imobilizate”, cu următorul algoritm de calcul „Se va prezenta media activelor imobilizate pe ultimii 3 ani 2020, 2021 și 2022

a) Pentru cea mai mare valoare a mediei activelor imobilizate se acordă punctajul maxim alocat;

b) Pentru celelalte valori punctajul $AI(n)$ se calculează proporțional, astfel: $AI(n) = (\text{Valoarea } n / \text{Valoarea cea mai mare prezentată}) \times \text{punctaj}$

maxim alocat”, factor de evaluare vizavi de care contestatorul arată că, în opinia sa, acesta nu ar aduce niciun beneficiu concret autorității contractante, ci are doar menirea de a favoriza o anumită categorie de operatori economici, neexistând nicio justificare rezonabilă pentru care s-a stabilit un astfel de factor de evaluare.

Din punctul de vedere al contestatorului, acest factor de evaluare este cu totul inutil, neaducând niciun beneficiu concret autorității contractante și nu se garantează în niciun fel calitatea lucrării sau termenul de execuție al acesteia, argumentele fiind prezentate pe larg în cuprinsul contestației și redată succint în considerentele deciziei, ... concluzionând că impunerea acestui factor de evaluare încalcă legislația achizițiilor publice și se impune eliminarea acestuia.

Consiliul va reține și argumentele aduse de autoritatea contractantă, în replică la cele reclamate de ..., respectiv faptul că, la stabilirea noului factor de evaluare, a avut în vedere, importanța pe care aceste active o au în cadrul unei societăți, respectiv oferă stabilitate operațională companiei, arătând că este important ca societățile să își amortizeze cu exactitate și în mod consecvent activele, pentru a oferi o imagine clară și exactă a poziției financiare și a performanței societății în timp. Activele imobilizate asigură baza materială a activității unei întreprinderi și totodată reflectă ponderea elementelor patrimoniale aflate permanent în patrimoniu și măsoară gradul de imobilizare a elementelor de capital, solicitând respingerea solicitării contestatorului privind eliminarea factorului de evaluare în discuție și menținerea acestuia, astfel cum a fost stabilit.

Analizând aspectele în divergență, Consiliul are în vedere că în documentația de atribuire aferentă prezentei proceduri, fișa de date a achiziției, secțiunea II Obiectul contractului, subsecțiunea II.2.5 Criterii de atribuire, au fost menționați ca factori de evaluare *prețul ofertei - componentă financiară, experiența echipei - manager de contract și experiența echipei -inginer proiectant infrastructură rutieră și justificarea în mod elocvent a unei metodologii adecvate de implementare a contractului, precum și o planificare adecvată a resurselor umane și a activităților, cu doi subfactori Abordarea propusă pentru implementarea contractului și Identificarea și încadrarea în timp a punctelor de reper (jaloanelor) semnificative în execuția contractului, inclusiv descrierea modului în care acestea vor fi reflectate în raportările contractului.*

Achizitoarea a remediat cerințele documentației de atribuire cu privire la factorii de evaluare prin clarificarea din oficiu automată, fișier electronic [...] *Clarificare_Oficiu_Automată_DF1176035.pdf*, publicată în SEAP la data de 24.04.2023, ora 13:49, criteriile de atribuire/Factori de evaluare, ca urmare a contestației înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 21227/20.04.2023, dosar nr. 1804/2023, înlocuind factorul de evaluare Componenta tehnică *-Justificarea în mod elocvent a unei metodologii adecvate de implementare a contractului, precum și o planificare adecvată a*

resurselor umane și a activităților”, cu un nou factor de evaluare, respectiv „Active imobilizate”.

Din economia celor anterior redată rezultă că scopul pentru care a fost inițiată procedura de achiziție publică este acela de a asigura autoritatea contractantă de capacitatea de realizare a lucrărilor aferente obiectului acestuia, și anume reabilitare străzi în mediu rural (comuna ..., județul ...), în raport cu complexitatea și natura obiectivelor pentru care se vor realiza lucrările și de a diminua riscurile ca operatorii economici participanți la procedura să nu dețină capacitatea necesară îndeplinirii contractului la parametri solicitați.

Raportat la modificarea adusă de achizitoare vizavi de factorul de evaluare „Active imobilizate”, Consiliul constată lipsa de relevanță a acestuia, și anume faptul că prin impunerea factorului de evaluare în discuție achizitoarea restricționează participarea la procedura de atribuire a operatorilor economici interesați, încălcând totodată și legislația în materia achizițiilor publice.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul are în vedere faptul că autoritatea contractantă, prin impunerea acestui factor de evaluare fără relevanță în departajarea ofertelor, raportat la *obiectul* achiziției, nu se înscrie în limitele legalității și nu se circumscribe dispozițiilor art. 187 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră:

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

Or, în speță, ținând seama, pe de-o parte, de faptul că achizitoarea nu și-a justificat în vreun fel impunerea acestui factor, la dosarul achiziției publice neregăsindu-se vreun document întocmit în acest sens, iar argumentele prezentate în cadrul punctului de vedere nr. 2469/12/05.2023, înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 25789/12.05.2023 nu pot fi luate în considerare ținând seama că un astfel de factor nu are nicio relevanță în departajarea ofertelor, prin raportare la obiectul contractului aferent procedurii de atribuire, cât și de argumentele prezentate de ..., Consiliul determină că, prin stabilirea factorului de evaluare „Active imobilizate” sunt aduse încălcări ale legislației achizițiilor publice, factorul de evaluare urmând a fi eliminat din cadrul documentației de atribuire, implicit din *Clarificarea Oficiu_Automată_DF1176035.pdf, publicată în SEAP la data de 24.04.2023, ora 13:49.*

În susținerea acestei concluzii, analizând factorul de evaluare prin raportare la „*Obiectul*” achiziției, Consiliul constată că acesta nu are legătură cu obiectul contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit, în condițiile în care Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice, prevede la art. 187 că *„(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.”

Iar la art. 188 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 se prevede că „(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.”

Raportat la textele legale citate și ținând seama de argumentul decisiv al achizitoarei conform căruia, la baza stabilirii acestui factor de evaluare, a avut în vedere importanța pe care aceste active o au în cadrul unei societăți, respectiv oferă stabilitate operațională companiei, Consiliul determină că justificarea autorității contractante nu se încadrează în rigorile legii care obligă la stabilirea unor factori de evaluare care să aibă legătură cu obiectul achiziției publice, iar nu prin raportare la „stabilitatea operațională” a companiilor.

Într-adevăr, este important ca societățile să își amortizeze cu exactitate și în mod consecvent activele, pentru a oferi o imagine clară și exactă a poziției financiare și a performanței societății în timp, precum și faptul că activele imobilizate asigură baza materială a activității unei întreprinderi și totodată reflectă ponderea elementelor patrimoniale aflate permanent în patrimoniu și măsoară gradul de imobilizare a elementelor de capital, astfel cum susține achizitoarea.

Cu toate acestea, Consiliul este învestit cu verificarea modalității de elaborare a documentației de atribuire aferentă procedurii de atribuire în cauză prin raportare la prevederile legale incidente în materia achizițiilor publice și la verificarea modului în care autoritatea contractantă a respectat aceste dispoziții legale raportat la „obiectul” achiziției publice, ținând seama și de respectarea concurenței între operatorii economici și a celorlalte principii aplicabile în materia achizițiilor publice, prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, privind achizițiile publice.

Or, ținând seama de obiectul prezentei achiziții publice, care constă în lucrări de reabilitare străzi în comuna ..., județul ..., de prevederile

legale citate anterior și de argumentele părților, Consiliul constată că impunerea factorului de evaluare „*Active imobilizate*” și departajarea ofertanților în funcție de media activelor imobilizate pe ultimii 3 ani 2020, 2021 și 2022, nu reprezintă un aspect ce ar ține, eventual, de calitatea lucrărilor ce urmează a fi efectuate de ofertanți, conform „*obiectului*” achiziției publice de față.

Cu alte cuvinte, factorul de evaluare „*Active imobilizate*” are în vedere un aspect care nu are legătură cu lucrările ce urmează a fi realizate în urma atribuirii contractului aferent procedurii de atribuire în cauză – drumuri locale, sătești, acestea având un grad de complexitate scăzut, fiind încadrate în categoria V - drumuri cu nivel foarte redus de intensitate a traficului, nefiind necesară implicare unui număr considerabil de echipamente și utilaje, ci se referă la elemente care nu au absolut nicio legătură cu execuția lucrărilor de drumuri de interes local.

Mai mult, Consiliul reține ca fiind pertinent argumentul adus de către contestator conform căruia „*În înțelesul contabil al sintagmei Active imobilizate se are în vedere că acestea reprezintă bunurile și valorile cu o durată de utilizare mai mare de un an și care nu se consumă la prima utilizare (...) în lista elementelor contabile ce trebuie indicate în cadrul Situației Activelor imobilizate, sunt elemente care nu au absolut nicio legătură cu execuția lucrărilor de drumuri de interes local. De asemenea, nu ar putea fi primită o justificare din partea autorității contractante în sensul că în cadrul acestui factor de evaluare sunt incluse și instalații tehnice și mașini, deoarece deținerea în patrimoniu a unui număr mai mare de utilaje sau echipamente nu duce în mod automat la concluzia că acest operator va putea finaliza lucrarea într-un termen mai scurt sau în condiții de calitate superioare față de alți operatori economici care au o valoare mai mică a activelor imobilizate.*”

Trebuie înțeles faptul că sintagma Activele imobilizate se aplică tuturor operatorilor economici, indiferent de domeniul în care aceștia își desfășoară activitatea.”

Mai mult, legat de aspectele ce țineau de situația personală sau capacitatea de exercitare a activității profesionale a ofertanților, achizitoarea eventual avea pârghii legale ce constau în impunerea de cerințe minime de calificare și probarea îndeplinirii acestora.

Într-o atare situație, vizavi de susținerea achizitoarei cum că acest factor de evaluare este în strânsă legătură cu urmărirea calității lucrărilor, Consiliul constată contrariu, și anume faptul că factorul de evaluare „*Active imobilizate*” nu respectă condițiile impuse la art. 187 alin. (4) din Legea nr. 98/2018, respectiv nu „*include aspecte calitative, de mediu și/sau sociale, în legătură cu obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru*”, relevante sub acest aspect fiind argumentele contestatorului conform cărora „*autoritatea contractantă nu a prezentat niciun răspuns la criticile menționate în cadrul contestației, referitoare la faptul că stabilirea acestui factor de evaluare nu aduce niciun beneficiu concret, precum nu are nicio legătură cu obiectul contractului.*”

Aceasta s-a limitat doar la o prezentare la modul general a sintagmei „Active imobilizate”, fără a da un răspuns de ce valoarea contabilă a „Terenurilor și amenajări de terenuri”, „plante productive”, „active biologice productive” reprezintă un element relevant de departajare a unor operatori economici ce urmează a realiza lucrări de asfaltare și modernizare drumuri.

Mai mult, autoritatea contractantă susține că „este important ca societățile să își amortizeze cu exactitate și în mod consecvent activele pentru a oferi o imagine clară și exactă a poziției financiare și a performanței societății în timp”.

Din acest paragraf, rezultă faptul că pentru autoritatea contractantă este importantă modalitatea în care operatorii economici își întocmesc și țin evidența contabilă, mai exact modalitatea în care amortizarea activelor este operată în contabilitate. În mod evident, o astfel de afirmație nu poate reprezenta un argument pertinent pentru a se putea susține menținerea acestui factor de evaluare, deoarece nu poate fi vorba de nicio legătură între amortizarea activelor și capacitatea de a executa contractul de lucrări.

Nu în ultimul rând, împrejurarea că un anumite operator economic are o valoare a activelor imobilizate mare, nu semnifică în mod automat că acesta are și posibilitatea executării contractului sau că prezintă o garanție suplimentară având o „stabilitate operațională”.

Mai mult, este important de punctat lipsa de relevanță a factorului impus raportat și la prevederile Ordinului MFP nr. 4268/2022, privind principalele aspecte legate de întocmirea și depunerea situațiilor financiare anuale și a raportărilor contabile anuale ale operatorilor economici la unitățile teritoriale ale Ministerului Finanțelor, precum și pentru reglementarea unor aspecte contabile, precum și la conținutul formularului „Situația activelor imobilizate” (cod 40) în care sunt incluse elemente precum: „Concesiuni, brevete, licențe, mărci comerciale, drepturi și active similare și alte imobilizări necorporale, avansuri acordate pentru imobilizări necorporale (...), terenuri și amenajări de terenuri, Construcții (...), Investiții imobiliare în curs de execuție (...), Plante productive (...), Active biologice productive (...), Drepturi de utilizare a activelor luate în leasing”, constatându-se că în lista elementelor contabile ce trebuie indicate în cadrul Situației Activelor imobilizate, sunt elemente care nu au absolut nicio legătură cu execuția lucrărilor de drumuri de interes local.

De asemenea, este pertinentă susținerea contestatorului conform căreia faptul că un anumit operator economic are o valoare a activelor imobilizate mare, nu semnifică în mod automat că acesta are și posibilitatea executării contractului sau că prezintă o garanție suplimentară având o „stabilitate operațională”.

Or, în condițiile în care, astfel cum s-a subliniat, departajarea ofertelor în cadrul unei proceduri de atribuire, trebuie efectuată pe baza unor criterii obiective și care să prezinte relevanță prin raportare la obiectul achiziției, conform dispozițiilor legale aplicabile în materia achizițiilor publice, inserarea factorului de evaluare „Active imobilizate” în cadrul documentației de atribuire nu reprezintă un demers legal al

achizitoarei, motiv pentru care, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația formulată de către ..., în contradictoriu cu

Dispune eliminarea din cadrul documentației de atribuire și a tuturor documentelor aferente acesteia, inclusiv din *Clarificarea Oficiu_Automată_DF1176035.pdf*, publicată în SEAP la data de 24.04.2023, ora 13:49 a factorului de evaluare „Active imobilizate” și să redistribuie punctajul aferent acestui factor.

Obligă ... ca, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei decizii, să remedieze documentația de atribuire, conform celor dispuse anterior în considerente și să posteze măsurile de remediere în SICAP, pentru a fi aduse la cunoștința operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire.

În cadrul aceluiași termen de 15 zile de la data primirii prezentei decizii, în măsura în care ... poate determina relevanța unui alt factor de evaluare, în locul celui eliminat, aceasta poate proceda în consecință, prin menționarea acestuia în cadrul documentației de atribuire și aducerea la cunoștința operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire a acestui fapt, sau, în caz contrar, la modificarea ponderii între factorii de evaluare menținuți în procedura de atribuire, Consiliul obligând autoritatea contractantă ... la clarificarea acestui aspect.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de către ..., cu sediul în, în contradictoriu cu ..., cu sediul în

Dispune eliminarea din cadrul documentației de atribuire și a tuturor documentelor aferente acesteia, inclusiv din *Clarificarea Oficiu_Automată_DF1176035.pdf*, publicată în SEAP la data de 24.04.2023, ora 13:49 a factorului de evaluare „Active imobilizate”.

Obligă ... ca, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei decizii, să remedieze documentația de atribuire, conform celor dispuse anterior în considerente și să posteze măsurile de remediere în SICAP,

pentru a fi aduse la cunoștința operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire.

În cadrul aceluiași termen de 15 zile de la data primirii prezentei decizii, în măsura în care ... poate determina relevanța unui alt factor de evaluare, în locul celui eliminat, aceasta poate proceda în consecință, prin menționarea acestuia în cadrul documentației de atribuire și aducerea la cunoștința operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire a acestui fapt, sau, în caz contrar, la modificarea ponderii între factorii de evaluare menținuți în procedura de atribuire, Consiliul obligând autoritatea contractantă ... la clarificarea acestui aspect.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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 (patru) exemplare originale, conține 15 (cincisprezece) pagini