CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 23 și ale art. 27 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ..../.../...
Data: .....

Prin contestația nr. 1398/06.06.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 21988/06.06.2017, S.C. ... S.R.L., cu sediul în ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ...., având CIF RO ...., reprezentată legal de ...., în calitate de președinte, a contestat documentația de atribuire, întocmită în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă", online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Lărgire la 4 benzi a centurii rutiere a Municipiului București Sud între A2 km 23+600 și A1 km 55+520 - Lot I: Amenajare nod rutier CB - DN4 (Oltenița) km 29+500 - km 33+190; Lot II: Amenajare nod rutier CB - DJ401 (Berceni) km 33+190 - km 35+600", coduri CPV 45221111-3, 45233120-6, 71322500-6 (Rev. 2), inițiată de autoritatea contractantă COMPANIA NAȚIONALĂ ....., cu sediul în ..... şi a solicitat obligarea autorității contractante „să retragă răspunsul nr. 37982/30.05.2017, înregistrat la ... S.R.L. cu nr. 2450/30.05.2017" reprezentând răspunsul la notificarea prealabilă și să adopte măsuri de remediere „prin acordarea punctajului aferent factorului de evaluare cu luarea în considerare a numărului de proiecte care au avut ca obiect elaborare și/sau actualizare și/sau revizuire de studii de fezabilitate și/sau proiecte tehnice pentru construcție nouă și/sau modernizare și/sau lărgire și/sau reabilitare de poduri și/sau viaducte și/sau pasaje supraterane aferente autostrăzilor și/sau drumurilor naționale și/sau drumurilor expres și/sau drumurilor județene și/sau străzilor urbane și în care experții au participat, indiferent dacă aceste proiecte au făcut obiectul unuia sau mai multor contracte".

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de fată, constată următoarele:

Contestatoarea susține că, în conformitate cu prevederile fișei de date a achiziției, capitolul IV.2) Criterii de atribuire, 2.1, punctele 2, 3, 4 și 5, pentru șeful echipei de proiectare, inginerul proiectant de drumuri, inginerul proiectant de poduri și respectiv pentru managerul de proiect, în evaluarea experienței este avută în vedere *„participarea acestora în cadrul unor contracte de elaborare și/sau actualizare și/sau revizuire de studii de fezabilitate și/sau proiecte tehnice pentru construcție nouă și/sau modernizare și/sau lărgire și/sau reabilitare de poduri și/sau viaducte și/sau pasaje supraterane aferente autostrăzilor și/sau drumurilor naționale și/sau drumurilor expres și/sau drumurilor județene și/sau străzilor urbane”* și consideră că, în cuprinsul acestei cerințe, se folosește în mod eronat și abuziv termenul „contract” în loc de „proiect”, având în vedere că experții, în activitatea întreprinsă și în conformitate cu normele legale în vigoare, nu elaborează „contracte” ci „proiecte” (documentații tehnico-economice), aceasta fiind expresia juridică și profesională care le atestă munca și, respectiv, experiența.

Contestatoarea mai arată că, în ipoteza în care un contract cuprinde, din rațiuni irelevante, mai multe proiecte distincte, cu elemente tehnico-economice distincte și cu identificare, caracteristici și particularități proprii, apare evident că *„fiecare dintre aceste proiecte constituie un element separat de experiență în evaluarea profesională a experților care au participat la elaborarea proiectelor*”.

În acest context, contestatoarea susține că raționamentul autorității contractante avut în vedere în formularea cerinței privind factorii de evaluare în discuție, conduce la situația că, în cazul în care s-a prevăzut elaborarea a două sau mai multor proiecte distincte, pentru obiective diferite, în cadrul unui singur contract (ex.: 1 un contract are ca obiect proiectarea a 2 poduri situate în locații diferite), proiectanții/experții ar putea beneficia de recunoașterea experienței profesionale numai pentru unul din obiective, astfel că, luarea în considerare doar a contractelor încheiate, ar însemna nerecunoașterea unei calificări dobândite de experți prin munca depusă în cadrul mai multor proiecte.

Contestatoarea precizează că, în cuprinsul contestației sale „nu se refera la algoritmul de evaluare utilizat de autoritatea contractantă”, ci la utilizarea eronată și abuzivă a termenului de „contract” în loc de „proiect” în aprecierea experienței experților.

În sprijinul susținerilor sale, contestatoarea invocă prevederile art. 178 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și art. 12 Nota (iv) din Instrucțiunea nr. 1/2017 emisă de ANAP.

În dovedirea contestației sale, S.C. ... S.R.L. a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 22394/1899/.../07.06.2017, transmisă prin fax și recepționată în aceeași zi de autoritatea contractantă, Consiliul a solicitat

acesteia, între altele, documentele necesare soluționării contestației, în conformitate cu dispozițiile art. 18 din Legea nr. 101/2016, precum și dovada publicării în SEAP a contestației în conformitate cu art. 16 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

La data de 13.06.2017, s-a înregistrat la Consiliu sub nr. 23330/13.06.2017, adresa nr. 42433/12.06.2017 având atașate, în copie certificată pentru conformitate cu originalul, documentele necesare soluționării cauzei, conform unui OPIS anexat.

La data de 14.06.2017, s-a înregistrat la Consiliu sub nr. 23704/14.06.2017, punctul de vedere nr. 42762/13.06.2017, transmis în original.

Autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca neîntemeiată și nefondată, precizând că a stabilit algoritmul de calcul al punctajului privind experiența profesională deținută pentru șeful echipei de proiectare, inginerul proiectant de drumuri, inginerul proiectant de poduri și managerul de proiect, prin punctarea numărului de contracte în cadrul cărora persoanele propuse în aceste poziții au participat, cu mențiunea că, față de acest algoritm, niciun alt operator economic nu a formulat vreo solicitare de clarificare referitoare la modalitatea de punctare a experienței experților solicitată prin documentația de atribuire și nu a fost primită vreo altă notificare de la alt operator economic referitor la aspectele sesizate de către contestatoare.

Autoritatea contractantă învederează faptul că, derulează, concomitent cu prezenta procedură de achiziție publică, încă o procedură de achiziție în care documentațiile de atribuire au criterii de atribuire cu o abordare unitară în privința algoritmului de calcul al punctajului privind experiența profesională deținută de experții cheie.

Cu privire la solicitarea de modificare a algoritmului de calcul, în sensul renunțării la punctarea numărului de contracte și respectiv la aprecierea numărului de proiecte în care personalul propus în poziții cheie a dobândit experiență, autoritatea contractantă, arată că, prin dispozițiile art. 187 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016 și art. 32 alin. (3) din HG nr. 395/2016, legiuitorul a permis ca experiența personalului implicat în realizarea activităților din cadrul contractului să fie utilizată ca factor de evaluare, fără a impune anumite restricții cu privire la aceasta.

Autoritatea contractantă susține că exemplele prevăzute de ANAP în cadrul Instrucțiunii nr. 1/2017 au caracter orientativ, acestea nefiind limitative, autoritățile contractate urmând să adapteze cerințele de calificare și/sau factorii de evaluare în funcție de necesitățile obiective prin raportare la obiectul fiecărui contract de achiziție publică în parte, astfel încât, consideră că demersul contestatoarei nu are la bază un fundament legal, prevederile legale invocate de aceasta neavând aplicabilitate în speță, contestatoarea scoțând din context anumite prevederi ce îi pot fi avantajoase în susținerea contestației.

Autoritatea contractantă consideră că acceptarea modificării factorilor de evaluare în baza unui algoritm de calcul stabilit de un operator economic în funcție de propriul interes raportat la ce dispune în

materie de experiența personalului și nu în funcție de necesitatea obiectivă a autorității contractante conduce la încălcarea principiilor tratamentului egal și nediscriminării prin raportare la ceilalți operatori economici ce doresc să participe la această procedură de achiziție publică.

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

COMPANIA NAȚIONALĂ ... S.A., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire prin „licitație deschisă", online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Lărgire la 4 benzi a centurii rutiere a Municipiului București Sud între A2 km 23+600 și A1 km 55+520 - Lot I: Amenajare nod rutier CB - DN4 (Oltenița) km 29+500 - km 33+190; Lot II: Amenajare nod rutier CB - DJ401 (Berceni) km 33+190 - km 35+600", coduri CPV 45221111-3, 45233120-6, 71322500-6 (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../17.05.2017, stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor la 04.07.2017 ora 16:00, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț" și o valoare estimată de 395.968.728,22 RON fără TVA.

Atașat contestației, autoarea acesteia a depus atât dovada îndeplinirii obligațiilor prevăzute de art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, respectiv dovada transmiterii către autoritatea contractantă, prin SEAP, la data de 26.05.2017, a notificării prealabile, precum și răspunsul la aceasta, înregistrat sub nr. 37982/30.05.2017, prin care autoritatea contractantă precizează că nu va adopta măsuri de remediere.

Din conținutul contestației formulată de SC ... SRL rezultă că aceasta vizează o parte din factorii de evaluare stabiliți de autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, respectiv faptul că în evaluarea experienței ce urmează a fi punctată pentru șeful echipei de proiectare, inginerul proiectant de drumuri, inginerul proiectant de poduri și managerul de proiect, este avută în vedere participarea acestor persoane în cadrul unor „contracte" în loc de „proiecte".

Verificând conținutul documentației de atribuire, rezultă că pentru aplicarea criteriului de atribuire, autoritatea contractantă a stabilit, printre factorii de evaluare, următoarele:

- experiența deținută de șeful echipei de proiectare, punctaj maxim 6,00 puncte. *„Descriere: Experiența deținută în poziția de Coordonator Proiect și/ sau Director Proiect și/sau Manager Proiect și/sau Adjunct Coordonator Proiect și/sau Adjunct Director Proiect și/sau Adjunct Manager Proiect și/ sau Șef echipă proiectare și/sau Adjunct Șef Echipă proiectare și/sau Șef Proiect și/ sau Adjunct Șef Proiect <u>în cadrul unor contracte</u> de elaborare și/sau actualizare și/sau revizuire de studii de fezabilitate și/sau proiecte tehnice pentru construcție nouă și/sau modernizare și/sau lărgire și/sau reabilitare de poduri și/sau viaducte*

și/sau pasaje supraterane aferente autostrăzilor și/sau drumurilor naționale și/ sau drumurilor expres și/sau drumurilor județene si/ sau străzilor urbane. Algoritmul de calcul: participarea expertului propus în poziția de coordonator proiect și/sau (...) în cadrul unor contracte de elaborare și/sau (...)";

- experiența deținută de inginerul proiectant de drumuri, punctaj maxim 4,00 puncte. *„Descriere: Experiența deținută în poziția de inginer proiectant de drumuri în cadrul unor contracte de elaborare și/sau actualizare și/sau revizuire de studii de fezabilitate și/sau proiecte tehnice pentru construcție nouă și/sau modernizare și/sau lărgire și/sau reabilitare de autostrăzi și/sau drumuri naționale și/sau drumuri expres și/sau drumuri județene și/sau străzi urbane. Algoritmul de calcul: participarea expertului propus în poziția de inginer proiectant de drumuri în cadrul unor contracte de elaborare și/sau (...)";*

- experiența deținută de inginerul proiectant de poduri: punctaj maxim 6,00 puncte. *„Descriere: Experiența deținută în poziția de inginer proiectant de poduri și/sau inginer proiectant structuri în cadrul unor contracte de elaborare și/sau actualizare și/sau revizuire de studii de fezabilitate și/sau proiecte tehnice pentru construcție nouă și/sau modernizare și/sau lărgire și/sau reabilitare pentru pod și/sau viaduct și/sau pasaj subteran aferent unei autostrăzi și/sau drum național și/sau drum expres și/sau drum județean și/sau stradă urbană. Algoritmul de calcul: participarea expertului propus în poziția de inginer proiectant de poduri și/sau inginer proiectant de structuri în cadrul unor contracte de elaborare și/sau (...)";*

- experiența deținută de managerul de proiect: punctaj maxim 6,00 puncte. *„Descriere: Experiența deținută în poziția de manager de proiect și/sau director de proiect și/sau coordonator de proiect și/sau adjunct director proiect și/sau adjunct manager proiect și/sau adjunct coordonator proiect în cadrul unor contracte de supervizare și/sau execuție lucrări de construcție nouă și/sau reabilitare și/sau modernizare și/sau lărgire de drumuri județene și/sau drumuri naționale și/sau drumuri expres și/sau autostrăzi în care managementul de contract/proiect s-a realizat conform condițiilor de contract FIDI cartea roșie/galbenă sau similar. Algoritmul de calcul: participarea expertului propus în poziția de manager de proiect și/sau (...) în cadrul unor contracte de supervizare și/sau (...)".*

În analizarea criticii referitoare la utilizarea în algoritmul de acordare a punctajului, pentru o parte a factorilor de evaluare, a experienței în participarea experților în cadrul unor contracte, Consiliul apreciază ca relevante următoarele dispoziții legale:

- art. 187 alin. (1) - (5) din Legea nr. 98/2016, conform cărora:

„(1) Fără a aduce atingere dispoziţiilor legale sau administrative privind preţul anumitor produse ori remunerarea anumitor servicii, autoritatea contractantă atribuie contractul de achiziţie publică/acordul-cadru ofertantului care a depus oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic.

(2) În sensul dispoziţiilor alin. (1), autoritatea contractantă stabileşte oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic pe baza criteriului de atribuire şi a factorilor de evaluare prevăzuţi în documentele achiziţiei.

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

a) preţul cel mai scăzut;

b) costul cel mai scăzut;

c) cel mai bun raport calitate-preţ;

d) cel mai bun raport calitate-cost.

(4) În sensul alin. (3) lit. c) şi d), cel mai bun raport calitate-preţ/calitate-cost se determină pe baza unor factori de evaluare care includ aspecte calitative, de mediu şi/sau sociale, în legătură cu obiectul contractului de achiziţie publică/acordului- cadru.

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

a) calitatea, inclusiv avantajele tehnice, caracteristicile estetice şi funcţionale, accesibilitatea, conceptul de proiectare pentru toţi utilizatorii, caracteristicile sociale, de mediu şi inovatoare şi comercializarea şi condiţiile acesteia;

b) organizarea, calificarea şi experienţa 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;

(...)";

- art. 32 alin. (3) din HG nr. 395/2016, potrivit căruia:

„În aplicarea art. 187 alin. (3) lit. c) şi d) din Lege, în cazul în care calitatea personalului ce va realiza efectiv activităţile care fac obiectul contractului ce urmează a fi atribuit are un impact semnificativ asupra nivelului de executare şi a rezultatului acestuia, factorii de evaluare a ofertelor se pot referi şi la organizarea, calificarea şi experienţa respectivului personal".

Potrivit strategiei de contractare aferentă prezentei proceduri de atribuire, înregistrată sub nr. 12B/1625/15.05.2017, depusă la dosarul cauzei, în justificarea alegerii acestor factori de evaluare și a stabilirii algoritmului pentru fiecare dintre aceștia, autoritatea contractantă a

precizat, printre altele: *„factorii de evaluare includ aspecte calitative (prin raportare la rezultatul așteptat – proiectarea și execuția unei construcții noi a unui pasaj – pentru fiecare lot în parte) și vizează experiența personalului desemnat pentru realizarea contractului, deoarece personalul în speță are un impact semnificativ asupra nivelului calitativ de prestare a serviciilor deși execuție a lucrărilor. (...) Punctarea experienței în poziții similare și în contracte similare derulate anterior, așa cum sunt acestea descrise în factorul de evaluare, reprezintă un avantaj pentru autoritatea contractantă deoarece permite crearea unui cadru competițional între ofertanți în ceea ce privește experiența similară a persoanelor nominalizate în cadrul propunerilor tehnice (...). În acest sens este asigurată o concurență reală între operatorii economici, deoarece aceștia vor fi motivați în propunerea unor persoane cu o experiență cât mai vastă în vederea obținerii unui punctaj cât mai mare (...). Pentru autoritatea contractantă, această concurență între operatorii economici se traduce în mobilizarea în cadrul contractului a unor persoane cu o experiență similară cât mai mare, fapt ce se va reflecta în calitatea serviciilor prestate*".

Din analiza coroborată a prevederilor Instrucțiunii ANAP nr. 1/2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 179 lit. g) şi art. 187 alin. (8) lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, respectiv a art. 192 lit. g) și a art. 209 alin. (8) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, rezultă că, în referire la experiența profesională a experților, legiuitorul a utilizat termenul de „proiect" ca sinonim al celui de „contract", prin urmare, nu cum susține contestatoarea, „proiect" în sensul de „documentație tehnică", dovadă în acest sens, fiind printre altele, următoarele prevederi ale acestei instrucțiuni:

- art. 9 alin. (4) - *„Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune ca experienţa specifică cuantificată în ani să fie realizată în raport cu un singur <u>contract/proiect</u> (...)*"];

- art. 12, pct. (iii) și (iv) „Notă", din conform căruia:

„(iii) *Pentru experţii-cheie la care experienţa profesională în implementarea unor activităţi similare, <u>în cadrul unor proiecte comparabile</u>, (...)"*;

(iv) Pentru a nu distorsiona rezultatul aplicării factorului de evaluare se recomandă stabilirea unor clase în funcţie de care să fie acordat punctajul, fiecare clasă reprezentând un interval (peste nivelul minim) în care se încadrează experienţa expertului-cheie ce face obiectul factorului de evaluare, măsurată prin <u>numărul de proiecte comparabile</u> la care a participat, realizând activităţi similare cu cele ce urmează a le implementa în cadrul viitorului contract (de exemplu: între 2 şi 4 proiecte - 3 puncte; între 5 şi 7 proiecte - 5 puncte; peste 8 proiecte -

10 puncte)” , utilizarea termenului „comparabile” conducând în mod evident la contractul ce urmează să fie atribuit.

Pe de altă parte, potrivit dispozițiilor art. 14 din aceiași Instrucțiune, „exemplele și notele care se regăsesc în prezenta instrucțiune nu au un caracter limitativ în practica în domeniu, având caracter orientativ”.

În aceste condiții, Consiliu constată că, autoritatea contractantă, în baza dreptului acordat de legiuitor, a stabilit în mod justificat pentru factorii de evaluare în discuție un algoritm care face referire la experiența experților propuși în participarea în cadrul unor contracte și nu a unor proiecte.

În fapt, contestatoarea dorește ca aplicarea algoritmului de calcul să se facă pentru experții în discuție, prin referire la experiența deținută de aceștia în cadrul unor „proiecte” (obiecte de investiții) și nu în cadrul unor contracte (în condițiile în care un contract poate conține mai multe obiecte de investiții, așa cum rezultă și din prevederile art. 2 din Hotărârea Guvernului nr. 907/2016 privind etapele de elaborare şi conţinutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiţii finanţate din fonduri publice, definesc la art. 2 lit. a) și b) *„obiectiv/proiect de investiţii - rezultatul scontat la investirea de capital pe timp limitat, ca urmare a realizării unuia sau mai multor obiecte de investiţii, situate pe un amplasament distinct delimitat, care asigură satisfacerea cerinţelor formulate de beneficiarul investiţiei şi de investitor; în sintagma «obiectiv de investiţii» se cuprinde, după caz, obiectivul nou de investiţii, obiectivul mixt de investiţii sau intervenţie la construcţie existentă*”, respectiv *„obiect de investiţii - parte a obiectivului de investiţii, cu funcţionalitate distinctă în cadrul ansamblului acestuia, care constă în lucrări de construcţii pentru realizarea unor obiecte noi de investiţii sau în lucrări de intervenţii la construcţii existente*”), ceea ce ar putea conduce la situația acceptării unor persoane cu mai puțină experiență similară, deci, implicit, la asumarea de către autoritatea contractantă a unui risc (obținerea unei calități mai scăzute a serviciilor prestate).

Rezultă astfel că, pentru atribuirea unui contract de achiziție publică, autoritatea contractantă este singura în măsură să stabilească/să aleagă, în funcție de necesitățile și rezultatele scontate a fi obținute, criteriul de atribuire, factorii de evaluare și implicit algoritmul de calcul aferent acestora, care îi aduc cele mai multe avantaje, în speță având incidență principiul asumării răspunderii prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016.

Susținerile contestatoarei referitoare la altă procedură de atribuire organizată de aceeași autoritate contractantă nu pot fi reținute de

Consiliu, acestea nefiind relevante cauzei, în condițiile în care fiecare procedură de atribuire are propriile reguli, caracteristici.

În raport de cele reținute, Consiliul constată ca fiind nefondate criticile contestatoarei, astfel că, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de către S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu COMPANIA NAȚIONALĂ ... S.A.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE COMPLET
...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**
... **.....**

Redactat în 4 exemplare originale, conține 9 pagini