



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. 30/22.04.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 25071/23.04.2024, formulată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI RO ..., reprezentată legal de ..., împotriva documentației de atribuire elaborată de către JUDEȚUL ..., cu sediul în ..., jud. ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică de lucrări, pe loturi, având ca obiect „Reabilitare DJ 131 – DJ 133 – DJ 137A lot 3 – DJ 131 KM 38+621 - 54+984; DJ 133 KM 25+000 - 41+866; DJ 137A KM 0+000 - 16+000”, s-a solicitat admiterea contestației și, pe cale de consecință:

1. Suspendarea procedurii;
2. Eliminarea criteriilor de evaluare, a cerințelor nelegale, eliminarea clauzelor modelului de contract în privința ajustării prețului și a penalităților de întârziere și obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire, în sensul înlocuirii aspectelor contestate cu cerințe și clauze legale, conform celor contestate;
3. Obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

Prin Încheierea nr. ... din 26.04.2024, Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea fondului contestației, pe care l-a respins ca nefondat.

**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 formulată de SC ... SRL, împotriva documentației de atribuire elaborată de către Județul ..., prin care se solicită adoptarea măsurilor de remediere precizate mai sus, conform argumentelor prezentate în contestație.

1. Contestatoarea susține că factorii de evaluare și criteriile de atribuire prevăzute la pct. II.2.5 din fișa de date sunt nelegali, contrari prevederilor art. 32 alin. (2) din HG nr. 395/2016, art. 83 din Legea nr. 98/2016 și chiar contrare elementelor definiției „documentația de atribuire”, prevăzută la art. 3 pct. 26 lit. z) din HG nr. 395/2016 [în fapt art. 3 alin. (1) lit. z) din Legea nr. 98/2016].

Aceasta consideră că factorii de evaluare ai ofertelor și algoritmul de punctare nu sunt precizate în mod clar și detaliat, astfel că acestea nu pot fi urmărite în cadrul procesului de evaluare, informațiile indicate la aceste criterii nefiind suficient de precise.

În ceea ce privește algoritmului de calcul, sunt indicate criterii și noțiuni subiective, care nu cuprind informații precise, pentru a putea fi evaluate în mod obiectiv, corect și legal.

Astfel, diferențele între calificativele acceptabil, satisfăcător, parțial relevant, bine/adekvat, foarte bine/exceptional cuprind noțiuni, adjective interpretabile, subiective.

Spre exemplificare arată că, între algoritmul II și III există diferență: *„resursele utilizate sunt foarte bine definite”*, fără să fie definit/indicat calificativul „foarte bine” în interpretarea autorității contractante.

La pct. 2 din calificativul II este indicat criteriul: *„evidențiază adecvat nivelul de implicare al responsabilităților”*.

De asemenea, la pct. 2 la calificativul III, noțiunea de *„nivelul de implicare al responsabilităților din structura organizațională”* sunt folosite sintagmele: *„evidențiază adecvat”* și *„sunt realiste și foarte clar definite”*, fără ca aceste adjective relative să fie conturate precis și clar.

Contestatorul învederează că noțiunile folosite de autoritatea contractantă au o gamă largă de interpretare astfel că, fără indicarea unor definiții, repere la care se raportează „realitatea”, „adekvarea” nu se poate determina caracterul realist, adecvat al ofertei în privința planului calității.

În opinia sa, evaluarea ofertelor pe baza acestor criterii subiective este nelegală, fiind încălcate principiile elementare ale procedurii de achiziție. Întrucât elementele cheie de evaluare a ofertelor nu sunt indicate, acestea încalcă principiul transparenței în această etapă a publicării documentației de atribuire, fiind determinante, ulterior, în procedura de evaluare a principiului nediscriminării și cel al tratamentului egal al procedurii, contrar dispozițiilor art. 2 din Legea nr. 98/2016, motiv pentru care apreciază că se impune modificarea acestor criterii indicate.

2. Tot raportat la criteriile de evaluare a componentei tehnice a ofertei, arată că informațiile furnizate de autoritatea contractantă sunt confuze în privința Planului de management al calității.

Raportat la pct. II.2.5 din fișa de date, învederează că nu se înțelege cu precizie dacă Planul de management al calității cuprinde un singur document cu 2 părți: planul calității și planul de inspecție testări, sau cuprinde 2 documente separate.

Pentru aceste motive consideră că se impune obligarea autorității contractante la modificarea criteriilor de evaluare, prin indicarea unor factori de evaluare și algoritmi de punctare obiectivi, cu noțiuni clare și detaliate care să respecte cerințele legale ale acestora și implicit principiile elementare ale procedurii de achiziție publică.

III. În ceea ce privește modelul de contract:

1. Clauza 48 din contract, privind ajustarea prețului este nelegală, autoritatea contractantă a aplicat prevederile HG nr. 1/2018 pentru ajustarea prețului, atât în privința formulei de calcul, cât în privința datei aplicării ajustării, fiind redată în integralitate textele din acest act normativ.

Această modalitate de ajustare este apreciată de petentă ca fiind nelegală, raportat la condițiile legale actuale, respectiv la sursa de finanțare.

Ajustarea prețurilor stabilite în HG nr.1/2018 a fost reglementată în condițiile economice, financiare și juridice raportat la perioada aprobării acestui act normativ, condiții care au fost modificate esențial ulterior.

Clauzele de ajustare în sensul HG nr. 1/2018 sunt nelegale atât în privința termenului de aplicare, cât și în privința formulei de calcul deoarece, chiar dacă actul normativ este în vigoare, acesta nu este aplicabil în cauză.

Obiectul contractului este finanțat în cadrul Programului Operațional regional 2014-2020. Prin Ordinul MDLPA nr. 1586/10.08.2022 s-a aprobat punerea în aplicare a OUG nr.64/2022 în cadrul proiectelor aferente POR 2014-2020. Astfel, din moment ce procedura achiziției contestate face parte dintr-un proiect aferent POR 2014-2020, apreciază ca fiind evident că ajustarea prețului se efectuează în limitele noii reglementări, respectiv conform OUG nr. 64/2022.

În aceste condiții, formula de calcul, condițiile și termenele indicate la clauza 48 din contractul-model sunt nelegale și urmează a fi schimbate cu termenele și condițiile prevăzute de OUG nr. 64/2022.

Având în vedere că scopul, rațiunea și elementele de ajustare reglementate prin OUG m. 64/2022 sunt actuale, acestea acoperă imprevizibilitatea și riscul contractului și determină reechilibrarea contractului în sensul OUG nr. 64/2022.

Astfel, formula de ajustare, termenul de ajustare, condițiile de ajustare și întreaga clauză de ajustare prevăzută la pct. 48 din

Contractul model sunt apreciate de petentă ca fiind nelegale, acestea urmând a fi modificate și înlocuite cu cele indicate de OUG nr. 64/2022.

2. Contestatorul susține că este nelegală și abuzivă clauza contractuală privind penalitățile de întârziere, prevăzută la pct. 36.4 din contractul-model, atât în privința cuantumului acestora, cât și în privința valorii la care se raportează.

În opinia petentei, raportarea penalităților de întârziere la „valoarea contractului” și nu la valoarea lucrărilor neexecutate în termen este vădit nelegală, abuzivă, în condițiile în care prejudiciul astfel creat autorității contractante se reflectă doar în privința lucrărilor neexecutate.

De asemenea, consideră că este nelegal și abuziv cuantumul penalităților stabilite la nivelul de 0,05%, raportat la prevederile art. 1535 C.civ. și art. 3 din OG nr.13/2011.

În concluzie, aceste prevederi contractuale raportat la valoarea contracreează un risc major pentru operatorul economic care dorește să formuleze ofertă și va semna ulterior contractul, deoarece condițiile economice imprevizibile pot crea un dezechilibru contractual semnificativ, pe care nici unul dintre operatorii economici profesioniști precaut nu este obligat să le asume.

Cu adresa nr. 160353/29.04.2024, înregistrată la Consiliu sub nr. 27101/30.04.2024, JUDEȚUL ... a transmis punctul său de vedere prin care solicită respingerea contestației ca nefondată.

Autoritatea contractantă arată că factorii de evaluare prevăzuți în cadrul documentației de atribuire sunt:

„Denumire factor evaluare: Prețul ofertei

Pondere: 75%

Denumire factor evaluare: Componenta tehnică.

1. Garanția acordată lucrărilor - Pondere: 15%

2. Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate la parametrii calitativi solicitați (Planul de management al calității lucrărilor executate) (PPc) Pondere: 10%.

La momentul stabilirii factorilor de evaluare au fost luate în calcul recomandările Agenției Naționale de Achiziții Publice referitoare la măsurile de remediere propuse în ceea ce privește factorii de evaluare.

Astfel, „referitor la factorul de evaluare „perioada de garanție”, întrucât un simplu angajament cu privire la acordarea unei perioade de garanție a lucrării peste cel minim stabilit prin lege, nu poate fi suficient pentru a garanta autorității contractante că avantajul obținut pe perioada evaluării ofertelor va fi păstrat în implementarea contractului, se solicită ofertanților ca prin propunerea tehnică să descrie modul în care planul de management al calității va asigura nivelul necesar de calitate al rezultatelor sale și al proceselor de lucru, prin prezentarea abordării generale și metodologiei pentru realizarea activităților din cadrul contractului (executarea lucrărilor), inclusiv descrieri detaliate ale metodelor de lucru pentru componentele majore ale lucrărilor precum și materialele pe care le va pune în operă, astfel încât ofertarea unei

garanții extinse a lucrărilor să nu se facă doar la nivel declarativ în vederea obținerii unui punctaj mare pentru acest factor.

În strategia de contractare, autoritatea contractantă a cuprins justificarea utilizării factorilor prin raportare la avantajele preconizate a fi obținute și modul în care a fost stabilită ponderea fiecăruia prin raportare la prevederile art. 9 alin. (3) lit. f), art. 32 alin. (8) și (9) din HG nr. 395/2016. De asemenea, a fost cuprins și algoritmul de calcul, care este prezentat și în cadrul anunțului de participare.

Autoritatea contractantă solicită observarea că factorii de evaluare au fost stabiliți astfel încât „să nu fie de natură să distorsioneze rezultatul procedurii de atribuire”. Aceasta consideră că o garanție extinsă acordată lucrărilor, doar la nivel declarativ, nu asigură autoritatea contractantă că aceasta a fost acordată în concordanță cu prevederile legale și normativele tehnice aflate în vigoare pentru tipul de drum care face obiectul achiziției, dacă nu este demonstrată modalitatea de asigurare a acesteia.

Fără o metodologie corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate la parametrii calitativi solicitați, autoritatea contractantă va fi în imposibilitatea de a face o evaluare obiectivă a ofertelor. Doar o simplă declarație a operatorului economic de acordare a unei garanții suplimentare nu constituie o asigurare pentru autoritatea contractantă, însă dintr-o metodologie concretă se poate constata dacă sunt asigurate sau nu realizarea lucrărilor la parametrii calitativi solicitați, de aici rezultând dacă declarația pentru acordarea de garanție suplimentară s-a făcut numai pentru obținerea unui punctaj mai mare sau într-adevăr aceasta este justificată.

Autoritatea contractantă solicită Consiliului să aibă în vedere că factorul de evaluare, *„Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate la parametrii calitativi solicitați (Planul de management al calității lucrărilor executate) (PPC)”*, parte a componentei tehnice a criteriului de atribuire, a fost stabilit conform cu Catalogul factori de evaluare din Ghidul de achiziții publice administrat de ANAP care conține și metodologia de evaluare, punctare și acordare a calificativelor a factorului de evaluare mai sus menționat.

În acest context, consideră că toate informațiile referitoare la factorul de evaluare incriminat sunt concrete și exacte, fiind redactate în spiritul respectării principiilor de bază ale achizițiilor publice.

Având în vedere cele prezentate mai sus, consideră că solicitarea contestatoarei referitoare la factorii de evaluare este nejustificată, nu are la bază nicio prevedere legală, iar din cele prezentate nu reiese o justificare legală care ar fi de natură să susțină cele prezentate, motiv pentru care solicită respingerea acestui petit ca nefondat.

În ceea ce privește susținerea din contestație referitoare la *„Clauza 48 din contract, privind ajustarea prețului”*, în sensul că acesta este nelegală, respectiv solicitarea de modificare și înlocuire a clauzei de ajustare prevăzută în modelul de contract, la pct. 48, cu formula de ajustare prevăzută și reglementată de OUG nr. 64/2022, autoritatea contractantă consideră că și această solicitare este nelegală.

Aceasta precizează că ajustarea prețurilor și a valorii devizelor generale în cadrul proiectelor finanțate din fonduri externe nerambursabile se face conform art. 1 din OUG nr. 64/2022:

„Art. 1 (1) Prezenta ordonanță de urgență reglementează unele măsuri pentru ajustarea prețurilor necesare actualizării costurilor investiției în contractele de achiziție publică/contractele sectoriale/acordurile-cadru, precum și în alte categorii de contracte, respectiv pentru ajustarea devizelor generale de investiții în cadrul contractelor de finanțare care au asigurate sursele financiare parțial sau integral din fonduri externe nerambursabile și din Planul național de redresare și reziliență al României.

(2) Prezenta ordonanță de urgență reglementează metodologia de ajustare a prețurilor în vederea restabilirii echilibrului contractual în cadrul contractelor de achiziție publică/contractelor sectoriale/acordurilor-cadru, precum și al altor categorii de contracte.

(3) Costurile investițiilor de bază pentru proiectele de infrastructură, respectiv valoarea estimată a investiției din devizele generale pentru contractele de lucrări a căror procedură de atribuire nu a început sau pentru cele ale căror proceduri de atribuire sunt reluate, se pot actualiza cu indicele de cost în construcții, total, lunar, valabil, publicat de INS la data actualizării devizului general.

Totodată, arată că prin art. 2 din același act normativ se definesc anumiți termeni aplicabili în cadrul OUG nr. 64/2022, respectiv:

Art. 2 „c) ajustare de preț - o ajustare necesară ca urmare a creșterii de preț la materiale, manoperă, utilaje, transport, echipamente, dotări independente, precum și la alte elemente de cost generate de criza post-SARS-CoV-2, criza prețului la energie, precum și criza provocată de conflictul militar din regiunea Mării Negre, care au avut un caracter imprevizibil și nu au putut fi anticipate în mod rezonabil la data încheierii contractului de achiziție;

d) reechilibrare contractuală - modificări ale contractelor de achiziție publică/contractelor sectoriale/acordurilor-cadru și altor categorii de contracte prin acte adiționale încheiate potrivit legii, ca urmare a apariției unor cauze imprevizibile în implementarea acestora, care au condus la creșteri ale prețului contractului prin creșteri ale prețurilor la materiale, utilaje, manoperă, transport, dar și alte creșteri care pun în dificultate implementarea proiectelor;”

De asemenea, învederează că, potrivit art. 3 din același act normativ: *„(1) Prețul contractelor de achiziție publică/contractelor sectoriale/acordurilor-cadru aferente proiectelor de investiții finanțate integral sau parțial din fonduri externe nerambursabile, aflate în derulare*

la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență, se ajustează în condițiile prezentei ordonanțe de urgență, pentru a ține seama de unele creșteri sau diminuări de costuri pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractelor de achiziție și care nu au putut fi prevăzute de ofertanți la data elaborării ofertelor, chiar dacă prețurile contractelor sunt ferme, sau formulele de ajustare a prețului au fost cuprinse în documentațiile de atribuire, din cauza caracterului imprevizibil al acestor creșteri sau diminuări de costuri.”

Așadar, potrivit acestor norme legale, ajustarea de preț reglementată de OUG nr. 64/2022 are în vedere creșterea de prețuri cu caracter imprevizibil, aplicabile doar în cazul contractelor aflate în derulare la data intrării în vigoare a acestui act normativ, iar documentația de atribuire a fost publicată ulterior datei intrării în vigoare a OUG, cu aplicabilitate inclusiv asupra tuturor contractelor/procedurilor de atribuire care urmează să fie încheiate ulterior datei intrării în vigoare nu este justificată.

Autoritatea contractantă învederează că din preambulul actului normativ rezultă că OUG nr. 64/2022 era menit a restabili echilibrul contractual pentru contractele încheiate înainte de intrarea acesteia în vigoare, datorită crizei generate de virusul Sars-Cov-2, respectiv criza provocată de conflictul militar din regiunea Mării Negre, cu impact asupra creșterii semnificative a prețului la materiale, manoperă, utilaj și transport, și nu pentru o aplicare generală, inclusiv pentru toate contractele de achiziție publică care urmează a fi încheiate în viitor.

Aceasta apreciază că o modificare legislativă nu poate fi subînțeleasă, ci aceasta trebuie să fie expresă, conform art. 58 și art. 59 din Legea nr. 24/2000, privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, republicată, cu modificările și completările ulterioare. OUG nr. 64/2022 nu conține prevederi legale de modificare a HG nr. 1/2018, fapt pentru care formula de ajustare prevăzută și reglementată de HG nr. 1/2018 trebuie aplicată astfel cum se prevede în cuprinsul actului normativ care o reglementează.

Totodată, face precizarea că valoarea estimată a contractului de achiziție publică a fost stabilită în baza Devizului general estimativ, pentru lucrările rest de executat, aprobat prin Hotărârea Consiliului Județean ... nr. 449/2023, astfel că aplicarea formulei de ajustare stabilită de OUG nr. 64/2022 este inaplicabilă și din acest punct de vedere.

Referitor la clauza contractuală privind penalitățile de întârziere, prevăzută la pct. 36.4 din modelul de contract, subliniază că acest contract de achiziție publică este finanțat parțial în cadrul Programului Operațional Regional 2014-2020, Axa prioritară 6 – *„Îmbunătățirea infrastructurii rutiere de importanță regională Prioritate de intervenție 6,1 – „Stimularea mobilității regionale prin conectarea nodurilor*

secundare și terțiare la infrastructura TEN-T, inclusiv a nodurilor multinodale”, iar acest program impune inclusiv pentru autoritatea contractantă anumite termene care trebuie respectate, în caz de nerespectare sancțiunea fiind chiar pierderea sumelor finanțate din fondurile europene.

Autoritatea contractantă mai arată că penalitățile de întârziere reprezintă o modalitate de a proteja interesele instituției de un comportament necorespunzător al unui operator economic pe parcursul derulării contractului de achiziție publică, în cazul îndeplinirii cu întârziere a obligațiilor asumate prin oferta depusă.

Aplicarea penalităților de întârziere este o măsură justificată pentru a proteja autoritatea contractantă de ofertanții de rea credință care declară doar formal că vor respecta termenele și obligațiile acceptate prin contract.

În opinia sa, un ofertant care participă cu bună credință la o achiziție publică analizează cu atenție posibilitatea reală de a respecta termenele și condițiile din caietul de sarcini, iar în cazul derulării contractului nu va fi afectat de sancțiunile menționate cu caracter preventiv în cuprinsul acestuia.

Așadar, penalitățile de întârziere în valoare de 0,05% din valoarea contractului pe fiecare zi de întârziere nu contravin nici prevederilor art. 3 din OUG nr. 13/2011, nici celor prevăzute de art. 1535 din Codul civil și nici prevederilor legale ale Legii nr. 72/2013, privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante.

Astfel, subliniază că respectiva clauză privind penalitățile de întârziere, astfel cum a fost formulată de autoritatea contractantă, nu se regăsește printre situațiile de clauză abuzivă prevăzută și reglementată de art. 12-14 din Legea 72/2013, privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, cu modificările și completările ulterioare, în conformitate cu prevederile art. 4 coroborat cu dispozițiile art. 8, teza finală din acest act normativ și potrivit dreptului comun, părțile sunt libere să stabilească nivelul „dobânzii” pentru întârzierea în îndeplinirea obligațiilor și, numai în cazul în care acest nivel nu este stabilit, se va aplica dobânda legală.

Totodată, învederează că, având în vedere obiectul și valoarea contractului, legislația care guvernează contractul este HG nr. 1/2018.

Referitor la penalitățile de întârziere privind neexecutarea la timp a prevederilor contractuale, conform Anexa 1/ Clauza 36. Întârzieri/36.4 din HG 1/2018 *„Cu excepția cazului în care este prevăzută o altă valoare în Acordul Contractual, valoarea penalităților de întârziere pentru fiecare zi de întârziere va fi egală cu Prețul Contractului (sau al Sectorului) la semnarea Contractului împărțit la Durata de Execuție la semnarea Contractului exprimată în zile”.*

În speță, în situația în care nu ar fi fost stabilit prin Acordul contractual o altă valoare, valoarea penalităților/zi întârziere ar fi fost:

Penalitate (lei/zi întârziere) = Valoarea estimată a contractului/Perioada de execuție Valoarea estimată a contractului=161.639.444,68 lei fara TVA (pentru toate loturile).

Durata contractului : 24 luni=2 ani=730 zile Penalitate (lei/zi întârziere) =161.639.444,68/730 zile=221,423.89 lei

Penalitatea exprimată în procente din valoarea contractului: $(221,423.89 \times 100) / 161.639.444,68 = 0,137 \%$ /zi întârziere.

Autoritatea contractantă solicită observarea că, față de acest quantum maxim al dobânzii de penalizare, la nivelul Acordului contractual a prevăzut pentru quantumul dobânzii de penalizare valoarea de 0,05%/zi întârziere, care este de 2,74 ori mai mică decât quantumul maxim.

În acest context, consideră că acest quantum de 0,05%/zi întârziere este o valoare rezonabilă, care atenționează ofertantul asupra consecințelor ce derivă din neexecutarea la termen a contractului, protejând astfel autoritatea contractantă față de un comportament neadecvat privind neîncadrarea în termenul de execuție asumat.

Conform Anexei 1/ Clauza 36. Întârzieri/36.4 din HG 1/2018: *„Dacă un Sector sau o parte din Lucrări au făcut obiectul Recepției la Terminarea Lucrărilor, valoarea penalităților de întârziere pentru fiecare zi de întârziere va fi egală cu Prețul Contractului la semnarea Contractului din care se scade prețul Sectorului sau părții din Lucrări la semnarea Contractului, împărțit la Durata de Execuție la semnarea Contractului exprimată în zile. De asemenea, suma maximă a penalităților de întârziere va fi de 15% din Prețul Contractului la semnarea Contractului din care se scade prețul Sectorului sau părții din Lucrări la semnarea Contractului”.*

Referitor la solicitarea contestatorului privind aplicarea dobânzii de penalizare la valoarea lucrărilor neexecutate în termen, din această prevedere legală rezultă fără echivoc că aplicarea dobânzii penalizatoare asupra valorii lucrărilor rămase de executat după expirarea duratei contractului se poate face numai în situația în care lucrările executate au făcut obiectul recepției la terminarea lucrărilor.

Conform caietului de sarcini, prezentul contract este lotizat, fiecare lot reprezintă un drum, care este un obiectiv unitar și indivizibil și care va putea fi recepționat în condițiile legii doar la terminarea lucrărilor.

În consecință, aplicarea în cazul de față a dobânzii penalizatoare la valoarea contractului corespunde prevederilor legale.

Având în vedere cele exprimate în punctul de vedere, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată.

În replică, contestatorul a formulat concluzii de fond, transmise cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 30329/16.05.2024, prin care

reiterează solicitările adresate Consiliului prin intermediul contestației, reluând parțial argumentele dezvoltate în susținerea acesteia și răspunzând punctual apărărilor formulate de autoritatea contractantă.

După depunerea contestației, SC ... SRL a transmis dovada constituirii cauțiunii, conform art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, actualizată, în cuantum de ...,00 lei, prin consemnarea la CEC Bank – Sucursala ... a sumei respective, conform recipisei de consemnare nr. ... din .., suma fiind consemnată la dispoziția Consiliului pentru contestația aferentă procedurii organizată de către Județul

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a deciziei, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

În calitate de autoritate contractantă, Județul ... a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, pe loturi, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Reabilitare DJ 131 – DJ 133 – DJ 137A lot 3 – DJ 131 KM 38+621 - 54+984; DJ 133 KM 25+000 - 41+866; DJ 137A KM 0+000 - 16+000”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../12.04.2024, împreună cu documentația de atribuire aferentă.

Valoarea estimată totală a contractului este de 161.639.444,68 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire a fost *„cel mai bun raport calitate preț”*, cu factorii de evaluare : *prețul ofertei* – pondere 75%, *garanția acordată lucrărilor* – pondere 15% și *demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate la parametrii calitativi solicitați (Planul de management al calității lucrărilor executate) (PPc)* – pondere 10%.

Împotriva documentației de atribuire a acestui contract, SC ... SRL a formulat prezenta contestație.

Prin prima critică din contestație (pct. I. 1) face trimitere la „criteriile de atribuire și factorii de evaluare prevăzute la pct. II.2.5 din fișa de date sunt nelegale”, susținându-se că factorii de evaluare și algoritmul de punctare nu sunt precizați în mod clar și detaliat în documentația de atribuire, astfel că nu se pot urmări în cadrul procesului de evaluare.

Deși nu precizează care factor(i) de evaluare fac(e) obiectul criticii din descrierea algoritmului de calcul, Consiliul identifică faptul că respectivele critici sunt îndreptate asupra factorului de evaluare *demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate la parametrii calitativi solicitați (Planul de management al calității lucrărilor executate) (PPc)* – pondere 10%, singurul în care în algoritmul de calcul sunt prevăzute calificative de tipul: acceptabil/satisfăcător/parțial relevant, bine/adekvat, foarte bine/exceptional.

În fișa de date, acest factor de evaluare și algoritmul de calcul sunt

descriși, astfel:

«Componenta tehnică. Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate la parametri calitativi solicitați (Planul de management al calității lucrărilor executate) (PPc). Contractantul va executa toate activitățile din cadrul Contractului cu respectarea instrucțiunilor standardului SR ISO 10005:2007 „Linii directoare pentru planurile calității” Sistemul de management al planul calității trebuie redactat în conformitate cu standardul SR EN ISO 9001:2015 sau echivalent, implementat de antreprenor și în conformitate cu reglementările în materie de sistem de management al calității în construcție (inclusiv, dar fără a se limita la conținutul Anexei 2 din HG 766/1997) Acesta trebuie să cuprindă toate cerințele privind execuția lucrărilor din Caietul de sarcini. Planul calității nu trebuie să fie generic ci specific pentru acest Contract. Planului Calității va include de asemenea, Planul de Inspecție și Testări, pentru toate lucrările ce urmează a fi executate. Ponderea alocată acestui factor este 10 %, acordându-se max 10 puncte.

Algoritm de calcul: Algoritm de calcul:

I. Calificativ: acceptabil, satisfactor, partial relevant: Planul de management al calității lucrărilor executate:

1. este prezentat la modul general și nu reflectă caracteristicile specifice ale Contractului de lucrări, nefiind în totalitate corelat cu metodologia de executare a lucrărilor

2. este identificat nivelul de implicare al responsabililor din structura organizațională a Ofertantului cu controlul calității lucrărilor însă nu este detaliat

3. indică faptul că se realizează controlul calității la toate stadiile de punere în operă a documentației

4. există neconcordanțe minore între graficul general de realizare a investiției publice, activitățile/etapele realizate, responsabilitățile pentru execuția/gestionarea/controlul calității și resursele.

Punctaj acordat: 4 puncte

II. Calificativ: BINE/ADECVAT: Planul de management al calității lucrărilor executate:

1. este adaptat la caracteristicile specifice ale contractului de lucrări și corelat cu metodologia de executare a lucrărilor

2. evidențiază adecvat nivelul de implicare al responsabililor din structura organizațională a Ofertantului și contribuția individuală pentru realizarea controlului calității;

3. relația dintre graficul general de realizare a investiției publice/etapele realizate, responsabilitățile pentru execuția/gestionarea/controlul calității și resursele utilizate este realistă și în conformitate cu metodologia propusă.

4. are un nivel de detaliere adecvat: facilitează înțelegerea propusă pentru managementul calității în contract la toate stadiile de punere în operă a documentației.

Punctaj acordat: 7 puncte

III. Calificativ: FOARTE BINE/EXCEPTIONAL: Planul de management al calității lucrărilor executate:

1. În plus față de informațiile enumerate mai sus, în cadrul calificativului „Bine”/„adecvat”, activitățile/etapele realizate, responsabilitățile pentru execuția /gestionarea/controlul calității și resursele utilizate sunt foarte bine definite, Ofertantul demonstrând optimizarea resurselor.

2. nivelul și modalitatea de implicare a responsabililor în realizarea controlului calității sunt realiste și foarte clar definite.

Punctaj acordat: 10 puncte.»

Pentru soluționarea cauzei, Consiliul consideră relevante următoarele dispoziții legale:

- Legea nr. 98/2016:

- art. 187 alin. (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;*

- art. 187 alin. (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;*

- art. 189 alin. (1): Autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată;

- art. 189 alin. (2): În sensul alin. (1), factorii de evaluare utilizați de autoritatea contractantă trebuie să asigure o concurență reală între operatorii economici și să fie însoțiți de prevederi care să permită verificarea efectivă a informațiilor furnizate de către ofertanți, în scopul aplicării factorilor de evaluare;

- HG nr. 395/2016:

- art. 32 alin. (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;

- art. 32 alin. (9): Ponderea stabilită pentru fiecare factor de evaluare nu trebuie să conducă la distorsionarea rezultatului aplicării procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică. Pentru fiecare factor de evaluare autoritatea contractantă are obligația de a stabili o pondere care să reflecte în mod corect:

a) importanța caracteristicii tehnice/funcționale considerate a reprezenta un avantaj calitativ, de mediu și/sau social ce poate fi punctat; sau

b) quantumul valoric al avantajelor de natură financiară pe care ofertanții le pot oferi prin asumarea unor angajamente suplimentare în raport cu cerințele minime prevăzute în caietul de sarcini sau documentul descriptiv.

Raportat la aceste prevederi legale devine evident faptul că stabilirea factorilor de evaluare trebuie să se constituie într-un avantaj pentru achizitoare, fiind la fel de evident faptul că aceștia trebuie să asigure o concurență reală, care să permită verificarea efectivă a informațiilor furnizate de ofertanți, fiind interzis să fie astfel stabiliți încât libertatea de apreciere să devină una nelimitată.

Ori, se constată că, potrivit algoritmului de calcul, cele 4, 7 sau 10 puncte se acordă ofertanților în funcție de modul de întocmire al *Planului de management al calității lucrărilor executate*, corespunzător calificativelor acceptabil/satisfăcător/parțial relevant ori bine/adekvat, respectiv foarte bine/exceptional.

Analizând toate aceste informații, Consiliul constată că, în fapt, toate aceste indicații date de autoritatea contractantă cu privire la algoritmul de calcul pentru acest factor de evaluare reprezintă mai degrabă instrucțiuni cu privire la ce ar trebui să conțină propunerea tehnică astfel cum este aceasta definită, raportat la caietul de sarcini, la art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016: *Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante, decât avantajele rezultate prin utilizarea lor, respectiv descrierea modului de acordare a punctajului pentru un factor de evaluare stabilit conform prevederilor legale incidente anterior citate. A îndeplini cerințele caietului de sarcini foarte bine – excepțional din punct de vedere al cerințelor acestuia privind execuția lucrărilor la parametrii calitativi solicitați presupune că respectiva propunere tehnică corespunde necesității autorității contractante, reprezintă o condiție de conformitate a ofertei și nu un avantaj obținut de autoritatea contractantă, pentru a putea fi folosit ca*

factor de evaluare a ofertelor. Dacă cerințele de calitate minime considerate necesare au fost stabilite prin caietul de sarcini, Consiliul consideră că nu pot fi făcute aprecieri prin care acestea au fost îndeplinite satisfăcător, adecvat ori foarte bine.

Se introduce astfel un factor de evaluare privind un document (Planul de management al calității) care a fost solicitat expres, la pag. 6 din caietul de sarcini.

Consiliul constată că în procedură condițiile de conformitate ale ofertei, care ar trebui să se regăsească în caietul de sarcini, sunt utilizate pentru a acorda punctaj ofertei, în condițiile în care neîndeplinirea lor, chiar și parțială, ar trebui să constituie, mai degrabă, subiect al unor solicitări de clarificări sau să conducă la neconformitatea ofertei și nu la primirea unui punctaj de până la 10% din punctajul total.

Astfel, se constată că nu există nicio precizare legată de modul în care se vor acorda astfel de calificative, alta decât aprecierea subiectivă a membrilor comisiei de evaluare, fiind posibilă acordarea unor punctaje pe diferite nivele (4, 7 sau 10 puncte), fără a se putea stabili modul în care s-ar aprecia că planul prezentat de ofertanți poate fi acceptabil/satisfăcător/parțial relevant, bine/adecvat, respectiv foarte bine/exceptional.

În fapt, este prevăzut un raționament care se referă la condiții de conformitate a ofertei.

Astfel, calificativul *acceptabil/satisfăcător/parțial relevant* este acordat pentru prezentarea unui plan al calității la modul general, care nu reflectă caracteristicile specifice ale contractului de lucrări, nefiind în totalitate corelat cu metodologia de executare a lucrărilor. Ori, corelarea planului calității cu metodologia de executare a lucrărilor este condiție de conformitate a ofertei, neputând fi acceptate oferte al căror plan al calității nu este corelat cu metodologia de executare a lucrărilor.

De asemenea, dacă se solicită prezentarea și detalierea nivelului de implicare al responsabililor din structura organizațională a ofertantului cu controlul calității lucrărilor, lipsa detalierei lui nu îi poate permite autorității contractante să acorde punctaj unei astfel de oferte, în discuție fiind, din nou, o condiție de conformitate.

Tot o condiție de conformitate a unei oferte ar trebui să fie și îndeplinirea cerinței privind indicarea faptului că se realizează controlul calității la toate stadiile de punere în operă a documentației. În condițiile în care prin caietul de sarcini se stabilește o astfel de cerință, ofertanții sunt obligați să o respecte.

Neprezentarea detaliată a responsabilităților pentru execuția/gestionarea/controlul calității și resursele umane implicate, dacă a fost solicitată, constituie, din nou, o neconformitate a ofertei și nu poate permite acordarea punctajului respectivei oferte.

Toate aceste 4 condiții sunt cerințe minimale care ar trebui să se regăsească în caietul de sarcini, condiții de conformitate a unei oferte și în niciun caz criterii de acordare a punctajului/departajare a ofertelor.

În același fel sunt definite și cerințele calificativului *bine/adekvat*, care sunt dezvoltate pe aceleași criterii, însă conținând ceva mai multe informații de genul: „este adaptat la caracteristicile specifice contractului”, „evidențiază adecvat nivelul de implicare al responsabililor din structura organizațională”, „relația dintre graficul general, responsabilitățile în ceea ce privește calitatea și resurse este realistă și în conformitate cu metoda propusă”, „un nivel de detaliere adecvat”.

Este evident faptul că o ofertă care îndeplinește aceste condiții, în realitate îndeplinește cerințele caietului de sarcini, fapt ce determină conformitatea ofertei. În discuție sunt condiții de conformitate ale ofertei, nu cele aferente unui factor de evaluare, iar o ofertă nu poate fi „mai conformă” decât alta pentru a primi un punctaj mai mare, în funcție de aprecierea subiectivă a membrilor comisiei de evaluare. Este evident că a se constata că o ofertă este conformă nu este un avantaj pentru achizitoare pentru a-i acorda un anumit punctaj, iar a acorda punctaje diferite pe principiul că o ofertă ar fi „mai adecvată” decât alta, contravine prevederilor legale incidente, mai sus citate.

Relevant pentru lipsa de legalitate a utilizării unui astfel de factor de evaluare este modul în care este descris raționamentul pentru acordarea calificativului Foarte bine/Excepțional și a punctajului maxim, 10 puncte: *«În plus față de informațiile enumerate mai sus în cadrul calificativului „Bine/adekvat”, activitățile/etapele tehnice descrise, responsabilitățile ... și resursele utilizate sunt foarte bine definite, .. demonstrând optimizarea resurselor și un nivel inovator al soluțiilor tehnice de execuție, superior cerințelor minime ale caietului de sarcini ... nivelul și modalitatea de implicare a responsabililor în realizarea controlului calității sunt realiste și foarte clar definite»*.

Este evident faptul că odată ce s-a constatat că informațiile au fost corelate între planului calității cu metodologia de executare a lucrărilor nu poate fi făcută o nouă reevaluare și a se constata, de data aceasta, că sunt bine definite. Dacă nu au fost bine definite, cel mult, în funcție de deficiența constată, pot fi solicitate clarificări, iar în funcție de răspuns se poate stabili conformitatea ofertei. Buna definire a activităților, etapelor tehnice, a responsabilităților etc, în niciun caz nu poate fi considerată că ar fi vreun avantaj în favoarea achizitoarei, ci condiție de conformitate a ofertei. Pe de altă parte, acordarea punctajului în funcție de modul în care s-ar aprecia că aceste activități, etape, responsabilități au fost mai bine sau mai puțin bine definite, ar fi lipsită de obiectivitate în mod evident.

A defini foarte clar și realist nivelul și modalitatea de implicare a responsabililor în realizarea controlului calității, este de asemenea, condiție de conformitate a ofertei și în niciun caz element de acordare a unui punctaj. Nivelul de detaliere dorit trebuie indicat în caietul de sarcini

și analizat prin raportare la cerințele stabilite și nu ca element de departajare a ofertelor.

Cât privește optimizarea resurselor și nivelul inovator al soluțiilor, care ar contribui la creșterea performanței viitoarei construcții, este lipsit de echivoc faptul că a departaja o ofertă conformă pentru că autorul ei a optimizat mai bine sau mai puțin bine resursele este din nou o apreciere subiectivă lipsită de relevanță în obținerea rezultatului dorit. Cât privește presupusa performanță a viitoarei construcții, aceasta este asumată prin termenul de garanție acordat, nivelul inovator al soluțiilor tehnice de execuție fiind, mai degrabă, un element care ar determina competitivitatea ofertei respective și nici un caz o garanție a calității lucrărilor executate.

Toate aceste „criterii” sunt, în fapt, specificații care ar trebui să se găsească în caietul de sarcini, ca și cerințe minime de conformitate a ofertei din punct de vedere al Planului calității, autoritatea contractantă stabilind în procesul de evaluare, urmare a clarificărilor necesare, dacă este cazul, măsura în care au fost respectate și, pe cale de consecință, caracterul conform/neconform al ofertei.

Prin caietul de sarcini autoritatea contractantă poate solicita depunerea unui Plan de management al calității și stabili toate criteriile care trebuie să le îndeplinească fiecare ofertă depusă în procedură pentru a fi declarată conformă, obiectivul său fiind ca fiecare dintre oferte să îndeplinească toate aceste cerințe definite la calificativul Foarte bine/Exceptional, neîndeplinirea lor trebuind să conducă la respingerea ofertei.

Pornind de la buna credință a autorității contractante în ceea ce privește alegerea unui astfel de factor de evaluare, cu titlu de exemplu, Consiliul are în vedere faptul că este oferită posibilitatea ca cerințe minimale să nu fie îndeplinite nici măcar în urma solicitărilor de clarificări. O astfel de situație, poate pune autoritatea contractantă în postura de a acorda punctaj unei oferte care nu îndeplinește o astfel de condiție, dar care, cu concursul celorlalți factori de evaluare, poate fi declarată câștigătoare. Este evident că a declara câștigătoare o astfel de ofertă contravine interesului obiectiv al autorității contractante.

Pe de altă parte, modul în care este prezentat algoritmul de calcul atestă faptul că ofertanții au posibilitatea să își definească planul de management al calității conform propriilor principii, reguli, tehnologii etc, iar autoritatea contractantă să considere relevante alte reguli ori principii sau tehnologii, fapt ce îi conferă subiectivitate în stabilirea caracterului adecvat/corelat sau mai puțin adecvat/corelat și, pe cale de consecință, în a stabili punctajul acordat, fără niciun element de control, altul decât aprecierea discreționară a membrilor comisiei de evaluare.

Mai mult decât atât, devine evident că, procedând astfel, prin stabilirea acestui factor de evaluare, caracterul obiectiv al evaluării este

afectat pentru o situație care nu poate fi verificată, ofertanții neputând anticipa la momentul realizării ofertei calificativul pe care l-ar obține oferta lor pentru acest factor de evaluare.

Consiliul apreciază că nivelul de detaliere al Planului de management al calității nu poate fi apreciat în mod obiectiv, astfel încât evaluarea ofertelor pentru acest factor de evaluare să permită verificarea modului de acordare a punctajului.

Toate aceste elemente impuse pentru algoritmul de acordare a punctajului ar fi trebuit să se materializeze în cerințe ale caietului de sarcini, mențiunile sale legate de acordarea punctajului maxim, respectiv pentru obținerea calificativului *Foarte bine*, ar trebui să fie cerințe minime ale caietului de sarcini și nu mijloc de departajare a ofertelor în baza unei aprecieri subiective.

O presupusă calitate urmărită a fi obținută nu poate fi obținută pe baza unei evaluări subiective sau dacă sunt declarate conforme (și li se acordă punctaj) oferte care au deficiențe sau omisiuni de genul celor definite pentru acordarea calificativului acceptabil/satisfăcător/ parțial relevant sau bine/adekvat.

Îndeplinirea unor cerințe minime ale caietului de sarcini nu poate primi calitative precum cele definite de autoritatea contractantă, ci doar stabilită conformitatea/neconformitatea ofertei din acest punct de vedere.

Modul de punctare nu este stabilit în mod clar și neechivoc, pentru a permite ofertanților să obțină punctaje cât mai ridicate, tocmai pentru că ofertanții nu vor putea face nicio apreciere legată de faptul că viziunea lor de a întocmi oferta corespunde cu cea a autorității contractante din punct de vedere al caracterului complet/incomplet al detalierei respectivului plan.

Faptul că se dorește obținerea unor oferte cât mai bune nu este asigurat de utilizarea unor factori de evaluare subiectivi precum cel în analiză, cu o pondere mare, a cărei modalitate de aplicare nu poate fi verificată, interpretarea ofertanților putând diferi de cea a achizitoarei sau chiar a Consiliului la un eventual control de legalitate al modului de acordare al punctajului, tocmai datorită faptului că în discuție sunt mai degrabă cerințe minime ale caietului de sarcini din acest punct de vedere, iar îndeplinirea lor nu poate fi făcută prin calitative de genul celor analizate, ci prin stabilirea caracterului conform/neconform al ofertei din acest punct de vedere.

Prin urmare, deși nu este stabilită metodologia clară de definire a ce înseamnă fiecare dintre calitative, devine evident că avantajul obținut de autoritatea contractantă prin utilizarea acestui factor de evaluare este nul.

Dacă achizitoarea dorește a impune anumite cerințe care din prisma sa sunt absolut necesare pentru a fi asigurate condițiile de calitate dorite, acestea pot fi impuse prin caietul de sarcini, fără a se utiliza un factor de evaluare care nu îi va aduce niciun avantaj în sensul definit conform prevederilor legale amintite.

Este lipsită de o minimă obiectivitate acordarea unui calificativ excepțional sau parțial relevant unei oferte pentru nivelul și modalitatea de implicare a responsabililor din structura organizațională a ofertantului și contribuția individuală pentru realizarea controlului calității. Eventuala nevoie a autorității contractante din acest punct de vedere trebuie să se regăsească în caietul de sarcini, pentru a se asigura derularea contractului și este îndeplinită sau nu, în niciun caz criteriu de departajare a ofertelor.

De asemenea, legalitatea unui asemenea factor de evaluare nu este dată de faptul că acesta se regăsește în Catalogul Factori de evaluare lucrări din Ghidul de achiziții publice, emis de ANAP.

Într-adevăr, ANAP a emis un catalog cu factorii care pot fi utilizați, însă acel catalog este cu titlu general, parte a unei documentații standard, orientative, dar alegerea factorilor de evaluare nu este universal valabilă, indiferent de complexitatea contractului.

Utilizarea nivelului de detaliere a Planului calității într-un astfel de contract, cu o pondere de 10% din punctajul total nu poate fi justificată în condițiile în care este afectată evaluarea ofertelor într-un mod care contravine prevederilor legale amintite.

De altfel, ANAP a precizat expres faptul că ... *orice factor de evaluare inclus în Documentația de atribuire trebuie să aibă „în oglindă” o clauză contractuală care să asigure materializarea avantajului obținut de Operatorul Economic Ofertant în evaluare pe perioada derulării Contractului, precum și un mecanism de corectare a eventualelor devieri de la materializarea avantajelor acordate pe perioada evaluării.*

Or, este evident că informațiile pentru care acordă punctajul autoritatea contractantă nu își au oglindă într-o clauză contractuală, în cazul de față corelația dintre planului cu metodologia propusă de executare a lucrărilor, nivelul și modalitatea de implicare a responsabililor din structura organizațională a ofertantului și contribuția individuală pentru realizarea controlului calității ori metodologia nematerializându-se în vreun avantaj în favoarea achizitoarei, ci reprezintă doar o modalitate neanticipabilă/discreționară de acordare a punctajului.

Utilizarea unui astfel de factor de evaluare indiferent de tipul procedurii de atribuire și gradul de complexitate a contractului de lucrări nu numai că nu oferă vreun avantaj autorității contractante, dar contribuie la crearea de condiții de eludare a rezultatului procedurii, prin ponderea mare acordată acestui factor și imposibilitatea verificării obiective a modului de acordare a lui.

Pentru aceste motive, Consiliul consideră necesară eliminarea acestui factor de evaluare, autoritatea contractantă urmând să opteze sau nu pentru completarea caietului de sarcini prin cuprinderea ca

cerințe minime obligatorii ale acestuia a necesității prezentării unui Plan de management al calității și a elementelor considerate necesare.

În aceste condiții, în care factorul de evaluare a fost eliminat, a fost eliminată și descrierea acestuia, care cuprindea referirile la Planului de management al calității, considerat de contestatoare a nu fi suficient de clar, astfel încât această critică a rămas fără obiect și va fi respinsă ca atare.

Următoarele critici din contestație vizează prevederile modelului de contract.

Prima critică în acest sens se referă la clauza 48 din contract, respectiv:

«Ajustarea se va face după 12 luni de la Data de Începere.

Formula de ajustare a prețurilor cu un singur indice de cost ajustarea de preț reprezintă un raport ale indicilor de preț , conform Clauza nr. 48.5:

$$A_n = a_v + (1 - a_v) \times I_n / I_o,$$

unde

„An” este coeficientul de ajustare care urmează a fi aplicat valorii de contract estimate pentru lucrările realizate în luna „n” (sumele aferente punctului (a) din subclauza 50.1 [Situația de Lucrări], exclusiv lucrările evaluate pe baza Costului sau a prețurilor curente);

„av” este valoarea procentuală a plății în avans față de Prețul Contractului; Având în vedere că nu se acordă avans „av=0”.

„In” este indicele de cost în construcții - total publicat de Institutul Național de Statistică în Buletinul Statistic de Prețuri, la tabelul 15, aplicabil la data cu 60 de zile înainte de ultima zi a lunii „n”.

„Io” este indicele de cost în construcții - total, aplicabil la Data de Referință.»

Prin urmare $A_n = I_n/I_o$; deci ajustarea de preț reprezintă un raport al indici de cost în construcții în urmă cu 2 luni față de cel de la data de referință.

Așa cum rezultă din susținerile părților, această formulă de calcul transpune prevederile HG nr. 1/2018 pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice, respectiv Condițiile generale și specifice și acordul contractual pentru contractele de execuție de lucrări din 10.01.2018.

În acest sens, Consiliul consideră necesar să redea prevederile subclauzelor 48.3-48.5 din *Condițiile generale și specifice și acordul contractual pentru contractele de execuție de lucrări din 10.01.2018*, anexa 1 a HG nr. 1/2018:

«48.3. Cu excepția cazului în care este prevăzut altfel în Acordul Contractual, dacă Durata de Execuție la semnarea Contractului este mai mare de 365 de zile, se va considera că prețurile din Oferta Antreprenorului au fost stabilite în baza condițiilor de prețuri și piață în vigoare la Data de Referință și sumele plătibile Antreprenorului vor fi ajustate pentru creșterea/diminuarea indicilor de preț pentru elemente constitutive ale Ofertei, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat Prețul Contractului. Nu se va aplica nicio ajustare la lucrările evaluate pe baza Costului (cum ar fi cele aferente Sumelor Provizionate) sau a prețurilor curente. Această ajustare va fi determinată prin aplicarea formulei prevăzute în această clauză.

48.4. Formula de ajustare a prețurilor este o formulă polinomială de tipul:

$$A_n = a_v + m \times M_n/M_o + f \times F_n/F_o + e \times E_n/E_o,$$

unde:

- „An” este coeficientul de ajustare care urmează a fi aplicat valorii de contract estimate pentru lucrările realizate în luna „n” (sumele aferente punctului (a) din subclauza 50.1 [Situația de Lucrări], exclusiv lucrările evaluate pe baza Costului sau a prețurilor curente);

- „av” este un coeficient fix și reprezintă valoarea procentuală a plății în avans față de Prețul Contractului;

- „m”, „f”, „e” sunt coeficienți care reprezintă ponderea estimată a fiecărui element relevant de cost în execuția Lucrărilor. Elementele de cost reprezintă resurse relevante cum ar fi forța de muncă, utilaje și materiale;

- „Fn”, „En”, „Mn” sunt indicii curenți de preț/cost sau prețurile de referință pentru luna „n”, exprimați în moneda Contractului, după cum sunt aplicabile la data cu 60 de zile înainte de ultima zi a lunii „n”. Indicii de preț sau prețurile de referință sunt aferente elementelor de cost relevante;

- „Lo”, „Eo”, „Mo” sunt indicii de preț/cost de bază sau prețurile de referință, exprimați în moneda Contractului, aplicabile la Data de Referință.

Indicii de preț/cost și/sau prețurile de referință, inclusiv sursa acestora și orice informație necesară pentru a determina cu certitudine definiția lor, precum și ponderea acestora vor fi stabiliți de către Beneficiar în tabelul datelor de ajustare din Acordul Contractual. Se va verifica următoarea ecuație: $av+m+f+e=1$.

În cazul în care un indice de preț/cost curent sau un preț de referință pentru luna respectivă nu este disponibil (sau valoarea lor nu este definitivă), se va folosi ultimul indice sau preț disponibil, iar ajustarea va fi recalculată atunci când indicele sau prețul va fi disponibil (respectiv când valoarea lor va deveni definitivă).

48.5. Atunci când sunt aplicabile prevederile subclauzei 48.3 și în cazul în care tabelul datelor de ajustare din Acordul Contractual nu este completat de către Beneficiar, se va folosi un singur indice de cost și formula aplicabilă va fi:

$$A_n = av + (1-av) \times I_n/I_o,$$

unde

- „An” este coeficientul de ajustare care urmează a fi aplicat valorii de contract estimate pentru lucrările realizate în luna „n” (sume aferente punctului (a) din subclauza 50.1 [Situația de Lucrări], exclusiv lucrările evaluate pe baza Costului sau a prețurilor curente);

- „av” este valoarea procentuală a plății în avans față de Prețul Contractului;

- „In” este indicele de cost în construcții - total publicat de Institutul Național de Statistică în Buletinul Statistic de Prețuri, la tabelul 15, aplicabil la data cu 60 de zile înainte de ultima zi a lunii „n”. Valoarea aplicabilă a acestui indice pentru luna ianuarie 2017 este 113,8;

- „Io” este indicele de cost în construcții - total, aplicabil la Data de Referință.»

Din aceste subclauze se desprinde ideea că pot fi folosite două formule de ajustare a prețului, respectiv cea de la subclauzele 48.3 și 48.5, care folosește un singur indice de cost și anume indicele de cost în construcții, folosită și de autoritatea contractantă în prezenta cauză, și cea de la subclauza 48.4, care folosește mai mulți indici de cost.

În contestație se susține: „formula de ajustare, termenul de ajustare, condițiile de ajustare și întreaga clauză de ajustare prevăzută la pct. 48 din Contractul model sunt nelegale, acestea urmând a fi anulate și înlocuite de cele indicate de OUG nr. 64/2022”.

Autoritatea contractantă susține că OUG nr. 64/2022 privind ajustarea prețurilor și a valorii devizelor generale în cadrul proiectelor finanțate din fonduri externe nerambursabile nu este aplicabilă în prezentul contract, întrucât acest act normativ este aplicabil doar contractelor încheiate înainte de intrarea în vigoare a acestuia și nu pentru aplicare generală, inclusiv pentru toate contractele care urmează a fi încheiate în viitor.

Contrar susținerilor autorității contractante, potrivit cărora în cazul acestui contract nu sunt aplicabile prevederile OUG nr. 64/2022, Consiliul reține că acest act normativ cuprinde și Capitolul VI - *Formula de*

*ajustare a prețurilor pentru documentațiile de atribuire care urmează a fi publicate pentru **proiectele de infrastructură de transport, infrastructură majoră de apă - apă uzată, deșeuri și rețele sau sisteme centralizate de termoficare.***

Prin urmare, cel puțin aceste prevederi ale OUG nr. 64/2022 devin aplicabile și acestei proceduri de atribuire.

În soluționarea acestei critici, Consiliul are în vedere și prevederile art. 30 și 31 din acest act normativ:

„Art. 30. Pentru procedurile de atribuire **ce vor fi inițiate de beneficiarii fondurilor externe nerambursabile POT include în documentațiile de atribuire a contractelor din domeniile de infrastructură de transport local, județean**, național sau european, infrastructură majoră de apă - apă uzată, deșeuri, rețele sau sisteme centralizate de termoficare, din domeniul reabilitării zonei costiere și a infrastructurii navigabile, din domeniile eficiență energetică, educație, regenerare urbană, precum și pentru proiectele din domeniul de infrastructură spitalicească și ambulatorie formula de ajustare a prețurilor prevăzută la art. 31.

Art. 31. (1) Formula de ajustare a prețurilor pentru situațiile prevăzute la art. 30 este următoarea:

$$V_{apl} = V_{pl} + (V_{sl} - V_p) \times \sum_{i=1}^{10} \times ICC_{rci} / ICC_{lrci}$$

cu condiția ca: $\sum_{i=1}^{10} ci = 1$,

unde:

V_{apl} - valoarea actualizată a plății solicitată de către contractant la data depunerii solicitării de plată;

V_{pl} - valoarea plății solicitată de către contractant la data depunerii solicitării de plată care nu face obiectul actualizării;

V_{sl} - valoarea situațiilor de lucrări neactualizată depusă la plată de către contractant conform graficelor de execuție;

ci - ponderea elementului de cost semnificativ, stabilită în cadrul contractului;

ICC_{rci} - indicele de cost pentru materialele semnificative sau alte elemente de cost semnificative publicate periodic de Institutul Național de Statistică, valabile cu 60 de zile înainte de ultima zi din luna de referință "n" de depunere a situației de plată;

ICC_{lrci} - indicele de cost pentru materialele semnificative sau alte elemente de cost semnificative publicate periodic de Institutul Național de Statistică, valabile cu 30 de zile înainte de data depunerii ofertei.

(2) Prin element de cost semnificativ se înțelege orice categorie de cost specifică de natura materialelor, manoperei, utilajelor, echipamentelor și a altor categorii de costuri de natură similară care dețin o pondere însemnată în valoarea proiectului de infrastructură și sunt strict necesare pentru implementarea acestuia. »

Așa cum rezultă din prevederile subliniate ale art. 30, această formulă poate fi aplicabilă contractului în cauză, care este de lucrări de drumuri județene, dar nu este obligatorie de aplicat pentru autoritatea contractantă, întrucât sintagma „**pot include**” dă dreptul autorității contractante să opteze pentru includerea sau nu a acestei formule de calcul în documentația de atribuire.

Or, contestatorul nu argumentează în niciun fel care ar fi avantajele pentru care ar trebui înlocuită formula actuală din modelul de contract cu această procedură. De fapt, nu indică formulele, termenii sau condițiile de ajustare și nici măcar formula de ajustare, care să înlocuiască clauza de ajustare din modelul de contract.

Totodată se reține că sunt în vigoare și sunt aplicabile și prevederile actului normativ în baza căruia autoritatea contractantă a întocmit clauza 48, respectiv *HG nr. 1/2018, pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție aferente*

obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice. Se are în vedere faptul că acest contract este finanțat din fonduri UE, iar aceste fonduri sunt considerate fonduri publice, în conformitate cu definiția fondurilor publice, prevăzută la art. 2 pct. 27, coroborat cu art. 1 alin. (2) din Legea nr. 500/2002 privind finanțele publice.

Prin urmare, Consiliul constată că în speța de față pot fi aplicabile atât prevederile HG nr. 1/2018, în baza cărora autoritatea contractantă a întocmit modelul de contract, cât și prevederile OUG nr. 64/2016. Având însă în vedere faptul că autoarea contestației nu motivează în niciun fel avantajele utilizării formulei de ajustare a prețului din acest ultim act normativ, Consiliul va respinge solicitarea de aplicare a prevederilor OUG nr. 64/2022 cu privire la pct. 48 din modelul de contract.

Contestatorul critică și clauza contractuală privind penalitățile de întârziere prevăzută la pct. 36.4 din modelul de contract, despre care susține că este nelegală, atât cu privire la cuantumul acesteia, cât și cu privire la valoarea la care se raportează, respectiv cea a întregului contract și nu doar a lucrilor rămase de executat. În acest sens invocă prevederile art. 1535 din Codul civil și art. 3 din OG nr. 13/2011, privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar.

Clauza contractuală (art.) nr. 36.4 din modelul de contract criticată este următoarea: „Valoarea penalităților de întârziere pentru fiecare zi de întârziere: 0,05% pe zi din Prețul Contractului acceptat la semnarea Contractului”.

Autoritatea contractantă susține că a stabilit această clauză în conformitate cu prevederile pct. 36.4 din anexa 1 din HG nr. 1/2018:

Consiliul consideră necesar să citeze prevederile legale invocate de părți:

- art 1535 din Codul civil:

„(1) În cazul în care o sumă de bani nu este plătită la scadență, creditorul are dreptul la daune moratorii, de la scadență până în momentul plății, în quantumul convenit de părți sau, în lipsă, în cel prevăzut de lege, fără a trebui să dovedească vreun prejudiciu. În acest caz, debitorul nu are dreptul să facă dovada că prejudiciul suferit de creditor ca urmare a întârzierii plății ar fi mai mic.

(2) Dacă, înainte de scadență, debitorul datora dobânzi mai mari decât dobânda legală, daunele moratorii sunt datorate la nivelul aplicabil înainte de scadență.

(3) Dacă nu sunt datorate dobânzi moratorii mai mari decât dobânda legală, creditorul are dreptul, în afara dobânzii legale, la daune-interese pentru repararea integrală a prejudiciului suferit.”

După cum se constată, această normă reglementează relațiile între creditor și debitor în cazul unor sume de bani și nu cazul executării cu întârziere a unei lucrări pentru care nu s-a plătit avans.

- art. 3 din OG nr. 13/2011, privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar:

„(1) Rata dobânzii legale remuneratorii se stabilește la nivelul ratei dobânzii de referință a Băncii Naționale a României, care este rata dobânzii de politică monetară stabilită prin hotărâre a Consiliului de administrație al Băncii Naționale a României.

(2) Rata dobânzii legale penalizatoare se stabilește la nivelul ratei dobânzii de referință plus 4 puncte procentuale.

(2¹) În raporturile dintre profesioniști și între aceștia și autoritățile contractante, dobânda legală penalizatoare se stabilește la nivelul ratei dobânzii de referință plus 8 puncte procentuale.

(3) În raporturile juridice care nu decurg din exploatarea unei întreprinderi cu scop lucrativ, în sensul art. 3 alin. (3) din Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată, rata dobânzii legale se stabilește potrivit prevederilor alin. (1), respectiv alin. (2), diminuat cu 20%.

(4) Nivelul ratei dobânzii de referință a Băncii Naționale a României va fi publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, prin grija Băncii Naționale a României, ori de câte ori nivelul ratei dobânzii de politică monetară se va modifica.

Așa cum îi spune și numele actului normativ și cum reiese și din textul legal invocat, această normă legală vizează dobânzile penalizatoare pentru obligații bănești neachitate (credite, facturi etc) și nu penalizări pentru neexecuția la timp a unor lucrări.

- clauza 36.4. din anexa 1 din HG nr. 1/2018:

„36.4. În cazul în care Antreprenorul nu finalizează Lucrările (sau un Sector) în Durata de Execuție după cum poate fi prelungită în conformitate cu prevederile clauzei 35 [Prelungirea Duratei de Execuție], Beneficiarul, cu condiția respectării prevederilor clauzei 69b [Revendicările Beneficiarului] și fără a afecta alte remedii prevăzute în Contract va fi îndreptățit să perceapă de la Antreprenor, cu titlu de daune-interese moratorii, penalități de întârziere pentru fiecare zi care se scurge între finalul Duratei de Execuție după cum poate fi prelungită în conformitate cu prevederile clauzei 35 [Prelungirea Duratei de Execuție] și data efectivă de finalizare a Lucrărilor (sau a Sectorului), menționată în procesul-verbal de Recepție la Terminarea Lucrărilor (sau Sectorului) aprobat de Beneficiar sau (în absența unei asemenea mențiuni) certificat de către Supervizor. **Cu excepția cazului în care este prevăzută o altă valoare în Acordul Contractual, valoarea penalităților de întârziere pentru fiecare zi de întârziere va fi egală cu Prețul Contractului (sau al Sectorului) la semnarea Contractului împărțit la Durata de Execuție la semnarea Contractului exprimată în zile.** Suma maximă a penalităților de întârziere va fi de 15% din Prețul Contractului la semnarea Contractului. Dacă un Sector sau o parte din Lucrări au făcut obiectul Recepției la Terminarea Lucrărilor, valoarea penalităților de întârziere pentru fiecare zi de întârziere va fi egală cu Prețul Contractului la semnarea Contractului din care se scade prețul Sectorului sau părții din Lucrări la semnarea Contractului, împărțit la Durata de Execuție la semnarea Contractului exprimată în zile. De asemenea, suma maximă a penalităților de întârziere va fi de 15% din Prețul Contractului la semnarea Contractului din care se scade prețul Sectorului sau părții din Lucrări la semnarea Contractului. ”

După cum reiese din prezentarea comparativă a clauzei 36.4 din modelul de contract și din HG nr. 1/2018, Consiliul reține că autoritatea contractantă a preluat în mod corespunzător norma din textul legal care impune ca penalizarea pentru întârzierea executării contractului să se raporteze la valoarea totală a valorii contractului din care ar urma să se scadă valoarea lucrărilor care au făcut obiectul recepției la terminarea lucrărilor.

Cum pentru fiecare lot în parte se face o singură recepție finală, și anume la finalizarea tuturor lucrărilor lotului, Consiliul constată că raportarea modelului de contract la valoarea totală a contractului (lotului) este legală.

Totodată Consiliul reține modul corect în care autoritatea contractantă a calculat valoarea penalităților de întârziere, care potrivit celor prevăzute la pct. 36.4 din HG nr. 1/2018, ar fi trebuit să fie de

0,137% din prețul contractului/zi, „cu excepția cazului în care este prevăzută o altă valoare în Acordul Contractual”.

Prin urmare, Consiliul reține că, potrivit prevederilor legale incidente cu privire la stabilirea penalităților de întârziere, autoritatea contractantă a prevăzut în modelul de contract o valoare a penalității de întârziere de 2,74 ori mai mică decât maximul legal admis, motiv pentru care această critică va fi respinsă.

Având în vedere toate acestea, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu JUDEȚUL ... și va dispune eliminarea factorului de evaluare *Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate la parametrii calitativi solicitați (Planul de management al calității lucrărilor executate) (PPC)*.

Respinge celelalte critici din contestație.

Referitor la solicitarea contestatorului privind obligarea autorității contractante la plata de cheltuieli de judecată, Consiliul va reține că, potrivit art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, „Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Quantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației”.

Cheltuielile reclamate, în quantum de 8000 lei, reprezintă „onorariu avocat conf. contr. 25/2024”, facturată cu factura Seria B nr. 6218/23.04.2024 și achitate prin ordinul de plată/referința nr. 2024050200014425 efectuată de UniCredit Bank.

În conformitate cu prevederile art. 453 alin. (2) din Codul de Procedură Civilă: „2) Când cererea a fost admisă numai în parte, judecătorii vor stabili măsura în care fiecare dintre părți poate fi obligată la plata cheltuielilor de judecată.”

Având în vedere că cererea a fost admisă în parte, fiind admisă doar o critică din cele 4 critici formulate prin contestație, Consiliul va reduce cheltuielile de judecată la suma de 2000 lei, proporțional cu criticile admise.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile 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:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite, în parte, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu JUDEȚUL ... și dispune eliminarea factorului de evaluare *Demonstrarea unei metodologii corespunzătoare pentru obținerea asigurării că lucrările sunt realizate la parametrii calitativi solicitați (Planul de management al calității lucrărilor executate) (PPc)*.

Respinge celelalte critici din contestație.

Obligă autoritatea contractantă la plata către contestatorul SC ... SRL a sumei de 2000 lei, reprezentând cheltuieli de judecată.

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.

Redactată în 4 exemplare, conține 24 (douăzeci și patru) pagini.