



În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr....

Data:...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a... sub nr.... (transmisă prin e-mail, la data de...), formulată de... cu sediul în....., nr...., ap....., având CUI: RO... și număr de înregistrare la... J2..., reprezentată legal prin administrator și convențional prin avocat..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în....., nr...., ap....., împotriva documentației de atribuire elaborată de către entitatea contractantă..., cu sediul în....., nr....., în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului sectorial, având ca obiect: „....” cod..., s-a solicitat:

1. modificarea/eliminarea, în conformitate cu legislația aplicabilă a factorilor de evaluare:

a. Factor de evaluare nr.... - Abordarea propusă privind derularea activităților și gradul de detaliere privind organizarea activităților contractului;

b. Factor de evaluare nr.... - Modul de alocare și utilizare a resurselor și realizările corespunzătoare fiecărei activități;

c. Factor de evaluare nr.... - Încadrarea în timp, succesiunea și durata activităților propuse;

2. eliminarea cerinței de calificare de la secțiunea III.....a) din Fișa de date, referitoare la condiția ca cel puțin un contract similar să fi presupus proiectare și/sau proiectare și execuție de lucrări de construcții încadrate în categoria B, în conformitate cu prevederile H.G. nr. 766/1997,

3. prelungirea...;

4. plata cheltuielilor ocazionate de prezenta contestație.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal învestit, a avut în vedere următoarele:

1. Făcând trimitere la prevederile secțiunii II.... din fișa de date a achiziției, contestatorul precizează că această modalitate de stabilire a factorilor de evaluare este nelegală, încălcând prevederile art. 187 și art. 189 din Legea nr. 98/2016.

a. Precizează că, prin cei 3 factori de evaluare, entitatea contractantă încearcă o departajare a ofertanților, raportată la modul în care își elaborează propunerile tehnice, iar, nu la calitatea lucrărilor care vor fi executate, situație inadmisibilă, cu atât mai mult cu cât, pentru execuția aceleiași lucrări, se poate realiza o propunere tehnică foarte elaborată sau una mai generală, însă, acest aspect nu are niciun fel de relevanță în privința calității lucrării care poate fi aceeași sau chiar inferioară, indiferent de cât de elaborată este propunerea tehnică

Astfel, arată că înțelegerea lucrărilor și planificarea corespunzătoare de resurse și timp ar trebui să constituie cerințe privind admisibilitatea/conformitatea ofertelor, iar nu o modalitate de departajare a ofertanților, deoarece, o ofertă ce nu demonstrează înțelegerea lucrărilor și nu alocă timp și resurse suficiente, nu ar trebui să fie menținută în competiție, existând riscul ca, în funcție de punctajul obținut la ceilalți factori de evaluare, ofertantul în cauză să fie declarat câștigător al licitației, cu toate că, prin modalitatea în care și-a prezentat oferta, nu demonstrează că a înțeles activitățile stabilite în caietul de sarcini, deci, foarte probabil, nu va fi în măsură să ducă la bun sfârșit contractul, în mod corespunzător cerințelor din caietul de sarcini.

b. Pe de altă parte, menționează că, modalitatea de stabilire a punctajului aferent celor trei factori de evaluare este nelegală, întrucât, încalcă prevederile art. 189 din Legea nr. 98/2016.

Precizează că, documentația de atribuire nu definește ce înseamnă noțiunile: „foarte bună înțelegere”; „ perfectă coroborare”, etc., respectiv, nu stabilește cum se face departajarea între noțiuni, precum:

- foarte bună înțelegere - bună înțelegere;
- evidențiază în mare măsură - evidențiază în mică măsură;
- toate domeniile - domenii parțiale - minimul de domenii;
- resurse suficiente - resurse parțiale - minimul de resurse;
- mod detaliat - mod puțin detaliat - mod insuficient detaliat

Subliniază că toate aceste noțiuni permit departajarea strict pe baza unor judecăți de valoare, nefiind verificabile, în mod obiectiv; criteriul nu este clar, neputându-se cunoaște de către un observator independent ce se dorește a se prezenta în ofertă, iar, pe de altă parte, cerința creează premisele unei evaluări neunitare, deoarece, nefiind clar și standardizat conținutul dorit al propunerilor tehnice, ofertanții au posibilitatea de a trata cerința în modalități total diferite, fără a se putea stabili, în concret, care ofertă demonstrează o mai bună înțelegere a activităților stabilite în caietul de sarcini.

Menționează, de asemenea, că documentația de atribuire permite comisiei de evaluare ca, în procesul de evaluare al ofertelor, respectiv, de

acordare a punctajelor aferente a trei factori de evaluare, să folosească criterii totalmente SUBIECTIVE, al căror conținut nu este detaliat în vreun fel.

Menționează că ofertanților nu le este indicat, în mod clar, cum trebuie să-și pregătească ofertele, iar, pe de altă parte, oricum, entitatea contractantă se bucură de o libertate de apreciere subiectivă și nelimitată în privința punctajelor acordate, aspecte ce contravin legislației

2. În continuare, arată că, la secțiunea III.....a) din fișa de date, se prevede cerința de calificare ca ofertantul să facă dovada că a finalizat (dus la bun sfârșit) în ultimii 5 ani, în mod corespunzător, lucrări similare cu cele ce fac obiectul contractului, lucrări de aceeași natură și complexitate sau superioare din punctul de vedere al complexității și/sau scopului, cu o valoare cumulată de minim..., fără TVA, cu condiția ca cel puțin 1 (un) contract să fi presupus proiectare și/sau proiectare și execuție de lucrări de construcții încadrate în categoria B, în conformitate cu prevederile HG nr. 766/1997.

În opinia contestatorului, această cerință, referitoare la impunerea a minim un contact de proiectare a unor construcții din categoria B este nelegală, deoarece, limitează nejustificat concurența, nefiind în legătură directă cu obiectul contractului scos la licitație.

3. În cazul admiterii argumentelor prezentate, în temeiul art. 153 alin. (1) din Legea 98/2016, contestatorul consideră că se impune și obligarea autorității contractante la prelungirea..., având în vedere că documentele achiziției s-ar modifica, în mod semnificativ.

Conținutul integral al contestației poate fi consultat de către părțile cauzei, fiind disponibil pentru acces public prin accesarea fișierului „[.... /....] Contestatie s.pdf” din anexa anunțului de participare publicat în SEAP.

Entitatea contractantă transmite punctul de vedere nr...., înregistrat la CNSC sub nr...., prin care solicită respingerea, ca neîntemeiată, a contestației, din următoarele considerente:

I. Cu privire la criticile referitoare la factorii de evaluare.

Entitatea contractantă precizează că o asemenea interpretare restrictivă, susținută de contestator, nu se regăsește nicăieri nici în Legea nr. 99/2016 și nici în legislația europeană. Dimpotrivă, dispozițiile art. 209 din Legea nr. 99/2016 consacră expres dreptul entității contractante de a utiliza factori de evaluare privind elem, ente calitative care influențează nivelul de executare al contractului, iar nu exclusiv caracteristicile fizice finale ale lucrării. Prin urmare, afirmația potrivit căreia „modul de elaborare a propunerii tehnice nu are nicio legătură cu calitatea lucrării”, este nu doar eronată juridic, ci și profund ruptă de realitatea practică a executării contractelor de infrastructură.

Susține, de asemenea, că, între o ofertă care prezintă o metodologie generică și formală și o ofertă care identifică riscuri, corelează activități, fundamentează resursele și dezvoltă un calendar realist, există diferențe reale și obiective de calitate managerială și tehnică.

Entitatea contractantă arată că nu contestă faptul că orice ofertă conformă trebuie să demonstreze un nivel minim de înțelegere a contractului, însă, legea nu obligă entitatea contractantă să trateze identic o ofertă care îndeplinește minimal cerințele și o ofertă care demonstrează o abordare superioară, matură și aprofundată a implementării contractului. Menționează că modul de organizare și implementare nu reprezintă un simplu exercițiu de redactare, ci, un element esențial al capacității reale de execuție, în realitate, critica formulată de contestator urmărește eliminarea oricărei componente de evaluare calitativă autentică și reducerea procedurii la o comparație formală de prețuri, ceea ce ar contraveni, în mod direct, dispozițiilor art. 209 din Legea nr. 99/2016.

Subliniază că evaluarea este verificabilă, controlabilă și supusă controlului CNSC și instanțelor.

1. Factorii de evaluare sunt în directă legătură cu obiectul contractului; factorii sunt conformi cu prevederile art. 209 și art. 211 din Legea nr. 99/2016; art. 38 alin. (2) din HG nr. 394/2016 și... nr.....

2. Factorii de evaluare nu conferă libertate discreționară nelimitată.

Documentația: stabilește criterii clare de punctare; definește niveluri calitative distincte; indică elementele urmărite în evaluare; permite compararea obiectivă a ofertelor.

Utilizarea unor noțiuni precum: „foarte bine”, „grad mare de detaliere”, „corelare deplină”, „relații logice între activități”, este uzuală și permisă în practica achizițiilor publice, inclusiv în ghidurile și instrucțiunile ANAP, atât timp cât sunt descrise diferențele dintre nivelurile de performanță, există o grilă de evaluare prestabilită, iar evaluarea este motivată în raportul procedurii. Or, exact aceasta este situația în prezenta procedură.

3. Factorii de evaluare reflectă avantaje reale ale ofertelor.

Precizează că factorii criticați respectă exigențele legale privind caracterul efectiv și util al criteriilor de atribuire.

Subliniază că factorii de evaluare criticați sunt clar identificați în documentația de atribuire, sunt însoțiți de descriptori de performanță, diferențiază niveluri distincte de calitate și indică explicit elementele urmărite de entitatea contractantă în procesul de evaluare.

Astfel, arată că documentația stabilește în mod expres că evaluarea se realizează în funcție de: gradul de corelare cu specificul contractului; nivelul de detaliere al metodologiei; evidențierea relațiilor logice dintre activități; gradul de corelare a resurselor cu complexitatea activităților; nivelul de acoperire a expertizelor necesare; gradul de detaliere a calendarului și a drumului critic.

II. Cu privire la critica referitoare la cerința privind experiența similară, entitatea contractantă apreciază că aceasta este nefondată.

Menționează că:

1. Cerința este proporțională și justificată de complexitatea investiției

2. Cerința are legătură directă cu obiectul contractului.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr...., contestatorul transmite concluzii scrise, prin care, solicită admiterea contestației, astfel cum a fost

aceasta formulată; acestea nu vor fi redată în conținutul deciziei, însă, vor fi avute în vedere la soluționarea contestației.

Entitatea contractantă transmite prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr...., dosarul achiziției publice, pe suport memory stick.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr..... transmite, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr.... din..., în cuantum de..., eliberată de....

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

..., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului sectorial, având ca obiect: „....”.

Prin contestația care face obiectul prezentei... este nemulțumit de modul de stabilire a factorilor de evaluare nr...., nr.... și nr.... și de cerința de calificare prevăzută la secțiunea III.....a) din fișa de date a achiziției, potrivit căreia, cel puțin un contract prezentat ca experiență similară să fi presupus proiectare și/sau proiectare și execuție de lucrări de construcții încadrate în categoria B, în conformitate cu prevederile HG nr. 766/1997.

Cu titlu prealabil, Consiliul reține că procedura de atribuire în cadrul căreia a fost formulată contestația care face obiectul prezentei este o procedură sectorială, contractul urmând a fi atribuit în temeiul Legii nr.... privind achizițiile sectoriale, astfel cum rezultă atât din anunțul de participare nr...., cât și din fișa de date a achiziției.

Prin punctul de vedere nr...., entitatea contractantă a invocat faptul că argumentele contestatorului se raportează la dispozițiile Legii nr.... privind achizițiile publice, deși procedurii de atribuire îi sunt aplicabile dispozițiile Legii nr.....

Consiliul reține că observația entității contractante este exactă sub aspectul identificării legii aplicabile, însă nu poate conduce la respingerea contestației deoarece indicarea eronată a textului legal nu echivalează cu lipsa motivelor de fapt și de drept ale contestației.

Contestația formulată de... cuprinde, în mod neechivoc, împrejurările de fapt criticate, respectiv conținutul concret al factorilor de evaluare și al cerinței de calificare contestate, precum și argumentele pentru care acestea sunt apreciate ca fiind nelegale. Calificarea juridică exactă a motivelor invocate revine Consiliului, care este ținut să analizeze contestația prin raportare la normele legale aplicabile procedurii de atribuire, iar nu să o respingă pentru o eroare de redactare.

Consiliul reține, totodată, că dispozițiile invocate de contestator au corespondent cu conținut identic în legea aplicabilă, art. 187 din Legea nr. 98/2016 corespunzând art. 209 din Legea nr. 99/2016, art. 189 din Legea nr. 98/2016 corespunzând art. 211 din Legea nr. 99/2016, iar art. 153 din Legea nr. 98/2016 corespunzând art. 163 din Legea nr. 99/2016, corespondență pe care contestatoarea a precizat-o, ulterior, prin concluziile scrise înregistrate la Consiliu sub nr...., explicând că indicarea inițială a constituit o eroare materială.

Pentru aceste considerente, apărarea entității contractante întemeiată pe indicarea eronată a temeiului de drept urmează a fi înlăturată, analiza criticilor formulate de... urmând a fi realizată prin raportare la dispozițiile Legii nr.....

Având în vedere criticile referitoare la factorii de evaluare nr...., nr.... și nr...., Consiliul reține că, potrivit informațiilor de la secțiunea II.... din anunțul de participare, entitatea contractantă a ales, în cadrul prezentei proceduri, să stabilească oferta câștigătoare prin aplicarea criteriului de atribuire „*cel mai bun raport calitate-preț*”, în cadrul căruia a alocat:

- 30% din punctaj factorului de evaluare „Prețul ofertei”;
- 20% din punctaj factorilor de evaluare privind experiența profesională specifică a experților principali;
- 5% factorului de evaluare nr. 6 privind perioada de garanție acordată lucrării,

precum și factorii de evaluare:

- nr.... - Abordarea propusă privind derularea activităților și gradul de detaliere privind organizarea activităților Contractului (pondere 15%),

- nr.... - Modul de alocare și utilizare a resurselor și realizările corespunzătoare fiecărei activități (pondere 15%)

și

- nr.... - Încadrarea în timp, succesiunea și durata activităților propuse (pondere 15%).

Criticile contestatorului se referă la ultimii 3 factori de evaluare, cu o pondere cumulată de 45% din punctajul total.

Potrivit algoritmului de calcul stabilit pentru factorul de evaluare nr...., se acordă 15 puncte în situația în care abordarea propusă este „*în perfecta coroborare*” cu specificul contractului, este prezentată „*cu un grad mare de detaliere*”, demonstrează „*o foarte buna înțelegere*” a sarcinilor alocate și evidențiază „*în mare măsură*” relațiile logice dintre activitățile contractului, respectiv, 7 puncte, în situația în care abordarea propusă este „*parțial coroborată*” cu specificul contractului, este prezentată „*cu un grad acceptabil de detaliere*”, demonstrează „*o buna înțelegere*” a sarcinilor alocate și evidențiază „*în mică măsură*” relațiile logice dintre activitățile contractului.

În mod similar, punctajul aferent factorului de evaluare nr.... se acordă în funcție de împrejurarea dacă resursele umane și materiale și realizările corespunzătoare fiecărei activități sunt corelate „*deplin*”, „*parțial*” sau „*într-un mod limitat*” cu complexitatea activităților propuse, respectiv dacă ofertantul a asigurat „*toate domeniile de expertiză necesare*”, „*parțial domeniile de expertiză necesare*” sau „*minimul de domenii de expertiza necesare*”, iar punctajul aferent factorului de evaluare nr.... se acordă în funcție de împrejurarea dacă ofertantul prezintă calendarul de implementare „*în mod detaliat*”, „*în mod mai puțin detaliat*” sau „*în mod insuficient detaliat*”.

Potrivit art. 209 alin. (3) coroborat cu alin. (4) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă are dreptul de a stabili factori de evaluare care privesc calitatea, inclusiv aspecte tehnice, organizarea și calificarea

personalului desemnat să execute contractul, în măsura în care, acestea pot avea un impact semnificativ asupra nivelului calitativ de executare a contractului.

Potrivit art. 211 din Legea nr. 99/2016, factorii de evaluare stabiliți de entitatea contractantă nu trebuie să îi confere acesteia o libertate de apreciere nelimitată și trebuie să asigure posibilitatea verificării efective a informațiilor furnizate de către ofertanți, iar potrivit art. 38 alin. (2) din HG nr. 394/2016, factorii de evaluare și algoritmul de calcul trebuie stabiliți în mod clar și detaliat, astfel încât, să reflecte avantaje reale și evidente și să poată fi urmăriți în procesul de evaluare a ofertelor.

Ca un prim aspect, Consiliul urmează a respinge, ca neîntemeiate, susținerile contestatorului potrivit cărora nu ar putea fi utilizați în nicio situație factori de evaluare având ca obiect metodologia de implementare, alocarea resurselor și planificarea activităților, deoarece, contractul supus atribuirii este un contract de lucrări, care include atât proiectarea soluției tehnice cât și execuția lucrărilor aferente implementării acesteia, ipoteză avută în vedere în mod expres de art. 10 alin. (1) lit. a) din... nr...., emisă, între altele, în aplicarea art. 209 alin. (8) din Legea nr. 99/2016, ca fiind una dintre situațiile în care modul de organizare a activităților poate constitui factor de evaluare. Prin urmare, utilizarea unor astfel de factori de evaluare nu este, prin ea însăși, nelegală.

Pe de altă parte, Consiliul reține că legalitatea unui factor de evaluare nu poate fi apreciată exclusiv prin raportare la tipul acestuia, ci și prin raportare la modul concret în care a fost formulat factorul și la algoritmul de calcul stabilit pentru acordarea punctajului.

Sub acest din urmă aspect, criticile formulate de... sunt întemeiate, pentru considerentele care urmează.

În primul rând, Consiliul reține că departajarea ofertelor în cadrul factorilor de evaluare nr...., nr.... și nr.... se realizează exclusiv prin recurgerea la noțiuni gradual formulate, care exprimă aceeași caracteristică la intensități diferite, fără ca documentația de atribuire să stabilească vreun element de referință obiectiv prin care aceste intensități să poată fi determinate.

Astfel, documentația de atribuire nu precizează în ce constă diferența dintre o abordare aflată în *„perfectă coroborare”* cu specificul contractului și una *„parțial coroborată”*, între *„un grad mare de detaliere”* și *„un grad acceptabil de detaliere”*, între *„o foarte buna intelegere”* și *„o bună înțelegere”* a sarcinilor alocate, între evidențierea *„în mare măsură”* și cea *„în mică măsură”* a relațiilor logice dintre activități, între resurse corelate *„deplin”* și resurse corelate *„parțial”* cu complexitatea activităților ori între o prezentare realizată *„în mod detaliat”* și una realizată *„în mod mai puțin detaliat”*.

Consiliul reține ca fiind pertinente susținerile contestatorului potrivit cărora, în lipsa oricărui reper de această natură, diferența dintre 15 puncte și 7 puncte, respectiv dintre 7 puncte și 1 punct, rămâne exclusiv rezultatul aprecierii subiective a comisiei de evaluare.

O astfel de departajare nu poate fi anticipată de ofertanți la momentul elaborării ofertelor și nici nu poate fi verificată ulterior, nici de către ofertanți în situația prevăzută la 231 alin. (6) din Legea nr. 99/2016, nici în cadrul controlului exercitat asupra procesului de evaluare, ceea ce contravine dispozițiilor art. 211 din Legea nr. 99/2016 și celor ale art. 38 alin. (2) din HG nr. 394/2016.

În al doilea rând, Consiliul reține că, însăși entitatea contractantă a arătat, atât prin strategia de contractare aflată în dosarul achiziției transmis Consiliului sub nr...., cât și prin punctul de vedere asupra contestației, că factorii de evaluare nr...., nr.... și nr.... au fost elaborați ținând seama de prevederile anexei la... nr.....

Comparând factorii de evaluare anterior menționați cu modelul cuprins în anexa la... nr...., Consiliul constată, însă, că, entitatea contractantă a preluat din acest model exclusiv elementele de apreciere calitativă, înlăturând tocmai elementele de referință obiective pe care modelul le conține.

Astfel, în cuprinsul anexei menționate, acordarea calificativului „foarte bine” pentru abordarea propusă este condiționată de împrejurarea ca aceasta să se întemeieze pe metodologii, metode și instrumente „testate” și „recunoscute”, noțiuni definite chiar în cuprinsul anexei ca semnificând metodologii utilizate în alte proiecte, respectiv descrise în literatura de specialitate.

Aceste elemente, singurele care ar putea fi verificate obiectiv, nu se regăsesc în algoritmi de calcul stabiliți de entitatea contractantă.

Rezultă, așadar, că, lipsa unor repere obiective de departajare nu constituie, în cauză, o consecință inerentă naturii calitative a factorilor de evaluare utilizați, ci consecința unei opțiuni a entității contractante, care putea fi evitată prin preluarea integrală a modelului pe care aceasta a declarat că l-a avut în vedere și adaptarea la specificul investiției.

În al treilea rând, Consiliul reține că, potrivit art. 13 alin. (3) din... nr...., atunci când utilizează factori de evaluare exprimați calitativ, entitatea contractantă are obligația de a prezenta ofertanților, prin intermediul formularului de propunere tehnică, modul în care trebuie structurată informația în cadrul ofertelor, astfel încât, să fie posibilă compararea acestora și acordarea punctajelor, în mod obiectiv.

... nr.... - Propunerea tehnică, parte a documentației de atribuire, Consiliul constată că acesta reia enumerarea informațiilor minime din fișa de date a achiziției, fără a stabili, însă, vreo corespondență între secțiunile propunerii tehnice și factorii de evaluare nr...., nr.... și nr...., spre deosebire de modelul cuprins în anexa la... nr...., în care fiecare element de punctare este raportat în mod expres la o secțiune determinată a formularului de propunere tehnică.

În consecință, ofertanții nu cunosc care dintre informațiile prezentate va fi evaluată în cadrul fiecăruia dintre cei trei factori de evaluare, iar comisia de evaluare nu dispune de un instrument care să asigure compararea ofertelor pe o bază unitară.

În al patrulea rând, Consiliul reține că factorul de evaluare nr.... punctează, potrivit propriei sale denumiri, gradul de detaliere privind organizarea activităților contractului. Or, gradul de detaliere al propunerii tehnice nu constituie, prin el însuși, un avantaj al ofertei, în sensul art. 209 alin. (3) din Legea nr. 99/2016, întrucât nu reflectă un nivel superior de executare a contractului, ci volumul informațiilor prezentate.

Este relevant, sub acest aspect, faptul că, nivelul minim punctat al factorului de evaluare nr...., căruia îi corespunde un punct, este descris în cuprinsul strategiei de contractare prin aceea că abordarea propusă nu este coroborată cu specificul contractului, nu este detaliată și nu demonstrează o foarte bună înțelegere a sarcinilor alocate.

Rezultă că o propunere tehnică prin care ofertantul nu demonstrează înțelegerea sarcinilor ce îi revin nu numai că nu este înlăturată, dar primește punctaj și rămâne în competiție, ceea ce confirmă susținerea contestatorului potrivit căreia factorii de evaluare în discuție măsoară, în realitate, conformitatea propunerii tehnice cu cerințele caietului de sarcini, iar nu un avantaj suplimentar față de acestea.

În al cincilea rând, Consiliul reține că ponderea cumulată de 45% alocată factorilor de evaluare nr...., nr.... și nr...., amplifică efectele lipsei de obiectivitate constatate anterior. În modelul cuprins în anexa la... nr...., elementele de punctare corespunzătoare celor trei factori de evaluare constituie subfactori ai unui factor unic referitor la propunerea tehnică, fiecăruia dintre aceștia fiindu-i alocate șase puncte, în timp ce entitatea contractantă a transformat trei dintre acești subfactori în factori de evaluare distincți, cu o pondere de 15% fiecare, fără a proceda la adaptarea cerută de art. 13 alin. (5) din... nr.... și fără a expune, în cuprinsul strategiei de contractare, argumentele pentru care ponderile astfel stabilite nu conduc la denaturarea rezultatului aplicării procedurii de atribuire.

Consiliul reține că aspectele constatate anterior sunt în acord cu jurisprudența Curții de Justiție a..., care a statuat, în cauza C-... /..., că factorii de evaluare trebuie formulați astfel încât, să permită tuturor ofertanților rezonabil informați și normal diligenți să îi interpreteze în același mod, precum și, în cauza C-448/01 EVN și Wienstrom, că autoritatea contractantă nu poate stabili criterii care să îi confere o libertate necondiționată de alegere, aprecierea ofertelor trebuind să fie realizată în condiții de transparență și de verificare obiectivă.

Susținerile entității contractante din punctul de vedere asupra contestației, referitoare la marja de apreciere tehnică de care aceasta beneficiază și la posibilitatea controlului ulterior al raportului procedurii de atribuire, nu sunt de natură a acoperi deficiențele constatate, deoarece, marja de apreciere a entității contractante se exercită în limitele stabilite de art. 211 din Legea nr. 99/2016, iar controlul ulterior al modului de acordare a punctajului presupune, în mod esențial, existența unor repere prestabilite prin raportare la care acest control să poată fi realizat, repere care, în cauză, lipsesc.

Față de cele reținute, Consiliul constată că sunt întemeiate criticile formulate de... cu privire la factorii de evaluare nr...., nr.... și nr...., sub

aspectul modului în care aceștia au fost formulați și al algoritmului de calcul stabilit pentru acordarea punctajului.

În continuare, procedând la analiza criticilor contestatorului referitoare la cerința de calificare privind experiența similară, Consiliul reține că, potrivit secțiunii III.....a) din fișa de date, cerința de calificare referitoare la experiența similară este considerată îndeplinită dacă ofertantul face dovada că a finalizat, în ultimii 5 ani, lucrări similare cu cele ce fac obiectul contractului, la nivelul a maximum 3 contracte, cu o valoare cumulată de minimum... fără TVA, cu condiția ca, cel puțin un contract să fi presupus proiectare și/sau proiectare și execuție de lucrări de construcții încadrate în categoria B, în conformitate cu prevederile HG nr. 766/1997.

Consiliul mai reține că... nu contestă dreptul entității contractante de a solicita experiență similară și nici pragul valoric ori elementele de similaritate stabilite prin documentația de atribuire, ci este nemulțumit, exclusiv, de condiția referitoare la categoria de importanță B.

Potrivit art....2 lit. a) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă are dreptul de a solicita operatorilor economici să facă dovada experienței similare, iar potrivit art. 185 din același act normativ, criteriile de calificare stabilite trebuie să fie legate de obiectul contractului și proporționale cu acesta.

Consiliul reține că aceste dispoziții constituie o aplicare a principiului proporționalității, consacrat de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 99/2016, și se corelează cu principiul asigurării unei concurențe reale, prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. b) din același act normativ.

Potrivit art. 9 din HG nr. 394/2016, sarcina justificării caracterului proporțional al unei cerințe de calificare revine entității contractante, justificare ce trebuie să se regăsească în cuprinsul strategiei de contractare.

... strategia de contractare aflată în dosarul achiziției, Consiliul constată că aceasta cuprinde justificarea pragului valoric de... și a elementelor de similaritate solicitate, respectiv, realizarea unei linii complete de tratare a nămolului din cadrul unei stații de tratare a apelor uzate cu o capacitate de cel puțin... LE, cuprinzând rezervor de fermentare, rezervor de biogaz, instalație de deshidratare și instalație de uscare cu bandă a nămolului deshidratat.

Strategia de contractare nu cuprinde, însă, nicio justificare tehnică distinctă a condiției referitoare la categoria de importanță B, respectiv nu arată care dintre obiectele de investiție ce fac obiectul prezentului contract se încadrează în această categorie de importanță și nici pentru ce motiv experiența dobândită în legătură cu lucrări de construcții încadrate în categoria de importanță C nu ar fi suficientă pentru a demonstra capacitatea tehnică necesară executării contractului.

Dimpotrivă, Consiliul constată că, în cuprinsul strategiei de contractare, entitatea contractantă a caracterizat, în mod repetat, contractul supus atribuirii ca fiind un contract pentru lucrări de medie complexitate, caracterizare care contrazice susținerile formulate prin

punctul de vedere asupra contestației, potrivit căror, a complexitatea deosebită a lucrărilor ar justifica cerința în litigiu.

Totodată, Consiliul reține existența unei inconsecvențe în interiorul documentației de atribuire.

Astfel, în timp ce pentru ofertant, în calitate de operator economic, entitatea contractantă a stabilit categoria de importanță B drept condiție eliminatorie de calificare, pentru personalul care va realiza, în mod efectiv activitățile ce fac obiectul contractului, respectiv managerul de contract, coordonatorul de proiectare și șeful de șantier, cerințele minime stabilite prin fișa de date a achiziției și prin... nr.... se raportează la categoria de importanță C, categoria de importanță B fiind utilizată exclusiv ca treaptă superioară de punctare în cadrul factorilor de evaluare privind experiența experților principali.

Rezultă că entitatea contractantă a apreciat ea însăși că nivelul de competență necesar pentru realizarea efectivă a activităților de proiectare și de execuție corespunde categoriei de importanță C, ceea ce lipsește de justificare rezonabilă impunerea categoriei de importanță B ca prag eliminatoriu de calificare la nivelul operatorului economic ofertant.

Împrejurarea, invocată de entitatea contractantă, că stația de tratare a apei și stația de epurare deserveșc un număr important de locuitori nu este de natură, prin ea însăși, să justifice cerința, în lipsa unei corelări între categoria de importanță solicitată și obiectele de investiție care fac obiectul prezentului contract, respectiv instalația de dezinfecție cu ozon a apei decantate, instalația de cogenerare pe biogaz, instalația de tratare termică a nămolului și paturile de uscare a nămolului.

Consiliul reține că cerința de calificare analizată are ca efect restrângerea numărului... de operatori economici care pot participa la procedura de atribuire, prin excluderea celor care, deși au realizat lucrări similare din punctul de vedere al naturii, complexității și valorii acestora, nu pot face dovada unui contract având ca obiect lucrări de construcții încadrate în categoria de importanță B. În lipsa justificării necesității unei asemenea restrângeri, cerința contravine dispozițiilor art. 185 și ale art. 2 alin. (2) lit. b) și e) din Legea nr. 99/2016.

Față de cele reținute, Consiliul constată că este întemeiată și urmează să admită critica formulată de... cu privire la componenta privind categoria de importanță B din cerința de calificare referitoare la experiența similară.

Cu privire la capătul de cerere privind prelungirea..., Consiliul reține că măsurile de remediere pe care entitatea contractantă urmează a le adopta ca urmare a prezentei decizii privesc atât criteriul de atribuire, cât și cerințele de calificare, respectiv elemente esențiale ale documentației de atribuire, în funcție de care operatorii economici își elaborează ofertele.

În aceste condiții, potrivit art. 163 din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă are obligația de a prelungi perioada pentru depunerea ofertelor, astfel încât operatorii economici interesați să dispună de un termen adecvat pentru elaborarea ofertelor în raport de documentația de atribuire remediată, fiind aplicabile și dispozițiile art. 26 alin. (101) din Legea nr. 101/2016.

Pentru considerentele expuse, Consiliul constată că documentația de atribuire aferentă procedurii de atribuire organizate de... a fost întocmită cu încălcarea dispozițiilor art. 185, art. 209 și art. 211 din Legea nr. 99/2016, precum și ale art. 38 alin. (2) din HG nr. 394/2016, sub aspectul factorilor de evaluare nr...., nr.... și nr.... și al componentei privind categoria de importanță B din cerința de calificare referitoare la experiența similară.

Măsurile de remediere pe care entitatea contractantă urmează a le adopta cu privire la factorii de evaluare nr...., nr.... și nr...., respectiv cu privire la cerința de calificare analizată, rămân la aprecierea acesteia, în limitele considerentelor prezentei decizii, entitatea contractantă având posibilitatea fie de a elimina factorii de evaluare și cerința în discuție, fie de a le reformula, astfel încât, să corespundă exigențelor legale reținute în cuprinsul motivării.

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să admită contestația formulată de... în contradictoriu cu entitatea contractantă... iar, pe cale de consecință, va obliga entitatea contractantă la adoptarea măsurilor de remediere a documentației de atribuire cu respectarea prevederilor legale și a considerentelor prezentei, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei.

Cât privește capătul de cerere având ca obiect obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată, Consiliul reține că, potrivit art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, partea care a căzut în pretenții suportă cheltuielile efectuate în cursul soluționării contestației, la cererea părții care a avut câștig de cauză.

Acordarea acestor cheltuieli presupune însă dovedirea, prin înscrisuri, atât a efectuării, cât și a cuantumului lor. În cauză, contestatorul nu a depus la dosar înscrisuri din care să rezulte cheltuielile pretinse, motiv pentru care acest capăt de cerere urmează a fi respins, ca nedovedit.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A...

...:

Admite contestația formulată de... în contradictoriu cu entitatea contractantă... iar, pe cale de consecință, obligă entitatea contractantă la adoptarea măsurilor de remediere a documentației de atribuire cu respectarea prevederilor legale și a considerentelor prezentei, în termen de 10 zile de la comunicarea deciziei.

Respinge, ca nedovedită, solicitarea contestatorului privind acordarea cheltuielilor de soluționare.

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a...
în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare ...
...

Consilier de soluționare
...

Redactat practica deciziei
...

... în 4 (patru) exemplare originale, conține 13 (treisprezece) pagini