DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 3751 din data de 21.10.2021, transmisă prin poșta electronică (e-mail) în data de 21.10.2021 ora 15:35, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 55371 din data de 21.10.2021, și depusă la poștă în data de 21.10.2021, (AWB: V....), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 55993 din data de 26.10.2021, formulată de ..., persoană juridică de origine spaniolă, cu sediul social în strada Balmas 36, Barcelona, Spania, înregistrată la Registrului Comerțului cu nr. T.25762,H.173,F.B94500, acționând prin F...., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul București cu nr. ..., având Cod de Identificare Fiscală ...., atribut fiscal RO, reprezentată convențional de „.... – Societate civilă de avocați", cu sediul profesional în ...., acesta din urmă fiind sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură, în baza împuternicirii avocațiale ...., depusă în original la dosarul cauzei, persoana însărcinată cu primirea corespondenței fiind Av. Alexandru Aman precum și avocații enumerați în împuternicire, lider al asocierii ...., împotriva rezultatului procedurii de achiziție sectorială comunicat prin adresa nr. M.09.03.01/431 din data de 11.10.2021, precum și împotriva raportului procedurii de achiziție sectorială nr. M.09.03.01/429 din data de 11.10.2021, emise de către ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație restrânsă, desfășurată în conformitate cu art. 89 și următoarele din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție sectorială fiind prin mijloace electronice (online), fără etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului sectorial de execuție de lucrări, având ca obiect *„Legătura rețelei de metrou cu Aeroportul Internațional Henri Coandă. (Magistrala 6. 1 Mai – Otopeni). Proiectare și execuție lucrări structură de rezistență pentru Lotul 1.1: 1 Mai - Tokyo"*, cod CPV principal 45221200-4 Lucrări de construcții de tuneluri, puțuri și pasaje subterane (Rev.2), s-a solicitat Consiliului să dispună:

1. suspendarea soluționării contestației până la pronunțarea unei soluții definitive în dosarele nr. 6382/2/2021, 6480/2/2021 și 6481/2/2021 ale Curții de Apel București, având ca obiect plângerile formulate împotriva Deciziei CNSC nr. 2149/C8/1898, 1905, 2275/27.09.2021, având în vedere că rezultatul contestat prin prezenta contestație a pus în aplicare Decizia CNSC atacată prin respectivele plângeri;

2. anularea adresei entității contractante de comunicare a rezultatului procedurii nr. M.09.03.01/431/11.10.2021;

3. anularea raportului procedurii de atribuire nr. M.09.03.01/429/11.10.20.21 și a celorlalte acte din evaluare în partea referitoare la declararea drept admisibilă și câștigătoare a ofertei asocierii .... care nu îndeplinea condițiile pentru a fi declarată admisibilă;

4. anularea raportului procedurii și a celorlalte acte din evaluare în partea referitoare la stabilirea punctajelor ofertelor admisibile, operațiune realizată de ... prin folosirea unui alt algoritm de calcul decât cel prevăzut în documentația de atribuire;

5. anularea raportului procedurii și a celorlalte acte din evaluare în partea referitoare la depunctarea ofertei asocierii ..... pentru criteriul A111;

6. anularea, în aceste privințe, a tuturor actelor incidente, anterioare sau subsecvente ale ...., inclusiv a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii;

7. obligarea entității contractante la reevaluarea ofertelor, recalcularea punctajelor ofertelor admisibile și continuarea procedurii, cu respectarea deplină a prevederilor legii și ale documentației de atribuire.

Prin cererea de intervenție voluntară nr. 1055 din data de 01.11.2021, transmisă prin poșta electronică (e-mail) în data de 01.11.2021 ora 15:10, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 57118 din data de 01.11.2021, și depusă la poștă în data de 01.11.2021, (AWB: ...7), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 57584 din data de 03.11.2021, formulată de .... persoană juridică de origine turcă, cu sediul social în ...., reprezentată legal de .... în calitate de reprezentant împuternicit, și convențional de „...”, cu sediul ...., acesta din urmă fiind sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură, în baza împuternicirii avocațiale Seria B nr. 3256429 din data de 01.11.2021, depusă în original la dosarul cauzei, persoanele însărcinate cu primirea corespondenței fiind oricare din următoarele: ..., lider al asocierii ....., vizând contestația din dosarul nr. 2753/2021, publicată în sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, în data de 22.10.2021, formulată de .... s-a solicitat Consiliului să dispună:

- admiterea cererii de intervenție voluntară;

- admiterea excepției tardivității formulării contestației în privința capetelor de cerere 3 - 7 (acesta din urmă în privința solicitărilor contestatoarei referitoare la oferta asocierii ... ve ... și modalitatea de acordare a punctajelor de către entitatea contractantă);

- pe fondul cauzei, respingerea ca neîntemeiată a contestației promovată de către .... împotriva rezultatului procedurii și menținerea deciziei entității contractante privind atribuirea contractului asocierii .....

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, precum și prevederile art. 67 alin. (1) din Codul de procedură civilă.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 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, să soluționeze contestația de față.

Prin contestația nr. 3751 din data de 21.10.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 55371 din data de 21.10.2021, ..., în calitate de lider al asocierii .... ofertantă la procedura de licitație restrânsă, desfășurată în conformitate cu art. 89 și următoarele din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție sectorială fiind prin mijloace electronice (online), fără etapă finală de licitație electronică, organizată de către entitatea contractantă .... în vederea atribuirii contractului de achiziție sectorială de execuție de lucrări, având ca obiect *„Legătura rețelei de metrou cu Aeroportul Internațional Henri Coandă. (Magistrala 6. 1 Mai – Otopeni). Proiectare și execuție lucrări structură de rezistență pentru Lotul 1.1: 1 Mai - Tokyo”*, inițiată în data de 13.03.2019 prin transmiterea spre publicare în SEAP, a unui anunț de participare, în baza art. 90 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, coroborat cu art. 61 din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale din 02.06.2016, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016, cu modificările și completările ulterioare, denumite în continuare Norme metodologice, a solicitat Consiliului să dispună cele menționate în partea introductivă. Anunțul de participare având codul de identificare CN1009873 a fost publicat în SEAP în data de 15.03.2019.

Prin aceeași contestație, ... a solicitat Consiliului să dispună suspendarea procedurii de soluționare a contestației, până la soluționarea de către Curtea de Apel București a plângerilor formulate împotriva Deciziei Consiliului nr. .... din data de 27.09.2021, ce fac obiectul dosarelor nr. 6382/2/2021, nr. 6480/2/2021 și nr. 6481/2/2021 înregistrate pe rolul acestei instanțe, în temeiul dispozițiilor art. 25 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016. Cererea de suspendare a procedurii de soluționare a contestației în cauză a fost admisă, prin încheierea Consiliului nr. 2754/C8/2753 din data de 25.10.2021.

Potrivit portalului instanțelor http://portal.just.ro, Curtea de Apel București – Secția a VIIIa contencios administrativ și fiscal a pronunțat în ședința publică din data de 24.11.2021, hotărârea definitivă nr. 2392/2021 în dosarul nr. 6382/2/2021. Prin această hotărâre, instanța a respins plângerile ca nefondate.

Acest fapt a fost confirmat de grefa Secției a VIIIa contencios administrativ și fiscal din cadrul Curții de Apel București astfel cum rezultă din certificatul de grefă emis în data de 08.12.2021, înregistrat la Consiliu cu nr. 65486 din data de 15.12.2021, potrivit căruia soluția dispusă de Curtea de Apel București – Secția a VIIIa contencios administrativ și fiscal în dosarele conexate nr. 6382/2/2021, nr. 6480/2/2021 și nr. 6481/2/2021, împotriva deciziei Consiliului nr. 2149/C8/1898, 1905, 2275 din data de 27.09.2021, este următoarea:

Respinge plângerile ca nefondate.

Definitivă.

Pronunțată prin punerea soluției la dispoziția părților prin mijlocirea grefei instanței.

Prin urmare, potrivit încheierii nr. 3344/C8/2753 din data de 21.12.2021, Consiliul a dispus repunerea pe rol a contestației înregistrată la Consiliu cu nr. 55371 din data de 21.10.2021, formulată de către ..., în contradictoriu cu ....

Prin contestația formulată, ... critică decizia entității contractante de a declara câștigătoare a procedurii oferta depusă de asocierea ....., apreciind că aceasta, pe lângă faptul că este inadmisibilă, entitatea contractantă a și modificat în cursul evaluării factorii de evaluare și algoritmul de calcul al punctajului ofertelor admisibile, modficare care a condus la schimbarea clasamentului ofertelor, cu desemnarea câștigătoare a altei oferte în locul ofertei asocierii ... care ar fi fost desemnată câștigătoare dacă s-ar fi respectat regulile cunoscute de toți ofertanții. Potrivit contestatoarei:

1. Asocierea ..... a refuzat în mod expres să execute o activitate obligatorie prevăzută în Caietul de Sarcini, respectiv pe cea privind realizarea Cărții tehnice a construcției

- prin solicitarea de clarificare nr. M.09.03.01/31/02.02.2021, întrebarea nr. 1, entitatea contractantă a solicitat asocierii ....., prin raportare la cerințele documentației de atribuire, ca ofertantul să „indice locul din ofertă unde se regăsește în propunerea tehnică „activitatea de întocmire a desenelor As Built și a Cărții Tehnice.", având în vedere că acestea sunt livrabile conform poziției Ai, coloana Livrabil, din Tabelul A al Anexei 1 la Instrucțiuni către Candidați/Ofertanți;

- prin răspunsul de clarificare din data de 08.02.2021, nr. 1906-ME-TF-CL 200 asocierea .... nu indică niciun loc din propunerea tehnică unde s-ar regăsi activitatea de întocmire a Cărții Tehnice a Construcției, ci dimpotrivă, răspunde că potrivit înțelegerii sale, ..Cartea Construcției nu reprezintă un Livrabil propriu-zis în înțelesul dat de prescripțiile

Tabelului Ai. iar ofertantul a înțeles că pe lângă asumarea expresă a Cerințelor Beneficiarului, are obligația respectării acestor prevederi legale."

- în același răspuns considerat concludent de .... conchide: „Ca o concluzie a explicațiilor menționate mai sus, pregătirea Cărții tehnice a construcției nu a fost inclusă în Tabelul Ai deoarece nu a fost identificată ca fiind un „livrabil" ci o obligație a Antreprenorului de a sprijini Beneficiarul."

- așadar, în opinia asocierii .... realizarea Cărții Tehnice a Construcției nu este obligația antreprenorului, ci a Beneficiarului, susținând că antreprenorul are cel mult datoria sa acorde sprijin beneficiarului pentru întocmirea acestui livrabil.

- cu toate acestea, prin răspunsul transmis, în loc să răspundă conform solicitării prin indicarea locului din ofertă unde a prevăzut activitatea respectiva, ofertantul formulează critici tardive cu privire la documentația de atribuire și la solicitarea de clarificare, concluzionând că nu consideră legală activitatea respectivă și propunând o alternativă.

- deși nu a primit un răspuns la solicitarea de clarificare, ci un refuz, în loc să respingă oferta, entitatea contractantă nu numai că a considerat răspunsul concludent și oferta conformă cu documentația de atribuire, ci chiar i-a atribuit majoritatea punctajului pentru criteriul de acordare a punctajului Ai elaborarea proiectului (4,60 puncte din totalul de 5 posibile), unde Cartea Tehnică ar fi trebuit să fie considerată un livrabil, potrivit chiar solicitării de clarificare a METROREX SA.

- deși se impunea respinsă ca inacceptabilă și neconformă, *a fortiori* oferta asocierii .... nu ar fi trebuit să primească niciun punctaj pentru criteriul de acordare Ai din Anexa 1 (5 puncte), de vreme ce lipsește un livrabil esențial a fazei de elaborare a proiectului - Cartea Tehnică - fără de care este imposibilă realizarea recepției lucrărilor.

2. Asocierea ... nu a garantat prin propunerea tehnică un anumit grad de etanșeitate

- prin aceeași solicitare de clarificare nr. M.09.03.01/31/02.02.2021, întrebarea nr. 2, ... i-a solicitat asocierii ....să indice locul din propunerea tehnică unde se regăsește gradul de etanșeitate garantat prin tehnologia propusă"

- prin răspunsul de clarificare din data de 08.02.2021, nr. 1906-ME-TF-CL-20, asocierea ... nu indică niciun loc din propunerea tehnică unde s-ar fi regăsit gradul de etanleitate garantat prin tehnologia propusă, ci doar declară că va respecta cerințele beneficiarului, inclusiv cerințele referitoare la gradul de etanșeitate, citând în acest sens cerințele respective ale Caietul de Sarcini.

- astfel, ofertanta desemnată câltigătoare nu a garantat prin ofertă un anumit grad de etanșeitate, egal sau mai bun decât cerințele minime ale documentației de atribuire, astfel cum îi impunea documentația

- prin acceptarea oferirii acestei garanții de către asocierea ... abia prin clarificare, ... a încălcat principiul tratamentului egal, oferind un avantaj nepermis acestui ofertant care, la fel ca toți ceilalți ofertanți, era obligat să prevadă din start în propunerea tehnică această garanție, nicidecum să și-o asume declarativ prin răspunsul de clarificare, fără să fi introdus în propunerea sa tehnică nicio informație în acest sens.

- și prin raportare la acest răspuns oferta asocierii .... ar fi trebuit respinsă ca inacceptabilă, pentru răspunsuri neconcludente la solicitările de clarificare, sau cel puțin nu ar fi trebuit să primească punctajul aferent criteriului de acordare A111 din Anexa 1 (2,5 puncte) care presupunea garantarea unui grad de etanșeitate prin ofertă.

3. Asocierea .... a încălcat capitolul IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare din Fișa de Date, incluzând în propunerea financiară prețuri pe care recunoaște că nu le poate justifica

- potrivit Formularului de evaluare a prețurilor, punctul 3.3 din Preambul: „Prețurile aferente unei activități reprezintă costurile real estimate pentru tot ceea ce reiese din descriere și determină prețul pentru activitatea respectivă".

- astfel cum a constatat și Comisia de Evaluare, asocierea ....a cotat aproape 100 de activități distincte din Formularul de Evaluare a Prețurilor cu suma de 100 de lei fiecare, 16 dintre acestea fiind aferente rubricilor ‚Alte activități" din cadrul centrelor de cost 2-17, iar una dintre acestea fiind activitatea 1.10 „Toate celelalte lucrări râmase pentru finalizarea proiectului conform Condițiilor de Contract și Cerințelor Generale descrise în Preambul" aferentă Centrului de Cost nr. 1 pentru Organizarea de Şantier.

- cu privire la cele aproape 80 de activități cotate cu 100 de lei, altele decât cele denumite „Alte activități", considerând că suma de 100 de lei este deosebit de scăzută în raport cu activitățile aferente, METROREX SA a solicitat ofertantului să clarifice *„prezentarea prețului unic de 100 lei pentru fiecare din activitățile menționate și să justificați prețul aparent neobișnuit de scăzut în raport cu activitățile prezentate, însoțite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 222 alin (2) din Legea 00/2016, precum și, după caz, de orice alte documente în susținere"*

- asocierea .... prin răspunsul din data de 27.05.2021, nr. 1906-ME- TF-CL-211, a precizat că (1) „în urma studiului efectuat, atât pe teren cât și asupra documentației de atribuire, anumite elemente nu pot fi cuantificate cu precizia dorită, fie din lipsa informațiilor în cadrul documentației de atribuire, fie din probabilitatea extrem de mică de a le derula efectiv în timpul execuției contractului"; (2) „a considerat că este recomandabilă alocarea unei sume minime acestor activități, pentru a respecta cerința expresa de a nu omite nicio activitate și/ sau a o nota cu o, indiferent dacă activitatea respectivă va avea loc în timpul executării contractului sau nu" (3) „În calitate de Antreprenor cu

experiență și diligent, Ofertantul nu a realocat sume aferente altor centre de cost, și nici nu a alocat o sumă considerabilă, pentru a nu compromite responsabilitatea contractului de proiectare și construcție”

- cu alte cuvinte, asocierea ..... nu are nicio justificare economică reală pentru care a cotat cu câte 100 de lei acele aproape 80 de activități, alta decât că NU le consideră foarte probabile, motiv pentru care le-a cotat cu o suma minimă" pentru a nu le lăsa fără niciun preț.

- potrivit documentației, ofertanții trebuiau să coteze cu o lei activitățile pe care nu le considerau necesare, nu cu 100 de lei. 1000 de lei sau altă sumă aleatorie stabilită discreționar de ofertant, care în execuție va trebui plătită (nejustificat) de entitatea contractantă

- Potrivit Condițiilor Generale de Contract, aprobate prin HG 1/2018, în cadrul contractelor de Proiectare și Execuție (tip FIDIC Galben), entitatea contractantă plătește Antreprenorului o sumă forfetară, nefiind vorba de plata în baza măsurătorilor/ pe cantități real executate, cum prevăd contractele de tip FIDIC Roșu.

- asocierea ..... va putea pretinde la plată, în baza acestei oferte acceptate de entitatea contractantă, contravaloarea unor activități pe care ea însăși le consideră puțin probabile și pe care foarte probabil nu le va executa.

- contestatoarea atașează o analiză comparativă a celor 4 oferte financiare prezentate, din care rezultă fără dubiu că toți ceilalți 3 ofertanți (asocierea .... asocierea .... și asocierea ....) au înțeles corect modul de elaborare a propunerii financiare în această privință. Se poate vedea că fiecare dintre ceilalți 3 ofertanți au cotat fiecare activitate fie cu „0", fie cu o sumă considerabilă și pe măsura unui proiect de o asemenea anvergură, în baza propriilor analize și tehnologii de execuție, asocierea ALSIM .... fiind singurul ofertant care, de sus până jos, a cotat toate aceste activități cu 100 lei; Pentru Centrul de Cost nr. 8, asocierea .... ve .... a prezentat 4 prețuri de 100 lei pentru activități pentru care ceilalți trei ofertanți au cotat prețuri de ordinul milioanelor de lei, calculate pe baza planșelor și planurilor de coordonare puse la dispoziție prin Caietul de sarcini.

- în privința celor 16 activități aferente centrelor de cost 2-17, privind „Alte activități ale Antreprenorului pentru care nu există alte activități stipulate și pe care Antreprenorul dorește sa le evalueze separat' respectiv a activității 1.10 „Diverse - Toate celelalte lucrări ramase pentru finalizarea proiectului conform Condițiilor de Contract și Cerințelor Generale descrise în Preambul, asocierea ..... nu numai că nu are nicio justificare economică cu privire la suma de 100 de lei cu care le-a cotat pe fiecare, dar nici nu a furnizat o descriere a respectivelor „alte activități"/„diverse" încălcând astfel de două ori documentația de atribuire.

- nici răspunsul de clarificare al asocierii .... din data de 27.05.2021, nr. 1906-ME-TF-CL-21, nu a fost apreciat de entitatea

contractantă ca fiind neconcludent, oferta nefiind respinsă ca neconormă ci, dimpotrivă, a fost declarată câștigătoare a procedurii;

4. Nelegala modificare de .... a factorilor de evaluare și a algoritmului de calcul a punctajului ofertelor admisibile

- .... a încălcat documentația de atribuire în privința factorilor de evaluare și algoritmului de calcul al punctajului ofertelor, folosind o altă grilă de punctare a ofertelor, prin punctul de vedere transmis anterior către CNSC recunoscând acest lucru, susținând că a folosit o metodologie de punctare diferită de cea publicată în SEAP, considerând că nu avea obligația de a informa ofertanții cu privire la instrumentele sale interne de lucru;

4.1 – *alocarea/depunctarea unor fracțiuni de punct contravine metodologiei de calcul a punctajului din documentație*

- potrivit metodologiei de calcul a punctajului publicată de METROREX SA în SEAP la lansarea Procedurii, era imposibilă alocarea unor punctaje subunitare/unor sutimi de punct pentru factorul de evaluare propunere tehnică, orice neîndeplinire a criteriilor de acordare detaliate în tabelele A și B trebuind să conducă la neacordarea întregului punctai pentru criteriul respectiv, iar nu la acordarea unui punctaj parțial, nedeclarat, la discreția aprecierii entității contractante.

- cu toate acestea, entitatea contractantă a scăzut 0,31 puncte dintr-un subfactor de evaluare tehnic al ofertei asocierii ..., respectiv 0,94 puncte din doi subfactori de evaluare tehnici ai ofertei asocierii .... Or, ... ar fi trebuit să scadă întregul punctaj aferent unui criteriu considerat neîndeplinit de către ofertanți, neexistând nicio altă regulă de punctare/depunctare parțială/fracționată stabilită prin documentația de atribuire.

- potrivit anunțului de participare publicat pentru această Procedură:

„Algoritm de calcul: Subfactorii de evaluare aferenți propunerii tehnice, punctajele acordate și criteriile de acordare sunt prezentate detaliat în Anexa 1 la Instrucțiunile către candidați pentru "Proiectare și execuție lucrări structură de rezistență pentru Lotul 1.1:1 Mai - Tokyo" Punctajul se acordă conform criteriilor detaliate în Anexa 1. Punctajul propunerii tehnice (PT): 60 puncte, rezultat din: 1. Punctaj A (Metodologia de Proiectare și Execuție) = 40 puncte 2. Punctaj B (Personal) = 20 puncte."

De asemenea, potrivit Anexei 1 la Instrucțiuni către ofertanți/candidați: *„Punctaj PT= Punctaj A (Proiectare și Execuție) + Punctaj B (Personal) Punctajul se acorda conform criteriilor detaliate în tabelele (A și B)*"

- tabelul A conține două criterii punctate cu câte 5 puncte fiecare (pentru proiectare) și douăsprezece criterii punctate cu câte 2,5 puncte fiecare (pentru execuție).

- criteriile punctate cu câte 5 puncte conțin o denumire (e.g., „Elaborarea Proiectului"), limitări identificate prin Cerințele Beneficiarului

(e.g., „Elaborarea proiectului necesită un management oportun și al interfețelor cu alte părți implicate în proiect") și livrabilele necesare pentru fiecare criteriu, care trebuie să nu încalce limitările identificate și care trebuie totodată să îndeplinească cerințele suplimentare descrise în coloana de livrabile (e.g. *„Se va înainta o propunere privind elaborarea proiectului, detaliind ..."*). Livrabilele respective pot, fie să îndeplinească, fie să nu îndeplinească cerințele și limitările identificate de METROREX SA, astfel încât aceasta din urmă trebuia fie să atribuie fiecărui ofertant 5 puncte (pentru îndeplinirea tuturor cerințelor și limitărilor criteriului), fie să atribuire 0 (zero) puncte (nefiind îndeplinite criteriile de acordare).

- mod similar, criteriile punctate cu 2,5 puncte fiecare conțin o denumire (e.g. *„Realizarea legăturii cu M4, Linia 2 la 1 MAI (direcția sud")*, limitări identificate prin Cerințele Beneficiarului, riscuri identificate (R) și evaluarea riscului care trebuie completată de ofertant, precum și măsuri recomandate (M) de ofertant pentru reducerea sau eliminarea riscurilor identificate sau estimate, fără a afecta Cerințele Beneficiarului. Din formularea coloanei M rezultă că evaluarea entității contractante se referă la măsurile prezentate de ofertant, METROREX SA putând fie să acorde 2,5 puncte pentru prezentarea unor măsuri care îndeplinesc toate cerințele documentației, fie să acorde 0 (zero) puncte pentru nerespectarea unor cerințe/limitări.

- entitatea contractantă nu putea atribui în mod parțial aceste punctaje pentru fiecare criteriu în parte» folosind o modalitate de calcul discreționară și netransparentă, nefiind prevăzută nicăieri în documentația de atribuire. Dimpotrivă, din anunțul de participare rezultă chiar contrariul: *„Subfactorii de evaluare aferenți propunerii tehnice, punctajele acordate și criteriile de acordare sunt prezentate detaliat în Anexa 1",* așadar punctajele menționate în Anexa 1 puteau fi acordate numai dacă erau îndeplinite criteriile de acordare. cu toate cerințele și limitările acestora, neîndeplinirea unui criteriu de acordare trebuind să conducă, conform unei interpretări literale dar și logice a documentației de atribuire, laneacordarea punctajelor prevăzute de Anexa 1.

- criteriile de acordare" sunt punctate cu 2,5 puncte sau 5 puncte în cazul Tabelului A, respectiv 1, 3 sau 4 puncte în cazul Tabelului B, neîndeplinirea unei cerințe din cadrul unui „criteriu de acordare" neputând constitui altceva decât neîndeplinirea „criteriului de acordare", conducând deci la pierderea întregului punctaj pentru criteriul respectiv.

- mai mult, potrivit Secțiunii IV.4.1 Modul de Prezentare al Propunerii Tehnice din Fișa de Date: „Propunerea tehnică va fi întocmită astfel încât aceasta să prezinte detaliat modul în care sunt respectate punctual cerințele prevăzute în caietul de sarcini și în instrucțiunile pentru ofertanți /candidați - cap. IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice, acestea fiind considerate cerințe minimale. cu încadrare în graficul propus.

- astfel, nu există niciun dubiu: criteriile de acordare a punctajului din Anexa 1 la Instrucțiuni către ofertanți/candidați reprezintă și trebuie considerate cerințe minimale pentru scopul primirii punctajului, iar neîndeplinirea lor NU poate atrage o depunctare parțială, de sutimi de punct, în baza unui algoritm necunoscut, netransparent, ci doar pierderea întregului punctaj pentru criteriul neîndeplinit, conform documentației de atribuire.

- o asemenea deviere de la metodologia de calcul cunoscută de orice ofertant dar și de orice candidat sau operator economic interesat de procedură, constituie o încălcare gravă a principiului transparenței, a legii și a documentației de atribuire, care a schimbat rezultatul Procedurii; În loc să depuncteze oferta ..... A.Ş. – MAKYOL INSAAT SANAYI TURIZM ve ... conform metodologiei de calcul din documentație - respectiv cu 5 puncte pentru criteriul Ai și 2,5 puncte pentru criteriul Am - a depunctat-o cu 0.31 puncte pentru criteriul Ai și cu 0,63 puncte pentru criteriul A111 (0.94 de puncte în total), conform unei metodologii de calcul necunoscute, netransparente interne" după cum declară chiar ... în punctul de vedere transmis Consiliului.

- în cazul neîndeplinirii criteriului A1 (care ar fi trebuit să conducă oricum la respingerea ofertei asocierii .... a depunctat oferta câștigătoare cu doar 0,31 puncte din totalul de 5 puncte (mai puțin de 10% din punctajul total), deși asocierea .... ve ..... practic confirmase în clarificare că nu va furniza un livrabil esențial - Cartea tehnică a construcției.

- nici formula de calcul prevăzută în continuarea Tabelului A nu prevede posibilitatea acordării unor punctaje parțiale pentru fiecare criteriu în parte, ci doar că punctajele prevăzute în coloana Ptrebuie însumate pentru detrminarea totalului, bineînțeles doar în măsura în care ofertantul a primit punctele pentru fiecare criteriu în parte, respectând toate cerințele și limitările criteriului respectiv.

- în cazul Tabelului B Punctaj pentru Personal, spre deosebire de Tabelul A, punctajul P pentru fiecare criteriu are patru opțiuni diferite de punctare, făcute cunoscute, în mod transparent, de ..., în funcție de numărul de proiecte similare realizate de experții ofertantului: o puncte pentru un proiect similar sau pentru niciun proiect similar, 1 punct pentru două sau trei proiecte similare, 3 puncte pentru patru sau cinci proiecte similare și 4 puncte pentru lase sau mai multe proiecte similare. După cum se poate observa, nici din calculul punctajului P pentru criteriile de acordare aferente acestui subfactor de evaluare nu pot rezulta punctajele subunitare primite de asocierea .... și de asocierea ....

- dacă și-ar fi dorit evaluarea ofertelor printr-un punctaj intermediar, împărțit pe subpuncte, entitatea contractantă ar fi trebuit să detalieze în mod transparent metodologia de calcul prin intermediul documentației de atribuire sau a unei clarificări la documentația de atribuire.

- la solicitarea unui operator economic chiar i s-a oferit această oportunitate, însă nici cu acea ocazie .... nu a precizat o altă metodologie de calcul a punctajului sau că ar putea acorda punctaje fracționate pentru fiecare criteriu de acordare din Tabelul A. Mai exact, în documentul publicat în SEAP Ia data de 21.10.2020, intitulat „Răspuns Consolidat nr. 1", nr. M.09.03.01/347/21.10.2020, la întrebarea 68, un operator solicită „vă rugăm să clarificați distribuția punctelor de propunere tehnică (60 de puncte) pe secțiuni, iar .... răspunde generic: „Punctele de la 1 la 4 la care faceți referire [partea descriptivă a propunerii tehnice: rezumat, metodologie, plan de lucru, organizare și personal, n.n.] se punctează prin completarea și integrarea cerințelor de la punctele 5 și 6, de mai sus [adică Tabelele A și B din Anexa 1 la Instrucțiuni către ofertanți/candidați, n.n.], în contextul activităților propuse."

4.2. - *potrivit prevederilor Legii 99/2016, ... nu putea interpreta metodologia de punctare astfel încât să își asigure o libertate de apreciere nelimitată, discreționară și nici nu o putea înlocui cu o asemenea metodologie de punctare*

- ... trebuia să prevadă ponderea relativă a fiecărui factor de evaluare: condiție îndeplinită la momentul redactării/publicării documentației de atribuire, însă numai prin raportare la criteriile de acordare detaliate în Anexa 1 Instrucțiuni către Ofertanți; prin acordarea unor punctaje fracționate, rezultate dintr-o metodologie de calcul necunoscută/netransparentă, ... a realizat o evaluare bazată pe factori de evaluare a căror pondere relativă nu a fost prevăzută în documentația de atribuire.

- ... putea acorda ponderile relative prin raportare la intervale valorice: posibilitate de care ... s-a folosit, în mod transparent, numai prin raportare la criteriile de acordare din Tabelul B, unde a prevăzut intervale valorice în funcție de numărul de proiecte similare realizate de experții ofertanților; ... nu a înțeles să se folosească de această posibilitate și în cazul Tabelului A, unde nu a prevăzut intervale valorice, ci doar ponderi relative, astfel încât nu avea dreptul, conform legii și documentației de atribuire. să fracționeze discreționar punctajele declarate, deoarece în acest fel se ajunge. în esență, la factori de evaluare și ponderi relative complet noi, nedeclarate și netransparente.

- ... nu avea dreptul să utilizeze factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată: din modul în care a înțeles să realizeze evaluarea ofertelor admisibile și să aplice punctajele aferente criteriului de atribuire, punctaje inexplicabile conform metodologiei de calcul publicate în SEAP, rezultă că ... a utilizat factorii de evaluare astfel încât să beneficieze de o libertate de apreciere nelimitată, contrar propriei documentații de atribuire.

- ... trebuia să utilizeze factorii de evaluare astfel încât să asigure o concurență reală între operatorii economici: nu mai poate fi vorba de

nicio concurență reală între operatori, iar informațiile furnizate de aceștia devin irelevante, în contextul în care entitatea contractantă aplică discreționar punctajele, utilizând factori de evaluare necunoscuți și ponderi relative necunoscute, în baza unei libertăți de apreciere nelimitate pe care și-a însușit- o nelegal ...

- ... trebuia să prevadă factorii de evaluare și algoritmul de punctare în mod clar și detaliat în cadrul documentației de atribuire, astfel încât să poată fi urmăriți în cadrul procesului de evaluare: condiție îndeplinită prin raportare la algoritmul și factorii de evaluare prevăzuți în documentația de atribuire, însă ... nu și-a respectat factorii de evaluare și algoritmul de calcul publicați în SEAP, aplicând în locul lor un algoritm și factori de evaluare.

- ... nu avea voie să utilizeze ponderile stabilite pentru factorii de evaluare pentru a distorsiona rezultatul procedurii: prin depunctarea fracționată, parțială, discreționară a ofertelor, conform unor factori de evaluare și unei metodologii de calcul necunoscute, ... a distorsionat rezultatul procedurii; depunctarea corectă a ofertei ... conform documentației de atribuire, pentru neprevăzuți în documentația de atribuire, care au condus la punctajele fracționate ale primelor două oferte și la un clasament incorect al ofertelor oricare criteriu de acordare din Tabelul A, conduce la inversarea în clasament a primelor două oferte, diferența de punctai dintre ele fiind mai mică decât a celui mai mic criteriu de acordare din Tabelul A (2.S puncte).

4.3 - *Entitatea contractantă confirmă prin punctul său de vedere că a folosit o metodologie de punctare a ofertelor diferită de cea publicată în SEAP*

- prin punctul său de vedere nr. ..../210/02.08.2021 față de prima contestație a Subscrisei, care a format obiectul dosarului 1905/C8/2021, ... consideră în mod eronat și nelegal că *„Comunicarea către ofertanți a instrumentelor interne de lucru de evaluare (ca urmare a Raportului experților cooptați) nu este o obligație impusă de legislația în vigoare"* (pag. 3/8), deli aceste „*instrumente interne de lucru*' conțin factori de evaluare cu punctaje separate care nu au fost făcute publice.

- conform art. 38 din HG 394/2016, mai sus citat, entitatea contractantă avea obligația de a aplica sistemul de factori de evaluare și algoritmul de punctare așa cum au fost precizate clar și detaliat în documentația de atribuire, iar nu „instrumente interne de lucru" netransparente, care au condus la acordarea discreționară a punctajului, cu fracțiuni scăzute de 0,31 puncte (în cazul Subscrisei) sau de 0,94 puncte (în cazul ofertei asocierii .... ve ..., după bunul plac al entității contractante, de vreme ce ea însăși își stabilește instrumentele „interne" de lucru.

- potrivit legii, evaluarea ofertelor trebuia făcută prin aplicarea factorilor de evaluare, astfel cum au fost publicați în SEAP, în Anexa 1 la Instrucțiuni către ofertanți/candidați, iar nu prin aplicarea unor

instrumente interne de lucru ale .... sau a unei metodologii netransparente de punctare, care au condus la acordarea unui alt punctaj decât cel care ar fi rezultat din aplicarea factorilor de evaluare.

- este matematic imposibil ca entitatea contractantă să fi aplicat în evaluare factorii de evaluare și metodologia/algoritmul de calcul publicate în SEAP, de vreme ce propunerea tehnică a Subscrisei a fost depunctată cu 0,31 puncte, iar cea a asocierii ... cu 0,94 de puncte, în timp ce factorii de evaluare pentru propunerea tehnică erau punctați cu 2,5 sau 5 puncte conform Tabelului A al metodologiei de punctare, respectiv cu 1, 3 sau 4 puncte conform Tabelului B.

- conform documentației de atribuire, entitatea contractantă trebuia să verifice conformarea ofertantului cu întreaga descriere a fiecărui criteriu de atribuire, iar numai dacă era respectată întreaga descriere, respectiv numai dacă erau îndeplinite toate cerințele din descriere, să atribuie punctajul (întreg!) aferent acelui criteriu, în orice altă situație .... trebuia să nu acorde punctajul pentru criteriul respectiv, neflind îndeplinite toate cerințele de acordare

- orice altă interpretare contrazice anunțul de participare, care prevede că punctajul se acordă potrivit criteriilor de acordare detaliate în Anexa 1, iar nu potrivit altor reguli, necunoscute și netransparente.

- criteriile din Anexa 1 numerotate A1, A2 și A101 - A112 (numite „criterii" conform capului de coloană al tabelului A) reprezintă normele în baza cărora ... putea să aprecieze, iar aprecierea se referea la acordarea sau nu a punctajului prevăzut în Anexa 1 pentru fiecare dintre aceste „criterii de acordare a punctajului" (numite astfel chiar de ...). Faptul că Tabelul A menționează că punctajul maxim pe care îl poate obține ofertantul pentru toate criteriile din tabel este de 40 de puncte nu reprezintă un argument pentru fracționarea punctajului pentru fiecare criteriu, în fracțiuni de punct, după aprecierea discreționară a entității contractante, cum sugerează aceasta (pag. 2/8).

- tabelul vorbelte de un punctaj maxim posibil pentru toate criteriile împreună, nicidecum nu prevede că punctajul pentru fiecare criteriu în parte reprezintă în sine un „punctaj maxim" pentru criteriul respectiv. Acesta reprezintă un contraargument pentru teza entității contractante, nicidecum un argument: dacă intenția reală a .... era aceea de a stabili câte un punctaj maxim pentru fiecare criteriu de acordare, ar fi spus acest lucru în mod expres, cum a ftcut-o în cazul punctajului maxim pentru întreg Tabelul A.

- dacă pentru împărțirea inițială în 2 a punctajului pentru acest criteriu există o explicație matematică (împărțire egală între cele două aspecte descrise în coloana măsuri M, chiar dacă nici această împărțire nu este corectă de vreme ce nu este prevăzută în metodologia de calcul publicată), entitatea contractantă nu are nicio explicație cu privire la împărțirea suplimentară la 4 a punctajului, pentru a aiunge la cele 0,31 puncte pe care ni Ie-a scăzut, alta decât aprecierea răspunsului" FCCca

nefiind suficient de „detaliat". Altfel spus, nu numai că entitatea contractantă a aplicat un algoritm de calcul necunoscut ofertanților pentru stabilirea punctajului, ci a atribuit/scăzut puncte fără niciun criteriu concret, în baza liberei sale aprecieri discreționare a elementelor ofertelor.

- o asemenea abordare este vădit contrară prevederilor legale mai sus citate, care impuneau aplicarea factorilor de evaluare cunoscuți, respectiv a algoritmului de punctare precizat clar și detaliat în documentația de atribuire, astfel încât evaluarea să poată fi urmărită, conducând la o libertate de apreciere nelimitată a entității contractante.

4.4 - *Diferența dintre primele două oferte a fost de mai puțin de un punct, iar aplicarea discreționară a punctajului a schimbat ordinea în clasament a ofertelor*

- Potrivit Procesului-Verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și cu factorii de evaluare, M.09.03.01/117/26.04.2021, Anexa I Tabel 2_R0.... pentru că nu a îndeplinit toate cerințele prevăzute pentru două criterii de acordare din Tabelul A, respectiv A1 și A111, în timp ce oferta asocierii .... a fost depunctată pentru că nu a fost detaliată suficient, în opinia METROREX SA, o informație pentru criteriul A111.

- dacă entitatea contractantă ar fi aplicat corect factorii de evaluare și algoritmul de calcul al punctajului publicat în SEAP, oferta asocierii ..... s-ar fi clasat pe primul loc chiar păstrând toate celelalte aprecieri ale ... din evaluare.

- în aceste condiții, de părtinire evidentă a altei oferte, de aplicare a unor factori de evaluare necunoscuți, conform unei metodologii de punctare „interne" care de fapt echivalează cu libera apreciere a entității contractante, dar și de evidentă ignorare a metodologiei de calcul existente, făcută publică prin postare în SEAP, singura măsură posibilă este aceea a reevaluării ofertelor cu stricta respectare a algoritmului de calcul prevăzut în documentația de atribuire.

- în cadrul reevaluării, entității contractante nu ar trebui să i se permită să revină asupra aprecierilor (depunctărilor) făcute cu privire la alte oferte (în măsura în care aceste aprecieri nu au fost desființate prin decizia CNSC/a instanței), ci doar să aplice algoritmul de calcul corect, publicat în SEAP, la evaluarea realizată deja conform proceselor verbale intermediare, anexate raportului procedurii, ținând totodată cont de cele dispuse prin decizia instanței/CNSC.

4.5 – <u>Oferta asocierii ... a fost depunctată în mod nelegal, impunându-se reevaluarea acesteia și acordarea punctajului maxim, cu respectarea prevederilor legale și ale documentației de atribuire</u>

- entitatea contractantă a considerat că „deși a fost identificat gradul de dificultate al etanșării, acesta nu a fost detaliat", iar „aprecierea răspunsului a condus la depunctarea cu 25% din valoarea aferentă aspectului b. gradul de etanșeitate".

- cerința la care s-a raportat entitatea contractantă, pe care înțelegem că a considerat- o parțial neîndeplinită pentru lipsa unei detalieri „corespunzătoare", este următoarea: „Va fi evaluată tehnologia propusă de ofertant precum și gradul de etanșeitate pe care acesta îl va garanta prin tehnologia propusă".

- se poate observa că nu rezultă de nicăieri din această cerință că s-ar impune vreun anumit nivel de detaliere al gradului de etanșeitate garantat prin tehnologia propusă, sau că punctajul ar urma să fie atribuit proporțional cu gradul de detaliere, la libera apreciere a .....

- s-a precizat cât se poate de clar și de detaliat, atât în ofertă cât și în răspunsul de clarificare din data de 08.02.2021, gradul de etanșare garantat de tehnologia propusă, acesta fiind superior (mai bun) decât minimul cerut prin documentația de atribuire.

- solicitarea de clarificare în sine, M.09.03.01/34/02.02.2021, întrebarea 3, se referea strict la „indicarea locului din propunerea tehnică unde se regăsește gradul de etanșeitate garantat prin tehnologia propusă" loc pe care FCC l-a indicat prin răspuns, numai că, din punctul de vedere al .... transmis către CNSC în cadrul dosarului ..../2021, reiese că lucrurl de care avea de fapt nevoie entitatea contractantă era o detaliere/explicație suplimentară, pe care nu a solicitat-o, dar pentru care a acordat mai puține puncte deoarece nu i-a fost oferită.

- dacă, în realitate, entitatea contractantă avea nevoie de o explicație/detaliere suplimentară, ar fi trebuit să solicite acest lucru, nu să sancționeze oferta pentru neoferirea unui răspuns la o solicitare pe care nici măcar nu a adresat-o.

Prin punctul de vedere M.09.03.01/473/25.10.2021, ... a solicitat respingerea contestației ..., motivat de faptul că, în opinia sa, reevaluarea ofertei s-a făcut în mod legal, în concordanță cu cele dispuse de Consiliu prin decizia nr. ..... din data de 27.09.2021.

Entitatea contractantă arată că motivele invocate de contestatoare prin prezenta contestație sunt identice cu cele care au fost invocate și în contestația anterioară, soluționată prin decizia Consiliului menționată mai sus.

De asemenea, arată că autoarea contestației nu atacă raportul procedurii care anulează raportul procedurii nr. M.09.03.01/177/ 15.07.2021, în partea dedicată ofertei contestatoarei, deoarece motivele pe care se întemeiază prezenta contestație nu au legătură cu acesta. Prin raportul procedurii menționat anterior, a fost aplicată măsura de remediere dispusă de Consiliu, reanalizând oferta depusă de asocierea ..... în sensul luării în considerare a celor 8 proiecte în care a fost implicat domnul Henning SCHWARZ. Astfel, contestația de față nu are legătură cu această reevaluare, fiind reiterate motivele din contestația anterioară.

Contestatoarea nu face altceva decât să se folosască de oportunitatea publicării noului raport al procedurii pentru a readuce în

fața Consiliului motivele care au stat la baza contestației sale anterioare, respinsă de Consiliu, respingere care a rămas definitivă prin respingerea de către Curtea de Apel București a plângerii formulate împotriva deciziei Consiliului.

Practic, contestatoarea forțează o rejudecare a contestației anterioare, aceasta neaducând niciun motiv concret în susținerea atacării modului în care a fost pusă în aplicare decizia Consiliului nr. 2149/C8/1898, 1905, 2275 din data de 27.09.2021.

Prin cererea de intervenție voluntară formulată, ...arată că, în mod corect, Consiliul a dispus prin decizia nr. 2149/C8/1898, 1905, 2275 din data de 27.09.2021 ca entitatea contractantă să adopte măsurile de remediere necesare pentru restabilirea legalității cu luarea în considerare a tuturor celor 8 proiecte în care a fost implicat expretul propus și că, dând eficiență prevederilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în acord cu care decizia Consiliului este obligatorie, entitatea contractantă a reevaluat oferta în cauză, în limitele stabilite prin decizie, acordând ofertei asocierii .... încă un punct, emițând un nou raport al procedurii.

Cu alte cuvinte, toate celelalte aspecte invocate în prima contestație de către .... și invalidate de Consiliu prin decizie nu au făcut și nici nu puteau face obiectul procesului de reevlaure pentru ca ....să aibă deschisă calea procedurală a atacării acestora în cadrul nouui demers administrativ-jurisdicțional. Doar aspectele legate de punctajul acordat pentru factorul de evaluare „Personal” puteau face obiectul noii contestații, doar acestea putând crea premisele solicitării de anulare a noului raport al procedurii și, în egală măsură, a noii adrese de comunicare a rezultatului procedurii.

Astfel, intervenienta apreciază că trebuie respinsă ca tardiv formulată solicitarea de anulare a noului raport al procedurii în ceea ce privește declararea ca admisibilă și câștigătoare a ofertei asocierii ..... în condițiile în care aceasta a refuzat să execute o activitate obligatorie prevăzută în caietul de sarcini, nu a garantat prin propunerea tehnică un anumit grad de etanșeitate și a încălcat cap. IV.4.2 Modul de prezentare a propunerii financiare din fișa de date a achiziției, incluzând în propunerea financiară prețuri pe care recunoaște că nu le poate justifica.

De asemenea, apreciază ca tardive și solicitările de anulare a noului raport al procedurii și a tuturor actelor de evaluare ca urmare a schimbării de către .... a algoritmului de calcul și pentru depunctarea nelegală a ofertei asocierii .... pentru criteriul A111, toate aceste elemente fiind cunoscute contestatoarei încă de la data de 15.07.2021, data comunicării noului raport al procedurii.

Pentru situația în care excepțiile invocate vor fi respinse, intervenienta, precizează, în esență, următoarele:

- nu a refuzat executarea unei activități obligatorii, ... interpretând în mod malițios răspunsul la solicitarea de clarificări; în realitate, prin răspusnul la solicitarea de clarificări a arătat entității

contractante că realizarea cărții tehnice este o obligație prevăzută nu numai de documentația de atribuire ci una care derivă din lege, că obligația va fi respectată și că își asumă ca, pe perioada de derulare a proiectului, să urmărească primirea, întocmirea și păstrarea tuturor documentelor necesare și relevante în proiectarea și execuția obiectivului, precum și distribuția acestora către toate entitățile implicate precum și faptul că, odată cu efectuarea recepției la terminarea lucrărilor, toate documentele care compun de fapt cartea tehnică vor fi transferate beneficiarului prin supervizor, prin grija managerului de asigurare a calității și cu ajutorul platfomei de interfațare a proiectului, astfel cum tot acest proces a fost prezentat în metodologia de execuție a lucrărilor.

- în mod contrar evidenței, contestatoarea susține că nu a fost indicat niciun loc din propunerea tehnică în care este explicată modalitatea de asigurare a gradului de etanșeitate, existând doar mențiunea că vor fi respectate cerințele beneficiarului, mai ales în contextul în care însăși contestatoarea, în răspunsul al solicitarea de clarificări privind același aspect, au fost indicate anumite pagini din ofertă care sunt identice cu părțile componente ale documentației tehnice care au făcut obiectul proiectului tehnic preliminar elaborat de JV Padeco – Oriental – ...

- contrar celor afirmate de contestatoare, asocierea ... a fost printre puținii ofertanți care au respectat documentația de atribuire dând eficiență dispozițiilor: *„La completarea Formularului de evaluare a prețurilor, ofertantul trebuie să stabilească prețul fiecărei activități.”*.

- critica privind modificarea nelegală a factorilor de evalure și a algoritmului de calcul cu consecința depunctării ofertei asocierii ..... este nefondată, metodologia de calcul a punctajului fiind menționată în fișa de date a achiziției și detaliată în Anexa 1 la Instrucțiunile către ofertanți; niciun document aferent procedurii nu conține vreo mențiune din care să rezulte că îndeplinirea în parte a cerințelor se depunctează cu numărul de puncte regăsite în tabelele A și B în integralitate și că entitatea contractantă nu ar avea dreptul să acorde parte din punctele menționate în funcție de ponderea îndeplinirii criteriului respectiv; dincolo de fptul că de același tratament criticat de .... a beneficiat și aceasta, o simplă analiză a subcriteriilor A101 - A112 relevă faptul că acestea își propun să identifice și să evalueze în propunerile tehnice ale ofertanților inclusiv managementul riscurilor pe care aceștia le identifică prin raportare la cerințele beneficiarului; pe de altă parte, în îndrumările din partea finală a Tabelului A, entitatea contractantă arată în clar care sunt situațiile în care ofertantul va primi 0 puncte la oricare din subcriteriile Metodologiei de execuție; cu alte cuvinte, reglementând în mod expres situațiile în care nu se acordă, este mai mult decât evident că, în toate celelalte situații, ofertantul poate primi fracțiuni de punct în acord cu soluția propusă pentru managementul riscurilor identificate.

Preliminar, Consiliul reține că, în prezenta cauză .... a formulat o cerere de intervenție, cu respectarea termenului precizat la art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Privitor la cererea de intervenție voluntară depusă de ...., văzând că această societate a dovedit un interes legitim în pricină prin promovarea cererii, fiind liderul unui operator economic participant la procedura de achiziție sectorială (n.n. asocierea .... [art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare], în conformitate cu art. 64 alin. (2) Cod procedură civilă, Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție voluntară a acesteia, și dispune introducerea în cauză în calitate de intervenientă a asocierii .....

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Licitația restrânsă, desfășurată în conformitate cu art. 89 și următoarele din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, modalitatea de derulare a procedurii de achiziție sectorială fiind prin mijloace electronice (online), fără etapă finală de licitație electronică, a fost inițiată de .... în data de 13.03.2019, în calitate de entitate contractantă, în vederea atribuirii contractului sectorial de execuție de lucrări, având ca obiect *„Legătura rețelei de metrou cu Aeroportul Internațional Henri Coandă. (Magistrala 6. 1 Mai – Otopeni). Proiectare și execuție lucrări structură de rezistență pentru Lotul 1.1: 1 Mai - Tokyo”*, prin transmiterea spre publicare în SEAP, a unui anunț de participare, în baza art. 90 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, coroborat cu art. 61 din Normele metodologice, stabilind data și ora-limită de depunere a ofertelor ca fiind 25.06.2019 ora 15:00.

Potrivit anunțului de participare având codul de identificare ....publicat în SEAP în data de 15.03.2019, criteriul de atribuire aplicat a fost „cel mai bun raport calitate-preț”, valoarea estimată a contractului fiind de 1.269.784.510,00 lei, fără TVA.

Consiliul constată că societatea ... a înaintat Consiliului contestația de față, depunând în original recipisa de consemnare de către ....a cauțiunii nr. 207594797/1 emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria în data de 21.10.2021, stabilită potrivit art. 61^1 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în cuantum de 2.000.000,00 lei.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii Consiliului, în temeiul art. 61^1 alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

În vederea soluționării contestației depuse de ....., în baza dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va analiza excepția tardivității contestației, invocată de intervenientă.

Procedând la verificarea excepției tardivității contestației, Consiliul constată că aceasta este neîntemeiată, atâta timp cât contestația a fost transmisă Consiliului prin depunerea acesteia la poștă, în termen legal, și anume în data de 21.10.2021, înregistrată fiind la Consiliu cu nr. 55993 din data de 26.10.2021, cu respectarea dispozițiilor art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

În aceste condiții, contestația fiind transmisă Consiliului, inițial prin e-mail, în data de 21.10.2021 ora 15:35 și înregistrată la acesta cu nr. 55371 din data de 21.10.2021, iar ulterior depusă la poștă în data de 21.05.2021 (număr AWB: V...), înregistrată la Consiliu cu nr. 55993 din data de 26.10.2021, precum și entității contractante, transmisă inițial prin e-mail, în data de 21.10.2021 ora 15:35, iar ulterior depusă la poștă în data de 21.05.2021 (număr AWB: ...), rezultă că .... a formulat contestația cu respectarea termenului de 10 zile legal stabilit, în speță nefiind incidente prevederile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care dispun că *„(1) Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare.”*. Prin urmare, contestația privind rezultatul procedurii de achiziție sectorială comunicat prin adresa nr. M.09.03.01/431 din data de 11.10.2021, a fost transmisă atât la Consiliu cât și entității contractante în termenul legal.

În concluzie, contestația nr. 3751 din data de 21.10.2021, fiind transmisă atât Consiliului cât și entității contractante înăuntrul termenului prevăzut de lege, Consiliul va respinge excepția tardivității acesteia, invocată de intervenientă și va continua cu analiza fondului cauzei.

Preliminar, Consiliul constată că, anterior, în cadrul acestei proceduri a mai fost depuse trei contestații conexate după cum urmează:

- contestația nr. 414 din data de 26.07.2021 formulată de ....
- contestația nr. 2745 din data de 26.07.2021, formulată de ...
- contestația nr. 976 din data de 26.08.2021, formulată de ...

Soluționând cele trei contestații înregistrate la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 38558 din data de 26.07.2021, nr. 38583 din data de 26.07.2021, respectiv nr. 45306 din data de 30.08.2021, Consiliul a emis decizia nr. 2149/C8/1898, 1905, 2275 din data de 27.09.2021.

Prin această decizie, Consiliul a dispus următoarele:

1. a respins ca tardive cererile de intervenție voluntară formulate în dosarul nr. 1898/2021 și dosarul nr. 1905/2021 de ...

2. a respins ca nefondată contestația depusă de ... în calitate membre ale asocierii ..., în contradictoriu cu ...

3. a admis cererea de intervenție accesorie în sprijinul entității contractante nr. 2808 din data de 06.08.2021, depusă de ... în calitate de lider al asocierii ... în ceea ce privește contestația formulată de ...

4. a admis contestația formulată de ..., în calitate de lider al

asocierii ... în contradictoriu cu ...

5. a anulat raportul procedurii de atribuire nr. M.09.03.01/177 din data de 15.07.2021, în partea dedicată ofertei depuse de asocierea .... și adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. M.09.03.01/179 din data de 15.07.2021 ca act subsecvent al raportului procedurii,

6. a obligat entitatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, să ducă la îndeplinire măsurile de remediere și anume să reanalizeze oferta depusă de asocierea ....., cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în considerente în sensul luării în considerare a celor 8 proiecte în care a fost implicat domnul Henning SCHWARZ,

7. a reținut dreptul .... de a obține cheltuieli de judecată pe cale separată,

8. a admis excepția lipsei de interes a contestatoarei, și respinge contestația depusă de A...., în calitate de lider al asocierii ...., în contradictoriu cu ...., ca fiind formulată de o persoană lipsită de calitatea de persoană vătămată,

9. a admis excepția lipsei de interes a contestatoarei, și respinge contestația depusă de ...., în calitate de lider al asocierii .... în contradictoriu cu ...., ca fiind formulată de o persoană lipsită de calitatea de persoană vătămată,

10. a admis în parte, cererea de intervenție accesorie în sprijinul entității contractante depusă de ...., în calitate de lider al asocierii .... respectiv admite, în parte, cererea de intervenție voluntară accesorie în sprijinul entității contractante depusă de .... și ... în ceea ce privește contestația formulată de ..., în calitate de lider al asocierii ....

În considerentele deciziei Consiliului nr..... din data de 27.09.2021, acesta reținea următoarele cu privire la susținerile părților:

... este nemulțumită de modul în care entitatea contractantă a făcut aplicarea algoritmului de punctaj, cel puțin în raport cu oferta asocierii .... și cea declarată câștigătoare.

[…]

Deși menționează că oferta noastră a fost depunctată un punct la criteriul/factorul de evaluare - Inginer proiectant - structură stații de metrou, galerii și accese, pe motiv că ar fi fost identificate în CV-ul expertului doar 5 proiecte care îndeplineau condițiile din DA, în loc de 6 câte erau necesare pentru a primi punctajul maxim, entitatea contractantă nu arată care dintre cele peste 10 proiecte din CV-ul acestui expert au fost considerate neconforme cu cerințele, respectiv care au fost considerate ca îndeplinind cerințele.

[…]

- .... trebuia să prevadă ponderea relativă a fiecărui factor de evaluare - condiție îndeplinită la momentul redactării/publicării documentației de atribuire, însă numai prin raportare la criteriile de

acordare detaliate în Anexa 1; prin acordarea unor punctaje subunitare, rezultate dintr-o metodologie de calcul necunoscută/netransparentă, ... a realizat o evaluare bazată pe factori de evaluare a căror pondere relativă nu a fost prevăzută în documentație.

- ... nu avea dreptul să utilizeze factori de evaluare care să conducă la o libertate de apreciere nelimitată - din modul în care a înțeles să realizeze evaluarea ofertelor admisibile și să aplice punctajele aferente criteriului de atribuire, punctaje inexplicabile conform metodologiei de calcul publicate în SEAP, rezultă că ... a utilizat factorii de evaluare astfel încât să beneficieze de o libertate de apreciere nelimitată, contrar propriei documentații.

- ... trebuia să utilizeze factorii de evaluare astfel încât să asigure o concurență reală între operatorii economici - nu mai poate fi vorba de nicio concurență reală între operatori, iar informațiile furnizate de aceștia devin irelevante, în contextul în care entitatea contractantă aplică discreționar punctajele, utilizând factori de evaluare necunoscuți și ponderi relative necunoscute, în baza unei libertăți de apreciere nelimitate pe care și-a însușit-o nelegal ...

- ... trebuia să prevadă factorii de evaluare și algoritmul de punctare în mod clar și detaliat în cadrul documentației de atribuire, astfel încât să poată fi urmăriți în cadrul procesului de evaluare - condiție îndeplinită prin raportare la factorii de evaluare și algoritmul prevăzuți în documentație, însă ....A nu a respectat factorii de evaluare și algoritmul de calcul publicați în SEAP, aplicând în locul lor un algoritm și factori de evaluare neprevăzuți în documentație. care au condus la punctajele subunitare (cel puțin) ale primelor două oferte.

- .... nu avea voie să utilizeze ponderile stabilite pentru factorii de evaluare pentru a distorsiona rezultatul procedurii - prin depunctarea fracționată, parțială, discreționară a ofertelor, conform unor factori de evaluare și unei metodologii de calcul necunoscute, ... a distorsionat rezultatul procedurii; depunctarea corectă a ofertei asocierii .... Conform documentației de atribuire, pentru oricare criteriu de acordare din Tabelul A, conduce la inversarea în clasament a primelor două oferte, diferența de punctaj dintre ele fiind mai mică decât a celui mai mic criteriu de acordare din Tabelul A (2.5 puncte).

[…]

Prin Notele scrise înregistrate la Consiliu cu nr. 43830/20.08.2021, respectiv cu nr. 44864/26.08.2021, FCC CONSTRUCCION SA a solicitat respingerea apărărilor formulate de entitatea contractantă și de către intervenienta asocierea ....., admiterea contestației precum și respingerea cererii de intervenție.

Suplimentar, față de contestație a invocat inacceptabilitatea ofertei asocierii .... pentru răspunsul neconcludent la solicitarea de clarificări, și neconformitatea acesteia fie pentru prețurile neobișnuit de scăzute

cotate, fie pentru prețuri care nu sunt justificate și nici justificabile, prin chiar voința ofertantului.

În replică, entitatea contractantă a transmis adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 45484/30.08.2021, precizând că aceste critici sunt critici noi, formulate cu încălcarea prevederilor art. 10 lit. f) și art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, impunându-se respingerea lor ca inadmisibile.

..... a depus la dosarul cauzei Notele scrise înregistrate la Consiliu cu nr. 44864/26.08.2021, respectiv cu nr. 44894/26.08.2021, solicitând respingerea criticilor ....

Procedând la analiza fondului cauzei, Consiliul reține că, entitatea contractantă, respectând decizia Consiliului nr. 2149/C8/1898, 1905, 2275 din data de 27.09.2021, a procedat la reevaluarea ofertei depuse de asocierea .... prin emiterea:

1. procesului-verbal privind reevaluarea conformității propunerii tehnice nr. M.09.03.01/417 din data de 07.10.2021 (fila 14 – dosarul achiziției), comisia de evaluare a stabilit următorul clasament:

- locul 1 – 59,69 de puncte – asocierea ....
- locul 2 – 59,06 puncte – asocierea ....

2. procesului-verbal privind evaluarea propunerii financiare nr. M.09.03.01/420 din data de 07.10.2021 (fila 20 – dosarul achiziției), comisia de evaluare a stabilit următorul clasament:

- locul 1 – 40 de puncte – asocierea ....
- locul 2 – 38,49 puncte – asocierea ....

În calitatea sa de participantă la procedura de atribuire în cauză, asocierea .... a primit din partea entității contractante adresa nr. M.09.03.01/431 din data de 11.10.2021 (fila 31 – dosarul achiziției), prin care i s-a comunicat rezultatul procedurii de achiziție sectorială. În adresă se precizează că oferta acesteia a fost declarată admisibilă, dar necâștigătoare, clasându-se pe locul 2, primind 38,49 de puncte pentru propunerea financiară.

În aceeași adresă, entitatea contractantă arată că oferta declarată câștigătoare este cea depusă de asocierea ..... prin aplicarea criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț”.

Prin raportul procedurii nr. M.09.03.01/429 din data de 11.10.2021, autoritatea contractantă arată că în urma aplicării criteriului de atribuire și a algoritmului de calcul asociat, așa cum a fost stabilit în documentația de atribuire, punctajul și clasamentul final este următorul:

- locul 1 – 99,06 de puncte – asocierea ...
- locul 2 – 98,18 puncte – asocierea ...

Împotriva deciziei entității contractante, comunicată prin adresa nr. M.09.03.01/431 din data de 11.10.2021 precum și împotriva raportului procedurii de achiziție sectorială nr. M.09.03.01/429 din data de 11.10.2021, ... formulează contestație pentru motivele arătate anterior și solicită:

- anularea adresei entității contractante de comunicare a rezultatului procedurii nr. M.09.03.01/431/11.10.2021;

- anularea raportului procedurii de atribuire nr. M.09.03.01/429/11.10.20.21 și a celorlalte acte din evaluare în partea referitoare la declararea drept admisibilă și câștigătoare a ofertei asocierii .... care nu îndeplinea condițiile pentru a fi declarată admisibilă;

- anularea raportului procedurii și a celorlalte acte din evaluare în partea referitoare la stabilirea punctajelor ofertelor admisibile, operațiune realizată de .... prin folosirea unui alt algoritm de calcul decât cel prevăzut în documentația de atribuire;

- anularea raportului procedurii și a celorlalte acte din evaluare în partea referitoare la depunctarea ofertei asocierii ... – ...

- anularea, în aceste privințe, a tuturor actelor incidente, anterioare sau subsecvente ale ...., inclusiv a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii;

- obligarea entității contractante la reevaluarea ofertelor, recalcularea punctajelor ofertelor admisibile și continuarea procedurii, cu respectarea deplină a prevederilor legii și ale documentației de atribuire.

Consiliul reține că la data comunicării rezultatului procedurii sectoriale (11.10.2021), pe rolul Curții de Apel București – Secția a VIIIa contencios administrativ și fiscal, au fost înregistrate dosarele conexate nr. 6382/2/2021, nr. 6480/2/2021 și nr. 6481/2/2021, având ca obiect *„litigiu privind achizițiile publice”* formulate de petentele:

- ... și ....
- asocierea ....
- ...

împotriva deciziei Consiliului nr. ..... din data de 27.09.2021.

Aceste plângeri au fost respinse, prin decizia definitivă nr. 2392/2021 a Curții de Apel București – Secția a VIIIa contencios administrativ și fiscal, pronunțată în ședința publică din data de 24.11.2021, în dosarul nr. 6382/2/2021.

Consiliul reține că aspectele criticate în prezenta contestație au făcut obiectul cercetării Consiliului în contestația anterioară (nr. 2745 din data de 26.07.2021) în dosarul nr. 1905/2021, astfel cum a fost completată prin notele scrise înregistrate la Consiliu cu nr. 43830/20.08.2021, respectiv cu nr. 44864/26.08.2021 depuse de .....

De asemenea, Consiliul constată că autoarea contestației face referire la solicitarea de clarificare emisă de entitatea contractantă nr. M.09.03.01/31/02.02.2021 respectiv răspunsul intimatei nr. 1906-ME-TF-CL 200 din data de 08.02.2021, aspecte constatate de aceasta cu ocazia studierii dosarului constituit la Consiliu, în temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, astfel că aspectele criticate de contestatoare fiind tardive la data formulării prezentei contestații, toate aceste critici trebuiau să fie contestate printr-o nouă contestație, iar nu pe calea completării contestației (note scrise), în termen de 10 zile, începând cu

ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal.

La acest moment, criticile vizând depunctarea nelegală a ofertei depuse de asocierea ..... pentru criteriul A111 sunt în mod evident tardive în raport cu data luării la cunoștință asupra conținutului vechiului raport al procedurii nr. M.09.03.01/177 din data de 15.07.2021.

Prin urmare, Consiliul constată că aspectele criticate de ...., necontestate în termen, prin raportare, pe de o parte, la data vechiului raport al procedurii nr. M.09.03.01/177 din data de 15.07.2021, iar pe de altă parte, la data luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal cu ocazia accesului la documentele dosarului constituit la Consiliu, nu mai pot constitui motiv de contestare, în această etapă a procedurii, reprezentând astfel critici tardive în raport cu data luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal (orice act, orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire).

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) 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 urmează să respingă ca nefondată contestația depusă de ...., în calitate de lider al asocierii .... în contradictoriu cu ...

Față de cele stabilite mai sus cu ocazia soluționării contestației formulate de ..., în calitate de lider al asocierii ... Consiliul va admite în parte cererea de intervenție voluntară depusă de ...., în calitate de lider al asocierii ....

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

Respinge ca nefondată contestația formulată de ..., în calitate de lider al asocierii ....., în contradictoriu cu .....

Admite în parte cererea de intervenție voluntară depusă de ..... în calitate de lider al asocierii ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
....	**...**	**...**

Redactat practicaua deciziei
....

Redactată în 5 (cinci) exemplare, conține 25 (douăzeci și șapte) pagini.