str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980,
tel. +40-21-3104641, tel. +40-21-3104670, fax. +40-21-3104642,
e-mail: office@cnsc.ro, www.cnsc.ro, http://portal.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr....
Data:...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr.....R.L.., cu sediul în bd..... nr....., etaj..., sectorul....., CUI..., număr de înregistrare în... J2..., reprezentată convențional de Cabinet de..., privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „...", cod CPV principal...-6, cu data-limită de depunere a ofertelor..., anunț de participare nr...., organizată de..., cu sediul *în str..... nr....,..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat sus*pendarea procedurii și remedierea documentației de atribuire, în sensul arătat în motivarea contestației.

... nr.... din..., Consiliul a respins, ca nefondată, cererea.... de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea contestației. Cererea de suspendare fiind astfel soluționată, aceasta nu mai face obiectul prezentei decizii asupra fondului cauzei.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care operatorul economic.... reclamă anumite prevederi ale documentației de atribuire elaborate de autoritatea contractantă... în cadrul procedurii având ca obiect „...", inițiată prin anunțul *de participare nr...., solicitând, în mod expres:*

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației;

- obligarea autorității contractante la eliminarea/remedierea prevederilor nelegale sau restrictive din cadrul documentației de atribuire, după cum urmează:

i. eliminarea factorului de evaluare referitor la experiența similară a *„șefului de șantier”,* ca nelegal;

ii. modificarea cerinței de la pag. 8 din caietul de sarcini de a deține un *„..., autorizat AFER”, în condi*țiile în care nicio facultate tehnică de profil nu oferă această titulatură, în sensul de a se accepta..., sau echivalent, autorizat AFER;

iii. anularea modificărilor nelegale introduse de autoritatea contractantă asupra clauzei 48 referitoare la ajustarea prețurilor din Condițiile Generale de Contract, preluate și la pct. II.3 din fișa de date:

a. ajustarea prețului se va acorda începând cu luna a 7-a de contract, calculată de la data... de începere a execuției lucrărilor;

b. valoarea maximă până la care se face ajustarea este de..., fără TVA;

c. în aplicarea formulei de ajustare, componenta reprezentând profitul/marja de profit a contractantului, inclusă în prețurile unitare și/sau în prețul ofertat, nu face obiectul ajustării.

În motivare, contestatoarea arată că documentația de atribuire conține cerințe și clauze pe care le consideră nelegale, restrictive ori disproporționate. Aceasta susține că prevederile criticate afectează posibilitatea operatorilor economici de a întocmi oferte conforme și transferă asupra viitorului contractant riscuri care, în opinia sa, nu pot fi suportate în condițiile stabilite de autoritatea contractantă.

I. Cu privire la factorul de evaluare *„Experiența deținută de către Șef de șantier”.*

.... critică factorul de evaluare prin care autoritatea contractantă acordă punctaj în funcție de experiența profesională a persoanei propuse pentru poziția de șef de șantier. Contestatoarea arată că expertul este implicat în execuția propriu-zisă a lucrărilor și apreciază că experiența acestuia nu poate fi utilizată ca factor de evaluare în condițiile... nr...., invocând art. 187 alin. (4) și (5) și art. 189 din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea susține că factorii privind experiența personalului pot fi utilizați atunci când activitatea expertului aduce un avantaj calitativ real și are o influență directă asupra rezultatului contractului, iar în cazul contractelor de lucrări... nr.... are în vedere, pentru astfel de factori, situațiile care includ prestații intelectuale și elaborarea ori dezvoltarea soluției tehnice. În opinia sa, șeful de șantier este un specialist de execuție, iar experiența acestuia poate fi reglementată prin cerințele caietului de sarcini, însă nu printr-un factor de departajare a ofertelor.

În susținere.... invocă și recomandările de bună practică emise de ANAP în activitatea de control ex ante, potrivit cărora experiența șefului de șantier, în cazul unui contract de execuție de lucrări, nu trebuie transformată într-un factor de evaluare dacă expertul nu se încadrează în

categoria personalului-cheie pentru care experiența reprezintă, în sensul Instrucțiunii nr...., un avantaj calitativ evaluabil.

Distinct, contestatoarea critică algoritmul de punctare. Arată că documentația acordă 0 puncte pentru experiența într-un contract similar, 5 puncte pentru două contracte, 7 puncte pentru trei sau patru contracte și 10 puncte pentru cinci contracte, fără punctaj suplimentar peste acest nivel. Consideră că această metodologie punctează numărul contractelor, iar nu complexitatea, anvergura sau calitatea activității efectiv desfășurate de expert.

.... exemplifică faptul că un specialist care a coordonat două proiecte de mare complexitate poate obține un punctaj inferior unui specialist care a participat la cinci contracte mai puțin complexe. În opinia sa, numărul de contracte, luat izolat, nu demonstrează o calitate profesională superioară și nu oferă autorității contractante un avantaj tehnic real.

Contestatoarea mai susține că stabilirea unui nivel minim de experiență și, concomitent, acordarea unui punctaj suplimentar pentru aceeași categorie de experiență conduce la o suprapunere nejustificată între cerințele privind personalul și factorul de evaluare. În plus, apreciază ca excesivă condiția potrivit căreia experiența punctată trebuie să privească lucrări de drumuri sau poduri corelate cu relocarea ori protejarea utilităților, întrucât experiența profesională nu crește liniar prin acumularea unui număr mai mare de contracte.

În consecință, contestatoarea solicită eliminarea factorului de evaluare referitor la experiența similară a șefului de șantier.

II. Cu privire la cerința *„..., autorizat AFER”.*

A doua critică vizează cerința de la... 8 din caietul de sarcini referitoare la asigurarea unui *„..., autorizat AFER”. Contestatoa*rea arată că titulatura exactă „...” nu cor*espunde unei* calificări universitare care să poată fi dobândită în sistemul de învățământ superior din România și susține că autoritatea contractantă a formulat cerința într-un mod restrictiv.

.... invocă principiul proporționalității și prevederile... nr.... referitoare la corelarea cerințelor privind studiile și calificările personalului cu activitățile ce urmează a fi executate. Arată că autoritatea contractantă trebuie să urmărească pregătirea și competența profesională necesare executării lucrărilor, fără a condiționa accesul la procedură de o denumire a studiilor care nu există ca atare.

Contestatoarea consideră că pregătirea relevantă este cea de inginer CFDP, respectiv căi ferate, drumuri și poduri, sau o calificare echivalentă, cumulată cu autorizarea AFER necesară. Solicită, în consecință, modificarea cerinței în sensul acceptării unui *„...u echivalent, autorizat AFER”.*

III. Cu privire la clauzele privind ajustarea prețului.

A treia categorie de critici privește clauza 48 referitoare la ajustarea prețurilor și prevederile corespunzătoare din pct. II.3 al fișei de date. Contestatoarea critică trei elemente distincte: momentul de la care se

aplică ajustarea, plafonul valoric al ajustării și excluderea profitului sau a marjei de profit din mecanismul de ajustare.

.... arată că, pentru contractul în cauză, sunt incidente... și Specifice de Contract aprobate prin H.G. nr. 1/2018. Susține că autoritatea contractantă nu poate deroga de la mecanismul stabilit prin actul normativ decât în limitele permise în mod expres de acesta și că orice condiție specială introdusă în afara acelor limite este lipsită de efect.

Referitor la aplicarea ajustării începând cu luna a 7-a de contract, contestatoarea invocă subclauzele... și... din... de Contract. Aceasta susține că situațiile de lucrări se întocmesc lunar după data de începere și cuprind sumele rezultate din ajustarea prețului, astfel încât mecanismul de ajustare ar trebui să opereze de la începutul executării, iar nu numai după primele șase luni.

În opinia contestatoarei, amânarea ajustării transferă executantului riscul variației costurilor din primele șase luni, deși aceste variații nu depind de conduita..... consideră că o asemenea soluție afectează finalitatea mecanismului de ajustare și echilibrul economic al contractului.

Cu privire la plafonul de..., fără TVA, contestatoarea arată că prevederile... de Contract nu instituie un asemenea plafon. Susține că stabilirea anticipată a unei limite maxime este incompatibilă cu evoluția reală a costurilor materialelor, energiei, salariilor, transportului și indicilor de preț și poate conduce la suportarea de către executant a unor creșteri de cost independente de voința sa.

.... apreciază că plafonarea este arbitrară și disproporționată. În opinia sa, odată recunoscut dreptul la ajustare, autoritatea contractantă nu poate limita efectele formulei printr-un prag valoric care nu rezultă din... de Contract și care ar putea lipsi mecanismul de eficiența sa economică.

În ceea ce privește excluderea profitului sau a marjei de profit, contestatoarea arată că prețul contractului cuprinde costurile directe, costurile indirecte și profitul antreprenorului. Susține că formula prevăzută de subclauza... se aplică valorii contractuale a lucrărilor executate și nu impune separarea profitului de celelalte componente ale prețului.

Contestatoarea invocă... nr.... și susține că aceasta nu instituie o regulă generală de excludere a profitului din ajustarea aplicată în temeiul... de Contract. În consecință, solicită anularea tuturor celor trei prevederi contestate privind ajustarea prețului.

În drept, contestatoarea invocă dispozițiile Legii nr. 98/..., Legii nr. 101/..., H.G. nr. 1/2018... nr..... nr...., precum și principiile aplicabile în materia achizițiilor publice. Între înscrisurile anexate contestației este menționată și recipisa de consemnare a cauțiunii.

Prin punctul de vedere nr...., înregistrat la Consiliu cu nr...., autoritatea contractantă....., a contestației formulate de...., arătând că prevederile documentației de atribuire contestate sunt justificate prin raportare la obiectul și complexitatea contractului și că mecanismul de ajustare a prețului a fost stabilit în acord cu cadrul legal aplicabil.

Totodată, autoritatea contractantă anunță adoptarea unei măsuri de remediere cu privire la cerința referitoare la specialistul din domeniul feroviar.

Autoritatea contractantă precizează că obiectul contractului constă în execuția lucrărilor pentru investiția *„...", pe o lungime de aproximativ... km,* cu o valoare estimată de..., fără TVA și o durată de 36 de luni. Arată că lucrările nu se limitează la infrastructura rutieră, ci includ zece sensuri giratorii, piste pentru biciclete, trotuare, lucrări de drenaj, lucrări de infrastructură feroviară la CF 125...-Buziaș, instalații de semnalizare SAT, relocarea unui stâlp TTR, precum și lucrări la rețele de gaze și telecomunicații.

....R.L.. a transmis trei solicitări de clarificări și că a formulat contestația înainte de primirea răspunsurilor la acestea. Potrivit autorității contractante, acest aspect a avut relevanță pentru cererea de suspendare, întrucât contestatoarea nu cunoștea încă poziția definitivă a autorității asupra interpretării prevederilor contestate.

I. Poziția autorității asupra factorului de evaluare privind șeful de șantier.

Autoritatea contractantă susține că experiența șefului de șantier nu a fost utilizată ca un criteriu arbitrar și nici pentru evaluarea unei experiențe profesionale generale, fără legătură cu obiectul contractului. Factorul are o pondere de 10% și privește experiența profesională dobândită în poziția de șef de șantier în contracte de proiectare și execuție sau de execuție de lucrări pentru drumuri județene, drumuri naționale, drumuri expres, autostrăzi, variante ocolitoare ori infrastructură similară sau superioară, cu lucrări ce presupun corelarea execuției cu relocarea sau protejarea utilităților.

Autoritatea contractantă arată că documentația stabilește un algoritm de punctare în care pentru un contract similar se acordă 0 puncte, pentru două contracte 5 puncte, pentru trei sau patru contracte 7 puncte, iar pentru cinci contracte 10 puncte, fără punctaj suplimentar pentru șase sau mai multe contracte. Oferta este declarată neconformă dacă șeful de șantier nu demonstrează participarea în cel puțin un contract similar.

În opinia autorității contractante, mecanismul diferențiază ofertele prin raportare la experiența relevantă a persoanei propuse și nu favorizează un anumit operator economic.... subliniază că șeful de șantier va coordona lucrări cu interferențe între infrastructura rutieră, utilități, instalații și infrastructura feroviară, iar experiența sa poate influența modul de executare a contractului.

Autoritatea contractantă invocă art. 187 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016 și apreciază că experiența personalului desemnat pentru executarea contractului poate constitui factor de evaluare atunci când calitatea personalului poate avea un impact semnificativ asupra nivelului calitativ al executării. Susține că numărul proiectelor similare constituie, în speță, un element obiectiv de diferențiere a nivelului de experiență și că

punctajul este acordat pentru depășirea nivelului minim necesar exercitării funcției.

În consecință, autoritatea contractantă nu propune nicio măsură de remediere cu privire la acest factor și solicită respingerea criticii.

II. Poziția autorității asupra cerinței privind specialistul AFER și măsura de remediere.

Cu privire la cerința *„..., autorizat AFER”, autorit*atea contractantă arată că documentația include lucrări de modernizare a trecerii la nivel cu calea..., montarea dalelor elastice, racordarea acestora la trotuarul modernizat, amplasarea parapetelor, instalarea sistemului de semnalizare pentru apropierea trenurilor de tip SAT.... În opinia autorității contractante, componenta feroviară presupune lucrări asupra unei infrastructuri existente și justifică implicarea unei persoane care deține competența profesională necesară.

... precizează însă că scopul său nu este impunerea unei anumite titulaturi a diplomei de licență, ci asigurarea unui specialist care deține o autorizație AFER valabilă. În consecință, autoritatea își însușește critica referitoare la caracterul prea strict al sintagmei „...” și a*nunță modific*area cerinței.

Astfel, autoritatea contractantă arată că va solicita *„Inginer autorizat AFER”*, renunțând la sintagma strictă *„...”. Precize*ază că relevantă este deținerea autorizației sau a competenței profesionale necesare activităților ce urmează a fi executate, inclusiv prin documente echivalente recunoscute potrivit legislației aplicabile.

Ulterior, la data de..., autoritatea contractantă a publicat în SEAP notificarea prin care a modificat cerința din caietul de sarcini, menționând expres că se solicită „Inginer *autorizat AFER”. Prin ur*mare, măsura de remediere anunțată în punctul de vedere a fost pusă efectiv în aplicare înainte de soluționarea fondului contestației.

III. Poziția autorității asupra ajustării prețului.

Referitor la ajustarea prețului, autoritatea arată că documentația prevede formula *„An= av + (1-av) × In/Io”, i*ndicii utilizați, data de referință și momentul de la care mecanismul devine aplicabil. Susține că toate aceste elemente sunt cunoscute operatorilor economici înainte de depunerea ofertelor și formează cadrul economic în raport cu care aceștia își fundamentează propunerile financiare.

Cu privire la aplicarea ajustării începând cu luna a 7-a, autoritatea contractantă apreciază că Legea nr. 98/2016 impune existența unui mecanism de ajustare sau revizuire pentru contractele de lucrări cu durata mai mare de șase luni, fără a stabili că ajustarea trebuie să producă efecte chiar din prima lună. Consideră că prevederea contestată nu elimină mecanismul, ci stabilește momentul concret de la care acesta se aplică.

Referitor la plafonul de..., fără TVA... susține că ajustarea trebuie să acopere variația costurilor în limitele cadrului financiar aprobat și că autoritatea nu poate angaja cheltuieli peste creditele de angajament disponibile. Arată că plafonarea urmărește predictibilitatea obligațiilor

financiare și menținerea contractului în limitele fondurilor publice avute în vedere la fundamentarea investiției.

În ceea ce privește excluderea profitului sau a marjei de profit, autoritatea contractantă face distincție între costurile suportate pentru executarea lucrărilor și profitul antreprenorului. Invocă dispozițiile privind ajustarea costurilor și susține că profitul nu reprezintă un cost supus variației indicilor, ci o componentă stabilită prin oferta financiară inițială. În opinia sa, documentația nu refuză ajustarea costurilor, ci exclude majorarea automată a profitului ca efect al aplicării indicilor de cost.

Autoritatea contractantă își menține, așadar, prevederile referitoare la luna a 7-a, plafonul maxim al ajustării și excluderea profitului din ajustare. În final, solicită respingerea contestației, cu excepția aspectului remediat în privința sintagmei *„...”.*

După depunerea contestației, contestatoarea a depus dovada constituirii cauțiunii în cuantum de..., prin consemnarea la... a sumei respective, conform recipisei de consemnare nr.... din..., pentru contestația aferentă procedurii organizată de....

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

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

... a inițiat procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „...”.

Contestația vizează documentația de atribuire și a fost formulată înainte de termenul-limită de depunere a ofertelor. Criticile ce urmează a fi analizate privesc legalitatea unui factor de evaluare, formularea unei cerințe pentru personalul aferent lucrărilor feroviare și trei elemente ale mecanismului de ajustare a prețului.

1. Critica privind factorul de evaluare *„Experiența deținută de către Șef de șantier”.*

Consiliul reține că, potrivit fișei de date, factorul de evaluare *„Experiența deținută de către Șef de șantier”* are o pondere de 10%. Documentația definește experiența relevantă prin raportare la activitatea desfășurată în poziția de șef de șantier în contracte de proiectare și execuție sau de execuție de lucrări pentru drumuri județene, drumuri naționale, drumuri expres, autostrăzi, variante ocolitoare ori infrastructură similară sau superioară, cu lucrări care presupun corelarea execuției cu relocarea ori protejarea utilităților.

Algoritmul acordă 0 puncte pentru un contract similar, 5 puncte pentru două contracte, 7 puncte pentru trei sau patru contracte și 10 puncte pentru cinci contracte. Pentru șase sau mai multe contracte nu se acordă punctaj suplimentar. Totodată, lipsa participării șefului de șantier la cel puțin un contract similar conduce, potrivit documentației, la neconformitatea ofertei.

Art. 187 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016 permite, în principiu, ca factorii calitativi să privească organizarea, calificarea și experiența personalului desemnat pentru executarea contractului, atunci când calitatea acestui personal poate avea un impact semnificativ asupra nivelului calitativ de executare. Textul legal nu poate fi însă aplicat izolat. Stabilirea factorului trebuie să respecte condițiile dezvoltate de normele metodologice și de... nr...., act emis tocmai pentru aplicarea regulilor referitoare la personalul care realizează efectiv activitățile contractului.

În cazul de față, obiectul procedurii îl constituie execuția unor lucrări pe baza unei documentații tehnice existente. Nu rezultă că șefului de șantier îi revine elaborarea sau dezvoltarea unei soluții tehnice care să definească rezultatul intelectual al contractului. Din descrierea autorității contractante rezultă..., atribuții de coordonare și organizare a execuției, chiar dacă acestea sunt importante pentru derularea lucrărilor.

Consiliul are în vedere și orientările ANAP formulate în materia documentațiilor pentru contractele de execuție de lucrări, potrivit cărora experiența șefului de șantier nu se utilizează ca factor de evaluare atunci când expertul nu se încadrează în categoria personalului-cheie pentru care experiența profesională reprezintă un avantaj calitativ de tipul avut în vedere de Instrucțiunea nr..... Pentru personalul implicat în execuție, autoritatea contractantă poate stabili, în limitele permise de legislație, cerințe necesare executării contractului, însă nu poate transforma orice nivel suplimentar de experiență într-un avantaj punctabil fără justificarea legăturii calitative cerute de lege.

În speță, justificarea prezentată prin punctul de vedere se întemeiază, în principal, pe complexitatea lucrărilor și pe existența interferențelor dintre drumuri, utilități, instalații și infrastructura feroviară. Aceste elemente justifică necesitatea unui șef de șantier competent și cu experiență. Ele nu demonstrează însă, prin ele însele, că participarea acestuia la cinci contracte similare produce un rezultat calitativ superior participării la două sau trei contracte de complexitate ridicată.

Algoritmul ales confirmă această lipsă de corelare. Punctajul crește exclusiv în funcție de numărul contractelor, fără a utiliza un element care să permită evaluarea complexității efective a proiectelor, a responsabilităților exercitate, a dificultăților tehnice coordonate ori a rezultatului profesional obținut. Prin urmare, avantajul punctat nu este suficient individualizat și nu rezultă în mod obiectiv că reprezintă un plus calitativ al ofertei în raport cu obiectul concret al contractului.

Consiliul nu reține argumentul autorității contractante potrivit căruia simpla limitare a punctajului la cinci contracte face factorul proporțional. Limitarea numărului maxim de proiecte evită numai acumularea nelimitată de puncte, însă nu răspunde problemei de fond, respectiv dacă numărul contractelor este, în circumstanțele prezentei proceduri, un indicator adecvat al calității viitoare a execuției.

De asemenea, faptul că un contract similar reprezintă nivelul minim, iar proiectele suplimentare sunt punctate, nu înlătură necesitatea

respectării regulilor care guvernează factorii de evaluare. Autoritatea contractantă trebuie să demonstreze că diferența punctată produce un avantaj tehnic real, direct legat de obiectul contractului și verificabil în etapa de evaluare, or, o asemenea demonstrație nu rezultă din documentele analizate.

În aceste condiții, Consiliul constată că factorul de evaluare criticat nu este fundamentat în mod corespunzător prin raportare la natura activităților șefului de șantier și la avantajul calitativ urmărit, critica.... este, sub acest aspect, întemeiată.

Remedierea nu presupune anularea procedurii, deoarece termenul-limită de depunere a ofertelor nu a expirat, iar documentația poate fi corectată. Autoritatea contractantă va elimina factorul de evaluare *„Experiența deținută de către Șef de șantier”,* va reconfigura criteriul de atribuire și va corela toate documentele achiziției, cu respectarea principiilor transparenței, tratamentului egal și proporționalității. Autoritatea contractantă va acorda operatorilor economici un termen suficient pentru adaptarea ofertelor la documentația remediată, dacă măsurile adoptate impun această decalare potrivit legii.

2. Critica privind cerința *„..., autorizat AFER”.*

Din actele cauzei rezultă că, prin contestație.... a solicitat modificarea cerinței „..., autorizat AFE*R”, în sensul acceptării unui* „..., sau echivalent, autor*izat AFER”. Autoritatea contractantă a recunosc*ut că formularea referitoare la titulatura „...” este prea strictă față de scop*ul urmărit și* a anunțat renunțarea la aceasta.

Măsura nu a rămas la nivelul unei simple intenții. La data de..., autoritatea contractantă a publicat în SEAP o notificare prin care a modificat cerința, stabilind că se solicită „Inginer *autorizat AFER”. Noua fo*rmulare elimină exact condiționarea criticată, respectiv obligația ca persoana propusă să poarte titulatura „...”.

Prin noua cerință, autoritatea contractantă păstrează numai condiția de autorizare AFER, pe care o justifică prin existența lucrărilor asupra infrastructurii feroviare. Contestatoarea nu a criticat necesitatea autorizării AFER ca atare, ci denumirea studiilor impusă suplimentar. Prin urmare, măsura adoptată satisface obiectul concret al acestei critici.

Potrivit art. 9 din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă poate adopta măsuri de remediere după primirea contestației, cu respectarea obligațiilor de comunicare și publicitate prevăzute de lege. Întrucât prevederea atacată a fost modificată înainte de soluționarea fondului, iar sintagma contestată nu mai figurează în forma menținută de autoritate, Consiliul constată că această critică a rămas fără obiect.

Faptul că.... a solicitat în mod particular formula „..., sau echivale*nt, autorizat AFER” nu conduce la o concluzie* diferită. Remedierea autorității contractante este mai largă și nu menține restricția privind titulatura studiilor, fiind suficientă pentru înlăturarea motivului concret de nelegalitate invocat prin contestație.

3. Criticile privind ajustarea prețului.

Consiliul reține că pct. II.3 din fișa de date prevede formula de ajustare *„An= av + (1-av) × In/Io”,* definește indicii utilizați și stabilește data de referință. Documentația mai prevede că ajustarea se acordă începând cu luna a 7-a de contract, calculată de la data... de Începere a..., că valoarea maximă până la care se face ajustarea este de..., fără TVA și că profitul sau marja de profit nu face obiectul ajustării.

Durata contractului este de 36 de luni. Prin urmare, autoritatea contractantă avea obligația de a include în documentația de atribuire un mecanism de ajustare sau revizuire a prețului, în condițiile art.... [d]in Legea nr. 98/2016. Textul legal impune, totodată, ca modul concret de ajustare, indicii utilizați și sursa informațiilor privind evoluția acestora să fie cunoscute din documentația inițială și din contract.

.... Momentul de la care se aplică ajustarea.

Contestatoarea deduce din caracterul lunar al situațiilor de lucrări reglementate de subclauza... că ajustarea trebuie să opereze încă de la primul certificat de plată, însă Consiliul nu poate reține această interpretare.

Subclauza... reglementează periodicitatea și conținutul situațiilor de lucrări iar mențiunea potrivit căreia situația de lucrări poate cuprinde sume de adăugat sau de scăzut pentru ajustarea prețurilor operează „î*n conformitate cu prevederile clauzei 48”.* Prin urmare, subclauza... nu stabilește, independent de clauza 48 și de acordul contractual, momentul de activare a mecanismului de ajustare.

În același timp, subclauza... din... de Contract aplicabile contractelor de lucrări cu durata mai mare de 365 de zile pornește de la regula ajustării, însă permite ca acordul contractual să prevadă altfel. Cadrul legal privind revizuirea prețului impune existența unei clauze pentru contractele de lucrări cu durata de peste șase luni, fără a consacra o regulă potrivit căreia ajustarea trebuie, în toate cazurile, să înceapă din prima lună de executare.

În speță, documentația anunță în mod expres, anterior depunerii ofertelor, momentul de la care mecanismul devine aplicabil, respectiv luna a 7-a de contract. Operatorii economici cunosc această regulă la fundamentarea prețurilor. Contestatoarea nu demonstrează existența unei dispoziții legale care să interzică stabilirea acestui moment în documentele contractuale pentru un contract de durata celui în cauză, în consecință, critica privind aplicarea ajustării începând cu luna a 7-a este nefondată.

.... Plafonul maxim de..., fără TVA.

Nici critica privind stabilirea unei valori maxime a ajustării nu poate fi admisă în forma susținută de contestatoare, iar în acest sens Consiliul are în vedere că mecanismul de ajustare trebuie definit în mod transparent în documentația inițială, iar riscul contractual trebuie să fie cunoscut operatorilor economici înainte de depunerea ofertelor. Această condiție este îndeplinită în speță, plafonul fiind indicat expres în fișa de date.

Dispozițiile art.... din Legea nr. 98/2016 stabilesc că prețul poate fi ajustat numai în măsura strict necesară pentru acoperirea costurilor pe baza cărora a fost fundamentat prețul contractului. Nici legea și nici mecanismul contractual invocat de contestatoare nu consacră un drept necondiționat al contractantului la acoperirea integrală a oricărei variații economice viitoare, indiferent de limitele stabilite transparent în documentația inițială.

Relevantă este și regula din... de Contract potrivit căreia părțile sunt considerate satisfăcute de prevederile contractuale privind ajustarea, chiar dacă aplicarea lor nu asigură o compensare totală a creșterii sau diminuării costurilor. Prin urmare, simplul fapt că plafonul ar putea fi atins înainte de finalizarea contractului nu dovedește, prin el însuși, nelegalitatea clauzei.

Consiliul nu validează ca argument autonom afirmația autorității contractante potrivit căreia limitele bugetare ar permite orice plafonare a ajustării întrucât constrângerile bugetare nu pot înlocui respectarea normelor privind achizițiile publice. În cauza de față, însă, legalitatea prevederii rezultă din faptul că limita este cunoscută ex ante, se aplică nediscriminatoriu tuturor ofertanților și nu a fost indicată de contestatoare o normă imperativă care să interzică un asemenea prag în configurația contractuală publicată.

În consecință, critica referitoare la plafonul de..., fără TVA este nefondată.

.... Excluderea profitului sau a marjei de profit din ajustare.

În ceea ce privește profitul, Consiliul reține că art.... din Legea nr. 98/2016 leagă ajustarea de creșterea sau diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului și limitează ajustarea la măsura strict necesară pentru acoperirea acestor costuri. Profitul reprezintă o componentă a prețului ofertat, însă nu constituie, prin natura sa, un cost suportat pentru executarea lucrărilor în sensul mecanismului legal de actualizare.

Formula de ajustare aplicată asupra valorii lucrărilor nu poate fi interpretată în afara regulii materiale care justifică ajustarea. Faptul că prețurile unitare includ și profitul nu transformă marja comercială într-un cost a cărui variație trebuie compensată prin indicele de cost în construcții...., menținerea profitului în cuantumul stabilit la ofertare este compatibilă cu regula potrivit căreia ajustarea urmărește variația costurilor, nu majorarea automată a marjei comerciale.

... nr.... și regulile legale privind ajustarea prețului confirmă această distincție între costurile afectate de indicii utilizați și profitul ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă a putut preciza în documentație că profitul sau marja de profit nu face obiectul ajustării, cu condiția aplicării unitare a regulii tuturor ofertanților, condiție îndeplinită prin publicarea acesteia în fișa de date.

Critica referitoare la excluderea profitului sau a marjei de profit este, astfel, nefondată.

Pentru considerentele expuse, Consiliul constată că este întemeiată critica referitoare la factorul de evaluare *„Experiența deținută de către Șef de șantier”.* Critica privind cerința *„..., autorizat AFER” a rămas* fără obiect ca urmare a remedierii publicate de autoritatea contractantă la data de.... Criticile referitoare la aplicarea ajustării începând cu luna a 7-a, plafonul de..., fără TVA, și excluderea profitului sau a marjei de profit sunt nefondate.

Întrucât nelegalitatea constatată poate fi remediată prin modificarea documentației de atribuire, iar termenul de depunere a ofertelor nu a expirat, Consiliul nu identifică un motiv pentru anularea procedurii, motiv pentru care, în temeiul art. 26, alin. (2) și alin.(5) din Legea nr. 98/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația și va obliga autoritatea contractantă la remedierea documentației, cu publicarea măsurilor în SEAP și cu asigurarea unui termen adecvat pentru pregătirea ofertelor în raport cu modificările operate.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite, în parte, contestația formulată de...., în contradictoriu cu....

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii, să elimine din documentația de atribuire factorul de evaluare *„Experiența deținută de către Șef de șantier”,* să reconfigureze în mod corespunzător criteriul de atribuire și algoritmul de punctare, să coreleze toate documentele achiziției cu măsurile dispuse și să publice modificările în SEAP, cu respectarea dispozițiilor legale aplicabile. Autoritatea contractantă va decala termenul-limită de depunere a ofertelor în măsura necesară pentru asigurarea unui termen suficient operatorilor economici în vederea pregătirii ofertelor în raport cu documentația remediată.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca rămasă fără obiect, critica privind cerința *„...” și respinge, ca nefondat*e, criticile privind prevederile referitoare la ajustarea prețului, respectiv aplicarea ajustării începând cu luna a 7-a de contract, valoarea maximă a ajustării de..., f*ără TVA, și excluderea pr*ofitului sau a marjei de profit din mecanismul de ajustare.

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

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

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

Redactat practicaua deciziei,
...

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