

DECIZIE

B02011_0334

Data: -.2011

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ▫/07.01.2011, formulată de S.C. ▫ S.R.L., cu sediul în ▫, înregistrată la Oficiul Registrului Comertului sub nr. ▫, având C.U.I. ▫, reprezentată legal de ▫, în calitate de administrator, împotriva documentației de atribuire elaborată de ▫, cu sediul în ▫, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație restrânsă accelerată, a contractului de servicii având ca obiect „Prestări servicii de consultanță în afaceri și în management și servicii conexe și consultanță în relatii cu publicul pentru activități specifice în cadrul echipei de implementare pentru proiectul Comunicare personalizată cu grupurile țintă ale SPO”, s-a solicitat anularea documentației de atribuire și obligarea autorității contractante la „reformularea” acesteia în concordanță cu legislația în vigoare.

În baza documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

Respinge excepția lipsei de interes, invocată de ▫.

Admite, în parte, contestația depusă de S.C. ▫ S.R.L., cu sediul în ▫, în contradictoriu cu ▫, cu sediul în ▫.

Dispune anularea documentației de atribuire și a întregii proceduri de atribuire.

Respinge, ca inadmisibil, capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la „reformularea documentației de atribuire”, în concordanță cu legislația în vigoare.

Obligatorie.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub numărul de mai sus, S.C. ▫ S.R.L. a criticat prevederile documentației de atribuire elaborată de ▫, solicitând anularea documentației de atribuire și obligarea

autorității contractante la reformularea acesteia în concordanță cu legislația în vigoare.

În motivarea contestației, S.C. ▪ S.R.L. susține, într-o primă critică, că cerința prin care se solicită ca numărul mediu de salariați în ultimii 3 ani (2007, 2008, 2009) să fie de minim 25 de salariați, este abuzivă și de natură a limita concurența, încălcând principiile nediscriminării, tratamentului egal și proporționalității, prevăzute de art.2 lit.a), b) și e) din O.U.G. nr. 34/2006, având în vedere natura contractului ce urmează a fi atribuit și faptul că însăși autoritatea contractantă a solicitat ofertanților să desemneze 9 persoane diferite ca experți pe termen lung și „fiecare persoană desemnată în cadrul echipei de implementare a ofertantului să depune o declarație de exclusivitate și disponibilitate de participare încheiată în formă autentică”.

În ceea ce privește cerințele impuse pentru experți, respectiv 6 dintre cei 9 experți să fi fost angajați într-o instituție publică, care a derulat proiecte finanțate din FSE/POSDRU, în diferite funcții de management, iar 3 dintre cei 6 experți să fi lucrat la Serviciul Public de Ocupare a Forței de Muncă, în funcții de responsabil financiar, responsabil resurse umane și responsabil comunicare, sunt abuzive și de natura a permite participarea la procedură doar a unui anumit operator economic.

Totodată, se arată că cerința prin care se solicită expertului experiență didactică de minim 25 de ani, cu minim 10 ani în domeniul formării de nivel universitar în domeniul comunicării, cu 10 ani de experiență în cercetare sociologică și 15 ani experiență în formare în domeniul comunicării, sunt nelegale și abuzive raportat la prevederile art. 7 din H.G. nr.925/2006 și art.2 din O.U.G. nr.34/2006.

Într-o altă critică, contestatorul susține că cerința prin care se solicită depunerea declarației pe proprie răspundere privind lipsa litigiilor cu autoritatea contractantă, este abuzivă atâta timp cât, societatea care a depus contestație sau plângere împotriva unei decizii nu mai poate participa la procedură.

Totodată, contestatorul critică solicitarea privind depunerea garanției de participare încă din faza de depunere a candidaturilor, având în vedere că procedura de atribuire este licitație restrânsă accelerate, iar data limită de depunere a ofertelor nu se cunoaște încă urmând a fi stabilită ulterior, de către autoritatea contractantă, astfel că valabilitatea corectă a garanției de participare nu poate fi calculată potrivit prevederilor art.43¹ alin. (2) lit. (b) din O.U.G.nr. 34/2006

conform căruia valabilitatea garanției trebuie să fie egală cu valabilitatea ofertei.

Referitor la evaluarea candidaturilor, contestatorul precizează că aceasta se face pe criterii definite astfel încât să nu se califice decât anumiți operatori economici, fapt ce încalcă prevederile art. 85 alin. (2) din O.U.G.nr. 34/2006.

În acest sens, se arată că se acordă 30 de puncte pentru implementarea a cel puțin 5 proiecte de consultanță și management în domeniul relațiilor publice și comunicării, din care un proiect în comunicare socială, 30 de puncte pentru cel puțin 3 proiecte de formare în domeniul comunicării și 40 de puncte pentru calitatea de partener/subcontractant în cel puțin un proiect din domeniul comunicării finanțat din FSE/POSDRU, dar fără însă a se preciza cum se face departajarea candidaților. Contestatorul susține că există discrepanță între criteriile de calificare pentru experiența similară unde se solicită „contracte pentru experiența similară în valoare totală de 1.850.000 lei, din care unul să fie de minim 1.000.000 lei” și evaluarea candidaturilor și, mai mult, se arată că se solicită ca ofertanții să fi participat la cel puțin un proiect finanțat din FSE/POSDRU în calitate de partener/subcontractant, pentru care se acordă 40 de puncte, nu și în calitate de contractant unic.

De asemenea, contestatorul susține că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art.199 alin.(3) din O.U.G. nr.34/2006, deoarece nu a detaliat criteriile de acordare a punctajului, precizând că se acordă 20 de puncte pentru „detalierea etapelor, a activităților și utilizarea resurselor pentru fiecare etapă, în raport cu necesitatea atingerii rezultatelor” fără a defini ce înseamnă detalierea și cum se cuantifică aceasta.

De altfel, se arată că, potrivit fișei de date a achiziției, ponderea factorului de evaluare oferta tehnică este 70%, iar cea a ofertei financiare de 30%, fapt până nu de mult interzis de legislație.

Având în vedere cele menționate, contestatorul susține că, documentația de atribuire a fost elaborată cu încălcarea prevederilor art.2 lit.a),b) și e) și art 199 alin. (3) din O.U.G.nr.34/2006, motiv pentru care solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

În drept, se invocă prevederile H.G. 925/2006 și ale O.U.G. nr. 34/2006.

Ca mijloc de probă, a fost depusă, în copie, documentația de atribuire.

Prin adresa nr. 13/13.01.2011, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 13/13.01.2011, a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, prin care a invocat excepția lipsei de interes a S.C. S.R.L., iar pe fondul cauzei a solicitat respingerea contestației ca nefondată.

În susținerea excepției, autoritatea contractantă arată că, contestația formulată de S.C. S.R.L. nu îndeplinește condițiile cerute de lege pentru justificarea interesului și promovarea contestației, fiind formulată de o persoană care nu are calitatea de participant la procedură potrivit prevederilor art. 255 din O.U.G. nr. 34/2006, contestatorul nesolicitând clarificări și nedepunând candidatura în cadrul procedurii de atribuire.

Astfel, autoritatea contractantă susține că, nu sunt îndeplinite niciuna din cerințele legale care justifică interesul și promovarea contestației, și anume interesul nu este legitim, născut și actual, personal și direct, S.C. S.R.L. apărând un interes general.

Se precizează, de asemenea, că S.C. S.R.L. nu și-a manifestat în niciun fel interesul de a participa la procedură, respectiv nu a adresat nicio cerere de clarificări, nu și-a depus candidatura și nu a transmis notificarea prevăzută de art. 256¹ din ordonanța de urgență.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă susține că cerințele de calificare și criteriile de selecție au fost stabilite în strânsă legătură și proporțional cu necesitățile sale, raportat la valoarea, natura și complexitatea contractului ce urmează a fi atribuit, fără a se încălca principiul nediscriminării, proporționalității și al relevanței și fără a se restricționa libera concurență.

În ceea ce privește criticile formulate de contestator cu privire la numărul de salariați și la experiența profesională a experților, autoritatea contractantă susține că, raportat la prevederile art. 176 din O.U.G. nr.34/2006, cerința minimă de a avea un număr mediu de 25 de salariați, nu este abuzivă și discriminatorie, ci are în vedere necesitatea selectării candidaților din rândul acelor operatori economici care au capacitatea și resursele tehnice și umane concrete pentru îndeplinirea contractului.

Autoritatea contractantă precizează că selectarea operatorului economic presupune o dublă evaluare, respectiv a operatorului economic și a capacităților acestuia, precum și a experților desemnați pentru derularea proiectului, astfel că, pentru o bună desfășurare a contractului, candidatul trebuie să fie capabil să asigure pe lângă experții desemnați pentru proiect (9 persoane) și personalul suport și cel auxiliar necesar desfășurării activității experților, ținând seama de

volumul și complexitatea activităților pe care aceștia le desfășoară în proiect.

De asemenea, se arată că schema de personal a candidatului trebuie să permită, pe lângă alocarea acestor resurse umane necesare executării contractului în speță, continuarea activității comerciale pe care acesta o desfășoară în mod curent, demonstrând astfel și capacitatea candidatului de a gestiona un anumit număr de angajați.

Cu privire la cerințele minime solicitate în cazul experților ce urmează să fie desemnați pentru îndeplinirea contractului, acestea nu sunt în niciun fel abuzive, după cum se susține, ci doar în concordanță cu natura și gradul de complexitate al contractului și al activităților pe care acești experți trebuie să fie în măsură să le implementeze, contractului neputând fi îndeplinit fără o experiență corespunzătoare într-o instituție publică sau în cadrul unui Serviciu Public de Ocupare.

Autoritatea contractantă susține că S.C. ▪ S.R.L. ar fi trebuit să cunoască prevederile Legii nr. 76/2002 privind sistemul asigurărilor pentru somaj și stimularea ocupării forței de muncă potrivit căreia ar fi putut să solicite la agențiile teritoriale de ocupare a forței de muncă (instituții ale Serviciului public de ocupare) persoane șomere care corespund descrierilor din documentația de atribuire ținând cont că, numai în ultimul an, au fost disponibilizați cel puțin 700 de angajați ai Serviciului Public de Ocupare. Dacă se adaugă și cei peste 25.000 de bugetari disponibilizați, se consideră că nu există un impediment în a găsi pe piața muncii experți care au lucrat în cadrul unor instituții publice sau al serviciului public de ocupare, dat fiind faptul că această cerință este una impusă de natura contractului.

Referitor la restul motivelor din contestație invocate, autoritatea contractantă arată că sunt lipsite de temeinicie, multe dintre nelămuriri putând fi rezolvate dacă contestatorul ar fi acționat cu bună credință și dacă ar fi fost în mod real interesată să participe la procedura de atribuire a contractului. Alte critici, cum ar fi cea privind calitatea de partener/subcontractant, susține autoritatea contractantă sunt formulate cu rea credință, de vreme ce, prin FSE/POSDRU9, s-au implementat sute de proiecte la nivel național, foarte multe dintre finanțări fiind obținute de operatori privați sau parteneriate cu operatori privați, numărul subcontractanților în astfel de proiecte fiind semnificativ.

În privința declarației privind lipsa litigiilor, autoritatea contractantă susține că S.C. ▪ S.R.L. omite să indice care anume text legal este încălcat de autoritatea contractantă, iar referitor la problema

garanției de participare, se arată că aceasta nu face parte dintre condițiile de participare sau cerințele minime de calificare solicitate pentru etapa de selecție, după cum se prevede în fișa de date a achiziției.

Cu privire la susținerile contestatorului legate de criteriile de selecție a candidaturilor precum și la factorii de evaluare, metodologia și algoritmul de calcul a ofertelor tehnico-financiare, se invocă reaua credință a contestatorului, modalitățile de evaluare și selecție prevăzute în documentația de atribuire și justificate, conform legii, prin notele justificative aflate la dosarul achiziției, fiind în deplină concordanță cu cerințe impuse de legislația privind achizițiile publice. Ceea ce nu înțelege contestatorul, după cum se arată, este obiectul contractului și rolul echipei de implementare într-un Proiect POSDRU, care trebuie corelate, pe de o parte, cu informațiile cuprinse în caietul de sarcini și graficul de activități al proiectului, așa cum a fost el conceput în cererea de finanțare (pg. 33-37 din caietul de sarcini), iar, pe de altă parte, cu condițiile specifice pe care le presupune regulile de implementare și metodologia de lucru în proiectele finanțate prin POSDRU.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

În considerarea dispozițiilor art.269 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul a solicitat contestatorului, prin adresa nr. 1/14.01.2011, punct de vedere cu privire la excepția lipsei de interes în formularea contestației, raportat la art.255 din actul normativ menționat, excepție invocată de autoritatea contractantă.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 1/20.01.2010, S.C. 1 S.R.L. a făcut următoarele precizări cu privire la excepția lipsei de interes invocată de autoritatea contractantă:

- contestația nu poate fi lipsită de interes întrucât prin cerințele abuzive și nelegale formulate de autoritatea contractantă în documentația de atribuire, accesul societății la procedura de atribuire a fost îngreunat, candidatura sa nefiind eligibilă, fapt ce se încadrează în prevederile art. 255 alin.(1) și (2) din O.U.G.nr. 34/2006, astfel că, s-a încălcat dreptul de a participa la respectiva procedură, drept legitim, actual, personal și direct, interesul său fiind de a realiza obiectul de activitate al societății care coincide cu cel al contractului ce urmează a fi atribuit.

- susținerile autorității contractante derivate din interpretarea unor dispoziții ale Codului de procedură civilă, nu au nicio relevanță având în

vedere că, în sistemului nostru de drept „legea specială derogă de la cea generală și precedentul nu este izvor de drept”. Astfel, se precizează că, în cauză sunt incidente prevederile O.U.G. nr. 34/2006 care reglementează procedura specială de soluționarea contestațiilor, fără să prevadă o condiție specială pentru contestatorul unei documentații de atribuire, în afara celei prevăzute la art.256² alin.2), iar C.N.S.C. este organismul independent cu activitate administrativ-jurisdicțională. Pe de altă parte, se arată că, prin depunerea unei candidaturi/oferte, ofertantul/candidatul își asumă prevederile documentației de atribuire, acestea neputând fi contestate ulterior.

În ceea ce privește afirmația autorității contractante potrivit căreia nu s-a formulat nicio cerere de documente sau de acces la documente, contestatorul precizează că documentația de atribuire s-a publicat integral în SEAP, societatea sa criticând prevederile care îngreșeau accesul la procedura de atribuire.

De asemenea, contestatorul susține că, invocarea de către autoritatea contractantă, a Deciziei nr. 10/10.12.2008 este nerelevantă, în sistemul nostru de drept precedentul judiciar neavând valoare de izvor de drept, astfel că în fiecare caz în parte se face aplicarea dispozițiilor legale de către instanțele competente, în acest caz CNSC.

Față de afirmația autorității contractante conform căreia nu a fost înștiințată potrivit prevederilor art.256¹ din ordonanța de urgență, cu privire la depunerea contestației, contestatorul precizează că, potrivit dispozițiilor art. 256¹ alin.2 din O.U.G. nr. 34/2006, lipsa notificării nu împiedică introducerea cererii în fața C.N.S.C.

Având în vedere gravele încălcări ale prevederilor legale, contestatorul susține că, prin contestație, societatea sa exercită, în mod legal, un dreptul conferit de lege.

În ceea ce privește susținerile formulate de autoritatea contractantă cu privire la fondul contestației, S.C. S.R.L. precizează că autoritatea contractantă nu a justificat cerințele de calificare și selecție criticate, raportându-se doar la complexitatea contractului și la faptul că societatea este lipsită de experiență.

În susținerea afirmațiilor privind încălcarea flagrantă a prevederilor art. 199 alin. 3), contestatorul arată că, în data de 18.01.2011, autoritatea contractantă a postat pe SEAP o clarificare prin care a adăugat noi factori de evaluare, ca o detaliere a factorilor stabiliți, fapt de natură a modifica metodologia de punctare a avantajelor.

Având în vedere cele menționate, contestatorul solicită respingerea excepției lipsei de interes, invocată de autoritatea contractantă și, pe cale de consecință, soluționarea pe fond a contestației.

În probațiune, au fost depuse, în copie, extras din documentația de atribuire pag. 20 și clarificarea nr. ▫/18.01.2011.

Față de dispozițiile art. 278 alin.1 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul se va pronunța, mai întâi, asupra excepției lipsei de interes a contestatorului, raportat la art.255 din același act normativ, excepție invocată de autoritatea contractantă.

Examinând excepția, Consiliul urmează să o respingă, pentru următoarele considerente:

Prin punctul de vedere formulat, A.N.O.F.M. a invocat excepția lipsei de interes a contestatorului, susținând, în esență, că S.C. ▫ S.R.L. nu justifică un interes pentru a promova contestația, interes care ar fi rezultat dacă se solicita vreo clarificare legată de documentația de atribuire, dacă se depuneau documentele de calificare sau se transmitemea notificarea prevăzută de art.256¹ din ordonanța de urgență.

Art.255 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, pe care Consiliul îl reține ca incident în cauză, prevede că *„(1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, prin contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim (...)*

(2) În sensul prevederilor alin.(1), prin persoană vătămată se înțelege orice operator economic care:

a)are sau a avut un interes legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire;

b)a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind respectiva procedură de atribuire.”

Deși nici ordonanța de urgență și nici codul de procedură civilă nu definesc această condiție a acțiunii, în doctrină s-a arătat că prin interes, se înțelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a acțiunii sale. Exercițiul dreptului de a formula o acțiune în justiție, precum și o contestație ca cea de față, cere o justificare, prin impunerea condiției interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate, pur vexatorii.

Interesul, indiferent că este moral și/sau material, trebuie să îndeplinească următoarele cerințe:

- să fie legitim, corespunzător cerințelor legii materiale și procesuale;
- să fie personal și direct, adică folosul practic urmărit prin declanșarea procedurii judiciare să aparțină celui care recurge la acțiune;

- să fie născut și actual, să existe în momentul în care este formulată cererea. Un interes eventual, ca și un interes care a trecut nu poate fi luat în considerare.

Aplicând aceste considerente doctrinare la speța pendinte, Consiliul constată că prezenta contestație este justificată de existența unui interes care îndeplinește condițiile expuse anterior, interesul contestatorului fiind nu numai unul legitim, născut și actual, dar și unul personal și direct, contestatorul intenționând să participe la procedură, în scopul obținerii contractului. Interesul contestatorului constă în participarea la procedură și câștigarea acesteia, urmărind în acest sens să beneficieze de cerințe de calificare care să îi permită participarea, astfel încât să evite respingerea ofertei sale pentru neîndeplinirea cerințelor considerate restrictive. Pentru cercetarea judicioasă a interesului în formularea contestației, acesta nu trebuie limitat la anumite informații ale părților, ci trebuie privit în finalitatea sa, respectiv raportat la atingerea obiectivului operatorilor economici de a deveni contractanți.

Consiliul nu poate primi, așadar, susținerile autorității contractante conform cărora s-ar urmări apărarea unui interes general, precum și că interesul ar trebui să rezulte din formularea unei solicitări de clarificări, din depunerea candidaturii sau transmiterea unei notificări în temeiul art. 256¹ din ordonanța de urgență, primul și ultimul dintre demersuri nefiind obligatorii pentru învestirea, în mod legal, a C.N.S.C. cu soluționarea contestației. În ceea ce privește depunerea candidaturii în condițiile depunerii prezentei contestații, respectivul demers, după cum arată și contestatorul, ar fi echivalat cu acceptarea documentației de atribuire astfel cum a fost întocmită, situație în care avea obligația să se conformeze acesteia, cu consecința respingerii contestației ca lipsită de interes, soluție la care s-a oprit și practica judiciară recentă (spre pildă decizia nr.17.01.2011 pronunțată de Curtea de Apel -Secția comercială și de Contencios Administrativ și Fiscal).

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art. 278 alin.5 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, excepția lipsei de interes, invocată de A.N.O.F.M. va fi respinsă.

Pe fondul cauzei, față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul a constatat următoarea situație de fapt:

La data de 19.12.2011, A.N.O.F.M., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație restrânsă, a contractului de servicii având ca obiect „Prestări servicii de consultanță în afaceri și în management și servicii conexe și consultanță în relații cu publicul pentru activități specifice în cadrul echipei de implementare pentru proiectul Comunicare personalizată cu grupurile țintă ale SPO”, sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare nr. ▪.

Împotriva documentației de atribuire, S.C. ▪ S.R.L. a depus, în termen legal, contestația care formează obiectul prezentului dosar.

Procedura de atribuire a fost continuată, deschiderea plicurilor conținând documentele de calificare depuse de candidați, având loc la data de 11.01.2011.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată următoarele:

Prima dintre criticile contestatorului se referă la prevederea de la pct.V.4.2.- „Informații privind personalul tehnic de specialitate și asigurarea calității”, din cadrul cap. V.4. – „Capacitatea tehnică și/sau profesională” al fișa de date a achiziției, conform căreia „*Numărul mediu de salariați în ultimii 3 ani (2007, 2008, 2009) trebuie să fie de minim 25 salariați (Formularul nr.4.1.5)*”, prevedere apreciată de contestator, ca fiind restrictivă.

Potrivit dispozițiilor art. 188 alin.2 lit.e din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările ulterioare, relevant în cauză, în scopul verificării capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita acestora, printre altele în funcție de specificul, de volumul și de complexitatea serviciilor ce urmează să fie prestate, „(...) e) o declarație referitoare la efectivele medii anuale ale personalului angajat și al cadrelor de conducere în ultimii 3 ani; (...)”.

Așadar, autoritatea contractantă are dreptul să solicite ofertanților, prezentarea unei declarații privind numărul mediu de salariați în ultimii 3 ani, dar nu are dreptul să impună un anumit număr de salariați pe care ofertanții să îl fi avut în ultimii 3 ani, cum s-a procedat în prezenta speță, o astfel de solicitare fiind de natură a încălca prevederea legală enunțată și de a restrânge participarea operatorilor economici la procedură.

De asemenea, capacitatea tehnică și/sau profesională a ofertantului de a îndeplini contractul în cauză, din punctul de vedere al personalului, trebuie determinată de autoritatea contractantă raportat la

situația prezentă a operatorului economic, iar nu în raport de numărul de personal deținut anterior, de notorietate fiind fluctuațiile de personal care pot apare în activitatea unei firme dealungul timpului.

În acest sens, art.7 din H.G. nr. 925/2006 cu modificările ulterioare, stabilește după cum urmează *„Criteriile de calificare și selecție (...), au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.”*

Mai mult decât atât, se observă că autoritatea contractantă a impus ofertanților, în cadrul aceluiași punct în care se află cerința în discuție, să facă dovada faptului că dețin o echipă de implementare formată dintr-un număr de 9 persoane, care se vor ocupa, în concret, de executarea contractului, astfel că personalul deținut anterior de un ofertant nu poate avea vreo importanță.

În consecință, având în vedere prevederile susenunțate, care permit autorității contractante să prevadă în documentația de atribuire numai anumite criterii de calificare și nu oricare cerință justifică prin invocarea complexității proiectului, cum procedează autoritatea contractantă, Consiliul determină că cerința criticată este una restrictivă și lipsită de relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului ce urmează a fi atribuit. Astfel de prevederi nu pot fi impuse prin documentația de atribuire, după cum statuează art. 8 alin.1 din actul normativ menționat, respectiv *„Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care: a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează a fi atribuit; (...).”*

Susținerile contestatorului se rețin, prin urmare, ca întemeiate.

Analizând criticile contestatorului cu privire la criteriile de calificare prevăzute la pct.V.4.2.- „Informații privind personalul tehnic de specialitate și asigurarea calității” din fișa de date a achiziției, referitoare la echipa de experți, respectiv coordonator implementare, coordonator monitorizare, expert financiar, expert tehnic resurse umane, expert informare și publicitate, director proiect, Consiliul le reține ca întemeiate, solicitările ca respectivele persoane să fi lucrat într-o instituție publică care a derulat proiecte finanțate din

FSE/POSDRU sau să fi lucrat la Serviciul Public de Ocupare, fiind lipsite, în mod esențial, de temei legal.

Relevante, în acest caz, sunt aceleași prevederi ale art.188 alin.2 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, care stabilesc la lit.a) faptul că, în dovedirea experienței, se pot solicita liste cu serviciile prestate în ultimii 3 ani, indiferent dacă beneficiarii au fost autorități contractante sau clienți privați, de unde rezultă că nu se poate impune ca persoanele care vor lucra în cadrul proiectului, să fi lucrat doar în instituții publice sau sursa de finanțare a proiectului să fi fost doar cea precizată de autoritatea contractantă. Informațiile care pot fi solicitate în legătură cu calificarea personalului sunt cele menționate la lit.c și d ale articolului menționat.

În ceea ce privește experiența personalului, solicitarea autorității contractante se poate referi la un anumit număr de proiecte ori la unul sau mai multe proiecte care să fi avut o anumită valoare pecizată, la care personalul de care dispune ofertantul să fi participat, iar nu la impunerea unui anumit număr de ani ca experiență, aceasta apărând ca nerelevantă în cazul în care persoana nu a participat vreodată la derularea unui proiect.

Suștinerea autorității contractante nu vor fi reținute, așadar, față de obligația de a derula procedura cu respectarea dispozițiilor legislative din materia achizițiilor publice, invocarea complexității proiectului, după cum s-a arătat, neputând fi o justificare pentru încălcarea acesteia.

Referitor la critica privind cerința de la pct.V.1.2 – „Declarație privind neîncadrarea în prevederile art. 181 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările ulterioare” din fișa de date a achiziției, pct.4, conform căruia ofertanții aveau obligația de a depune „*Declarație pe proprie răspundere privind lipsa litigiilor cu autoritatea contractantă, în original.*”, Consiliul constată că respectiva declarație excede prevederilor art. 176 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările ulterioare, dar și art.181 din același act normativ, care nu îndeplinește autoritatea contractantă să excludă din procedură un ofertant cu care se află într-un litigiu oarecare.

Prin urmare, și această critică se reține ca întemeiată, cazurile în care autoritatea contractantă are dreptul de a exclude din procedură un candidat/ofertant, fiind expres și limitativ prevăzute.

De asemenea, se constată a fi întemeiată și critica referitoare la garanția de participare pe care autoritatea contractantă a solicitat-o cu ocazia depunerii candidaturii, așa cum rezultă din lectura

prevederilor cap.VII – „Etapa I – etapa de selectare a candidaților” din fișa de date a achiziției.

Obligația constituirii garanției de participare la data depunerii ofertei și nu a candidaturii, rezultă, fără putință de tăgadă, din economia dispozițiilor art.84 din H.G. nr.925/2006 cu modificările ulterioare, conform cărora „*Garanția de participare se constituie de către ofertant (...)*”, dispozițiilor art.33 alin.3 din același act normativ, conform cărora „*În cadrul ședinței de deschidere nu este permisă respingerea niciunei oferte, cu excepția celor care (...): (...); b) nu sunt însoțite de garanția de participare (...)*”, precum și a dispozițiilor art.3 lit.q) din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările ulterioare, conform cărora „*(...) oferta cuprinde propunerea financiară și propunerea tehnică;*”, invocate, în parte, și de autoritatea contractantă, într-un sens contrar, însă, care nu poate fi acceptat.

O altă critică din contestație, vizează grila de punctaj din cadrul etapei de selectare a candidaților, în legătură cu care contestatorul susține că nu s-au stabilit criteriile de departajare, fiind încălcate dispozițiile art.85 alin.2 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările ulterioare.

Analizând grila în discuție, Consiliul constată că au fost stabilite 3 criterii de selecție, dintre care primele două punctate cu câte 30 de puncte fiecare, iar ultimul cu 40 de puncte, candidaturile urmând a fi selectate, după cum se prevede, în ordinea descrescătoare a punctajelor obținute conform grilei.

Incidente în cauză, se rețin a fi nu numai dispozițiile art. 85 alin.2 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările ulterioare, invocat de contestator, conform cărora „*(...) Atunci când selectează candidații, autoritatea contractantă are obligația de a aplica criterii obiective și nediscriminatorii, (...)*”, dar și dispozițiile art.12 din H.G. nr.925/2006 cu modificările ulterioare, care stabilesc că „*(...) (2) (...) Selecția/preselecția se realizează prin acordarea pentru fiecare candidat în parte a unui punctaj care trebuie să reflecte capacitatea acestuia de a îndeplini contractul ce urmează a fi atribuit. (3) Autoritatea contractantă are obligația să precizeze în anunțul de participare și în documentația de atribuire modalitatea de acordare a punctajului pe baza căruia se va realiza clasamentul candidaților (...)*”

Raportat la prevederile susenunțate, Consiliul determină că autoritatea contractantă nu a stabilit o metodologie de calcul a punctajelor care să permită o departajare pe criterii obiective a candidaturilor, metodologie a cărei necesitate rezultă cu prisosință

având în vedere mențiunea din fișa de date a achiziției potrivit căreia selectarea se face în ordinea descrescătoare a punctajelor.

Prin urmare, nu se poate reține că au fost respectate rigorile impuse de dispozițiile legale menționate, consecința lipsei metodologiei de calcul a punctajului fiind aceea a unei evaluări subiective a candidaturilor, cum corect a sesizat contestatorul.

De asemenea, se reține a fi întemeiată și critica contestatorului referitoare la cel de al treilea criteriu de selecție, punctat cu 40 de puncte, Consiliul neputând identifica vreun motiv pentru care se acordă punctaj doar dacă operatorul economic a avut calitatea de partener/subcontractant în cadrul unui proiect, nu și dacă a avut calitatea de contractant unic, calitate care face dovada unei experiențe superioare și care ar reprezenta un avantaj pentru autoritatea contractantă. Motivația pentru care s-a procedat astfel nu se regăsește nici în notele justificative invocate de autoritatea contractantă și nici în punctul de vedere referitor la contestație.

Verificând temeinicia și ultimei critici din contestație, respectiv cea conform căreia autoritatea contractantă nu detaliază criteriile de acordare a punctajului, fapt ce reprezintă, în opinia contestatorului, o încălcare a dispozițiilor art.199 alin.3 din ordonanța de urgență, Consiliul constată următoarele:

După cum rezultă din anunțul de participare nr. 4/29.12.2010 și fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a optat pentru criteriul de atribuire „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, stabilind următorii factori de evaluare: „oferta financiară” cu o pondere de 30% și oferta tehnică cu o pondere de 70%.

Pentru evaluarea propunerii tehnice, au fost stabiliți următorii subfactori de evaluare:

-detalierea etapelor și a activităților și utilizarea resurselor pentru fiecare etapă, în raport cu necesitatea atingerii rezultatelor – 20 puncte;

-planificarea, succesiunea și durata activităților pentru fiecare expert în cadrul echipei de implementare – 10 puncte;

-modul de alcătuire a echipelor de proiect, demonstrarea faptului că este asigurată coordonarea între experți, coordonarea între experți și echipa de management – 20 puncte;

-prezentarea graficului în funcție de necesitățile activității de implementare a proiectului pentru atingerea rezultatelor optime în conformitate cu graicul de implementare – 10 puncte;

-descrierea metodologiei pentru activitatea de raportare și monitorizare și elementele cheie de succes în vederea respectării

reglementărilor în vigoare pentru a optimiza ciclul de verificare a tuturor activităților – 20 puncte;

-analiza și gestiunea riscului în vederea eliminării factorilor perturbatori pe durata implementării proiectului – 20 puncte.

Dispozițiile art. 199 alin.3 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, stabilesc faptul că „(...) *autoritatea contractantă are obligația de a preciza, în mod clar și detaliat, în documentația de atribuire factorii de evaluare a ofertei cu ponderile relative ale acestora sau algoritmul de calcul, pecum și metodologia concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți. (...)*”

Față de conținutul acestui articol, Consiliul constată că nu a fost stabilită o metodologie concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta dintr-o ofertă în raport cu alta, respectiv pentru fiecare dintre subfactorii de evaluare nu s-au indicat criteriile obiective pe baza cărora să se acorde punctajele, ci criteriile care permit membrilor comisiei de evaluare să facă aprecieri subiective asupra informațiilor din oferte. Spre exemplu, în cazul subfactorului de evaluare „detalierea etapelor și a activităților și utilizarea resurselor pentru fiecare etapă, în raport cu necesitatea atingerii rezultatelor”, s-a stabilit că se acordă 20 puncte, fără a se indica ce anume, concret, trebuie prezentat în ofertă pentru a se obține 20 de puncte și pe baza cărei formule de calcul se vor acorda 19, 18, 17 sau mai puține puncte, altor oferte.

Aceleași aspecte se rețin și în cazul celorlalți subfactori de evaluare în care se folosesc noțiuni ca planificarea, modul de alcătuire a echipelor, prezentarea graficului în funcție de necesitățile activității, noțiuni de natură a permite acordarea de punctaje pe baza unor aprecieri subiective, care nu oferă posibilitatea unui control ulterior a corectitudinii acordării acestuia.

În consecință, nu se poate considera că autoritatea contractantă a stabilit o metodologie de calcul a punctajului cu respectarea dispozițiilor imperative ale articolului menționat, dar și ale art.14 alin.2 din H.G. nr. 925/2006 cu modificările ulterioare, dispoziții stabilite în scopul asigurării transparenței și integrității procesului de achiziție publică.

Imperativul impus de dispozițiile susenunțate, nu este respectat de autoritatea contractantă nici ca urmare a clarificării din 18.01.2011, detalierea efectuată ca și prevederile de la punctul „Detalii privind aplicarea algoritmului de calcul pentru Oferta tehnică” nefiind de natură să înlăture aprecierile de ordin subiectiv pe care le vor face membrii comisiei de evaluare, cu ocazia acordării punctajelor.

Față de dispozițiile art. 199 alin. 3 teza ultimă din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, potrivit cărora „(...) *Factorii de evaluare cu ponderile relative ale acestora sau algoritmul de calcul, precum și metodologia de punctare a avantajelor trebuie să aibă legătură concretă cu specificul contractului și, după ce au fost stabiliți, nu se pot schimba pe toată durata de aplicare a procedurii de atribuire.*”, și având în vedere, totodată, că procedura de atribuire a fost continuată de autoritatea contractantă, Consiliul constată că măsura care se impune este aceea a anulării procedurii de atribuire.

Capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la „reformularea documentației de atribuire”, în concordanță cu legislația în vigoare, va fi respins, ca inadmisibil, având în vedere că inițierea unei noi proceduri de atribuire este o decizie care aparține autorității contractante.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art. 278 alin. 2, 5 și 6 din O.U.G. nr.34/2006 cu modificările ulterioare, Consiliul va admite contestația și va anula procedura de atribuire. Capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la „reformularea documentației de atribuire”, va fi respins, ca inadmisibil.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.280 alin.3 din același act normativ.

PREȘEDINTE COMPLET,

▪

MEMBRU,

▪

MEMBRU,

▪

Redactata in 3 exemplare originale, conține 16 (șaisprezece) file.