

DECIZIE

BO2011_0547

Data: .2011

Prin contestația nr. ▫/12.01.2011, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ▫/14.01.2011, formulată de către S.C. ▫ S.R.L., cu sediul în ▫, având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ▫ și Cod Unic de Înregistrare ▫, împotriva documentației de atribuire, emisă de către ▫, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ▫, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată pentru atribuirea contractului având ca obiect „Servicii de consultanță pentru Managementului implementării proiectului <<Reabilitate și schimbare destinație infrastructură pentru servicii sociale în ▫>> aferent Planului Integrat de Dezvoltare a ▫”, s-a solicitat anularea documentației de atribuire și elaborarea unei noi documentații conform prevederilor legale.

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

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

Dispune anularea procedurii de atribuire.

Obligatorie.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația formulată de S.C. ▫ S.R.L., aceasta critică prevederi ale documentației de atribuire solicitând anularea acesteia și elaborarea unei noi documentații de atribuire care să fie întocmită conform prevederilor legale.

O primă critică vizează criteriul de atribuire prevăzut la cap.VII, contestatorul apreciind că sistemul de evaluare lasă loc la interpretări.

În ceea ce privește factorii de evaluare: modul în care ofertantul înțelege obiectivele proiectului și rezultatele așteptate, metodologia de prestare a serviciilor și organizarea și planificarea

În timp a activităților pe durata contractului, contestatorul arată următoarele:

a. este prezentat doar punctajul maxim acordat pe fiecare element în parte, nespecificându-se clar și obiectiv punctajele intermediare, respectiv punctajele minime acordate;

b. sistemul de evaluare prezentat este discutabil, subiectiv, lăsând doar la latitudinea autorității contractante de a stabili conformitatea ofertelor, în funcție de niște criterii doar de ea cunoscute, ceea ce pune mari semne de întrebare asupra transparenței organizării procedurii, respectiv atribuirea contractului de achiziție publică;

c. conform art.199 alin.(2) – Factorii de evaluarea a ofertei pot fi, alături de preț: caracteristici privind nivelul calitativ, tehnic sau funcțional, caracteristici de mediu, costuri de funcționare, raport cost eficiență, servicii post-vânzare și asistență tehnică, termene de livrare sau de execuție, alte elemente considerate semnificative pentru evaluarea ofertelor.

Față de motivele invocate anterior contestatorul consideră factorii de evaluare irelevanți în ceea ce privește eficiența utilizării fondurilor publice.

Contestatorul critică și cerința minimă privind „Capacitatea tehnică și/sau profesională” unde se solicită expert cheie 3 - consilier juridic, cu atestare ca și expert accesare fonduri structurale; expert cheie 4 – responsabil financiar, cu atestare ca și expert accesare fonduri structurale, expert 5 – expert implementare cu atestare ca și expert accesare fonduri structurale.

Cerințele impuse sunt considerate de contestator ca fiind abuzive și restrictive deoarece:

a) autoritatea contractantă solicită deținerea unui consilier juridic, dar prestarea de servicii de consultanță juridică nu poate fi efectuată decât de societăți de profil, formată/fondate de către juriști sau avocați. Nicio societate comercială din România nu are voie să angajeze juriști sau avocați. Nicio societate comercială din România nu are voie să angajeze juriști în scopul de a presta activități de consultanță juridică. Este permis de legislație, după cum susține contestatorul, să angajezi juriști/avocați doar pentru necesitățile propriei firme și nu pentru a presta servicii, fapt demonstrat și de către încadrarea activității juridice în cadrul meseriilor liberale;

b) atestarea ca expert accesare fonduri structurale solicitată pentru consilier juridic, responsabil financiar și pentru expert implementare nu este justificată și nu face obiectul contractului. Consilierul juridic implicat în echipa proiectelor de acest tip trebuie să aibă experiență profesională și bune cunoștințe de

drept civil, drept comercial, dreptul muncii și cunoștințe temeinice în domeniul achizițiilor publice, pentru a asigura în condiții legale buna desfășurare a proiectului, condiția mai sus menționată nu se justifică și nu face obiectul contractului. Responsabilul financiar implicat în echipa proiectelor de acest tip, în opinia contestatorului, trebuie să fie licențiat al unei facultăți cu profil economic sau tehnic și să aibă experiență profesională relevantă în domeniu. Atestarea acestora ca și experți accesare fonduri structurale reprezintă criterii total restrictive, nefondate și abuzive, susține contestatorul.

O altă critică se referă la cerința de calificare potrivit căreia autoritatea contractantă solicită expert cheie 1 – manager de proiect cu experiență în coordonarea echipelor de implementare și/sau consultanță în managementul proiectului în minim 3 proiecte de infrastructură publică cu finanțare europeană și expert cheie 4 – responsabil financiar cu cel puțin 3 ani experiență profesională ca responsabil financiar în realizarea de analize cost beneficiu și/sau în implementarea proiectelor cu finanțare europeană.

Contestatorul consideră aceste cerințe restrictive, deoarece programul Operațional Regional 2007-2013 este activ în România din anul 2008, an când a început să fie operațional.

În opinia contestatorului, solicitarea ca managerul de proiect să aibă experiență în 3 contracte similare, iar responsabilul financiar să aibă 3 ani experiență pe proiecte cu finanțare, pe parcursul a 2 ani (2008-2009) este restrictivă și dedicată anumitor firme.

La cap. V.4) se solicită „prezentarea a maxim 3 contracte de servicii (management de proiect) cu finanțare europeană având o valoare de minim 400.000 lei fără TVA”.

Cu privire la cerința menționată anterior contestatorul consideră că aceasta este personalizată și irelevantă, solicitarea acesteia nu prezintă, în opinia sa, relevanță în demonstrarea capacității tehnico-profesionale a unui ofertant. Documentele și criteriul minim impus, restrictiv ridică mari semne de întrebare, susține contestatorul.

Capacitatea tehnico-profesională a unui ofertant este dovedită de competența personalului responsabil de contract și nu informațiile din documente care pot fi fabricate oricând, și acceptate de oricine.

Este criticată și cerința prevăzută la cap.V.3) potrivit căreia autoritatea contractantă solicită „realizarea unei cifre anuale de afaceri de cel puțin 800.000 lei”.

În susținerea criticii contestatorul arată că potrivit art.185 lit.c) „Demonstrarea situației economice și financiare” se

realizează, după caz, prin prezentarea unuia sau mai multor documente relevante, respectiv declarații privind cifra de afaceri globală sau, dacă este cazul, privind cifra de afaceri în domeniul de activitate aferent obiectului contractului într-o perioadă anterioară, care vizează activitatea din cel mult trei ani, în măsura în care informațiile respective sunt disponibile, în acest ultim caz autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare și data la care operatorul economic a fost înființat sau și-a început activitatea comercială.

Articolul susmenționat prevede declararea cifrei de afaceri globale pe ultimii trei ani, dar nu și faptul că cifra de afaceri poate fi impusă de autoritatea contractantă, susține contestatorul.

Contestatorul critică și cerința prevăzută la cap.V.3) unde se solicită ca „profitul anual net al ofertantului pentru fiecare din anii 2007, 2008 și 2009 trebuie să fie pozitiv”, cerință considerată restrictivă și irelevantă pentru procedura în cauză, deoarece modul de prestare a serviciilor, capacitatea de a duce la bună îndeplinire contractul nu are nicio legătură cu profitul ultimilor trei exerciții financiare a ofertantului.

Concluzionând, contestatorul consideră că prin documentația de atribuire i-a fost îngădit dreptul de a participa la licitație, deoarece conținutul acesteia prevede elemente discriminatorii.

Prin caietul de sarcini, susține contestatorul, s-au încălcat prevederile art. 179 din O.U.G. nr. 34/2006, nerespectându-se principiul proporționalității în stabilirea criteriilor de calificare și selecție, iar forma în care a fost elaborată documentația lasă loc de interpretări, favorizând atribuirea preferențială a contractului.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. 24/24.01.2011, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 26/26.01.2011, în calitate de autoritate contractantă, consideră contestația neîntemeiată.

Cu privire la modalitatea de acordare a punctajului fiecărei oferte în parte autoritatea contractantă arată că aceasta este stabilită în fișa de date a achiziției la „Detalii de evaluare a ofertelor” unde este prezentat algoritmul de calcul.

Sistemul de evaluare prezentat a fost folosit și de către alte autorități contractante în vederea atribuirii unor contracte având ca obiect servicii de consultanță pentru managementul implementării unor proiecte ce urmează a fi realizate din fonduri europene nerambursabile și au fost atribuite în baza unui astfel de sistem de evaluare.

Dispozițiile art.199 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, citat de către contestatoare prevăd ca „factorii de evaluare a ofertei pot fi alături de preț: caracteristici privind nivelul cantitativ, tehnic ...”, iar factorii de evaluare stabiliți prin documentația de atribuire, au

drept scop relevarea, atât a nivelului calitativ cât și tehnic a ofertelor, după cum susține autoritatea contractantă.

Autoritatea contractantă consideră că acești factori de evaluare au relevanță și în ceea ce privește eficiența utilizării fondurilor publice întrucât, prin aceasta are siguranța că ofertantul câștigător, știe teoretic și înțelege ce are de făcut practic, pentru implementarea unui proiect, astfel încât să nu fie pusă în situația să constate, la un moment dat, că implementarea proiectului nu este corect efectuată, cu eventuale întârzieri în derularea contractului, să fie pusă în situația de a rezilia contractul, pe parcursul derulării acestuia, sau să constate ineficiența prestatorului, ceea ce ar constitui o ineficiență a utilizării fondurilor publice.

În ceea ce privește personalul cheie obligatoriu pentru susținerea capacității profesionale, autoritatea contractantă apreciază că având în vedere natura, complexitatea și sursele de finanțare ale serviciilor ce urmează a fi prestate, pentru implementarea proiectului este nevoie de o echipă de profesioniști, cu experiență în domeniu și cu atribuții clare în cadrul echipei.

Managerul de proiect răspunde de planificare, evaluarea / diagnosticul stadiului proiectului, informarea și documentarea, supravegherea și realizarea activităților. Acesta are funcția de coordonare și conducere a membrilor echipei de proiect, răspunde de măsurile de asigurare a calității proiectului și de informare și pregătirea deciziilor echipei de conducere a proiectului.

Responsabilul pe probleme de achiziții publice verifică buna desfășurare a achizițiilor publice necesare implementării contractului de finanțare.

Consiliul juridic are rolul de verifica legalitatea întocmirii documentației aferente proiectului respectiv a procedurilor de achiziție publică, și nu numai, a concordanței dintre documentele întocmite în procesul de implementare și cererea de finanțare, pe parcursul procesului de implementare a proiectului, și de a superviza, din punct de vedere legal, activitatea echipei de management.

Responsabilul financiar colaborează cu membrii echipei de management a proiectului, verifică și avizează rapoartele financiare întocmite de aceasta, verifică și aprobă conținutul cererilor de rambursare și al documentelor justificative, face raportări către coordonatorul de proiect cu privire la stadiul financiar al proiectului.

Expert implementare, acesta realizează cererile de rambursare și asigură implementarea proiectului.

Autoritatea contractantă consideră că pentru o bună desfășurarea a activității de implementare a proiectului toți experții cheie trebuie să aibă o experiență în implementarea proiectelor similare, având în vedere sursele de finanțare, complexitatea și valoarea mare a proiectului ce urmează a fi implementat.

Cu privire la punctul 4 din contestație, respectiv prezentarea ca experiență similară a maxim 3 contracte de servicii (management de proiect) cu finanțare europeană având o valoare de minim 400.000 lei, fără TVA, autoritatea contractantă arată că în fișa de date a achiziției nu este menționată nicio valoare, motiv pentru care consideră că S.C. ▪ S.R.L. se află în eroare cu privire la acest punct.

În ceea ce privește punctul 5 din contestație, respectiv solicitarea de la cap.V.3) „realizarea în ultimii 3 ani a unei cifre de afaceri de cel puțin 800.000 lei”, autoritatea contractantă consideră, cu privire la acest punct că S.C. ▪ S.R.L. se află în eroare, întrucât, prin fișa de date nu s-a impus un minim al cifrei de afaceri.

Referitor la cerința ca profitul anual net al ofertantului, pentru fiecare din anii 2007, 2008 și 2009 să fie pozitiv, autoritatea contractantă susține că dorește să verifice dacă ofertanții desfășoară o activitate constantă și profitabilă, ceea ce demonstrează performanțele operatorilor economici, capacitatea acestora de a-și coordona activitatea, și de a susține, din punct de vedere financiar, desfășurarea activității, având în vedere faptul că nu există posibilitatea acordării unui avans din partea autorității contractante.

În finalul punctului de vedere autoritatea contractantă arată că serviciile sunt finanțate prin Programul Operațional Regional 2007-2013, iar pentru îndeplinirea contractului în bune condiții ofertanții trebuie să îndeplinească toate cerințele minime de calificare, pentru a avea premisele îndeplinirii în bune condiții a managementului implementării proiectului, cerințe care, în opinia sa, nu sunt restrictive.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

▪, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului având ca obiect „Servicii de consultanță pentru Managementului implementării proiectului <<Reabilitate și schimbare destinație infrastructura pentru servicii sociale în ▪>> aferent Planului Integrat de Dezvoltare a ▪”. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP în data de ▪.01.2011 anunțul de participare nr. ▪, criteriul de atribuire

stabilit fiind „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”.

Valoarea estimată a contractului de lucrări, prevăzută în anunțul de participare, este de 18.000 lei, fără TVA.

Analizând pe fond criticile formulate de S.C. ▪ S.R.L., Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de modul în care autoritatea contractantă a întocmit documentația de atribuire.

O primă critică vizează factorii de evaluare, stabiliți în aplicarea criteriului de atribuire, factori prevăzuți la punctul 2, 3 și 4 din fișa de date a achiziției.

În fișa de date, Cap.VII. „Criterii de atribuire” autoritatea contractantă a stabilit următorii factori de evaluare, respectiv:

„2. MODUL ÎN CARE OFERTANTUL ÎNȚELEGE OBIECTIVELE PROIECTULUI ȘI REZULTATELE AȘTEPTATE

2a) prezentarea aspectelor considerate de către ofertant ca fiind esențiale pentru obținerea rezultatelor așteptate ale contractului și atingerea obiectivelor acestuia, însoțită de comentarii relevante. 6 puncte.

2b) identificarea, descrierea și argumentarea riscurilor care pot afecta execuția contractului. 7 punct.

2c) recomandări de reducere/eliminare a riscurilor identificate, fără a se afecta cerințele caietului de sarcini. 7 puncte.

3. METODOLOGIA DE PRESTARE A SERVICIILOR

3a) descrierea detaliată a etapelor propuse de ofertant pentru realizarea activităților, în vederea îndeplinirii contractului, inclusiv punctele de referință, precum și rezultatele și documentele ce trebuie prezentate pentru fiecare activitate. 5 puncte.

3b) definirea atribuțiilor și responsabilităților experților pentru ducerea la îndeplinire în cele mai bune condiții a activităților și obținerea rezultatelor așteptate. 5 puncte.

3c) descrierea facilităților suport (resurse tehnice, logistice, administrative etc.) pe care ofertantul le pune la dispoziție în scopul realizării activităților propuse. 5 puncte.

4. ORGANIZAREA ȘI PLANIFICAREA ÎN TIMP A ACTIVITĂȚILOR PE DURATA CONTRACTULUI

4a) planificarea, succesiunea și durata activităților și etapelor, luându-se în considerare și timpul necesar pentru mobilizare (grafic Gantt), cu evidențierea momentelor semnificative ale proiectului și utilizarea resurselor pentru fiecare etapă, în raport cu necesitatea atingerii rezultatelor. 5 puncte.

4b) modul de alocare a zilelor de lucru pentru experți, pe întreaga perioadă de derulare a contractului (tabel anexa VI). 5 puncte.

4c) numărul de specialiști implicați în realizarea activităților, cu asigurarea și demonstrarea faptului că sunt asigurate toate expertizele necesare pentru realizarea activităților. 5 puncte”.

Consiliul constată că pentru fiecare subfactor de evaluare autoritatea contractantă a prevăzut detalii privind aplicarea algoritmului de calcul.

Pentru subfactorul 2a) autoritatea contractantă a stabilit următoarele:

„Punctajul obținut la acest factor de către un ofertant se va calcula astfel:

- pentru numărul maxim de **aspecte esențiale relevante și justificate** (în conformitate cu cerințele caietului de sarcini) se acordă 6 puncte;

- pentru un număr mai mic de aspecte esențiale, punctajul se calculează procentual:

$$\text{Punctaj maxim} = \text{Nr. maxim de aspecte esențiale relevante} = 6 \text{ puncte}$$

$$\text{Punctaj } X = \text{Nr. aspecte esențiale relevante} / \text{Nr. maxim aspecte esențiale relevante} \times 6 = X \text{ puncte.}$$

Se vor contabiliza numai acele aspecte esențiale incluse în ofertă, care sunt justificate corespunzător cu rezultatele așteptate ale proiectului”.

Analizând modul de calcul în care comisia de evaluarea urmează a acorda cele 6 puncte, Consiliul constată că, deși autoritatea contractantă a stabilit un algoritm de calcul și a detaliat modul în care se va aplica acesta, în încercarea de a respecta dispozițiile art.199 alin.(3) din O.U.G. nr. 34/2006, acordarea punctelor se va face pentru prezentarea unor informații care nu pot fi stabilite în mod precis.

Formularea „se vor contabiliza toate aspectele esențiale incluse în ofertă” pun operatorii economici în situația de nu putea înțelege care sunt aspectele esențiale ce urmează a fi punctate și mai ales nu pot să cunoască, pe baza informațiilor furnizate de către autoritatea contractantă, care este modalitatea în care pot obține maximum de puncte, având în vedere că cele 6 puncte se obțin „pentru numărul maxim de aspecte esențiale relevante și justificate”.

Prin urmare, modul în care a fost prezentată detalierea acestui subfactor de evaluare lasă la latitudinea ofertantului stabilirea „aspectelor esențiale relevante” aspecte care pot să nu fie considerate de către membrii comisiei de evaluare esențiale și relevante, creându-se astfel premisele acordării unui număr de

puncte în funcție de convingerea personală a fiecărui membru din comisia de evaluare.

Analizând un alt subfactor de evaluare, respectiv cel stabilit la punctul 3b), Consiliul constată că, pentru acesta, autoritatea contractantă a stabilit următoarea modalitate de acordare a celor 5 puncte:

*„Se vor acorda 5 puncte **pentru definirea atribuțiilor și responsabilităților** tuturor experților propuși de fiecare ofertant, în scopul ducerii la îndeplinire în bune condiții a activităților și, respectiv, pentru obținerea rezultatelor așteptate.*

Oferta care va defini atribuțiile și responsabilitățile tuturor experților propuși (NMA – număr maxim de atribuții) va obține maximul de puncte.

NAX – număr de atribuții identificate de ofertant;

Pentru ofertele care nu vor defini atribuțiile și responsabilitățile pentru toți experții (NAX), punctajul se calculează procentual astfel:

Punctaj $X = (NAX/NMA) \times 5 = X$ puncte”.

Ca și în cazul subfactorului 2a) autoritatea contractantă a stabilit acordarea celor 5 puncte în mod subiectiv, respectiv pentru „număr de atribuții identificate de ofertant”, lăsând și de această dată ofertantul să stabilească care sunt atribuțiile, însă se va puncta și cu maximum de puncte „Oferta care va defini atribuțiile și responsabilitățile tuturor experților propuși (NMA – număr maxim de atribuții)”.

Prin urmare, în formula de calcul intră atât numărul de atribuții identificate de ofertant cât și modul în care sunt definite atribuțiile și responsabilitățile tuturor experților, elemente care conduc la acordarea punctelor în mod subiectiv, în speță în funcție de modul în care membrii comisiei de evaluare apreciază definițiile date de ofertant atribuțiilor și responsabilităților pentru experți.

Din modul în care este prezentat algoritmul de calcul nu rezultă câte puncte primește o ofertă care conține definirea atribuțiilor și responsabilităților doar pentru o parte din experți și nu pentru toți, pentru a da posibilitatea ofertantului să facă un calcul al punctelor ce urmează să le obțină, dacă definește, spre exemplu, atribuțiile și responsabilitățile pentru 8 din 10 experți, pentru ca punctele astfel obținute pentru NAX să intre formula de calcul prezentată de autoritatea contractantă, și să obțină punctajul final pentru subfactorul 3b).

Mai mult, Consiliul va reține că prin punctarea unor definiții (pentru atribuții și responsabilități) autoritatea contractantă încalcă dispozițiile art.15 alin.(2) lit.b), în sensul că acest subfactor de evaluare „*nu reflectă un avantaj real și evident pe*

care autoritatea contractantă îl poate obține prin utilizarea factorului de evaluare respectiv”.

Consiliul va analiza un alt subfactor de evaluare, respectiv cel prevăzut la punctul 4a) al factorului de evaluare nr.4 „Organizarea și planificarea în timp a activităților pe durata contractului” .

Pentru acesta autoritatea contractantă a stabilit următoarea modalitate de acordare a celor 5 puncte, respectiv:

„Se vor acorda 5 puncte ofertei care prezintă detaliat planificarea, succesiunea și durata activităților în corelație cu utilizarea resurselor pentru fiecare activitate și care stabilește jaloane proprii de monitorizare a progresului în ceea ce privește atingerea obiectivelor contractului (NPM).

Pentru ofertele care nu vor prezenta detaliat planificarea, succesiunea și durata activităților corelat cu utilizarea resurselor pentru fiecare activitate, precum și jaloane proprii de monitorizare (NPX), punctajul se calculează procentual astfel:

Punctaj $X = (NPX/NPM) \times 5 = X$ puncte, unde:

NPM – oferta care prezintă planificarea cea mai detaliată;

NPX – ofertele care nu prezintă o planificare detaliată”.

Din economia celor două texte rezultă că, în cazul în care ofertantul va prezenta „detaliat planificarea, succesiunea și durata activităților (...)” va primi punctaj maxim, iar în cazul în care detalierea nu va fi considerată, în mod subiectiv, de către membrii comisiei de evaluare ca fiind suficientă, oferta nu va primi punctaj maxim, fără a se cunoaște câte puncte primește în acest caz, puncte care urmează însă a fi introduse în formula de calcul, rezultatul obținut fiind și în acest caz unul bazat pe subiectivismul fiecărui membru al comisiei de evaluare.

Fără a mai analiza punctual și ceilalți subfactori de evaluare, Consiliul constată că toți factorii și subfactorii de evaluare, cu excepția factorului de evaluare „Prețul ofertei”, au fost stabiliți cu încălcarea legislației în materia achizițiilor publice, au un caracter subiectiv, lăsând la latitudinea autorității contractante aprecierea îndeplinirii factorului de evaluare pentru fiecare ofertant în parte.

Astfel, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a respectat prevederile art. 199 alin. (2) din O.U.G nr. 34/2006: *„Factorii de evaluare a ofertei, (...) pot fi, alături de preț: caracteristici privind nivelul calitativ, tehnic sau funcțional, caracteristici de mediu, costuri de funcționare, raportul cost/eficiență, servicii post-vânzare și asistență tehnică, termen de livrare sau de execuție, alte elemente considerate semnificative pentru evaluarea ofertelor”.*

După cum se poate observa, autoritatea contractantă deși a stabilit algoritm de calcul pentru fiecare subfactor de evaluare ai

factorilor de evaluare 2, 3 și 4, acesta nu permite o evaluare corectă, în sensul că în formula de calcul intră un număr de puncte ce urmează a fi stabilit de către fiecare membru al comisiei de evaluare, în mod subiectiv, după cum s-a arătat anterior, dacă se consideră detalierea suficientă (subfactor 4a), dacă definițiile date pentru atribuții și responsabilități vor fi apreciate de către membrii comisiei ca fiind definiții complete (subfactor 3b), etc.

Procedând în acest fel, Consiliul constată că autoritatea contractantă a încălcat următoarele norme legale imperative din O.U.G. nr. 34/2006:

- art. 2 alin. (2) lit. d): principiul transparenței care stă la baza atribuirii contractului de achiziție publică. În speță, autoritatea contractantă nu a asigurat informarea operatorilor economici cu privire la elementele care vor fi punctate în algoritmul de calcul aplicabil factorilor de evaluare 2, 3 și 4. Autoritatea contractantă nu a asigurat informarea operatorilor economici cu privire la înțelesul clar și complet al noțiunilor și sintagmelor „aspecte esențiale relevante”, „prezintă în mod detaliat planificarea”, „se vor contabiliza toate recomandările și strategiile incluse în ofertă” sau „modul în care ofertantul înțelege să planifice și să-și organizeze resursele de timp pentru realizarea optimă a activităților proiectului”, ceea ce face ca algoritmul de comparare și punctare a ofertelor să nu fie unul transparent și clar, astfel încât operatorii economici să știe ce au de prezentat, de descris sau de definit.

Consiliul constată că prin modul în care a fost stabilit algoritmul de calcul pentru unele detalieri, spre exemplu, pentru cele mai complete și altele mai puțin complete, punctele se vor acorda în mod subiectiv. În realitate, prin modul în care s-a întocmit algoritmul de calcul, autoritatea contractantă nu punctează altceva decât capacitatea ofertanților de a prezenta definiții sau modul în care aceștia înțeleg să planifice și să organizeze resursele de timp. Este posibil ca unele detalieri sau definiții ale ofertanților să nu aibă nicio legătură cu contractul care urmează a fi atribuit ori să fie în defavoarea autorității contractante, însă în baza aspectelor gândite de autoritate ele vor trebui punctate;

- art. 33 alin. (1): „autoritatea contractantă are obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire”. În cazul de față

informațiile nu sunt în măsură să permită o informare completă și corectă cu privire la realizarea evaluării;

- art. 199 alin. (3): „[...] *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, precum și metodologia concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice [...]*”. În speță autoritatea contractantă nu a stabilit în documentație un algoritm de calcul cu o metodologie concretă de punctare pentru factorii de evaluare 2,3 și 4, în sensul că nu se poate face o verificare a aspectelor ce vor fi punctate, respectiv „aspectele esențiale relevante și justificate” definițiile sau prezentarea detaliată, fără a ne rezuma la acestea.

Punctarea urmează a se face pe baza aprecierii subiective a membrilor comisiei de evaluare, și nu echivalează cu „*metodologia concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice*” cerută expres și imperativ de art. 199 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006. În lipsa unui algoritm de calcul corect, niciunul dintre membrii comisiei de evaluare nu va putea să justifice punctajele acordate. Toate elementele de punctare trebuie să fie clare și cunoscute de ofertanți anterior depunerii și evaluării ofertelor, astfel încât să își poată elabora oferta pentru a obține punctajele maxime, pentru a fi desemnați câștigători.

În speță, autoritatea contractantă nu a stabilit în documentația de atribuire un algoritm de calcul *obiectiv* pentru factorii de evaluare antemenționați iar modalitatea concretă de evaluare și punctare a ofertelor de către comisia de evaluare, nu face posibilă eventuala verificare a corectitudinii pentru care ofertele au primit anumite punctaje. Stabilirea unui algoritm de punctare care are la bază solicitarea unor informații, în mod subiectiv, pentru respectivii factori de evaluare nu își găsește nicio justificare legală și permite acordarea în mod subiectiv a punctajelor. Mențiunile de genul „aspecte esențiale relevante”, „prezintă în mod detaliat planificarea”, „se vor contabiliza toate recomandările și strategiile incluse în ofertă” sau „modul în care ofertantul înțelege să planifice și să-și organizeze resursele de timp pentru realizarea optimă a activităților proiectului”, pe lângă faptul că sunt interpretabile/subiective și nu asigură informarea ofertanților vizavi de evaluarea și punctarea ofertelor, nu echivalează cu „*metodologia concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice*” cerută expres și imperativ de art. 199 alin. (3). Este vădit că aprecierea pe care o vor efectua membrii comisiei în funcție de factorii expuși este una

subiectivă, interzisă de lege, nefiind indicat în ce constă aspectele care să fie descrise de ofertanți.

În soluționarea criticii Consiliul va reține și normele comunitare, în speță Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, transpusă în dreptul intern prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, care prevăd expres că „Atribuirea contractelor trebuie realizată pe baza unor *criterii obiective* care asigură respectarea principiilor de transparență, de nediscriminare și de egalitate de tratament și care garantează aprecierea ofertelor în condiții eficiente de concurență. Pentru a garanta egalitatea de tratament, criteriile de atribuire *trebuie să permită compararea și evaluarea ofertelor în mod obiectiv.*”

Lipsa precizării elementelor concrete ce urmează a fi punctate nu își găsește nicio justificare legală și viciază în întregime rezultatul evaluării, devenind imposibilă verificarea ulterioară a corectitudinii punctării tehnice a ofertelor. Inclusiv prin Convenția Națiunilor Unite împotriva corupției, adoptată la New York la 31 octombrie 2003, semnată de România la Merida în data de 9 decembrie 2003 și ratificată prin Legea nr. 365/2004, se statuează aplicarea unor criterii de evaluare obiective, art. 9 lit. c) din Convenție prevăzând: „*Fiecare stat parte ia, conform principiilor fundamentale ale sistemului său juridic, măsurile necesare pentru a stabili un sistem corespunzător de achiziții publice care să se bazeze pe transparență, concurență și criterii obiective pentru luarea de decizii și care, între altele, să fie eficiente pentru prevenirea corupției. Aceste sisteme, pentru aplicarea cărora se poate ține seama de valori-cadru, prevăd mai ales: [...] c) folosirea criteriilor obiective și predeterminate pentru luarea de decizii privind achizițiile publice, cu scopul de a facilita verificarea ulterioară a aplicării corecte a regulilor sau procedurilor*”.

Aceeași poziție a fost exprimată și în plan comunitar, Curtea de Justiție a Comunităților Europene evidențiind că utilizarea criteriilor de atribuire nu trebuie să furnizeze o libertate necondiționată autorităților contractante, autoritățile trebuind să restrângă această libertate prin fixarea unor criterii specifice, relevante pentru obiectul contractului și *măsurabile* sau, cu alte cuvinte, specific și *obiectiv cuantificabile*.

Din documentele prezentate de autoritatea contractantă reiese că aceasta a întocmit nota justificativă privind „punctajul acordat ofertelor pentru evaluarea acestora” cu nr. 06.01.2011, însă Consiliul constată că autoritatea contractantă a încălcat

prevederile art. 15 alin. (4) din H.G. nr. 925/2006 în sensul că nu există nici o justificare a modului în care a fost stabilit punctajul pentru factorii și subfactorii de evaluare contestați.

Ținând cont de faptul că potrivit art. 199 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006 „(...) factorii de evaluare cu ponderile relative ale acestora, algoritmul de calcul, precum și metodologia de punctare a avantajelor trebuie să aibă legătura concretă cu specificul contractului și, după ce au fost stabiliți, nu se pot schimba pe toată durata de aplicare a procedurii de atribuire”, precum și faptul că încălcarea dispozițiilor legale evocate afectează procedura de atribuire, modificarea acestora aducând atingere principiilor achizițiilor publice (transparență și tratament egal), Consiliul constată că, în speță, nu pot fi adoptate măsuri de remediere care să permită continuarea procedurii de atribuire. Stabilirea unor factori și subfactori de evaluare în cadrul documentației de atribuire a căror metodologie concretă de punctare este formată din elemente ce urmează a fi punctate în mod subiectiv de către membrii comisiei de evaluare, constituie motiv de anulare a procedurii de atribuire.

Pentru motivele reținute anterior Consiliul va reține caracterul fondat al criticii referitor la factorii de evaluare stabiliți de autoritatea contractantă în prezenta procedură de atribuire.

Consiliul va analiza și critica referitoare la cerința minimă de calificare potrivit căreia ofertantul trebuie să dispună de expert cheie, consilier juridic, responsabil financiar și expert implementare, toți aceștia cu atestare ca și expert accesare fonduri structurale.

Referitor la cerința susmenționată, Consiliul reține următoarele:

În fișa de date a achiziției, la cap. V.4. – „Capacitatea tehnică și/sau profesională” Informații privind capacitatea tehnică, se solicită „Expert cheie 3 – Consilier juridic”, „Expert cheie 4 – Responsabil financiar” și „Expert cheie 5 – Expert implementare”, fiecare dintre aceștia trebuie să dețină „Atestare ca și expert accesare fonduri structurale”.

Prin raportare la dispozițiile art. 179 din O.U.G. nr. 34/2006 potrivit cărora *„Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, iar aceste criterii trebuie să aibă o legătură concretă cu obiectul contractului care urmează a fi atribuit. În acest sens, nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigențele*

specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia”, Consiliul constată că cerințele de calificare criticate nu sunt restrictive acestea fiind stabilite în conformitate cu dispozițiile legale.

În acest sens vor fi reținute și dispozițiile art. 8 alin.(1) din H.G. nr. 925/2006 potrivit cărora *„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 să fie atribuit;

b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit”.

Consiliul va reține că cerințele de calificare privind existența celor trei experți precum și atestarea acestora ca expert accesare fonduri structurale prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului și nu sunt disproporționate, motiv pentru care critica va fi reținută ca fiind nefondată.

Un alt aspect criticat de către contestator îl constituie cerința potrivit căreia managerul de proiect și responsabilul financiar trebuie să dovedească *„Experiență în implementarea și/sau realizarea a cel puțin unei documentații tehnico-economice pentru un proiect de infrastructură publică cu finanțare europeană”.*

Consiliul nu va reține cerința ca fiind restrictivă sub aspectul tipului de finanțare, respectiv finanțare europeană, având în vedere că potrivit Cap.Id. din fișa de date a achiziției „Sursa de finanțare” este de 85% „Fonduri europene (FEARD)” 13% „Buget de stat” și 2% „Buget local”, obiectul contractului constituindu-l servicii de consultanță pentru managementul implementării unui proiect finanțat din fonduri europene în procent de 85%.

Criticile contestatorului referitoare la cerințele prevăzute la Cap.V.4) și Cap.V.3) potrivit cărora, după cum susține contestatorul, se solicită *„prezentarea a maxim 3 contracte de servicii (management de proiect) cu finanțare europeană având o valoare de minim 400.000 lei, fără TVA” și „realizarea unei cifre anuale de afaceri de cel puțin 800.000 lei”* vor fi reținute ca nefondate.

În luarea unei astfel de decizii Consiliul reține că niciuna dintre cele două cerințe nu se regăsește în fișa de date a achiziției în forma invocată de către contestator.

Potrivit fișei de date a achiziției cerința prevăzută la Cap.V.4) are următorul conținut *„Ofertanții vor face dovada derulării în ultimii 3 ani a unu – maxim 3 contracte de servicii pentru implementarea de proiecte de infrastructură publică finanțate din fonduri nerambursabile europene, din care:*

- unu maxim 3 contracte de servicii (management de proiect) cu finanțare europeană.
- *cel puțin un contract finanțat din fonduri nerambursabile europene finalizat”.*

Din conținutul acestuia se poate observa, pe de o parte, că autoritatea contractantă nu a solicitat ca valoarea acestui contract să fie de minim 400.000 lei, fără TVA.

Pe de altă parte, susținerile contestatorului potrivit cărora cerința este restrictivă deoarece „capacitatea tehnico-profesională a unui ofertant este dovedită de competența personalului responsabil de contract și nu după informațiile din documente care pot fi fabricate oricând, acceptate de oricine”, nu vor fi primite având în vedere că un astfel de demers al unui ofertant poate fi sancționat cu eliminarea din cadrul procedurii de atribuire, în urma verificării de către comisia de evaluare a veridicității informațiilor prezentate, în speță contractele de servicii depuse în dovedirea experienței similare.

În ceea ce privește cerința referitoare la cifra de afaceri Consiliul constată că, potrivit fișei de date a achiziției, Cap.V.3) „Situția economico-financiară” autoritatea contractantă nu a stabilit o astfel de cerință, critica dovedindu-se nefondată, așa cum s-a reținut și anterior.

S.C. ▪ S.R.L. critică și cerința de calificare potrivit căreia profitul înregistrat în ultimii trei ani trebuie să fie pozitiv.

Cu privire la aceasta Consiliul reține următoarele:

Prin fișa de date a achiziției, cap. V.3) – Situația economico-financiară, Informații privind situația economico-financiară, se solicită: *„Profitul anual net al ofertantului pentru fiecare din anii 2007, 2008 și 2009 trebuie să fie pozitiv – se vor prezenta copii ale bilanțurilor contabile prescurtate pe ultimii 3 ani (2007, 2008 și 2009) sau pe perioada de la înființare”.*

Conform art. 185 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, *„Demonstrarea situației economice și financiare se realizează, după caz, prin prezentarea unuia sau mai multor documente relevante, cum ar fi:*

a) declarații bancare corespunzătoare sau, după caz, dovezi privind asigurarea riscului profesional;

b) bilanțul contabil sau extrase de bilanț, în cazul în care publicarea acestor bilanțuri este prevăzută de legislația țării în care este stabilit ofertantul/candidatul;

c) declarații privind cifra de afaceri globală sau, dacă este cazul, privind cifra de afaceri în domeniul de activitate aferent obiectului contractului într-o perioadă anterioară, care vizează activitatea din cel mult ultimii trei ani, în măsura în care informațiile respective sunt disponibile; în acest ultim caz

autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare și data la care operatorul economic a fost înființat sau și-a început activitatea comercială”.

După cum se poate observa, legislația privind achizițiile publice nu prevede obligația ca bilanțul contabil să aibă rezultat pozitiv.

Astfel, Consiliul apreciază că prin cerința antemenționată sunt încălcate dispozițiile art. 178 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006 care prevăd că *„Autoritatea contractantă nu are dreptul de a solicita îndeplinirea unor cerințe minime referitoare la situația economică și financiară și/sau la capacitatea tehnică și profesională, care ar conduce la restricționarea participării la procedura de atribuire”.*

La stabilirea criteriilor de calificare și selecție, autoritatea contractantă are obligația, potrivit dispozițiilor art. 179 din O.U.G. nr. 34/2006, *„de a respecta principiul proporționalității (...) iar aceste criterii trebuie să aibă o legătură concretă cu obiectul contractului care urmează a fi atribuit. În acest sens, nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia”.*

Analizând Nota justificativă nr. 4/06.01.2011 privind alegerea criteriilor de calificare în cadrul procedurii atribuire a contractului de achiziție publică, prevăzută la art. 8 alin. (2) din H.G. nr. 925/2006 potrivit căreia *„atunci când impune cerințe minime de calificare referitoare la situația economică și financiară ori la capacitatea tehnică și/sau profesională, astfel cum este prevăzut la art. 178 alin. (1) din ordonanța de urgență, autoritatea contractantă trebuie să fie în măsură să motiveze aceste cerințe, elaborând în acest sens o notă justificativă care se atașează la dosarul achiziției”*, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a respectat prevederile art. 15 alin. (4) în sensul că nu există nicio justificare a solicitării ca ofertantul să demonstreze că a înregistrat profit în ultimii trei ani, iar dacă ofertantul nu a înregistrat profit urmează să fie descalificat.

Prin punctul de vedere transmis Consiliului, autoritatea contractantă a motivat impunerea cerinței în discuție ca nefiind restrictivă, având în vedere faptul că *„dorește să verifice dacă ofertanții desfășoară o activitate constantă și profitabilă, ceea ce demonstrează performanțele operatorilor economici, capacitatea acestora de a-și coordona activitatea, și de a susține, din punct de vedere financiar, desfășurarea activității, având în vedere*

faptul că nu există posibilitatea acordării unui avans din partea autorității contractante”, afirmații care conduc la concluzia că ofertantul trebuie să presteze serviciile din surse proprii, în speță din profit, fiind excluși astfel din cadrul prezentei proceduri ofertanții care nu au înregistrat profit, deși pot duce la îndeplinire un astfel de contract.

Cerința autorității contractante, contestată prin prezenta, respectiv ca rezultatul financiar să fie pozitiv, este excesivă, fiind lipsit de relevanță faptul că un operator economic a avut sau nu profit în perioada respectivă, în situația în care, la acest moment poate face dovada capacității sale tehnice și profesionale de a realiza contractul (acesta fiind un eveniment viitor și de durată). Pe cale de consecință, Consiliul constată temeinicia criticii formulate de S.C. ▪ S.R.L., aceasta urmând a fi admisă.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul admite contestația formulată de către S.C. ▪ S.R.L., în contradictoriu cu ▪.

Întrucât criticile formulate de către S.C. ▪ S.R.L. vizând factorii de evaluare și algoritmul de calcul sunt întemeiate, Consiliul stabilește că, în speță, nu pot fi adoptate măsuri de remediere, deoarece algoritmul de calcul nu mai poate fi modificat, iar factorii de evaluare *nu se pot schimba pe toată durata de aplicare a procedurii de atribuire*, potrivit prevederilor art. 199 alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006, fără a fi afectate principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din ordonanța mai sus menționată. Totodată, dat fiind că încălcarea prevederilor legale evocate afectează procedura de atribuire și având în vedere imposibilitatea continuării acesteia, Consiliul urmează să decidă, pe cale de consecință, anularea procedurii, conform art. 278 alin. (6) din O.U.G. nr. 34/2006.

Conform prevederilor art. 280 alin. (3) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, decizie este obligatorie.

PREȘEDINTE COMPLET,

▪

MEMBRU COMPLET,

▪

MEMBRU COMPLET,

▪

Redactat în patru exemplare originale, conține 18 (optsprezece) file.