



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos, nr.6, Sector 3, ..., România, CIF 20329980, CP 030084

Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, + 4 021.8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006 consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ..., formulată de către S.C. ...S.R.L., cu sediul în ..., Str. ..., județul ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ...și CIF ..., împotriva fișei de date a achiziției, elaborată de către ...S.A., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., B-dul ..., în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de servicii, având ca obiect „Consultanță în domeniul managementului execuției și pentru verificarea execuției lucrărilor de construcții și instalații – aferentă proiectelor de «Reabilitarea liniei de cale ferată ...-..., componentă a ...pentru circulația trenurilor cu viteza maximă de 160 km/h», secțiunea ...-... și ...-...”, s-a solicitat remedierea în mod corespunzător a fișei de date.

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ..., formulată de către ..., cu sediul în ..., Str. ..., ..., prin ..., cu sediul în ..., B-dul ..., împotriva adresei nr. ..., emisă de ...S.A., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri, având ca obiect Răspuns 1 clarificări pentru procedura de achiziție în cauză, s-a solicitat:

- anularea adresei nr. ...;
- obligarea autorității contractante la emiterea unui răspuns la solicitarea de clarificări, în sensul că ... nu se află în conflict de interese față de procedura menționată.

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ..., formulată de către ...S.A., cu sediul în ..., ..., înscrisă în Registrul Persoanelor Juridice și la Autoritatea Fiscală cu nr. ..., împotriva documentației de atribuire, emisă de ...S.A., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri, s-a solicitat:

- obligarea autorității contractante la completarea documentației de atribuire și la stabilirea unei noi date limită pentru depunerea ofertelor, cu respectarea prevederilor art. 71 din O.U.G. nr. 34/2006;

- elaborarea unei fișe tehnice detaliată care să permită analiza și cuantificarea competenței tehnice a ofertanților și departajarea lor pe baza unor criterii nepărtinitoare;

- elaborarea unei formule de evaluare clasică pentru serviciile de consultanță, cu ponderea ofertei tehnice (80%);

- instituirea obligației ofertantului de a furniza documente contabile justificative pentru alcătuirea onorariilor, pentru a se evidenția dacă unii dintre aceștia practică prețuri de ruinare (dumping), precum și introducerea în documentație a unui mecanism de punere în aplicare a art. 202 alin. (1) și alin. (1¹) din O.U.G. nr. 34/2006.

În temeiul art. 273 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, cele trei contestații au fost conexe.

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

DECIDE:

Admite excepția tardivității introducerii contestației ...S.A., invocată de autoritatea contractantă.

Respinge, ca tardiv introdusă contestația formulată de ...S.A., în contradictoriu cu ...S.A.

Admite în parte contestația formulată de S.C. ...S.R.L. în contradictoriu cu ...S.A.

Dispune anularea procedurii de atribuire.

Respinge ca rămas fără obiect, prin anularea procedurii, capătul de cerere privind remedierea fișei de date.

Respinge ca rămasă fără obiect contestația formulată de S.C. în contradictoriu cu ...S.A.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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 formulată, S.C. ...S.R.L. contestă fișa de date a achiziției, elaborată de către ...S.A., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de servicii, având ca obiect „Consultanță în domeniul managementului execuției și pentru verificarea execuției lucrărilor de construcții și instalații – aferentă proiectelor de «Reabilitarea liniei de cale ferată ...-..., componentă a ...pentru circulația trenurilor cu viteza maximă de 160 km/h», secțiunea ...-... și ...-...”, solicitând remedierea în mod corespunzător a fișei de date.

Contestatorul precizează că există cerințe restrictive în fișa de date a achiziției, respectiv:

În cap. III.2.3 a) Capacitatea tehnică și/sau profesională se solicită pentru personal:

Pentru Coordonatorul de echipă se solicită „minim 3 ani experiență în calitate de Coordonator de proiect/echipă - sau în poziții similare (Manager proiect de consultanță/supervizare lucrări de construcții), pentru contracte de servicii de consultanță /supervizare lucrări de construcții sau de reabilitare care au inclus cel puțin trei dintre specialitățile: infrastructură/suprastructură de cale ferată, lucrări de artă căi ferate, instalații de semnalizări, electrificare/energoalimentare, telecomunicații feroviare, lucrări de construcții civile de cale ferată, contracte derulate în conformitate cu prevederile cond. de Contract ...sau similar FIDIC*** (se exclud domeniile tramvai, metrou, transport ușor și transport interurban)”. Contestatorul consideră că solicitarea de a include „cel puțin 3 din specialitățile [...]” este restrictivă, formularea corectă fiind „*Coordonator de proiect/echipă - sau în poziții similare (Manager proiect de consultanță/supervizare lucrări de constr.), pentru contracte de servicii de consultanță/supervizare lucrări de construcții sau de reabilitare CF*”. De asemenea, deoarece domeniul conform ISC (singura instituție din România abilitată să autorizeze personalul cu atribuții în asigurarea calității lucrărilor de construcții)

este - domeniul 4 - Căi ferate, metrou, tramvai. Experiența dobândită pe metrou și tramvai poate fi considerată similară și nu trebuie exclusă, având în vedere similaritatea lucrărilor;

Pentru Asistenții de administrare contract 2 poziții se solicită „*Exp. Specif.: minim 3 ani experiență în calitate de responsabil pentru adm. activit. contr., resp. pt. cantit. măsurători, procesare certif. de plată interim. și finale și ordine de variație*”. Este imposibilă găsirea unei astfel de persoane având în vedere multitudinea de specializări solicitată pentru o singură funcție. Conform FIDIC, responsabilul pentru administrarea activităților în cadrul unui contract este Coordonatorul de proiect (Inginerul Rezident) și nu asistentul; măsurătorile se fac de personal specializat respectiv Inginer Topograf sau Geodez având în vedere complexitatea lucrărilor și, în concluzie, cerința este restrictivă având în vedere multitudinea de calificări solicitate.

Mai mult, se solicită ca persoana respectivă să fi avut exact aceleași sarcini pe care autoritatea contractantă dorește să le îndeplinească în acest contract și nu similare, așa cum ar fi fost normal să se solicite. De asemenea, solicitarea ca persoana respectivă să fie implicată într-un contract de servicii, de asemenea este restrictivă deoarece persoana nu este parte în contract, contractul fiind încheiat între persoane juridice, el având calitatea de angajat și îndeplinirea sarcinilor de servicii. De asemenea, prevederile fișei de date referitoare la obligativitatea includerii celor 3 specialități și a excluderii domeniilor metrou și tramvai și pentru asistenții de administrare contract sunt restrictive, având în vedere cele prezentate anterior.

Pe cale de consecință, contestatorul solicită înlocuirea prevederilor din fișa de date privind experiența similară cu sintagma „*experiență specifică minimă de 3 ani în supervizarea lucrărilor de cale ferată, având una sau mai multe atribuții similare cu cele descrise mai sus.*”

Având în vedere că titulatura solicitată de autoritatea contractantă nu este una uzuală în cadrul contractelor de supervizare, ci s-au folosit niște termeni noi, neregăsiți în alte contracte de supervizare, solicitarea ca experții să aibă experiență în exact aceeași titulatură este restrictivă, respectiva titulatură fiind specifică doar acestui contract.

Prin urmare, contestatorul solicită reformularea cerințelor, respectiv solicitarea experienței specifice minime de 3 ani pe un proiect în care au deținut atribuții de supervizare a lucrărilor în specializarea studiilor. De asemenea, solicită ca cerințele privind

experiența specifică să fie însoțită de sintagma „sau similar”, conform legislației. Contestatorul apreciază ca o fiind cerință nerestrictivă folosirea termenului de supervizare lucrări cu specificul dorit de autoritatea contractantă - respectiv lucrări de CF, lucrări de instalații electrice de CF, etc. - și raportare la domeniile de autorizare cuprinse în ordinul ISC de autorizare a Diriginților de șantier.

În capitolul IV.2.1) Criterii de atribuire, punctul 3 - Oferta tehnică – se solicită:

„3 Oferta tehnică 20.00% 20.00

Descriere: Planul de management al riscurilor (cele din caietul de sarcini și riscurile suplim. identificate): evaluarea riscurilor, prioritizarea riscurilor, plan de măsuri de prevenire și de reducere a impactului. Pentru ofertele în care s-au identificat riscuri suplim. se acordă: 5 pct. ptr. prezentarea unui plan de management cuprinzând toate detaliile corespunzătoare pentru 2 riscuri suplim., 10 pct ptr. prezentarea unui plan de management cuprinzând toate detaliile corespunzătoare pentru 3 riscuri suplimentare, 20 pct. ptr. prezentarea unui plan de management cuprinzând toate detaliile corespunzătoare pentru 4 sau mai multe riscuri suplim. Nu se acordă punctaj intermediar.”

Conform legislației în vigoare în domeniul achizițiilor publice, criteriile de evaluare trebuie să fie extrem de clare, fără ambiguități.

Exprimarea autorității contractante „toate detaliile corespunzătoare” lasă loc de interpretări, deoarece nu precizează în mod clar și fără ambiguități care detalii exact vor fi punctate, lucru ce contravine legislației în vigoare.

Contestatorul solicită enumerarea detaliilor corespunzătoare care vor fi punctate în cadrul factorului de evaluare.

Contestatorul consideră că există suficiente elemente în cadrul fișei de date care să ducă la concluzia că are elemente considerate restrictive în raport cu legislația românească în domeniul achizițiilor publice, astfel că solicită remedierea în mod corespunzător a acesteia.

În drept, contestatorul invocă prevederile O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare și ale H.G. nr. 925/2006 și Ordinului nr. ...al Președintelui ANRMAP privind formularea criteriilor de calificare și selecție.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere cu

privire la contestația formulată de S.C. ...S.R.L., în care precizează următoarele:

Înainte de transmiterea contestației de către S.C. ...S.R.L., contestatorul nu a transmis nici o cerere de clarificare.

Autoritatea contractantă consideră că pentru coordonatorul de proiect/echipă este necesar ca acesta să fie implicat în contracte de consultanță/supervizare lucrări care să fi inclus cel puțin trei dintre specialitățile feroviare menționate deoarece va trebui să coordoneze șase contracte de lucrări complexe care conțin toate specialitățile feroviare.

Autoritatea contractantă consideră că cerința nu este restrictivă deoarece s-au solicitat doar trei dintre specialitățile ce fac obiectul supervizării lucrărilor.

Extractul din ordinul de autorizare diriginți de șantier, pe care contestatorul a atașat-o contestației, se referă la procedura de autorizare a diriginților de șantier. Diriginții de șantier nu sunt evaluați, singurii experți care vor fi evaluați în cadrul fazei de calificare sunt experții principali cheie K1.

Conform caietului de sarcini, asistenții de administrare contract pe cele două tronsoane vor trebui să îndeplinească următoarele activități principale specifice: să gestioneze activitățile din punct de vedere contractual, în conformitate cu prevederile contractului de finanțare, să sprijine coordonatorul de echipă (inginerul FIDIC) în zona în care își exercită activitatea de supraveghere a lucrărilor, să proceseze certificate de plată, în coordonare cu expertul K2 calitate, responsabil cantități, măsurători, probe teste laborator și cu dirigintele de șantier, verifică măsurătorile articolelor din contract și plățile în conformitate cu informațiile din teren, să asiste coordonatorul în interpretarea și administrarea contractului în conformitate cu prevederile FIDIC, să asiste coordonatorul în raportările ce se întocmesc pentru autoritatea contractantă și autoritatea finanțatoare, privind stadiul fizic, contractual și financiar al proiectului, să asiste coordonatorul în analiza reclamațiilor sau propunerilor antreprenorului și să elaboreze recomandările și deciziile coordonatorului.

Prin experiența solicitată, autoritatea contractantă a considerat că sunt acoperite toate activitățile pe care trebuie să le îndeplinească expertul conform caietului de sarcini în vederea demonstrării capacității efective de a realiza activitatea de supervizare a lucrărilor.

Autoritatea contractantă consideră că solicitarea de includere a experienței dobândite pe metrou și tramvai pentru coordonatorul de echipă/proiect cât și pentru asistenții de administrare contract nu poate fi asimilată cu experiența similară deoarece normele tehnice sunt diferite, condițiile de proiectare, execuție, întreținere și exploatare pentru metrou și tramvai sunt altele decât cele pentru o linie de cale ferată pentru viteză de 160 km/h.

Specificațiile tehnice de interoperabilitate cuprinse în normativele europene definesc clar parametri tehnici specifici domeniului feroviar și sunt imperative în vederea obținerii finanțării prin instrumente structurale.

Normele tehnice pentru transportul urban pe șine sunt norme cu caracter național, nefiind cuprinse în reglementările instituite la nivel european pentru domeniul feroviar.

Referitor la solicitarea contestatorului de reformulare a cerințelor legate de „titulatura solicitată de autoritatea contractantă”, pe care le consideră ca neuzuale în cadrul contractelor de supervizare, autoritatea contractantă a aplicat prevederile din notificarea ANRMAP nr. ...prin care se permite solicitarea fie de experiență generală a expertului în domeniul studiilor, fie experiență specifică, fie ambele.

Referitor la criteriul de atribuire „Planul de management al riscurilor”, prin formularea „toate detaliile corespunzătoare” se înțelege prezentarea etapelor pe care ofertantul trebuie să le prezinte cât mai detaliat privind evaluarea, prioritizarea, planul de prevenire și de reducere a impactului.

Toate criteriile de calificare și de atribuire au fost justificate prin „Nota de justificare a criteriilor de calificare și a criteriului de atribuire” care se transmite prin intermediul SEAP la ANRMAP pentru validarea documentației de atribuire.

Consultantul care va fi angajat ca urmare a acestei proceduri va supraveghea execuția lucrărilor pentru șase contracte de lucrări.

Autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate de S.C. ...S.R.L. și continuarea procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă solicită corectarea unor erori de redactare în scopul elaborării ofertelor pe baza unei documentații de atribuire corect întocmite.

Prin contestația formulată, contestă adresa nr. ..., emisă de ...S.A., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri, având ca obiect Răspuns 1 clarificări pentru procedura de achiziție în cauză, solicitând:

- anularea adresei nr. ...;

- obligarea autorității contractante la emiterea unui răspuns la solicitarea de clarificări, în sensul că nu se află în conflict de interese față de procedura menționată.

La data de 21.03.2007, autoritatea contractantă a atribuit contestatorului contractulavând ca obiect „Asistență tehnică pentru pregătirea proiectelor de cale ferată pentru Fondul de Coeziune”. În calitate de contractor, avea ca obligații principale:

- redactarea și transmiterea către autoritatea contractantă a documentației referitoare la proiectul tehnic necesar pentru inițierea licitației având ca obiect supravegherea lucrărilor pe sectorul ...-... și ...-....;

- furnizarea de servicii în vederea sprijinirii autorității contractante în realizarea documentației de atribuire pentru aceeași licitație.

Ulterior, la data de 27.11.2012, autoritatea contractantă a publicat anunțul de participare nr. ...pentru procedura de achiziție în cauză.

Având în vedere intenția contestatorului de a participa la licitație, acesta s-a adresat în repetate ocazii reprezentanților autorității contractante în vederea clarificării situației generate de participarea în calitate de consultant la contractulavând ca obiect „Asistență tehnică pentru pregătirea proiectelor de cale ferată pentru Fondul de Coeziune” și intenția de a participa la procedura de achiziție în cauză.

Astfel, prin adresa nr. ...din ..., contestatorul a solicitat autorității contractante să mențină cu privire la aceasta implicarea în pregătirea documentației de atribuire, limitată la elaborarea documentelor tehnice, care urmau să fie făcute publice tuturor ofertanților.

Prin adresa nr. ..., autoritatea contractantă a răspuns ferm în sensul celor învederate și solicitate de contestator - toate documentele ce vor fi pregătite de vor viza numai aspecte generale, urmând ca orice particularizări specifice procedurii să intre în atribuțiile autorității contractante.

Contestatorul s-a adresat inclusiv ANRMAP în vederea exprimării unui punct de vedere vizând eventuala situație conflictuală în care s-ar afla prin participarea la noua procedură de achiziție de servicii. Răspunsul acestei instituții, consemnat în adresa nr. ..., a tranșat în termeni neechivoci problema sesizată, în sensul că persoana fizică sau juridică, care participat la întocmirea documentației de atribuire, are dreptul de a fi ofertant, ofertant asociat sau subcontractant numai în condițiile în care implicarea sa în elaborarea documentației de atribuire nu va genera distorsiunea

concrenței, precum și faptul că autoritatea contractantă va putea elimina din cadrul unei proceduri de atribuire un operator economic, pe considerentul existenței unui conflict de interese numai dacă poate demonstra nu doar că acesta se află în posesia unor informații pe care ceilalți participanți nu le posedă, ci și prin faptul că deținerea acelor informații ar crea un avantaj inițial, merit să conducă din start la defavorizarea celorlalți operatori economici.

Ulterior, contestatorul a transmis autorității contractante o nouă solicitare de clarificări prin care se sublinia necesitatea unui răspuns clar, prin «da» sau «nu» cu privire la existența sau nu a unui conflict de interese în cazul participării sale la licitația identificată prin anunțul de participare din data de 27.11.2012.

Răspunsul autorității contractante este consemnat în adresa ce face obiectul prezentei contestații și se limitează la a constata că participarea contestatorului și a subcontractanților acesteia la licitație poate crea premisele apariției unui conflict de interese.

Contestatorul reclamă nesoluționarea în termen legal a solicitării de clarificări, arătând că adresa contestată nu se întemeiază pe niciun text de lege, făcând vorbire în mod evaziv de «premisele ivirii» unui astfel de conflict, fără a fi reținute niciun fel de dovezi în susținerea acestui punct de vedere.

Contestatorul consideră că nu se află în conflict de interese în cadrul procedurii de atribuire în cauză deoarece a participat doar la elaborarea documentației de atribuire, care devine oricum publică, și nu deține informații suplimentare, respectiv altele decât cele care au fost puse la dispoziția tuturor ofertanților. Contestatorul nu s-a implicat în cadrul contractului anterior de asistență tehnică, nici direct nici indirect în procedura de evaluare a ofertelor, nici prin stabilirea detaliilor ce țin de evaluare cum ar fi identificarea algoritmului de punctaj. De asemenea, există toate premisele, chiar în condițiile implicării contestatorului la noua licitație de asigurare a liberei concurențe, fără a crea un avantaj față de ceilalți ofertanți.

Contestatorul arată că niciuna din ipotezele reglementate de legiuitor în cuprinsul secțiunii 8 a O.U.G. nr. 34/2006 privind regulile de evitare a conflictului de interese (art. 66 - art. 70) nu se regăsește în speță.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere cu privire la contestația formulată de

Autoritatea contractantă consideră abuzivă solicitarea contestatorului de anulare a adresei nr. ... și emiterea unui răspuns

în sensul că nu se află în conflict de interese față de procedura menționată.

Prin caietul de sarcini care a stat la baza achiziției publice cu finanțare ..., printre sarcinile consultantului se numărau și următoarele:

- elaborarea cererilor de finanțare în scopul semnării contractelor de finanțare din Fondul de coeziune;
- elaborarea documentelor de licitație și estimarea costurilor serviciilor de supervizare a lucrărilor pentru secțiunea ... - ... și ... - ...;
- pregătirea proiectului tehnic și a tuturor documentelor care constituie baza execuției lucrărilor de reabilitare;
- în bugetul contractului ...sunt prevăzute linii bugetare pentru asistență din partea proiectantului general până în 2013.

Autoritatea contractantă invocă dispozițiile art. 67 din O.U.G. nr. 34/2006.

Contestatorul deține informații care distorsionează competiția și determină manifestarea concurenței neloiale, având în vedere că a estimat costurile serviciilor de supervizare.

De asemenea, prin faptul că a pregătit proiectul tehnic și toate documentele care constituie baza execuției lucrărilor de reabilitare are avantaje față de ceilalți participanți.

Autoritatea contractantă a făcut numeroase demersuri în scopul de a evita situațiile de natură să determine apariția unui conflict de interese și/sau manifestarea concurenței neloiale, dar răspunsurile primite nu au fost concludente.

Autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, precum și continuarea procedurii de atribuire.

Prin contestația formulată, ...S.A. contestă documentația de atribuire, emisă de ...S.A., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri, solicitând:

- obligarea autorității contractante la completarea documentației de atribuire și la stabilirea unei noi date limită pentru depunerea ofertelor, cu respectarea prevederilor art. 71 din O.U.G. nr. 34/2006;
- elaborarea unei fișe tehnice detaliate care să permită analiza și cuantificarea competenței tehnice a ofertanților și departajarea lor pe baza unor criterii nepărtinitoare;
- elaborarea unei formule de evaluare clasică pentru serviciile de consultanță, cu ponderea ofertei tehnice (80%);
- instituirea obligației ofertantului de a furniza documente contabile justificative pentru alcătuirea onorariilor, pentru a se evidenția dacă

unii dintre aceștia practică prețuri de ruinare (dumping), precum și introducerea în documentație a unui mecanism de punere în aplicare a art. 202 alin. (1) și alin. (1¹) din O.U.G. nr. 34/2006.

Referitor la Anexa nr. 3 la Caietul de Sarcini - Criteriul de atribuire și factorii de evaluare, care prevede doi factori de evaluare:

(1) Prețul ofertei, punctat cu maxim 60 de puncte: *„Pentru oferta cupretul cel mai mic se va acorda punctajul maxim alocat acestui factor de evaluare (60 de puncte) iar pentru celelalte oferte punctajul se va acorda după formula*

$$P1 = P \text{ financiar } n = (\text{preț minim/preț } n) \times 60$$

(2) Oferta tehnică - Modul în care ofertantul identifică, descrie și argumentează riscurile care pot afecta execuția contractului și Planul de management al riscurilor, punctate cu maxim 40 de puncte.

Pentru acest factor de evaluare, anexa 3 prevede:

- la punctul 2.1 „Identificarea, descrierea și argumentarea riscurilor suplimentare care pot afecta execuția contractului”, acordarea a maxim 20 de puncte pentru oferta care identifică 4 riscuri suplimentare față de cele din Caietul de Sarcini, care pot afecta execuția contractului, cu descrierea acestora și argumentarea modului în care aceste riscuri suplimentare afectează execuția contractului. Nu se acorda punctaje intermediare.

- la punctul 2.2 „Planul de management al riscurilor (cele din Caietul de Sarcini și riscurile suplimentare identificate): evaluarea riscurilor, prioritizarea riscurilor, plan de măsuri de prevenire și de reducere a impactului”, acordarea a maxim 20 de puncte pentru prezentarea unu plan de management cuprinzând toate detaliile pentru 4 sau mai multe riscuri suplimentare.

În paragraful „Desemnarea ofertei câștigătoare”, Anexa 3 precizează:

„Ofertele admisibile vor fi clasificate în ordinea descrescătoare a punctajului total, calculate conform formulei:

$$P \text{ total} = P1 + P2$$

$$P2 = P2.1 + P2.2$$

unde P1 și P2 sunt punctajele acordate pentru cei 2 factori de evaluare;

P2 = suma punctajelor pentru subfactorii 2.1 + 2.2.

Oferta cu valoarea P total = P1 + P2 cea mai mare va fi declarată câștigătoare.

Contestatorul consideră că formula de evaluare maschează, de fapt, evaluarea ofertelor exclusiv pe baza prețului invitând astfel la concurență neloială prin dumping prin preț.

Cele 40 de puncte pentru oferta tehnică pot fi acumulate atât de ușor încât toți ofertanții vor obține scorul maxim.

Ofertele tehnice (40 de puncte) sunt evaluate doar pentru:

- identificarea a cel mult 4 riscuri suplimentare față de Caietul de Sarcini = 20 de puncte;
- prezentarea unui plan de management al riscurilor pentru cele patru riscuri suplimentare = 20 de puncte.

Simpla enumerare a 4 riscuri și prezentarea a 4 planuri de management respective conduce, automat, la scorul de 40 de puncte. Absența unui punctaj intermediar face imposibilă compararea ofertanților la nivelurile: calitatea planului de management, probabilitatea riscului, gradarea riscului, adecvarea măsurilor preventive și a celor de corecție.

Astfel, toți ofertanții vor atinge maximum de punctaj pentru oferta tehnică. Aceasta înseamnă că prețul ofertei rămâne singurul criteriu de evaluare pentru atribuirea contractului.

Pentru un proiect de asemenea amploare, dificultate, complexitate, calitatea tehnică a ofertei nu poate fi redusă la prezentarea unei liste cu patru riscuri. Acest mod de evaluare nu face decât să ocolească evaluarea tehnică și să deschidă porțile oricărui concurent care nu stăpânește nici domeniul ingineriei feroviare (domeniu foarte specializat pe un coridor paneuropean cu nivel ERTMS/ETCS 2), nici administrarea unui contract ...de supervizare lucrări feroviare (în care sunt coordonați 6 antreprenori și lucrările se execută cu linia sub circulație), nici managementul financiar riguros cu termene stricte al unui proiect din fonduri structurale europene, controlul riscului de corecție financiară, nici managementul litigiilor (revendicărilor), nici organizarea unei echipe de peste 50 de experți.

Dat fiind riscul enorm de corecție financiară în caz de management defectuos al proiectului, este de neînțeles cum poate autoritatea contractantă să renunțe la evaluarea ofertelor tehnice.

Această formulă de evaluare discriminează un ofertant care dorește să răspundă corect, prin aceea că dă prioritate ofertantului mai ieftin dar ignoră organizarea lui și controlul unui astfel de proiect. A evalua un asemenea dosar de licitație numai pe baza prețului (celui mai mic) este cu atât mai periculos cu cât inginerul ...are misiunea dificilă de a controla contractele mari ale antreprenorilor și un buget de lucrări de peste 1 miliard de euro.

Contestatorul precizează că sunt deja cunoscuți patru din șase antreprenori din cadrul proiectelor de rehabilitare a liniei de cale ferată pe secțiunile ... - ... respectiv ... - Această fapt permite ofertanților pentru această misiune de supervizare să încheie astfel de înțelegeri ilicite în scopul de a diminua artificial prețul de vânzare al consultantului (onorarii sub prețul pieței).

Urmare celor antemenționate, contestatorul solicită următoarele:

- revizuirea formulei de evaluare astfel încât ponderea ofertei tehnice să fie preponderentă (între 70% și 80%), în linie cu practica internațională pentru serviciile de consultant;
- evaluarea reală a ofertei tehnice și anume prin raportare la criteriile care permit departajarea obiectivă a ofertelor. O asemenea evaluare ar trebui să acopere, teoretic, ansamblul de metodologie, activități, program de lucru și organizarea consultantului și ar trebui să se efectueze după o grilă de evaluare măsurabilă și verificabilă într-un control ulterior.

În cazul în care un preț este suspectat ca fiind anormal de mic (sub 70% din valoarea estimată, așa cum definește O.U.G. nr. 34 la art. 202 alin. (1), contestatorul consideră că evaluatorii trebuie să obțină, obligatoriu, documentele contabile oficiale care atestă compoziția prețului și a onorariilor experților (salarii, impozite și taxe aferente, alocații) și să poată elimina ofertanții care practică prețuri de ruinare (dumping).

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere cu privire la contestația formulată de ...S.A., în care precizează următoarele:

Prin modificarea ponderilor aferente criteriului de atribuire „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic” în sensul revizuirii formulei de evaluare și anume ponderea prețului ofertei și ponderea ofertei tehnice din 60% și respectiv 40% în 20-30% și respectiv 80-70% s-ar încălca prevederile art. 15 alin. (3) din H.G. nr. 925/2006 precum și principiul prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. a)-f) din O.U.G. nr. 34/2006.

Prin stabilirea unui punctaj de 20-30% pentru propunerea financiară rezultă că pentru autoritatea contractantă prețul pe care urmează să îl plătească consultantului poate fi „oricât” prin raportare la celălalt criteriu de atribuire, o asemenea abordare încurajând risipa fondurilor publice. În plus, prin acordarea unui punctaj scăzut pentru factorul de evaluare „prețul ofertei” se eludează principiul utilizării eficiente al fondurilor publice deoarece

criteriul de atribuire „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic” are în vedere păstrarea unui echilibru între componenta financiară și cea tehnică. Prin acordarea unei ponderi de 20-30% factorului de evaluare „prețul ofertei” se distorsionează concurența și nu sunt conferite autorității contractante avantaje de natură economică.

Solicitarea contestatorului de a modifica factorul de evaluare a ofertei tehnice „prin raportarea la criterii care permit departajarea obiectivă a ofertelor care ar trebui să acopere, teoretic, ansamblul de metodologie, activități, program de lucru și organizarea consultantului” nu se susține deoarece toate aceste aspecte sunt cuprinse de fapt în propunerea tehnică pe care ofertanții au obligația să o prezinte pentru ca oferta lor să fie conformă cu prevederile caietului de sarcini. Prin urmare acestea nu pot constitui factori de evaluare.

Prin factorii de evaluare din anexa nr. 3 la caietul de sarcini, autoritatea contractantă va acorda punctaj pentru elementele pe care ofertanții le vor prezenta în plus față de propunerea tehnică conformă.

Solicitarea contestatarului de „a introduce în documentația de participare la licitație a unui mecanism de punere în aplicare a art. 202 alin. (1) și (1¹) din O.U.G. nr. 34/2006” prin obligarea ofertantului de a furniza documente contabile justificative pentru alcătuirea onorariilor, pentru a se evidenția dacă unii dintre aceștia practică prețuri de ruinare (dumping)” este considerată de către autoritatea contractantă excesivă și nelegală deoarece aceste aspecte sunt verificate în faza de evaluare (stabilirea ofertei câștigătoare) și legislația aplicabilă este cea de la momentul publicării anunțului de participare, deci verificarea se va face pentru un preț ofertat, reprezentând mai puțin de 85% din valoarea estimată și nu de 70%, așa cum consideră contestatorul.

Toate criteriile de calificare și de atribuire au fost justificate prin „Nota de justificare a criteriilor de calificare și a criteriului de atribuire” care se transmite prin intermediul SEAP la ANRMAP pentru validarea documentației de atribuire.

Urmare celor antemenționate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate de ...S.A. și continuarea procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., autoritatea contractantă a invocat tardivitatea introducerii contestației formulate de către ...S.A.

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

...S.A., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică de servicii, având ca obiect „Consultanță în domeniul managementului execuției și pentru verificarea execuției lucrărilor de construcții și instalații – aferentă proiectelor de «Reabilitarea liniei de cale ferată ...-..., componentă a ...pentru circulația trenurilor cu viteza maximă de 160 km/h», secțiunea ...-... și ...-...”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ...din data de 27.11.2012, criteriul de atribuire stabilit fiind „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”.

Având în vedere prevederile art. 278 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, Consiliul urmează să se pronunțe cu înțâietate asupra excepției tardivității depunerii contestației ...S.A., excepție invocată de autoritatea contractantă.

...S.A. contestă documentația de atribuire, contestația fiind transmisă la Consiliu, prin fax, în data de 17.12.2012 și înregistrată sub nr.

În conformitate cu dispozițiile art. 271 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, „*sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenelor prevăzute la art. 256²*”.

Valoarea estimată a contractului de servicii fără TVA, prevăzută în anunțul de participare nr. ..., este de 112.587.532 RON.

În conformitate cu prevederile art. 256² alin. (1) lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006, cu completările și modificările ulterioare „*persoana vătămată poate sesiza Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în vederea anulării actului și/sau recunoașterii dreptului pretins ori a interesului legitim, în termen de 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență, despre un act al autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea contractului care urmează să fie atribuit, estimată conform prevederilor art. 23 și ale cap. II secțiunea a 2-a, este egală sau mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2)*”.

Actul autorității contractante, în speță ...S.A., considerat nelegal de către contestator este documentația de atribuire publicată pe SEAP la data de 27.11.2012.

Contestația a fost înaintată la Consiliu, prin fax, la data de 17.12.2012, fiind înregistrată sub nr. ..., iar la autoritatea contractantă prin fax în data de 17.12.2012, fiind înregistrată sub nr.

Față de aceste aspecte coroborat cu prevederile art. 256² alin. (2) care dispune că „în cazul în care cererea prevăzută la alin. (1) privește conținutul documentației de atribuire, publicată în SEAP în condițiile art. 75 alin. (5), art. 89 alin. (4) și art. 127 alin. (2), data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire”, prin transmiterea contestației atât către Consiliu cât și către autoritatea contractantă la datele antemenționate, contestatorul nu a respectat termenul de 10 zile prevăzut de legiuitor sub sancțiunea respingerii contestației ca fiind tardiv introdusă.

Consiliul nu poate lua în considerare un alt termen de depunere a contestației care să înceapă să curgă de la altă dată, având în vedere faptul că legiuitorul nu a reglementat în cadrul actului normativ în domeniu, în vigoare, nicio excepție de la modalitatea de calcul a acestui termen, iar unde legea nu distinge, nici interpretul (contestatorul și/sau autoritatea contractantă) nu trebuie să distingă potrivit principiului de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”.

Consiliul consideră că acest termen, fiind un termen legal, potrivit prevederilor art. 256² din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, nimeni nu se poate prevala de necunoașterea legii potrivit principiului de drept „*nemo censetur ignorare legem*”.

În acest sens Consiliul reține că, potrivit acestei teme legal, persoana vătămată poate sesiza Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în vederea anulării și/sau recunoașterii dreptului pretins ori a interesului legitim în termen de 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, în condițiile ordonanței de urgență, despre actul considerat nelegal, în speță documentația de atribuire, înscris care a fost publicat pe SEAP, iar data luării la cunoștință despre conținutul acesteia este considerată data publicării pe SEAP.

Potrivit aceluiași articol, Consiliul reține că legiuitorul a stabilit că termenul de contestare este dat de către valoarea contractului care urmează a fi atribuit, valoare estimată conform prevederilor art. 23 și ale cap. II secțiunea a 2-a. Astfel, dacă valoarea contractului este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 alin. (2) coroborat cu prevederile art. 2 din Regulamentul CE nr. 1251/2011 (regulament care potrivit art. 288 din Tratatul CEE, se

aplică direct în legislația internă, excluzând orice măsură de receptare națională sau tot ceea ce ar putea disimula natura și efectele sale), atunci, termenul de contestare este de 5 zile, iar dacă este egală sau mai mare, persoana vătămată poate introduce contestație în termen de 10 zile de la data luării la cunoștință a actului care îi lezează interesele.

Având în vedere că dispozițiile art. 256² din O.U.G. nr. 34/2006 sunt dispoziții imperative de drept, Consiliul reține că societatea contestatoare nu poate să deroge de la prevederile legale, în sensul extinderii termenului de depunere a contestației după bunul său plac.

Prin urmare, termenul de 10 zile de contestare a documentației de atribuire publicată pe SEAP la data de 27.11.2012, se împlinește în data de 07.12.2012, astfel că transmiterea contestației către C.N.S.C. și către autoritatea contractantă la data de 17.12.2012, este în afara termenului legal, având în vedere dispozițiile art. 256² alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 și ale art. 3 lit. z) din același act normativ.

În conformitate cu dispozițiile imperative ale art. 271 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, modificată și completată, *„sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenelor prevăzute la art. 256².”*

Față de considerentele anterior expuse, având în vedere dispozițiile art. 278 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când se constată că acestea sunt întemeiate, nu se mai procedează la analiza pe fond a cauzei”*, în temeiul art. 278 alin. (5) și (6) din același act normativ, Consiliul va respinge ca tardiv introdusă contestația formulată de ...S.A., în contradictoriu cu ...S.A.

Analizând criticile formulate de S.C. ...S.R.L., Consiliul constată că acestea vizează anumite prevederi din documentația de atribuire.

Referitor la criticile formulate de contestator cu privire la factorul de evaluare „planul de management al riscurilor”, Consiliul reține următoarele:

În fișa de date (IV.2. Criterii de atribuire) autoritatea contractantă a precizat factorii de evaluare, respectiv:

„1 Prețul ofertei - 60.00% - 60.00 punctaj maxim

Descriere: Componenta financiară

2 Oferta tehnică - 20.00% - 20.00 punctaj maxim (...)

3 Oferta tehnică - 20.00% - 20.00 punctaj maxim

Descriere: Planul de management al riscurilor (cele din caietul de sarcini și riscurile suplimentare identificate): evaluarea riscurilor, prioritizarea riscurilor, plan de măsuri de prevenire și de reducere a impactului. Pentru ofertele în care s-au identificat riscuri suplimentare se acordă: 5 pct pentru prezentarea unui plan de management cuprinzând toate detaliile corespunzătoare pentru 2 riscuri suplimentare, 10 pct pentru prezentarea unui plan de management cuprinzând toate detaliile corespunzătoare pentru 3 riscuri suplimentare, 20 pct. pentru prezentarea unui plan de management cuprinzând toate detaliile corespunzătoare pentru 4 sau mai multe riscuri suplimentare. Nu se acordă punctaj intermediar”.

Consiliul apreciază că factorul de evaluare contestat are un caracter subiectiv, lăsând la latitudinea autorității contractante aprecierea îndeplinirii factorului de evaluare pentru fiecare ofertant în parte. Astfel autoritatea contractantă nu a respectat prevederile art. 199 alin. (2) din O.U.G nr. 34/2006, varianta în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire: „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 nu a stabilit, pentru factorul de evaluare contestat, un algoritm de calcul care să permită o evaluare corectă.

Procedând în acest fel autoritatea nu a respectat prevederile art. 14 din H.G. nr. 925/2006: „(1) În cazul în care criteriul utilizat este "oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic", astfel cum este prevăzut la art. 198 alin. (1) lit. a) din ordonanța de urgență, stabilirea ofertei câștigătoare se realizează prin aplicarea unui sistem de factori de evaluare pentru care se stabilesc ponderi relative sau un algoritm specific de calcul.

(2) Algoritm de calcul, precum și factorii de evaluare a ofertelor, care vor fi luați în considerare în cazul aplicării criteriului "oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic", se precizează în mod clar și detaliat în cadrul documentației de atribuire și vor reflecta metodologia concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți”.

Consiliul determină că autoritatea contractantă a nesocotit următoarele norme legale imperative din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006:

- art. 2 alin. (2) lit. d): principiul transparenței care stă la baza atribuirii contractului de achiziție publică. În speță autoritatea nu a asigurat informarea operatorilor economici cu privire la un algoritm de calcul, aplicabil factorului de evaluare contestat. Autoritatea contractantă nu precizează în ce constă „toate detaliile corespunzătoare”, sau cu alte cuvinte care sunt „detaliile corespunzătoare”. Totodată, autoritatea contractantă nu precizează pe ce criterii va aprecia că detalierea planului de management s-a făcut corect (corespunzător), conform necesităților acesteia. În concluzie, autoritatea nu a asigurat informarea operatorilor economici cu privire la înțelesul clar și complet al expresiei „toate detaliile corespunzătoare”, ceea ce face ca modul de comparare și punctare a ofertelor să nu fie unul transparent și clar. Nicăieri nu se arată care sunt detaliile corespunzătoare pentru riscurile suplimentare, astfel încât operatorii economici să știe ce au de făcut. Ce se întâmplă dacă unele detalieri ale planului de management sunt mai complete (corespunzătoare) și altele mai puțin complete (corespunzătoare), se inventează o medie între ele la care se vor raporta celelalte oferte? În realitate, la modul cum a întocmit punctajul, autoritatea nu punctează altceva decât imaginația ofertanților și capacitatea lor de a umple cât mai multe pagini cu așa-zise detalieri. Este posibil ca unele detalieri ale ofertanților, cuprinse în planul de management, să nu aibă nicio legătură cu contractul care urmează a fi atribuit ori să fie în defavoarea autorității contractante, însă în baza factorului gândit de autoritate ele vor trebui punctate. De asemenea, autoritatea contractantă nu precizează cum îi va departaja pe ofertanții care prezintă aproape „toate detaliile corespunzătoare”.

- 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 pe baza acestui factor;

- art. 199 alin. (3) și (4): *„Autoritatea contractantă are obligația de a preciza, în mod clar, în invitația/anunțul de participare, precum și în documentația de atribuire, factorii de evaluare a ofertei cu*

ponderile relative ale acestora" și „Autoritatea contractantă are obligația de a preciza în documentația de atribuire algoritmul de calcul sau metodologia concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice și financiare prezentate de ofertanți”. În speță autoritatea contractantă nu a stabilit în documentație un algoritm de calcul pentru factorul de evaluare contestat.

Punctarea pe baza aprecierii subiective a membrilor comisiei de evaluare, nu echivalează cu „*metodologia concretă de punctare a avantajelor care vor rezulta din propunerile tehnice*” cerută expres și imperativ de art. 199 alin. (4) din O.U.G. nr. 34/2006. În lipsa unui algoritm de calcul pentru acest factor contestat, 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 desemnat câștigător.

În cazul în referință autoritatea contractantă nu a stabilit în documentație un algoritm de calcul pentru factorul de evaluare antemenționat și nu a specificat modalitatea concretă de evaluare și punctare a ofertelor de către comisia de evaluare, care să facă posibilă eventuala verificare a corectitudinii pentru care ofertele au primit anumite punctaje. Absența unui algoritm de punctare precis/clar/coerent (matematic) pentru respectivul factor de evaluare nu își găsește nicio justificare legală și permite acordarea în mod subiectiv a punctajelor. Mențiunile de genul "*toate detaliile corespunzătoare*", separat de faptul că sunt interpretabile/subiective și nu asigură informarea ofertanților față 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. (4). Este vădit că aprecierea pe care o vor efectua membrii comisiei în funcție de factorul expus este una subiectivă, interzisă de lege, nefiind indicat în ce constă o detaliere corectă (corespunzătoare). Astfel, etapa evaluării ofertelor devine una de conjunctură, bazată pe părerea subiectivă a fiecărui membru din comisie. 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, prevăd expres: "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 ale mecanismului de punctare 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 la 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*.

Punctajul stabilit de autoritatea contractantă, pentru acest factor de evaluare, denotă subiectivism în evaluarea ofertelor, în lipsa unui algoritm de calcul. În cadrul fișei de date a achiziției autoritatea contractantă menționează punctajul maxim, fără a preciza în mod concret, clar și detaliat un algoritm de calcul în cazul în care nu se poate acorda punctajul maxim alocat, la ce se va raporta autoritatea contractantă în momentul în care va stabili acordarea punctajului unui ofertant care prezintă o ofertă ce detaliază necorespunzător riscurile suplimentare, încălcând astfel dispozițiile art. 14 alin. (1) și (2) din H.G. nr. 925/2006 modificată și completată, astfel că din acest punct de vedere critica contestatoarei apare ca fiind întemeiată.

Din documentele prezentate de autoritatea contractantă, reiese că aceasta a întocmit nota justificativă privind „stabilirea criteriului de atribuire”, însă Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a încălcat și prevederile art. 15 alin. (4) din H.G. nr. 925/2006 în sensul că nu există nici o motivare/justificare a modului în care a fost stabilit punctajul pentru factorul tehnic de evaluare contestat.

În concluzie, autoritatea contractantă nu a prevăzut pentru acest factor de evaluare un algoritm de calcul pentru acordarea punctelor stabilite. Această situație poate să conducă la acordarea punctajului, de către comisia de evaluare, în mod eronat, pe baza aprecierii subiective a membrilor comisiei.

Ținând cont de faptul că potrivit art. 199 alin. (3) și (5) din O.U.G. nr. 34/2006 *„Autoritatea contractantă are obligația de a preciza, în mod clar, în invitația/anunțul de participare, precum și în documentația de atribuire, factorii de evaluare a ofertei cu ponderile relative ale acestora”* și *„Orice modificare și/sau completare a factorilor de evaluare precizați conform alin. (3) conduce la anularea procedurii de atribuire, precum și faptul că încălcarea dispozițiilor legale evocate afectează iremediabil procedura de atribuire, modificarea acestora aducând atingere principiilor achizițiilor publice (transparentă și tratament egal), Consiliul consideră că, în speță, nu pot fi adoptate măsuri de remediere care să permită continuarea procedurii de atribuire. Lipsa indicării în mod clar și detaliat în cadrul documentației de atribuire a metodologiei concrete de punctare a avantajelor cuantificabile care vor rezulta din propunerile tehnice prezentate de ofertanți constituie motiv de anulare a procedurii de atribuire.*

În ceea ce privește critica contestatorului privind personalul ce formează echipa de realizare a contractului, Consiliul constată temeinicia acesteia din următoarele considerente:

În cadrul fișei de date a achiziției, autoritatea contractantă a solicitat la cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, următoarele:

- pentru coordonatorul de echipă: *“minim 3 ani experiență în calitate de Coordonator de proiect/echipa–sau în poziții similare (Manager proiect de consultanță/supervizare lucrări de construcții), pentru contracte de servicii de consultanță/ supervizare lucrări de construcții sau de reabilitare care au inclus cel puțin trei dintre specialitățile: infrastructură/suprastructură de cale ferată, lucrări de artă căi ferate, instalații de semnalizări, electrificare/ energoalimentare, telecomunicații feroviare, lucrări de construcții*

*civile de cale ferată, contracte derulate în conformitate cu prevederile cond. de Contract ...sau similar FIDIC*** (se exclud domeniile tramvai, metrou, transport ușor și transport interurban)".*

- pentru asistenții de administrare: *"Experiență specifică: minim 3 ani experiență în calitate de responsabil pentru administrarea activităților contractuale, responsabil pentru cantități măsurători, procesare certificate de plată interimare și finale și ordine de variație".*

- pentru alți experți a folosit ca titlatură: expert de ERTMS, expert instalații electrice (energoalimentare), expert de exploatare feroviară, expert tunel, expert feroviar de infrastructură – suprastructură, solicitând ca experții să aibă experiență în exact aceeași titlatură.

Analizând modul în care autoritatea contractantă a elaborat și întocmit cerințele privind personalul de care dispune ofertantul, Consiliul constată că aceasta dorește ca ofertanții participanți la procedură să demonstreze că dispun de personal care are experiență în domeniile supuse procedurii de atribuire. Rolul cerinței ca personalul de care dispune să aibă experiență este de a dovedi autorității contractante faptul că operatorii economici participanți, dispun de persoane care au cunoștințele / experiența și capacitatea necesară derulării unui astfel de contract și că au finalizat astfel de contracte.

Cu toate că autoritatea contractantă a dorit prin stabilirea acestor cerințe să se asigure că personalul implicat, respectiv cel menționat mai sus, să aibă o anumită experiență, Consiliul consideră restrictive aceste cerințe de calificare, având în vedere următoarele aspecte:

- abilitatea de a realiza managementul unui proiect are la bază aceleași principii indiferent de sursa de finanțare sau de domeniu de aplicare;

- experiența coordonatorului de echipă pentru cel puțin trei dintre specialitățile: infrastr./suprastr. de cale ferată, lucrări de artă căi ferate, inst. de semnalizări, electrif./energoalimentare, telecom. feroviare, lucrări de constr. civile de cale ferată, este disproporționată cu activitatea și rolul acestuia în cadrul contractului, expres menționate în cadrul caietului de sarcini (Principalele activități specifice), respectiv: *„coordonarea echipei de consultanță în fiecare punct de lucru; colaborarea cu părțile implicate; însușirea de situații de lucru prezentate de către Contractant și însușirea rapoartelor lunare privind progresele contractului; repartizarea sarcinilor către șeful adjunct al echipei și*

către ceilalți experți cheie, dacă este necesar; organizarea implementării contractului”, și având în vedere faptul că ofertanții dispun, pentru executarea contractului de o întreagă echipă.

Rezultă fără putință de tăgadă faptul că coordonatorul de echipă are atribuții de gestionare a proiectului de coordonare a echipei și nu de execuție propriu zisă în cadrul proiectului, prin urmare experiența lui trebuie demonstrată în raport de natura și complexitatea activității pe care urmează să o presteze în cadrul proiectului din speță.

- experiența dobândită pe metrou și tramvai, atât de către coordonatorul de echipă, cât și de către asistenții de administrare, poate fi considerată similară și nu trebuie exclusă, având în vedere similaritatea lucrărilor.

- multitudinea de specializări solicitată pentru asistentul de administrare este restrictivă, deoarece se solicită ca persoana respectivă să fi avut exact aceleași sarcini pe care autoritatea contractantă dorește să le îndeplinească în acest contract și nu similare, așa cum ar fi fost normal să se solicite.

- solicitarea ca experții să aibă experiență în exact aceeași titulatură este restrictivă, respectiva titulatură fiind specifică doar acestui contract.

Analizând documentele depuse la dosar, autoritatea contractantă nu a depus niciun mijloc de probă din care să rezulte că doar o anumită persoană care are o anumită experiență într-un anumit domeniu expres stabilit de către autoritatea contractantă și identic cu domeniul procedurii de atribuire, este sigura care are capacitatea de realizare a contractului. Nu rezultă din niciun înscris faptul că o altă persoană care are experiență în gestionarea proiectelor, în coordonarea întregii echipe de experți, cu alocarea sarcinilor pe fiecare membru al echipei, activități derulate în alt domeniu, nu are capacitatea de a îndeplini în bune condiții contractul de achiziție ce face obiectul prezentei procedurii.

Maniera în care a procedat autoritatea contractantă apare ca nelegală în raport de prevederile legale în materie și de natură să încalce drepturile recunoscute de același act normativ în beneficiul ofertanților participanți.

Conform art. 178 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006 *„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”.*

Conform art. 179 din OUG nr. 34/2006, 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.

Potrivit art. 8 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 *„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”*.

Față de prevederile invocate, autoritatea contractantă a întocmit nota justificativă privind cerințele minime de calificare referitoare la situația economică și financiară și la capacitatea tehnică și/sau profesională la data de 20.11.2012.

Analizând conținutul acesteia, Consiliul reține faptul că autoritatea contractantă nu a justificat sub niciun aspect cerințele criticate, în cadrul notei fiind menționate la modul general că ofertanții trebuie să dispună de o echipă capabilă să susțină activitățile proiectului așa cum sunt menționate în caietul de sarcini.

Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire prin introducerea unor cerințe minime de calificare care sunt disproporționate sau nu au relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului (art. 8 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006).

Atunci când autoritatea contractantă introduce în documentația de atribuire anumite cerințe de calificare pentru ofertanți, ea este ținută să se limiteze doar la cele *absolut necesare* și strict la pragurile care îngrădesc *cel mai puțin* operatorii economici. Într-adevăr autoritatea este competentă să introducă cerințe de calificare, dar aceasta trebuie să fie preocupată ca exigențele astfel instituite să fie îndeajuns de rezonabile încât să nu antreneze, în considerarea prevenirii unor eventuale abuzuri, o restrângere excesivă a exercițiului dreptului operatorilor economici de a concura la câștigarea contractului.

Separat de dispozițiile legale amintite, care trebuie avute în vedere de autoritățile contractante, ținând seama de normele legale în vigoare, Consiliul stabilește că cerința prezentării unor specialiști cu o astfel de experiență, este disproporționată. Explicațiile aduse de autoritatea contractantă nu sunt în măsură să reflecte imposibilitatea operatorilor economici, care dispun de coordonatorul de echipă care nu are experiență în cel puțin trei dintre domeniile solicitate sau asistenți de administrare care nu au multitudinea de calificări solicitate.

Stabilirea experienței minime pentru experții propuși trebuia să fie stabilită corespunzător, la un nivel rezonabil, scopul noii legislații privind achizițiile publice fiind de a asigura accesul cât mai multor operatori economici la procedurile de atribuire, de promovare a concurenței între aceștia și de garantare a tratamentului egal și nediscriminatoriu.

În cauză, Consiliul determină că este relevantă și următoarea prescripție legală, respectiv art. 2 alin. (2) lit. e) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006: *„Principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică sunt: [...] proporționalitatea”*. Principiul proporționalității este înțeles ca asigurare a corelației dintre necesitatea autorității contractante, obiectul contractului de achiziție publică și cerințele solicitate a fi îndeplinite.

În considerarea celor prezentate, Consiliul apreciază ca fiind temeinice criticile contestatoarei referitoare la nelegalitatea impunerii acestor cerințe.

Consiliul nu poate reține în soluționarea acestor critici motivația autorității contractante pentru introducerea cerințelor minime susmenționate, respectiv faptul că fișa de date a fost aprobată de ANRMAP, întrucât contractul nu este îndeplinit doar de un număr limitat de persoane, ci de o echipă întreagă, echipă care să aibă competență relevantă și experiență în domeniul căilor ferate.

Faptul, că un ofertant nu poate dispune de un coordonator care să aibă experiență în minim 3 domenii sau de asistenți de administrare care să aibă o multitudine de calificări, nu exclude posibilitatea ca acesta să dispună de personal cu experiența necesară prestării unui astfel de contract.

Având în vedere aspectele antemenționate, Consiliul, în temeiul prevederilor art. 278 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, urmează să admită în parte contestația formulată de către S.C. ...S.R.L., în contradictoriu cu ...S.A.

În baza art. 278 alin. (5) din ordonanță, va respinge ca rămas fără obiect, prin anularea procedurii, capătul de cerere privind remedierea fișei de date.

Întrucât criticile contestatoarei vizând factorul de evaluare și algoritmul de calcul sunt întemeiate, Consiliul stabilește că, în cazul în referință, nu pot fi adoptate măsuri de remediere, deoarece algoritmul de calcul nu mai poate fi stabilit, iar factorii de evaluare nu se pot schimba pe toată durata de aplicare a procedurii de atribuire, potrivit prevederilor art. 199 alin. (5) 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 prescripțiilor legale evocate afectează iremediabil 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 ordonanța de urgență nr. 34/2006.

Referitor la contestația formulată de Consiliul reține următoarele aspecte:

- obiectul contestației este „anularea adresei nr. ...; obligarea autorității contractante la emiterea unui răspuns la solicitarea de clarificări, în sensul că nu se află în conflict de interese față de procedura menționată”;
- rolul indicării obiectului contestației este de a fixa limitele cadrului procesual în care se va soluționa contestația, Consiliul fiind ținut de acest obiect, în sensul că nu poate să acorde mai mult, mai puțin sau altceva decât s-a cerut, să determine competența și să se analizeze, atunci când se invocă, litispendența, conexitatea și/sau autoritatea de lucru judecat;
- încălcările săvârșite și etapele procedurii de atribuire în care acestea au avut loc anterior reținute a determinat Consiliul să aprecieze că nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere a actelor care afectează procedura, aspect ce a condus la anularea procedurii de atribuire;
- prin anularea procedurii sunt implicit anulate toate actele și documentele achiziției în cauză, prin urmare și adresa nr. ... contestată de către, aceasta neputând să mai producă în viitor niciun efect juridic, la fel cum nici solicitarea de a obliga autoritatea contractantă de a emite un răspuns în cadrul unei proceduri anulate nu poate să producă vreun efect juridic;

Față de aceste aspecte, solicitările contestatorului rămân fără obiect.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca rămasă fără obiect contestația formulată de către în contradictoriu cu ...S.A.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

...