



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnscl.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 2362/10.10.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 30534/10.10.2016, formulată de ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., atribut fiscal RO, reprezentată prin Director Comercial – domnul ..., împotriva răspunsurilor la clarificări nr. 15808/27.09.2016 și nr. 15832/27.09.2016 și a documentelor anexate acestora, respectiv liste de cantități modificate, caiet de sarcini, emise de ..., cu sediul în ..., având CIF ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată - într-o singură etapă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de achiziție publică de lucrări având ca obiect *Lucrări privind investiția «Reabilitare străzi în orașul ...»*, cod CPV 45233252-0 – Lucrări de îmbrăcare a străzilor (Rev. 2), s-a solicitat anularea procedurii de atribuire, fiind incidente prevederile art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și eventuala reluare a acesteia după remedierea nelegalităților prezentate în cuprinsul contestației.

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

Prin contestația de față, ... reclamă răspunsurile la clarificări nr. 15808/27.09.2016 și nr. 15832/27.09.2016 și documentele anexate acestora, respectiv liste de cantități modificate, caiet de sarcini, emise de ..., solicitând cele evocate în preambulul prezentei decizii.

Contestatorul precizează că intenționează să participe la procedura de atribuire în cauză, dar, studiind documentația de atribuire, au găsit o serie de erori la întocmirea documentației de atribuire. Prin solicitările de

clarificări nr. 865/22.09.2016 și 872/23.09.2016 au fost semnalate aceste erori autorității contractante, erori/nereguli ce vizau listele de cantități, fișa de date și modul de organizare a procedurii. Solicitări de clarificări pe marginea neregulilor existente în documentația de atribuire au fost formulate și de către alți operatori economici. În data de 27.09.2016 autoritatea contractantă a răspuns clarificărilor solicitate de operatorii economici (prin răspunsurile nr. 15808/27.09.2016 și nr. 15832/27.09.2016) și a depus noi liste de cantități corectate, ce cuprind articole noi, care nu se regaseau în listele inițiale. Astfel, au fost corectate cantitățile greșite (în sensul majorării acestora), s-au inserat articole noi (pe lângă cele inițiale), având cantități de asemenea semnificative, evidențiate în tabelul anexat (Anexa nr. 4). Deși au fost depistate erori cum ar fi: valoare estimată pentru acord cadru fără cantități minime și maxime, liste de cantități structurate pe devize și nu pe prețuri unitare, s-a procedat nu la contestarea licitației, ci la solicitarea de clarificări, fapt ce demonstrează buna credință a ofertantului/ofertanților.

Contestatorul subliniază că s-a urmărit corectarea documentației, respectiv a elementelor procedurii, însă prin răspunsurile la clarificări elementele au devenit mai neclare, iar erorile mai evidente, în condițiile în care autoritatea contractantă a prezentat liste de cantități ce cuprind articole suplimentare, care nu se regăseau inițial, aspecte de natură a afecta valoarea estimată a contractului, sens în care solicită măsuri de remediere în sensul anulării procedurii, întrucât natura încălcărilor afectează procedura de atribuire.

Contestatorul precizează că în data de 12.09.2016 a formulat și transmis către autoritatea contractantă o Notificare prealabilă prin care a solicitat anularea procedurii de atribuire, fiind incidente prevederilor art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, și eventuala reluare a acesteia după remedierea nelegalităților, iar prin răspunsul nr. 16369/05.10.2016, autoritatea contractantă i-a comunicat că a adoptat măsuri de remediere și corective, fără ca acestea să afecteze sau să încalce principiile achizițiilor publice reglementate de Legea 98/2016 la art. 2 alin. (2). De asemenea, autoritatea contractantă afirmă că *„în baza acestor corecții s-a procedat la reevaluarea valorii estimate a proiectului, astfel rezultând încadrarea în valoarea inițială estimată declarată la inițierea procedurii de atribuire”*.

Contestatorul consideră decizia autorității contractante de a nu anula procedura de atribuire ca netemeinică și nelegală și precizează că, în mod neîntemeiat afirmă autoritatea contractantă că prin liste de cantități republicate în data de 27.09.2016 nu s-a modificat valoarea estimată a de contract estimată. La solicitările de clarificări venite din partea operatorilor economici, autoritatea contractantă a oferit, în data de 27.09.2016, o serie de răspunsuri (Clarificările nr. 15808/27.09.2016 și nr. 15832/27.09.2016) și liste de cantități corectate, care au modificat cantitățile de lucrări ce urmează a fi oferite, fiind modificată implicit valoarea estimată a contractului, ceea ce conduce la anularea procedurii

de atribuire. Prin Clarificarea nr. 15832/27.09.2016, în răspuns la clarificările solicitate de către operatorii economici cu privire la erorile identificate în listele de cantități inițiale, autoritatea contractantă a răspuns că, urmare a acestor solicitări de clarificări, au fost corectate și atașate listele de cantități și caietul de sarcini pentru stratul de fundație stabilizat cu lianți hidraulici.

Contestatorul precizează că articolele nou introduse în listele de cantități retransmise în data de 27.09.2016 aduc modificări semnificative, cantitățile suplimentare rezultate în urma modificărilor fiind unele considerabile. Contestatorul a anexat un tabel în care a evidențiat atât articolele nou introduse, cât și articolele ale căror cantități au fost modificate în plus față de listele inițiale, evidențiind totodată, cantitățile suplimentare ce trebuie cotate. Prin modificarea listelor de cantități pe plus (articole noi + cantități modificate în plus față de listele inițiale), valoarea estimată a contractului, astfel cum apare aceasta în documentația de atribuire, a fost modificată.

Referitor la schimbarea valorii estimate, contestatorul apreciază că anularea procedurii de atribuire este unica măsură de remediere posibilă, deoarece, conform dispozițiilor art. 12 din Legea 98/2016, valoarea estimată a contractului de achiziție publică trebuie să fie determinată înainte de inițierea procedurii de atribuire. Valoarea estimată nu poate fi modificată ulterior publicării anunțului de participare, dată care reprezintă momentul demarării unei proceduri, sens în care imposibilitatea modificării valorii estimate conduce la aplicarea unicei măsuri de remediere eficiente în prezenta speță, respectiv anularea procedurii de atribuire.

Contestatorul invocă dispozițiile art. 12 și art. 14 din Legea 98/2016, precum și dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea 98/2016, conform cărora autoritatea contractantă are obligația de a anula aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică *„dacă încălcări grave de la prevederile legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului”*. Astfel, se constată că la stabilirea valorii estimate a acordului cadru ce urmează a fi încheiat, de 3.140.870 lei, fără T.V.A., autoritatea contractantă nu a avut în vedere toate sumele plătibile, articolele noi și inclusiv suplimentările de cantități de lucrări stabilite prin adresa de clarificări nr. 15832/27.09.2016, publicată în SEAP la 27.09.2013, încălcându-se astfel prevederile legale mai sus evocate. Având în vedere că procedura de achiziție publică este afectată, deoarece în valoarea estimată a contractului determinată înainte de inițierea procedurii de atribuire nu sunt incluse și cantitățile de lucrări suplimentare (articole noi + suplimentări de cantități), stabilite prin răspunsurile la clarificări din data de 27.09.2016 și listele de cantități retransmise în data de 27.09.2016, iar în această etapă a procedurii nu mai pot fi luate măsuri de remediere, sunt incidente prevederile invocate mai sus.

Contestatorul precizează că este vorba de corecții de natură tehnică, așa cum arată și autoritatea contractantă, însă acestea trebuiau avute în vedere la evaluarea inițială și nu după lansarea procedurii, în urma clarificărilor transmise de către potențialii ofertanți. La acest moment natura modificărilor are impact asupra estimate a contractului, sens în care sunt încălcate prevederile art. 12 și 14 din Legea 98/2016. Contrar celor afirmate de către autoritatea contractantă, modificarea listelor de cantități pe plus este de natură a încălca principiile de la art. 2 alin. (2) lit. a) – f) din Legea nr. 98/2016 (nediscriminarea, tratamentul egal, recunoașterea reciprocă, transparența, proporționalitatea, asumarea răspunderii), întrucât în această etapă a procedurii, modificările afectează atât ofertanții participanți, pe motivul că le este îngădit dreptul de a participa la procedură din cauza subevaluării valorii estimate a contractului, având în vedere listele de cantități modificate, cât și autoritatea contractantă în condițiile în care eventualii participanți la procedură ar putea să practice prețuri nereale, diminuate artificial, pentru a se încadra în valoarea estimată a contractului, sens în care și calitatea lucrărilor ar putea fi în mod implicit afectată, ofertele fiind nereale. De asemenea, în virtutea principiului proporționalității și asumării răspunderii, autoritatea contractantă trebuia să modifice valoarea estimată inițial, corespunzător valorii articolelor noi și a cantităților suplimentare rezultate din listele de cantități rectificate. Prin prezentarea unor liste de cantități semnificativ modificate față de cele inițiale rezultă că evaluarea inițială a valorii estimate a fost eronată, neincluzându-se o serie de articole și cantități suplimentare, creându-se astfel un tratament discriminatoriu pentru ofertanți, care trebuie să suporte efectele erorilor din evaluarea valorii contractului, erori recunoscute de către autoritatea contractantă prin modificările aduse la listele de cantități. Se cere astfel ofertanților să-și asume riscuri disproporționate, situație în care eventualii candidați vor avea tendința fie să se retragă din competiție (reducându-se astfel în mod artificial concurența), fie ar putea exista ofertanți care să încerce să se eschiveze, practicând prețuri nereale, de natură a afecta calitatea/ cantitatea lucrărilor care fac obiectul contractului. Prin anularea procedurii de atribuire cu reluarea acesteia după modificarea valorii estimate, se elimină efectul descurajator în a participa la licitație pe care îl are modificarea listelor de cantități pe plus asupra potențialilor ofertanți, respectiv se dă eficiență principiului concurenței reale (deschiderea pieței), interesul legiuiitorului și al oricărei autorități contractante trebuind să fie acela ca la procedură să participe cât mai mulți operatori economici, dintre ofertele cărora să fie aleasă cea care răspunde cel mai bine necesităților autorității contractante.

Contestatorul precizează că, prin clarificarea nr. 15808/27.09.2016, în răspuns la întrebarea unui operator economic cu privire la modalitatea de reofertare în vederea atribuirii contractelor subsecvente, ținând cont de listele de cantități puse la dispoziție la momentul lansării procedurii, autoritatea contractantă afirmă că reofertarea se va realiza pe baza

listelor de cantități puse la dispoziție la momentul respectiv de către autoritatea contractantă. Din moment ce autoritatea contractantă a ales să organizeze o procedură pentru atribuirea unui acord-cadru, foarte multe din elementele care influențează procedura (cerințele minime de calificare) se raportează la contractual subsecvent având valoarea cea mai mare. Din răspunsul autorității contractante la clarificarea nr. 15808/27.09.2016 rezultă că, la acest moment, autoritatea contractantă nu cunoaște care este cel mai mare contract subsecvent, respectiv listele de cantități pentru cel mai mare contract subsecvent. Or, aceste informații trebuiau stabilite înainte de lansarea procedurii. Contestatorul invocă dispozițiile art. 117 alin. (2) din Legea 98/2016, precum și ale art. 107 alin. (2) lit. f) din H.G. nr. 395/2016. De asemenea, prin același răspuns la clarificări (ultima întrebare), autoritatea contractantă afirmă că reofertarea se va face pe cantități concrete aferente respectivului contract subsecvent ce vor fi puse la dispoziție ofertanților la momentul la care se va face reofertarea. Astfel, contrar prevederilor art. 109 alin. (1) lit. b) din H.G. nr. 395/2016 potrivit cărora ofertarea se va face pe bază de prețuri unitare, în cazul de față listele de cantități nu sunt structurate pe prețuri unitare aferente unor cantități minime și maxime, ci sunt structurate pe preț total, preț ce va determina câștigătorul, în urma aplicării criteriului de atribuire. În plus, autoritatea contractantă nu a precizat cantitățile minime și maxime și nici valoarea celui mai mare contract subsecvent, contrar obligațiilor pe care le avea sub acest aspect potrivit art. 20 alin. (8) din H.G. nr. 395/2016.

Contestatorul precizează că sunt încălcate prevederile art. 117 alin. (2) din Legea 98/2016, art. 20 alin. (8), art. 107 alin. (2) lit. f) și art. 109 din H.G. nr. 395/2016, care reglementează modul de desfășurare a procedurii/legalitatea organizării acesteia, încălcări de natură a atrage de asemenea anularea procedurii de atribuire în sensul art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul solicită accesul la dosarul cauzei.

Prin adresa nr. 17014/17.10.2016, înregistrată la Consiliu cu nr. 31524/18.10.2016, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, în care precizează că, în ceea ce privește afirmația contestatorului conform căreia valoarea estimată a fost modificată în urma republicării listelor de cantități, corecțiile aplicate asupra încadrărilor activităților și a cantităților aferente sunt de natură tehnică și urmăresc respectarea tuturor operațiunilor necesare implementării proiectului în condiții maxime de calitate și cantitate. Astfel, ofertele tehnice și financiare întocmite de posibili ofertanți vor putea fi evaluate și comparate într-un mod uniform. În baza acestor corecții s-a procedat la reevaluarea valorii estimate a proiectului, astfel rezultând încadrarea în valoarea inițială estimată declarată la inițierea procedurii de atribuire. Dacă valoarea rezultată în urma acestor corecții ar fi depășit valoarea inițială, autoritatea contractantă ar fi adoptat ca măsură

imediată și unică de remediere anularea procedurii de atribuire, și implicit reluarea procedurii conform dispozițiilor legale.

Autoritatea contractantă precizează că a adoptat măsuri de remediere și corective, fără ca acestea să afecteze sau să încalce principiile achizițiilor publice reglementate de Legea 98/2016 la art. 2 alin. (2).

În ceea ce privește afirmația contestatorului conform căreia nu s-au precizat cantitățile minime și maxime și nici valoarea celui mai mare contract subsecvent, autoritatea contractantă precizează că acestea sunt menționate în fișa de date la următoarele secțiuni:

SECȚIUNEA II 1.5) Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor: „Lucrări de reparații și asfaltare străzi în orașul Lucrările ce fac obiectul procedurii de atribuire sunt prezentate în memoriile tehnice, caietele de sarcini și listele cu cantitățile de lucrări de executat. Se vor reabilita un număr de 6 străzi cu o lungime totală de 3.735,92 m.

Valoarea totală estimată a acordului cadru privind „Reabilitare străzi în orașul ...” este de 3.140.870 lei din care:

- 2.983.440 lei - reprezentând valoarea estimată a acordului-cadru și
- 157.430 lei - suma aferentă pentru cheltuieli diverse și neprevăzute - în procent de 5,27%.

Valoarea totală estimată a celui mai mare contract subsecvent este de 967.980 lei din care:

- 51.012,54 lei - suma aferentă pentru cheltuieli diverse și neprevăzute - în procent de 5,27%.”

SECȚIUNEA II 2.1) Cantitatea totală sau domeniul: „Cantități minime și maxime de lucrări privind acordul cadru:

- Îmbrăcăminți beton asfaltic, grosime 2,5 cm: 2.424 – 7.006 mp;
- Îmbrăcăminți beton asfaltic, grosime 4,0 cm: 7.003 – 20.239 mp;
- Balast stabilizat: 475 – 1.136 mc;
- Borduri de beton mari: 1.943,4 – 5.616,5 ml;
- Borduri de beton mici: 894 – 2.584,6 ml;
- Agregate naturale cilindrate: 505,5 – 1.461 mc;

Cantități minime și maxime privind cel mai mare contract subsecvent:

- Îmbrăcăminți beton asfaltic, grosime 2,5 cm: 250 – 2.424 mp;
- Îmbrăcăminți beton asfaltic, grosime 4,0 cm: 722 – 7.003 mp;
- Balast stabilizat: 4,6 - 475 mc;
- Borduri de beton mari: 200,6- 1.943,4 ml;
- Borduri de beton mici: 28 - 894 ml;
- Agregate naturale cilindrate: 52 - 505,5 mc”.

Urmare celor antemenționate, autoritatea contractantă solicită respingerea ca nefondată a contestației formulată de ... și continuarea desfășurării procedurii simplificate în cauză.

În drept, autoritatea contractantă invocă dispozițiile art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

... a transmis cu actul nr. 2447/21.10.2016, înregistrat la Consiliu sub nr. 32080/21.10.2016 concluzii scrise, urmare a studierii dosarului achiziției publice. În cadrul documentului antemenționat societatea contestatoare menționează că din analizarea listelor de cantități rezultă că programul de deviz este altul decât cel aferent primelor liste de cantități, fapt care conduce la concluzia ca autoritatea contractantă nu a avut la dispoziție toate informațiile necesare la momentul demarării procedurii de atribuire.

De asemenea, reiterează criticile cu privire la faptul că listele de cantități nu sunt structurate pe prețuri unitare aferente unor cantități minime și maxime, ci sunt structurate pe preț total.

Pe cale de consecință, contestatorul solicită admiterea contestației și dispunerii măsurilor de remediere care constau în anularea procedurii de atribuire.

În drept ... invocă dispozițiile art. 21 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin procedură simplificată - într-o singură etapă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de achiziție publică de lucrări având ca obiect *Lucrări privind investiția «Reabilitare străzi în orașul ...»*.

În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. ..., potrivit căruia valoarea estimată a contractului, fără TVA, este de 3.140.870 RON, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Referitor la fondul cauzei, Consiliul a luat în considerare prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016, conform cărora *„La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederile Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară confidențiale (...)”*.

Având în vedere cele mai sus reținute și dispozițiile legale mai sus invocate, Consiliul a admis solicitarea societății contestatoare de studiere a dosarului cauzei, acesta prezentându-se, în acest sens, la sediul CNSC și transmitând concluziile scrise cu actul nr. 2447/21.10.2016, înregistrat la Consiliu sub nr. 32080/21.10.2016.

În conformitate cu dispozițiile art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, procedura de soluționare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiilor legalității, celerității, contradictorialității, asigurării dreptului la apărare, imparțialității și independenței activității administrativ-jurisdicționale. Pe cale de consecință, Consiliul va lua în considerare apărările și argumentele aduse de petenți formulate și înregistrate la Consiliu până la data emiterii prezentei decizii.

Analizând criticile formulate de ..., Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de nemulțumirea față de modificările aduse documentației de atribuire, respectiv modificarea listelor de cantități publicate inițial. Astfel autoarea contestației solicită anularea procedurii de atribuire, în opinia acestuia fiind incidente dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Înainte de a proceda la analiza pe fond a aspectelor sesizate de ..., Consiliul găsește util a reține câteva aspecte din cadrul documentelor elaborate de autoritatea contractantă și puse la dispoziția operatorilor economici în SEAP, respectiv:

- obiectul contractului de lucrări supus procedurii de atribuire constă în reabilitări străzi în orașul Întrucât în cadrul acestui obiectiv nu se pot stabili niște cantități fixe, acestea fiind doar estimate, modalitate de aplicare a acestei proceduri este un acord-cadru, cu o durată de 4 ani. Autoritatea contractantă a prevăzut că acordul-cadru se va încheia cu mai mulți operatori economici cu reluarea competiției, numărul maxim de contracte subsecvente ce urmează a se atribui sunt 6 (pentru 6 străzi);

- în cadrul fișei de date a achiziției, autoritatea contractantă a consemnat la pct. II.2.1) "*Cantitatea totala sau domeniul*" următoarele: "*Valoarea estimata maxima a acordului cadru este de: **3.140.870 lei incluzand si procentul de 5,27% cheltuieli diverse si neprevazute.** Anual se vor efectua lucrari de reparatii asfaltice in valoare maxima de 967.980 lei (cel mai mare contract subsecvent). Valoarea anuala poate fi mai mica in functie de disponibilitate financiare ale Orasului Hirlau.*

Cantitati minime si maxime de lucrari privind acordul cadru:

- *Imbracaminti beton asfaltic, grosime 2,5 cm: 2424 – 7006 mp*
- *Imbracaminti beton asfaltic, grosime 4,0 cm: 7003 – 20239 mp*
- *balast stabilizat: 475 – 1136 mc*
- *borduri de beton mari: 1943,4 – 5616,5 ml*
- *borduri de beton mici: 894 – 2584,6 ml*
- *Agregate naturale cilindrate: 505,5 - 1461 mc*

Cantitati minime si maxime privind cel mai mare contract subsecvent: - Imbracaminti beton asfaltic, grosime 2,5 cm: 250 - 2424 mp

- Imbracaminti beton asfaltic, grosime 4,0 cm: 722 - 7003 mp

- balast stabilizat: 4,6 – 475 mc

- borduri de beton mari: 200,6 – 1943,4 ml

- borduri de beton mici: 28 - 894 ml

- Agregate naturale cilindrate: 52 – 505,5 mc

Valoarea estimata fara TVA: 3,140,870.00 RON”;

- de asemenea, a pus la dispoziția operatorilor economici listele de cantități, potrivit cărora proiectantul a cuantificat lucrările ce urmează a fi executate sub forma unor liste de cantități de lucrări, completate pe capitole, aferente categoriilor de lucrări cu detalierea lucrărilor pe articole de deviz. De asemenea, se reține că autoritatea contractantă a pus la dispoziția operatorilor economici și formularele C6 – Lista consumurilor cu resurse materiale, C7 – Lista consumurilor cu mâna de lucru, formularul C8 – Lista consumurilor de ore de funcționare a utilajelor de construcții și C9 – Lista consumurilor privind transporturile, în cadrul cărora sunt menționate consumurile specifice.

În aceste condiții, operatorii economici aveau obligația întocmirii ofertelor tehnice cu respectarea întocmai a listelor de cantități și a consumurilor înscrise în cadrul formularelor reprezentând listele de consumuri resurse material, manoperă, utilaj și transport mai sus precizate.

Ulterior, la solicitările de clarificare adresate de operatorii economici, autoritatea contractantă a publicat pe SEAP și Clarificarea nr. 13 înregistrată sub nr. ..., potrivit căreia autoritatea contractantă menționează că au fost corectate și atașate listele de cantități și caietul de sarcini pentru stratul de fundație din balast stabilizat cu lianți hidraulici.

Societatea contestatoare critică faptul că autoritatea contractantă a transmis noi liste de cantități corectate, care pe de o parte cuprind articole noi care nu se regăseau în listele inițiale, iar pe de altă parte au fost majorate și unele cantități de lucrări.

Raționamentul conturat de societatea contestatoare în favoarea argumentelor potrivit cărora modificările aduse de autoritatea contractantă conduc la modificarea valorii estimate, aspect care conduce la anularea procedurii, este judicios în cauză și va fi reținut de Consiliu în soluționare din următoarele considerente:

- în cauză, Consiliul determină că sunt incidente următoarele dispoziții legale din Legea nr. 98/2016:

art. 9. - (1) Autoritatea contractantă calculează valoarea estimată a unei achiziții având în vedere valoarea totală de plată, fără TVA, estimată de autoritatea contractantă, luând în considerare orice eventuale forme de opțiuni și prelungiri ale contractului menționate în mod explicit în documentele achiziției.

(2) În cazul în care autoritatea contractantă prevede, în conformitate cu dispozițiile prezentei legi, acordarea unor premii/prime pentru ofertanți sau candidați, determinarea valorii estimate a achiziției trebuie să includă și valoarea premiilor/primelor respective.

(...)

Art. 12. - Valoarea estimată a achiziției se determină înainte de inițierea procedurii de atribuire și este valabilă la momentul inițierii procedurii de atribuire. Inițierea procedurii de atribuire se realizează prin una dintre următoarele modalități:

a) transmiterea spre publicare a anunțului de participare

(...)

Art. 14. - În cazul acordului-cadru sau al sistemului dinamic de achiziții, valoarea estimată a achiziției se consideră a fi valoarea maximă estimată, fără TVA, a tuturor contractelor de achiziție publică subsecvente care se anticipează că vor fi atribuite în baza acordului-cadru sau prin utilizarea sistemului dinamic de achiziții pe întreaga sa durată”;

- având în vedere cadrul juridic anterior fixat, Consiliul apreciază că valoarea estimată reprezintă pe de-o parte, un instrument aflat la dispoziția autorității contractante pentru a **determina quantumul sumelor ce urmează a fi disponibilizate**, iar, pe de altă parte, reprezintă un barometru utilizat de autoritatea contractantă în vederea evaluării propunerilor financiare depuse. Cu alte cuvinte este în sarcina autorității contractante să determine **în mod corect valoarea estimată a contractului de achiziție publică**, pe baza calculării și însumării tuturor sumelor plătibile pentru îndeplinirea contractului respectiv, luând în considerare orice forme de opțiuni;

- aceasta este și rațiunea pentru care, la art. 210 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, legiuitorul a prevăzut că „*autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare justificările primite de la ofertant, în condițiile alin. (1), îndeosebi cele care se referă la: a) fundamentarea economică a modului de formare a prețului, aferent metodelor de execuție utilizate, procesului de producție sau serviciilor prestate; b) soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru executarea lucrărilor, pentru furnizarea produselor sau prestarea serviciilor; c) originalitatea ofertei din punct de*

vedere al îndeplinirii tuturor cerințelor prevăzute în caietul de sarcini; d) respectarea dispozițiilor privind protecția muncii și condițiile de lucru aplicabile pentru executarea lucrării, prestarea serviciului sau furnizarea produselor; e) posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat”.

Pe cale de consecință, de rigoarea cu care este aplicat cadrul juridic anterior enunțat, depinde, în mod esențial și respectarea dispozițiilor enunțate la art. 34 din H.G. nr. 395/2016, care stipulează următoarele: “În cazul în care criteriul utilizat este *”prețul cel mai scăzut”*, astfel cum este prevăzut la art. 187 alin. (3) [lit. a\)](#) din Lege, ***stabilirea ofertei câștigătoare se realizează numai prin compararea prețurilor prezentate în cadrul ofertelor admisibile, fără să fie cuantificate alte elemente de natură tehnică sau alte avantaje*** care rezultă din modul de îndeplinire a contractului de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire”.

Se are în vedere faptul că societatea contestatoare a atașat contestației depuse Anexa nr. 1 în care a evidențiat în ce au constat modificările aduse de autoritatea contractantă listelor de cantități, respectiv: o serie de *articole noi* față de cele existente și o serie de *cantități modificate în plus* față de listele de cantități inițiale.

Astfel, autoarea contestației susține că prin prezentarea unor liste de cantități semnificativ modificate față de cele inițiale rezultă că evaluarea inițială a valorii estimate a fost eronată, neincluzându-se o serie de articole și cantități suplimentare, creându-se astfel un tratament discriminatoriu pentru ofertanți, o parte dintre aceștia ar putea să practice prețuri nereale, diminuate artificial, pentru a se putea încadra în valoarea estimată a contractului, sens în care calitatea lucrărilor ar putea fi în mod implicit afectată, ofertele fiind nereale.

Așadar problema care se impune a fi dezlegată este aceea dacă modificările aduse documentației sunt de natură a vicia procedura de atribuire sub aspectul stabilirii unei valori estimate greșite.

Din examinarea celor două devize generale, Consiliul constată că valoarea estimată a fost păstrată la 3.140.870,00 lei, însă s-au modificat valorile aferente capitolului 3 *”Cheltuieli pentru proiectare și asistență tehnică”*, capitolului 4 *”Cheltuieli pentru investiția de bază”*, și capitolului 5 *”Alte cheltuieli”*, astfel:

- în devizul general, autoritatea contractantă a prevăzut valoarea de 237,82 mii lei pentru capitolul 3 - *”Cheltuieli pentru proiectare și asistență tehnică”*, defalcată pentru 3.1.- studii de teren, 3.2. - taxe pt. obținerea de avize, acorduri și autorizații, 3.3.- proiectare și inginerie, 3.4. - organizarea procedurilor de achiziție publică, 3.5.- consultanță și 3.6.- asistență tehnică proiectant; în devizul general modificat, transmis Consiliului, autoritatea contractantă nu a mai prevăzut nicio valoare pentru acest capitol;

- pentru capitolul 4 *"Cheltuieli pentru investiția de bază"*, autoritatea contractantă a prevăzut inițial valoarea de 2.910,68 mii lei, defalcată astfel: 4.1.1. – terasamente – 232,85 mii lei, 4.1.2. - sistem rutier – 2.238,32 mii lei, 4.1.3. – scurgerea apelor, podețe – 407,50 mii lei și 4.1.4. – semnalizare rutieră, marcaje – 32,02 mii lei. În devizul general modificat, transmis Consiliului, autoritatea contractantă a prevăzut la capitolul 4 *" Cheltuieli pentru investiția de bază"*, valoarea de 2.983,440 mii lei, defalcată astfel: 4.1.1. - terasamente și acostamente – 615,037 mii lei, 4.1.2. – sistemul rutier – 1.895,950 mii lei, 4.1.3. – rigole – 218,488 mii lei, 4.1.4. – podețe – 176,423 mii lei și 4.1.5. – semnalizare – 77.542 mii lei;

- pentru capitolul 5.1. *"Organizare de șantier"*, autoritatea contractantă a prevăzut inițial 101,87 mii lei și pentru *"Comisioane, taxe, cote legale, costuri de finanțare"* – 37,84 mii lei, iar în devizul transmis ulterior Consiliului autoritatea contractantă nu a mai prevăzut nicio valoare pentru aceste capitole.

În raport de cele mai sus reținute, contrar susținerilor autorității contractante, conform căroră *"corecțiile aplicate asupra încadrărilor activităților și a cantităților aferente sunt de natură tehnică și urmăresc respectarea tuturor operațiunilor necesare implementării proiectului în condiții maxime de calitate și cantitate"*, corecțiile aplicate, chiar dacă vizează aspecte tehnice, au corespondent/se oglindesc în cadrul propunerii financiare.

Astfel, în speță este important dacă prețurile estimate de autoritatea contractantă sunt raportate în mod corect la prețurile pieței (utilizându-se ca referință în acest sens buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri), nefiind suficient argumentul că autoritatea contractantă a reușit în urma corecțiilor financiare (între capitolele de cheltuieli) să mențină valoarea estimată la același quantum inițial stabilit și publicat.

Un alt argument adus de autoritatea contractantă în favoarea deciziei de a nu anula procedura de atribuire în cauză, motivat de valoarea estimată stabilită în mod eronat, este acela că valoarea rezultată în urma acestor corecții nu depășește valoarea inițială.

Ori, faptul că autoritatea contractantă a reușit să rearanjeze valoric listele de cantități modificate conduce la faptul că valoarea estimată inițial a fost determinată în mod arbitrar, neluând ca repere pentru stabilirea elementelor de preț, prețurile pieței, utilizându-se ca referință buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri.

Așadar, sunt judicioase susținerile societății contestatoarei potrivit căroră modificarea listelor de cantități a condus la un nou deviz decât cel aferent listelor de cantități inițiale, rezultând astfel că autoritatea contractantă nu a avut la dispoziție la momentul demarării procedurii de atribuire, toate informațiile necesare.

Corelativ, Consiliul reține ca fiind relevant în soluționare raționamentul conturat de societatea contestatoare în favoarea argumentelor care conduc la decizia de anularea a procedurii, respectiv: *”Contrar celor afirmate de către autoritatea contractantă, modificarea listelor de cantități pe plus este de natură a încălca principiile de la art. 2 alin. (2) lit. a) – f) din Legea nr. 98/2016 (nediscriminarea, tratamentul egal, recunoașterea reciprocă, transparența, proporționalitatea, asumarea răspunderii), întrucât în această etapă a procedurii, modificările afectează atât ofertanții participanți, pe motivul că le este îngădit dreptul de a participa la procedură din cauza subevaluării valorii estimate a contractului, având în vedere listele de cantități modificate, cât și autoritatea contractantă în condițiile în care eventualii participanți la procedură ar putea să practice prețuri nereale, diminuate artificial, pentru a se încadra în valoarea estimată a contractului, sens în care și calitatea lucrărilor ar putea fi în mod implicit afectată, ofertele fiind nereale.*

De asemenea, în virtutea principiului proporționalității și asumării răspunderii, autoritatea contractantă trebuia să modifice valoarea estimată inițial, corespunzător valorii articolelor noi și a cantităților suplimentare rezultate din listele de cantități rectificate.

Prin prezentarea unor liste de cantități semnificativ modificate față de cele inițiale rezultă că evaluarea inițială a valorii estimate a fost eronată, neincluzându-se o serie de articole și cantități suplimentare, creându-se astfel un tratament discriminatoriu pentru ofertanți, care trebuie să suporte efectele erorilor din evaluarea valorii contractului, erori recunoscute de către autoritatea contractantă prin modificările aduse la listele de cantități. Se cere astfel ofertanților să-și asume riscuri disproporționate, situație în care eventualii candidați vor avea tendința fie să se retragă din competiție (reducându-se astfel în mod artificial concurența), fie ar putea exista ofertanți care să încerce să se eschiveze, practicând prețuri nereale, de natură a afecta calitatea/cantitatea lucrărilor care fac obiectul contractului.

Prin anularea procedurii de atribuire cu reluarea acesteia după modificarea valorii estimate, se elimină efectul descurajator în a participa la licitație pe care îl are modificarea listelor de cantități pe plus asupra potențialilor ofertanți, respectiv se dă eficiență principiului concurenței reale (deschiderea pieței), interesul legiuitorului și al oricărei autorități contractante trebuind să fie acela ca la procedură să participe cât mai mulți operatori economici, dintre ofertele cărora să fie aleasă cea care răspunde cel mai bine necesităților autorității contractante”.

Consiliul constată astfel că, prin conduita adoptată de autoritatea contractantă, privitor la modificările aduse listelor de cantități operatorii economici (inclusiv societatea contestatoarea în cauză) au fost privați de o informare clară și completă contrară dispozițiilor fără echivoc ale art. 160 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care îi împiedică la întocmirea unor oferte concordante cu scopul procedurii de atribuire – achiziția de lucrări, în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire, conform cu necesitățile obiective ale achizitorului.

Întrucât publicarea noilor liste de cantități care au cuprins articole noi și cantități modificate, reflectată prin practicarea unor prețuri nereale constituie **„încălări ale prevederilor legale afectează procedura de**

atribuire", Consiliul apreciază că unica posibilitate de finalizare legală a procedurii este de anularea procedurii de atribuire, situație în care contestația depusă de către petenta ... este fondată.

Criticile aduse de societatea contestatoare în referire la faptul că autoritatea contractantă nu a precizat cantitățile minime și maxime și nici valoarea celui mai mare contract subsecvent, contrar obligațiilor pe care le avea sub acest aspect potrivit art. 20 alin. (8) din H.G. nr. 395/2016 sunt neîntemeiate, întrucât așa cum a fost mai sus reținut, toate aceste elemente se regăsesc în cadrul fișei de date a achiziției, la pct. II.1.4) și II.2.1). Însă autoritatea contractantă trebuie să coreleze cantitățile minime și maxime ținând seama de modificările intervenite în cadrul listelor de cantități.

Nici criticile vizavi de faptul că autoritatea contractantă nu a structurat listele de cantități pe prețuri unitare aferente unor cantități minime și maxime, ci a structurat pe preț total, nu vor fi reținute de Consiliu în soluționare, întrucât în cadrul listelor de cantități se regăsesc prețurile unitare aferente fiecărui articol de deviz, astfel că reofertarea se va face pe cantități concrete aferente respectivului contract subsecvent, care vor fi puse la dispoziție ofertanților la momentul la care se va face reofertarea.

Având în vedere imposibilitatea remedierii documentației de atribuire, constatându-se erori, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitate de a adopta măsuri corective, fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 fără a fi afectată procedura de atribuire, conform celor mai sus reținute, Consiliul determină că sunt incidente dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. c) coroborat cu alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv: *"(1) Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordul-cadru în următoarele cazuri: c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului.*

(2) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin încălcări ale prevederilor legale se înțelege situația în care, pe parcursul procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2)."

Față de considerentele de fapt și de drept învederate mai sus, Consiliul reține temeinicia criticilor contestatoarei, astfel că va admite contestația și va anula procedura de atribuire.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (7) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ... și anulează documentația de atribuire și întreaga procedură de licitație deschisă organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *"Lucrări privind investiția «Reabilitare străzi în orașul ...»"*.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...