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.cnsc.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. 682/20.03.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 11503/21.03.2018, depusă de SC ... SRL, cu sediul în ..., având CUI RO... și număr de ordine la Oficiul Registrului Comerțului ..., reprezentată legal de ... - administrator, împotriva răspunsului nr. JAC nr. 626/09.03.2018 la solicitările de clarificări, emis de ..., în calitatea de autoritate contractantă, cu sediul în ..., în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect *„Reabilitarea termică a blocului de locuințe situat în ...”*, s-a solicitat Consiliului admiterea contestației și anularea procedurii de atribuire, în conformitate cu dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Prin Încheierea nr. ..., s-a respins, ca nefondată, solicitarea SC ... SRL de suspendare a procedurii de licitație deschisă, organizată de către ....

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ... SRL critică răspunsul autorității contractante nr. JAC626/09.03.2018 la solicitările de clarificări, emis, în opinia sa, cu încălcarea prevederilor art. 154 din Legea nr. 154/2016 și art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016, având în vedere că autoritatea a refuzat să ia măsurile ce se impun pentru a asigura respectarea principiului liberei

concurențe, dreptului de acces efectiv la procedură, principiului folosirii fondurilor publice în condiții de eficiență economică (conform art. 2 alin. 1 din Legea nr. 98/2016) și a principiului priorității interesului public (conform art. 8 alin. 3 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004), limitând accesul la procedura de atribuire, prin cerințele impuse cu privire la produsele solicitate.

În susținere, contestatoarea evocă întrebările adresate de operatorii economici autorității contractante și răspunsurile acesteia, din adresa nr. JAC626/09.03.2018, astfel:

- prin solicitarea de clarificări formulată de un agent economic, s-a solicitat autorității contractante:

„1. Având în vedere caracteristicile menționate în caietul de sarcini în tabelul 2.2.3.2. Cerințe minime pentru caracteristicile tehnice ale produselor din polistiren expandat ignifugat utilizate la fațade, zona parter (EPS 120), absorbția de apă de lungă durată prin imersie WL(T)2 solicitată de autoritate contractantă, nu poate fi îndeplinită de produsele aflate pe piața românească a producătorilor de polistiren (Adeplast, Austrotherm, Firos, Swisspor, Hirsch-Porozell).

Caracteristica tehnică referitoare la absorbția de apă de lungă durată prin imersie determinată de producătorii de polistiren expandat din Romania pentru EPS 120 este WL(T)3.

În consecință vă solicităm să revizuiți cerința pentru absorbția de apă de lungă durată prin imersie la clasa WL(T)3 pentru polistiren expandat ignifugat EPS 120 deoarece cerința WL(T)2 nu corespunde produselor agrementate din România”.

Răspunsul autorității contractante a fost:

„Criteriile și nivelurile de performanță ale produselor indicate sunt în concordanță cu GP 123/2013 (Anexa 1, Tabel 1.1) și reprezintă cerințe minime. În situația în care producătorii de polistiren nu pot asigura toate cerințele minime impuse pentru polistirenul testat cu efort de compresiune de 120 kPa la o deformare (tasare) de 10% (EPS 120), se va utiliza alt tip de polistiren care îndeplinește toate cerințele minime. În această situație tipul de polistiren din rețetele articolelor va fi pus în concordanță cu material utilizat”;

- prin aceeași solicitare de clarificări formulată de un agent economic, s-a solicitat autorității contractante:

„2. Având în vedere caracteristicile menționate în caietul de sarcini în tabelul 2.3.1.1. Cerințe minime pentru caracteristicile tehnice ale produselor din polistiren expandat ignifugat utilizate la protecția termică a terasei (EPS 120), vă comunicăm că produsele prezente la producătorii importanți de polistiren din România (Adeplast, Austrotherm, Firos, Swisspor, Hirsch-Porozell) au determinate încercări cu privire la fluajul de compresiune cu efort de compresiune declarat de cel mult 100 KPa, nu 150 Kpa cum este specificat în caracteristicile din caietul de sarcini. Vă rugăm să revizuiți cerința pentru fluajul de compresiune de la 150 KPa la maxim 100 KPa pentru polistirenul expandat ignifugat EPS 120

folosit la terasă. Dorim să menționăm faptul că nu există mai multe sortimente de polistiren expandat ignifugat EPS 120 cu caracteristici și utilizări diferite (fațadă și terasă), așa cum este specificat în proiect. Exemplificăm prin următoarele caracteristicile din caietul de sarcini:

- Stabilitate dimensională în condiții normale de laborator (EPS 120 fațada DS(N)2; EPS 120 terasă DS(N)S);

- Stabilitate dimensională în condiții specificate de temperatură și umiditate (EPS 120 fațada DS(70,-) 1; EPS 120 terasă DS(70,-)2);

- Densitate aparentă (EPS 120 fațadă > 17±0.2 kg/m3; EPS 120 terasa > 20±0.2kg/m3)

Deoarece există un singur tip de polistiren expandat ignifugat EPS 120, considerăm că este obligatoriu ca cerințele din proiect să fie aceleași indiferent de zona de utilizare a materialului".

Răspunsul autorității contractante a fost:

„Criteriile și nivelurile de performanță din caietul de sarcini sunt în concordanță cu GP123/201 3 (Anexa 1, Tabel 1.1) și reprezintă cerințe minime. Se vor utiliza acele materiale care asigură îndeplinirea tuturor caracteristicilor tehnice solicitate potrivit domeniului de utilizare indicat în caietul de sarcini (fațada, terasa, etc)";

- prin aceeași solicitare de clarificări formulată de un agent economic, s-a solicitat autorității contractante:

„3. Analizând fișele tehnice și declarațiile de performanță de la producători pentru materialele polistiren extrudat XPS 200, polistiren extrudat XPS 300, vată minerală bazaltică, membrane termosudabile, rezultă faptul că nici unul din produsele disponibile pe piața din România nu poate îndeplini toate cerințele specificate în caietul de sarcini de către autoritatea contractantă și/sau proiectant. Vă solicităm revizuirea și modificarea cerințelor tehnice referitoare la materialele menționate în conformitate cu produsele existente pe piață și cu caracteristicile minime pe care acestea sunt obligate să le îndeplinească conform legislației în vigoare".

Răspunsul autorității contractante a fost:

„Autoritatea contractantă nu are temei legal de a modifica cerințele privind criteriile și nivelurile de performanță din caietul de sarcini, acestea fiind în concordanță cu reglementarea tehnică indicativ GP123-201 3 și cu standardele aplicabile în vigoare";

- prin aceeași solicitare de clarificări formulată de un agent economic, s-a solicitat autorității contractante:

„4. Referitor la punctul "2.5.3. Cerințe minime de durabilitate" pentru tâmplăria exterioară termoizolantă din profile PVC, vă solicităm să ne prezentați standardul, normativul, ghidul de proiectare sau orice altă bază legală după care s-au stabilit cerințele minime din caietul de sarcini și proiectul tehnic. SC .... SRL consideră aceste cerințe restrictive și abuzive, împiedicând libera alegere, transparența și egalitatea de șanse".

Cu toate că, din discuțiilor avute cu producătorii de profile de PVC pentru realizarea tâmplăriei, reiese că perioada maximă de durabilitate pentru profile este de 10 ani (nu 30 ani cum se cere în caietul de sarcini), prin răspunsul său, autoritatea contractantă a arătat:

„Cerințele de durabilitate reprezintă cerințe de calitate formulate de proiectant în concordantă cu nivelul calitativ impus pentru produsele care urmează a fi utilizate în cadrul lucrărilor în vederea creșterii eficientei energetice a clădirii";

- prin aceeași solicitare de clarificări formulată de un agent economic, s-a solicitat autorității contractante:

„5. Având în vedere nenumăratele neconcordanțe cu materialele existente pe piața din România, vă solicităm modificarea cerințelor din proiectul tehnic și caietul de sarcini și prelungirea termenului depunere a ofertei cu cel puțin 14 zile, deoarece inexistența unor produse compatibile cu cerințele solicitate duce la un imposibilitatea întocmirii ofertei".

Răspunsul autorității contractante a fost:

„Cerințele autorității contractante privind criteriile și nivelurile de performanță din caietul de sarcini sunt în concordanță cu reglementarea tehnică indicativ GP 123-2013 i-au fost aduse la cunoștința tuturor potențialilor ofertanți odată cu publicarea anunțului de participare; prin urmare nu există temei legal de a prelungi durata de elaborare a ofertelor din motivul invocat".

Totodată, contestatoarea susține că autoritatea contractantă manifestă și tratament discriminatoriu, având în vedere că toate răspunsurile de mai sus, formulate prin răspunsul nr. JAC626/09.03.2018, sunt în contradicție cu alte răspunsuri ale acesteia, în urma altor solicitări de clarificări, prin care a fost de acord să modifice caracteristicile materialelor în urma cererilor ofertanților, de exemplu, prin răspunsul nr. JAC731/09.03.2018, se modifică cerința referitoare la tencuiala decorativă, deoarece aceasta se regăsește în fișa tehnică a unui singur producător (...) și pentru ca și alți producători să se poată încadra în această cerință. Ceea ce este și mai nelegal, este că această modificare a cerinței tehnice cu privire la tencuiala decorativă se operează ca urmare a unei solicitări de clarificare formulată la data de 08.03.2018, căreia i se răspunde tot în data de 08.03.2018, în sensul celor de mai sus.

În opinia contestatoarei, această atitudine vine în contradicție cu răspunsul autorității contractante nr. JAC627/09.03.2018, care este emis ca urmare a unor solicitări de clarificări din data de 02.03.2018, în cazul acestora nemaioperând însă, în accepțiunea sa, aceeași grabă. Potrivit contestatoarei, prin conduita sa, autoritatea contractantă manifestă comportament preferențial și discriminatoriu, neaplicând același tratament solicitărilor de clarificări.

De asemenea, afirmă contestatoarea, și prin alte cerințe formulate, autoritatea contractantă impune utilizarea materialelor unui singur

producător, cum ar fi *„6. Cerințele pentru șapă de mortar de ciment utilizata la termohidroizolarea terasei conform punctului 2.3.1.3. din Caietul de sarcini*”, care sunt îndeplinite doar de șapa unui anumit producător, niciun alt producător de șape neîncadrând-se în aceste cerințe.

Cu privire la cerințele privind oferta financiară, contestatoarea învederează că, în listele repostate de autoritatea contractantă există neconcordanțe, astfel, în ceea ce privește blocul din șos. N. Titulescu:

- lipsește profil de soclu cu picurător, deși este obligatoriu în toate tehnologiile de montaj, chiar dacă blocul are sau nu are magazine la parter;

- lipsește folia termoizolantă din rețeta art. SBS006 - deși aceasta este obligatorie;

- lipsește art. IT313 - golire instalații, deși această operațiune este obligatoriu de executat.

Contestatoarea menționează că autoritatea contractantă a postat răspunsuri la clarificări chiar în seara zilei de vineri, 09.03.2018, dar și luni, 12.03.2018, în condițiile în care termenul de depunere era, marți, 13.03.2018, îngreunând, într-un mod nepermis, procesul de întocmire a ofertelor și încălcând dreptul de acces efectiv la procedură, agenții economici fiind nevoiți să își actualizeze ofertele de la o zi la alta, să investească timp și energie în această procedură continuă de urmărire a modificărilor.

În opinia contestatoarei, în cauză se aduce atingere inclusiv interesului public, având în vedere că prin răspunsul la solicitarea de clarificări autoritatea contractantă limitează în mod nepermis numărul operatorilor economici participanți procedură, fiind înlăturată libera concurență, încălcându-se principiul concurenței, transparenței și tratamentului egal, consacrate de art. 2 din Legea nr. 98/2016.

Față de cele de mai sus, pentru a nu crea premisele încălcării principiilor ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, entitatea organizatoare era obligată să dispună luarea măsurilor de remediere ce se impun pentru asigurarea respectării legislației în domeniul achizițiilor publice, așa cum i-am solicitat.

Având în vedere că autoritatea contractantă a refuzat să ia măsurile de remediere care se impun pentru asigurarea respectării legislației în domeniul achizițiilor publice, iar procedura de atribuire se află în faza ulterioară depunerii ofertelor (13.03.2018), etapă în care nu se mai poate asigura o remediere care să fie în concordanță cu principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și care să asigure respectarea normelor legale în materia achizițiilor publice și a căror încălcare a intervenit în cadrul procedurii de față, contestatoarea consideră că se impune anularea procedurii de atribuire în conformitate cu dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

În drept, se invocă dispozițiile art. 2-3, art. 6, art. 8, art. 10 și art. 26 din Legea nr 101/2016.

În probațiune, contestatoarea depune, în copie, documente.

Prin adresa nr. JAC1090/27.03.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 12444/27.03.2018, autoritatea contractantă transmite punct de vedere cu privire la contestație, solicitând respingerea acesteia ca nefondată, având în vedere următoarele:

În preambul, autoritatea contractantă învederează că, în perioada de elaborare a ofertelor au fost formulate 34 de solicitări de clarificări, având în vedere că nu a fost în măsură să răspundă la 6 solicitări de clarificări, în termenul prevăzut la art. 161 din Legea nr. 98/2016 și indicat în anunțul de participare (19.02.2018), în temeiul art. 153, alin. (1) lit. a) și cu respectarea art. 153 alin. (2) și (3) din același act normativ, în data de 23.02.2018 a publicat în SEAP anunțul de tip erată nr. 122213, prin care s-a prelungit durata de elaborare a ofertelor cu 8 zile (de la 05.03.2018 până la 13.03.2018) și s-a prelungit termenul de solicitare de clarificări tot cu 8 zile (de la 19.02.2018 la 27.02.2018). Solicitările de clarificări depuse de operatorii economici în temeiul art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 până la termenul-limită indicat în documentele achiziției (respectiv până în data de 27.02.2018) au vizat, în principal, detalieri sau erori privind listele de cantități astfel încât, răspunsurile formulate, în considerarea art. 55 din HG nr. 395/2016, au condus la ajustări/completări nesemnificative ale informațiilor inițiale din documentația tehnică și nu au avut ca efect schimbarea indicatorilor principali care caracterizează rezultatul contractului ce urmează a fi atribuit. Singura solicitare de clarificări depusă în termenul-limită prevăzut în documentele achiziției care a vizat cerințele minime de performanță pentru materialele care urmează a fi utilizate în lucrare, a fost cea înregistrată sub nr. JAC 495/23.02.2018, după 23 de zile de la publicarea respectivelor cerințe minime în cuprinsul documentației de atribuire.

Autoritatea contractantă precizează că actul atacat este răspunsul nr. JAC 626/09.03.2018 la adresa de clarificări depusă de un operator economic în data de 02.03.2018, în afara termenului limită stabilit în anunțul de tip erată nr. 122213/23.02.2018, prin care se solicită modificarea unor cerințe minime din caietul de sarcini, cerințe pe care le consideră, după 31 de zile de la publicarea caietului de sarcini, imposibil de îndeplinit de producătorii de materiale de construcții de pe piața românească. Practic, actul atacat este caietul de sarcini, nu răspunsul la solicitarea de clarificări prin care se mențin cerințele din caietul de sarcini, deoarece:

- cerințele au fost formulate în concordanță cu Ghidul privind proiectarea și executarea lucrărilor de reabilitare termică a blocurilor de locuințe, indicativ GP 123-2013, aprobat prin Ordinul nr. 2211/2013 al ministrului dezvoltării regionale și administrației publice și publicat în Monitorul Oficial al României Partea I, nr. 538 și 538 bis din 26.08.2018, o reglementare tehnică în vigoare din 25.09.2013 - cu mai bine de 4 ani înainte de inițierea procedurii de achiziție;

- dispozițiile art. 8 și 9 lit. a) din Legea nr. 10/1995 potrivit cărora activitatea de reglementare în construcții reprezintă o componentă a sistemului calității în construcții;

- dispozițiile art. 10 alin. (2) din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, potrivit cărora *„Reglementările tehnice cuprind prevederi privind proiectarea și execuția construcțiilor, eficiența energetică în clădiri, inspecția tehnică în exploatare a echipamentelor și utilajelor tehnologice, precum și a instalațiilor pentru construcții, cerințe și nivele de performanță la produse pentru construcții, exploatarea și intervenții în exploatare la construcții existente, precum și post utilizarea construcțiilor, a căror aplicare este obligatorie în vederea asigurării cerințelor fundamentale aplicabile construcțiilor”*.

Autoritatea contractantă susține că nu a fost de acord cu modificările cerințelor minime de performanță solicitate de respectivul operator economic, deoarece nu există temei legal pentru un astfel de demers.

Referitor la susținerea petentei, potrivit căreia autoritatea contractantă a tratat în mod diferit solicitări de clarificări similare, invocând modificarea unei cerințe minime precizată în caietul de sarcini privind tencuiala decorativă, ... precizează că modificarea respectivă a fost realizată în urma unei solicitări de clarificări comunicate în data de 08.03.2018, de același operator economic care a depus solicitarea de clarificări menționată mai sus și a avut ca temei faptul că autoritatea contractantă a constatat, în urma solicitării de clarificări, că cerința privind aderența la stratul suport a tencuielii decorative (> 1,9 N/mm) a fost indicată în mod eronat în caietul de sarcini, aceasta neregăsindu-se în reglementarea tehnică GP 123-2013, drept urmare, a procedat la corectarea cerinței (în aceeași zi), reformulând-o în concordanță cu prevederile cap. 4.4. din SR EN 15824/2009.

Corecția respectivă, realizată în urma unei solicitări de clarificări depuse după expirarea termenului limită de 27.02.2018, stabilit potrivit art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, reprezenta o informație nesemnificativă în raport cu elaborarea ofertei, fiind aplicabile dispozițiile art. 153 alin. (4) din același act normativ.

Privitor la afirmațiile petentei în legătură cu răspunsul autorității contractante nr. JAC 627/09.03.2018 *„emis ca urmare a unor solicitări de clarificări din data de 02.03.2018”,* ... învederează că adresa în cauză a fost emisă de autoritatea contractantă în legătură cu o altă procedură (desfășurată potrivit anunțului de participare nr. ..., având ca obiect atribuirea contractului de lucrări de reabilitare termică a blocului de locuințe situat în ...).

Cu privire la alegațiile petentei în legătură cu omisiunile din listele de cantități, autoritatea contractantă precizează că listele de cantități revizuite au fost aduse la cunoștința operatorilor economici în data de 19.02.2018, că a răspuns la toate solicitările de clarificări în legătură cu acestea și că niciuna dintre solicitările de clarificări nu a făcut referire la

omisiunile indicate în cuprinsul contestației, astfel încât pretențiile ridicate la nivelul notificării prealabile din 12.03.2018 și la nivelul contestației din 20.03.2018 sunt în afara termenelor prevăzute la art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei în legătură răspunsurile la solicitările de clarificări comunicate în zilele de 09.03.2018 și 13.03.2018, (nr. JAC 626/09.03.2018 și JAC 788/13.03.2018), autoritatea contractantă precizează că acestea nu au modificat în niciun fel informațiile deja transmise, iar răspunsurile comunicate în zilele anterioare depunerii ofertelor au fost emise în baza unor solicitări de clarificări depuse după expirarea termenului limită de 27.02.2018, stabilit potrivit art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, fiind astfel aplicabile dispozițiile art. 153 alin. (4) din același act normativ.

Cât privește considerațiile contestatoarei referitoare la faptul că pretinsele încălcări ale principiilor în materie de achiziții publice reprezintă limitări ale accesului la procedură, autoritatea contractantă apreciază că acestea sunt contrazise, prin faptul că în procedură au fost depuse 11 oferte, incluzând-o pe cea a contestatoarei.

Având în vedere cele de mai sus, luând în considerare faptul că petenta deși a formulat notificarea prealabilă în data de 12.03.2018, a depus ofertă în data de 13.03.2018, iar după depunerea ofertei, în data de 20.03.2018 a formulat și depus contestația, în condițiile în care în cuprinsul fișei de date, la cap. IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei, pct. 11, este precizat: *„Prin depunerea ofertei, elaboratorul acesteia accepta în totalitate și fără restricții condițiile impuse în documentația de atribuire ca baza unica pentru desfășurarea procedurii și a viitorului contract”*, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, ca fiind nefondată.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

În urma studierii dosarului cauzei și având în vedere apărările autorității contractante din cadrul punctului de vedere, prin adresa nr. 794/30.03.2018, înregistrate la Consiliu cu nr. 13014/30.03.2018, SC ... SRL transmite „Concluzii scrise”, precizând, pe lângă cele deja prezentate, următoarele aspecte:

Contestatoarea apreciază că numărul de doar 11 oferte depuse în aplicarea procedurii, confirmă critica privind modul în care autoritatea contractantă a descurajat agenții economici în demersul lor de a oferta, întocmirea unei oferte în condițiile expuse fiind un proces anevoios, având în vedere modul haotic, aleatoriu și neclar în care autoritatea contractantă a răspuns la solicitările de clarificări, descurajând ofertarea, limitând numărul de ofertanți și afectând în mod direct interesul public, rezultatul procedurii de atribuire fiind aleatoriu și discutabil.

În opinia contestatoarei, modul formal în care autoritatea contractantă pretinde, prin punctul său de vedere, că a respectat

cerințele impuse de Ordinul nr. 2211/2013 și Legea nr. 10/1995 nu pot avea relevanță în cauză. Potrivit contestatoarei, autoritatea contractantă confirmă, prin punctul său de vedere, modul haotic, neclar și aleatoriu în care a impus cerințe în această procedură, arătând că, într-adevăr, a modificat, la data de 09.03.2018, cerințele cu privire la tencuiala decorativă (cerința privind aderența la stratul suport) pentru ca acestea erau eronate, însă omite să răspundă cum a procedat la această modificare, cu numai o zi lucrătoare înainte de data depunerii ofertelor (09.03.2018 - vineri, 12.03.2018 - luni, iar marți, 13.03.2018 era data depunerii ofertelor), cum a ales căror solicitări de clarificări să le dea curs și care cerințe nelegale să le modifice, pe ce criterii permise de legea achizițiilor publice si-a întemeiat comportamentul.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

... a inițiat procedura de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect *„Reabilitarea termică a blocului de locuințe situat în ...”*, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. ..., la care a anexat documentația de atribuire. Valoarea estimată a contractului de lucrări este de 1.043.792 lei, fără TVA, și criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut”. Depunerea ofertelor a fost stabilită pentru data de 23.03.2018, ora 16:00, prin anunțul de tip erată nr. ....

În cadrul procedurii, după parcurgerea etapei de notificare prealabilă, SC ... SRL a formulat contestația de față, împotriva Răspunsului la solicitarea de clarificări nr. nr. JAC nr. 626/09.03.2018, cerând cele menționate în partea introductivă.

În cele ce urmează, având în vedere indicarea de către contestatoare a adresei nr. JAC nr. 626/09.03.2018, de răspuns la solicitarea de clarificări, ca fiind actul împotriva căruia este îndreptat demersul său de contestare, Consiliul urmează a examina legalitatea acestuia raportat la prevederile legale care reglementează instituția clarificării documentației de atribuire.

În analizarea legalității acestei adrese, sunt reținute dispozițiile art. 160 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, conform cărora:

„(1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunțul de participare/simplificat/de concurs.

(2) Autoritatea contractantă stabilește prin anunțul de participare/simplificat/de concurs unul sau două termene-limită în care va răspunde în mod clar şi complet tuturor solicitărilor de clarificare/informațiilor suplimentare, conform prevederilor normelor metodologice la prezenta lege.

(3) Autoritatea contractantă are obligația de a publica răspunsurile însoțite de întrebările aferente la adresa de internet la care sunt

disponibile documentele achiziției, indicată potrivit dispozițiilor art. 150 alin. (2), luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea operatorului economic care a solicitat clarificările sau informațiile suplimentare respective.

(4) Dispozițiile art. 150 alin. (3) - (6) sunt aplicabile în mod corespunzător în ceea ce privește răspunsurile la solicitări de clarificări sau informații suplimentare".

Relevante în soluționare sunt reținute și dispozițiile art. 161 din același act normativ, respectiv *„În măsura în care solicitările de clarificări sau informaţii suplimentare au fost adresate în termenul prevăzut în anunţul de participare/simplificat/de concurs, răspunsul autorităţii contractante la aceste solicitări trebuie să fie transmis cu cel puţin 10 zile, respectiv 5 zile în situaţiile de urgenţă demonstrate în mod corespunzător de autoritatea contractantă, prevăzute la art. 74 alin. (3) şi art. 79 alin. (5), înainte de termenul stabilit pentru depunerea ofertelor sau solicitărilor de participare."*

De asemenea, este reținut faptul că data limită pentru primirea ofertelor, stabilită inițial pentru data de 05.03.2018, a fost prelungită de autoritatea contractantă, prin anunțul tip erată nr. 122213/23.02.2018, până la data de 13.03.2018, orele 16:00.

Așadar, legiuitorul a stabilit în sarcina autorității contractante următoarele obligații la primirea unei solicitări de clarificare a documentației de atribuire:

- să răspundă în mod clar şi complet, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunțul de participare/simplificat/de concurs;
- să publice răspunsurile însoțite de întrebările aferente la adresa de internet la care sunt disponibile documentele achiziției;
- să ia măsuri pentru a nu dezvălui identitatea operatorului economic care a solicitat clarificările sau informațiile suplimentare respective.

Răspunsul autorității contractante criticat în speța dedusă judecății, publicat în data de 09.03.2018, la rubrica „Clarificare și documentație adițională" din cadrul anunțului de atribuire nr. ..., respectiv documentul „Raspuns solicitare clarificari nr. 29 ([CN182349/044] 29_RT27_RSC29_JAC626.pdf.p7s)", are următorul conținut:

„<u>Întrebare nr. 1</u>

Având în vedere caracteristicile menționate în caietul de sarcini în tabelul 2.2.3.2. Cerințe minime pentru caracteristicile tehnice ale produselor din polistiren expandat ignifugat utilizate la fațade, zona parter (EPS 120), absorbția de apă de lungă durată prin imersie WL(T)2 solicitata de autoritate contractantă, nu poate fi îndeplinită de produsele aflate pe piața românească a producătorilor de polistiren (Adeplast, Austrotherm, Firos, Swisspor, Hirsch-Porozell).

Caracteristica tehnică referitoare la absorbția de apă de lungă durată prin imersie determinata de către producătorii de polistiren expandat din România pentru EPS120 este WL(T)3.

În consecință vă solicităm să revizuiți cerința pentru absorbția de apă de lungă durată prin imersie la clasa WL(T)3 pentru polistiren expandat ignifugat EPS 120 deoarece cerința WL(T)2 nu corespunde produselor agrementate din România.

<u>Răspuns</u>

Criteriile și nivelurile de performanță ale produselor indicate sunt în concordanță cu GP123/2013 (Anexa 1, Tabel 1.1) și reprezintă cerințe minime. În situația în care producătorii de polistiren nu pot asigura toate cerințele minime impuse pentru polistirenul testat cu efort de compresiune de 120 kPa la o deformare (tasare) de 10% (EPS 120), se va utiliza alt tip de polistiren care îndeplinește toate cerințele minime. în această situație tipul de polistiren din rețetele articolelor va fi pus în concordanță cu materialul utilizat.

<u>Întrebare nr. 2</u>

Având în vedere caracteristicile menționate în caietul de sarcini în tabelul 2.3.1.1. Cerințe minime pentru caracteristicile tehnice ale produselor din polistiren expandat ignifugat utilizate la protecția termică a terasei (EPS120), vă comunicăm că produsele prezente la producătorii importanți de polistiren din România (Adeplast, Austrotherm, Firos, Swisspor, Hirsch-Porozell) au determinate încercări cu privire la fluajul de compresiune cu efort de compresiune declarant de cel mult 100 KPa, nu 150Kpa cum este specificat în caracteristicile din caietul de sarcini.

Vă rugăm să revizuiți cerința pentru fluajul de compresiune de la 150KPa la maxim 100KPa pentru polistirenul expandat ignifugat EPS120 folosit la terasa.

Dorim să menționăm faptul că nu există mai multe sortimente de polistiren expandat ignifugat EPS120 cu caracteristici și utilizări diferite (fațadă și terasă), așa cum este specificat în proiect. Exemplificam prin următoarele caracteristicile din caietul de sarcini:

- Stabilitate dimensională în condiții normale de laborator (EPS 120 fațada DS(N)2; EPS 120 terasă DS(N)5);

- Stabilitate dimensională în condiții specificate de temperatură și umiditate (EPS 120 fațada DS(70,-)1; EPS 120 terasă DS(70,-)2);

- Densitate aparentă (EPS 120 fațadă > 17±0.2 kg/m3; EPS 120 terasa > 20±0.2kg/m3)

Deoarece există un singur tip de polistiren expandat ignifugat EPS 120, considerăm că este obligatoriu ca cerințele din proiect să fie aceleași indiferent de zona de utilizare a materialului.

<u>Răspuns:</u>

Criteriile și nivelurile de performanță din caietul de sarcini sunt în concordanță cu GP123/2013 (Anexa 1, Tabel 1.1) și reprezintă cerințe minime. Se vor utiliza acele materiale care asigură îndeplinirea tuturor

caracteristicilor tehnice solicitate potrivit domeniului de utilizare indicat în caietul de sarcini (fațadă, terasă etc.)

Întrebare nr. 3

Analizând fișele tehnice și declarațiile de performanță de la producători pentru materialele polistiren extrudat XPS 200, polistiren extrudat XPS 300, vată minerală bazaltică, membrane termosudabile, rezultă faptul că nici unul din produsele disponibile pe piața din România nu poate îndeplini toate cerințele specificate în caietul de sarcini de către autoritatea contractantă și/sau proiectant.

Vă solicităm revizuirea și modificarea cerințelor tehnice referitoare la materialele menționate în conformitate cu produsele existente pe piață și cu caracteristicile minime pe care acestea sunt obligate să le îndeplinească conform legislației în vigoare.

Răspuns:

Autoritatea contractantă nu are temei legal de a modifica cerințele privind criteriile și nivelurile de performanță din caietul de sarcini, acestea fiind în concordanță cu reglementarea tehnică indicativ GP123-2013 și cu standardele aplicabile în vigoare.

Întrebare nr. 4

Referitor la punctul "2.5.3. Cerințe minime de durabilitate" pentru tâmplăria exterioara termoizolantă din profile PVC, vă solicităm să ne prezentați standardul, normativul, ghidul de proiectare sau orice alta baza legala după care s-au stabilit cerințele minime din caietul de sarcini și proiectul tehnic.

SC .... SRL consideră aceste cerințe restrictive și abuzive, împiedicând libera alegere, transparența și egalitatea de șanse.

Răspuns:

Cerințele de durabilitate reprezintă cerințe de calitate formulate de proiectant în concordanță cu nivelul calitativ impus pentru produsele care urmează a fi utilizate în cadrul lucrărilor în vederea creșterii eficienței energetice a clădirii.

Întrebare nr. 5

Având în vedere nenumăratele neconcordanțe cu materialele existente pe piața din România, vă solicităm modificarea cerințelor din proiectul tehnic și caietul de sarcini și prelungirea termenului depunere a ofertei cu cel puțin 14 zile, deoarece inexistența unor produse compatibile cu cerințele solicitate duce la un imposibilitatea întocmirii ofertei.

Răspuns:

Cerințele autorității contractante privind criteriile și nivelurile de performanță din caietul de sarcini sunt în concordanță cu reglementarea tehnică indicativ GP123-2013 și au fost aduse la cunoștința tuturor potențialilor ofertanți odată cu publicarea anunțului de participare; prin urmare nu există temei legal de a prelungi durata de elaborare a ofertelor din motivul invocat”.

Din cele anterior expuse, Consiliul constată că răspunsul autorității anterior enunțat, respectă rigorile legiuitorului enumerate mai sus, fiind reținut și faptul că, potrivit punctului VI.3 din anunțul de participare aferent acestei proceduri de achiziție publică: „(...) *2. Autoritatea contractanta va raspunde solicitarilor de clarificari in termen de cinci zile lucratoare de la data publicarii acestora in SEAP, cu respectarea dispozitiilor art. 161 din Legea nr. 98/2016; dupa caz, vor fi aplicate dispozitiile art. 153, alin. (1), lit. a) din Legea nr. 98/2016*.(...)".

Potrivit documentelor probatorii aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că acest răspuns al autorității contractante a survenit ca urmare a unei cereri de clarificări primită, în data de 02.03.2018, din partea unui operator economic, altul decât contestatoarea din speța dedusă judecății.

Se observă că autoritatea contractantă a respectat termenul impus prin anunțul de participare, și, mai mult, având în vedere că răspunsul său nu a modificat informațiile deja publicate anterior, nu a devenit incidentă nici situația de excepție regăsită la art. 153 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 (*În cazul în care informaţiile suplimentare nu au fost transmise în timp util sau informaţiile transmise de autoritatea contractantă sunt nesemnificative în ceea ce priveşte elaborarea ofertelor, autoritatea contractantă nu are obligaţia de a prelungi perioada pentru depunerea ofertelor*).

Relativ la susținerile contestatoarei din cuprinsul concluziilor scrise, cum că în SEAP ar apărea „*inclusiv solicitarea de clarificări în sine, astfel cum a fost aceasta formulată de agentul economic în cauză, cu antetul și denumirea sa, deși nu trebuia ca autoritatea să permită accesul la astfel de date*", Consiliul constată că aceste afirmații nu sunt probate de contestatoare, iar aspectele reclamate nu rezultă nici din informațiile regăsite în SEAP la rubrica „Documentație, clarificări și decizii", asociată anunțului de participare. În acest sens, se observă că adresa nr. JAC 626/09.03.2018 a fost postată de autoritatea contractată în rubrica amintită, cu denumirea „Raspuns solicitare clarificari nr. 29 ([CN182349/044] 29_RT27_RSC29_JAC626.pdf.p7s)", având cuprinsul anterior redat, de unde nu rezultă autorul solicitării de clarificări și nici data formulării acesteia.

De asemenea, în soluționare, este reținut faptul că, raportat la conținutul documentației de atribuire, înainte de etapa depunerii ofertelor, orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare.

Analizând însă tipul întrebărilor adresate autorității contractante, Consiliul constată că, prin intermediul lor, nu s-a urmărit clarificarea unor aspecte considerate neclare din cuprinsul documentației de atribuire, ci, în fapt, ele au avut ca scop modificarea cerințelor/specificațiilor tehnice impuse prin caietul de sarcini - evidențiate în cuprinsul cererii de clarificări - concluzie care rezultă, fără dubiu, din modul de formulare a solicitărilor din cuprinsul acesteia.

În acest context de fapt și de drept, Consiliul reține că legislația în vigoare în materia achizițiilor publice nu conține nicio dispoziție expresă care să interzică dreptul autorității contractante de a modifica cerințele minime impuse prin documentația de atribuire, atunci când aceasta constată fie că sunt nelegale, fie că astfel poate fi asigurată o concurență mai mare între operatorii economici interesați. Mai mult, dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, arată că scopul acestei legi îl constituie asigurarea cadrului legal necesar pentru a realiza achiziționarea de bunuri, servicii şi lucrări în condiții de eficiență economică şi socială, având la bază principiile nediscriminării, tratamentului egal, recunoașterii reciproce, transparenței, proporționalității și cel al asumării răspunderii.

Prin urmare, autoritatea contractantă are dreptul de a-și remedia propria documentație, astfel încât prevederile acesteia să fie în măsură să ofere viitorilor ofertanți o informare corectă, completă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire, în acord cu art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016. Desigur, dreptul autorității trebuie exercitat corelativ cu diligențele necesare în vederea informării operatorilor economici, la timp, în ce privește modificările intervenite anterior depunerii ofertelor, asigurând un interval de timp adecvat şi suficient pentru elaborarea ofertelor sau solicitărilor de participare şi pentru pregătirea documentelor de calificare şi selecţie care sunt solicitate prin documentele achiziţiei.

Cu toate acestea, Consiliul constată că acest drept al autorității contractante nu poate fi transformat, de către potențialii ofertanți, într-o obligație de modificare a documentelor achiziției, astfel că, atunci când aceștia apreciază că anumite cerințe sunt restrictive/discriminatorii și se impune modificarea sau eliminarea lor, o astfel de finalitate nu poate fi atinsă prin apelarea la instituția clarificărilor și lămuririlor la documentație, așa cum este aceasta reglementată de legiuitor la art. 160 din Legea nr. 98/2016, ci prin cea a remedierilor, astfel cum este aceasta prevăzută de Legea nr. 101/2016.

În acest context, Consiliul reține că modificarea documentației de atribuire nu poate fi cerută pe calea solicitărilor de clarificări, operatorii economici fiind ținuți la a cere și având dreptul de a primi numai clarificări sau informații suplimentare, modificarea documentației neintrând în categoria informațiilor care să necesite a fi clarificate ori referitor la care sunt necesare informații suplimentare.

Faptul că autorul solicitării de clarificări, care a condus la emiterea răspunsului autorității contractante apreciat de contestatoare ca fiind nelegal, a urmărit, prin demersul său, modificarea documentației rezultă, fără dubiu, din considerarea, de către acesta, că cerințele respective sunt *„restrictive și abuzive, împiedicând libera alegere, transparența și egalitatea de șanse*”, precum și din solicitarea regăsită în ultimul paragraf al adresei de clarificări prin care se cere autorității contractante *„modificarea cerințelor din proiectul tehnic și caietul de sarcini (...)*”.

Chiar dacă, în speța dedusă judecății, solicitările au fost formulate de un alt operator economic, răspunsul autorității contractante nu poate fi analizat decât prin prisma celor enunțate anterior, o altfel de interpretare fiind contrară rolului dat de legiuitor instituției clarificărilor la documentația de atribuire.

Analizând motivării în fapt a contestației conduce la concluzia că autoarea acesteia ar reclama actul atacat (adresa autorității JAC nr. 626/09.03.2018) prin prisma faptului că acesta nu cuprinde o modificare a documentației de atribuire în sensul urmărit prin înaintarea clarificării amintite. Or, o autoritate contractantă nu poate fi obligată, prin simpla voință a unui operator economic, să modifice documentația de atribuire ca urmare a primirii unei cereri de clarificare a acesteia.

De altfel, Consiliul constată că SC ... SRL solicită anularea procedurii motivat tot de faptul că *„prin cerințele impuse cu privire la produsele solicitate, Autoritatea a limitat în mod nepermis accesul la procedura de atribuire, a impus cerințe care au ca efect încălcarea liberei concurențe și imposibilitatea întocmirii ofertei de către agenții economici*”, prin urmare, pretinsul caracter restrictiv al cerințelor evocate de contestatoare, nu este cauzat de modul în care autoritatea contractantă a înțeles să formuleze răspunsul său la solicitarea de clarificări criticată în cauză, ci de cele impuse de aceasta prin documentația de atribuire.

Însă, în măsura în care dorea modificarea documentației de atribuire, autoarea contestației era ținută la a respecta procedura și termenele stabilite prin dispozițiile Legii nr. 101/2016, calea aleasă de aceasta nefiind de natură a proroga data de la care termenul de atac al documentației de atribuire a început să curgă. Purtarea unei corespondențe de clarificare a documentației de atribuire cu autoritatea contractantă (prin care aceasta din urmă își menține cerințele impuse) nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a notificării/contestației sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta. Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări privind documentația de atribuire duce la prelungirea termenului de atac al documentației, s-ar ajunge la eludarea termenului impus de legiuitor la art. 6 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Consiliul nu va reține în soluționare criticile contestatoarei referitoare la așa-zisul comportament discriminatoriu al autorității contractante, ca urmare a deciziei acesteia de a accepta modificările solicitate cu privire la caracteristicile altor materiale, având în vedere că obligația unei informări complete, corecte și explicite cu privire la cerințele solicitate și modul de aplicare a procedurii revine autorității contractante, aceasta fiind singura în măsură să descrie care sunt necesitățile sale, iar, pe de altă parte, legalitatea actelor emise de autoritatea contractantă în cadrul procedurii este analizată prin raportare la dispozițiile legiuitorului incidente, iar nu prin compararea acestora unele cu altele. Așa cum s-a reținut, mai sus, în motivare, în situația în

care operatorii economici interesați apreciază că, prin informațiile furnizate prin documentele achiziției, sunt încălcate dispozițiile legale, singura posibilitate de eliminare/corectare a acestora este prin apelarea la instituția notificării prealabile și, ulterior, a contestației, solicitările de clarificări nefiind de natură să furnizeze persoanei nemulțumite garanția obținerii finalității urmărite, respectiv modificarea documentației de atribuire.

Referitor la criticile privind cerințele vizând modul de prezentare a propunerii financiare, respectiv existența unor neconcordanțe în listele repostate de autoritatea contractantă, Consiliul constată următoarele:

- prin notificarea sa prealabilă, contestatoarea a înțeles să sesizeze autorității contractante următoarele nereguli vizavi de acest aspect, respectiv:

1. *„art. C007+C008+C009+C013+C015 (toate se referă la executarea de termosistem la fațada parte opaca) = 4533.07MP, iar art. C018 – protejarea Termosistem cu tencuială ... este dată doar pentru suprafața de 4134.6 mp și la tencuiala decorativă C113 avem suprafața=4431.23 mp – aceasta desi suprafețele trebuiau să corespundă pentru a exista concordanța si pentru a asigura executarea lucrărilor în condiții corespunzătoare de calitate*
2. *lipsește folia termizolanta din rețeta art SBS006!”*

- prin contestația formulată, contestatoarea semnalează următoarele nereguli:

1. *„lipsește profil soclu cu picurator deși este obligatoriu în toate tehnologiile de montaj, chiar dacă blocul are sau nu are magazine la parter;*
2. *lipsește folia termoizolantă din rețeta art. SBS006 - deși aceasta este obligatorie;*
3. *lipsește art. IT313 - golire instalații, deși această operațiune este obligatoriu de executat*”.

Față de cele expuse mai sus, se constată că doar critica privitoare la lipsa foliei termoizolante din rețeta art. SBS006 este comună notificării și contestației, astfel că, ținând cont de dispozițiile art. 6 și următoarelor din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, reține caracterul inadmisibil al celorlalte două critici evidențiate prin contestației, ca urmare a neîndeplinirii procedurii notificării prealabile și cu privire la acestea. Pe de altă parte, Consiliul constată temeinicia excepției inadmisibilității criticii privind lipsa foliei termoizolante din rețeta art. SBS006, invocată de autoritatea contractantă, prin raportare la dispozițiile art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, având în vedere atât argumentele autorității, prezentate în acest sens, în punctul de vedere, cât și informațiile din SEAP, de unde rezultă că, în perioada care ar fi asigurat depunerea în termen a unei notificări prealabile referitor la această prevedere/omisiune din documentele achiziției, nu au fost emise documente care să conțină trimiteri la chestiunea în dispută.

Totodată, Consiliul constată că, prin contestație, autoarea ei formulează critici și cu privire la postarea răspunsurilor la clarificări într-un timp foarte scurt raportat la data stabilită pentru depunerea ofertelor, ceea ce, în opinia sa, *„îngreunează într-un mod nepermis, procesul de întocmire a ofertelor și încălcând dreptul de acces efectiv la procedură, agenții economici fiind nevoiți să își actualizeze ofertele de la o zi la alta, să investească timp și energie în această procedură continuă de urmărire a modificărilor.*

În opinia contestatoarei, în cauză se aduce atingere inclusiv interesului public, având în vedere că prin răspunsul la solicitarea de clarificări autoritatea contractantă limitează în mod nepermis numărul operatorilor economici participanți procedură, fiind înlăturată libera concurență, încălcându-se principiul concurenței, transparenței și tratamentului egal, consacrate de art. 2 din Legea nr. 98/2016".

Vizavi de aceste critici, se observă că, la rubrica „Procese verbale, declarații și rapoarte", asociată anunțului de participare aferent acestei proceduri, autoritatea contractantă a publicat, în temeiul art. 63, alin. (2) din Legea 98/2016, prin adresa înregistrată sub nr. J-AC nr. 926/14.03.2018, *„denumirea și datele de identificare ale participanților/subcontractantilor propusi /tertilor sustinatori care au depus ofertă în cadrul procedurii*", de unde rezultă că au fost depuse 11 oferte. Astfel, pe lângă faptul că aprecierea contestatoarei apare ca fiind subiectivă, Consiliul reține că aceasta este contrazisă de însăși realitatea acestei proceduri în care au fost prezentate 11 oferte. Mai mult, potrivit art. 153 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, citat anterior, situația de fapt expusă de contestatoare nu era de natură să conducă, prin efectul legii, la necesitatea prelungirii perioadei de depunere a ofertelor.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) 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 National de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să respingă, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

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

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

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

Redactată în ... exemplare, conține ... pagini.