CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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 fără număr de înregistrare și nedatată la emitent, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu cu nr. 42456/16.10.2018, formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. .., având Cod de Identificare Fiscală ..., atribut fiscal RO, reprezentată legal de ... - administrator, împotriva rezultatului procedurii de licitație deschisă fără etapă finală de licitație electronică pentru încheierea acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Achiziția sistemelor de iluminat+proiectare+ execuție, în scopul implementării obiectivului «Iluminatul trecerilor de pietoni nesemaforizate» - Etapa I Număr de referință:7” organizată de ..., cu sediul în ..., s-au solicitat următoarele:

a. anularea rezultatului/raportului procedurii înregistrat sub nr. 478033/11.10.2018, comunicat prin adresa nr. 478078/11.10.2018 în ceea ce priveşte decizia autorităţii contractante de a declara admisibilă şi conformă oferta depusă de către ofertanta ... şi a actelor subsecvente acestora;

b. obligarea autorităţii contractante la continuarea procedurii de atribuire, prin reevaluarea ofertelor şi ulterior emiterea unui nou raport/rezultat al procedurii;

c. admiterea cererii de detaliere/dezvoltare a motivelor de neconformitate, într-un termen rezonabil, de minim 3 zile, după studierea dosarului achiziţiei, urmând a comunica această detaliere tuturor părţilor implicate în procedura din faţa Consiliului.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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 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, să soluționeze contestațiile de față.

Prin contestația formulată... formulează critici referitoare la oferta depusă de ... -declarată câștigătoare, oferta sa fiind declarată acceptabilă, conformă dar necâştigătoare și clasată pe locul al doilea în clasamentul final al ofertelor admisibile, astfel cum rezultă din raportul procedurii nr. 478033din data de 11.10.2018 și din comunicarea rezultatului procedurii nr. 478078 din data de 11.10.2018.

În opinia contestatoarei, oferta depusă de ofertantul desemnat câştigător este inacceptabilă și neconformă, pentru motivele expuse în continuare.

I. Astfel, oferta depusă de ... SRL este inacceptabilă raportat la prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 şi ar fi trebuit să fie respinsă în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (1) din același act normativ, 14.09/2018, întrucât ofertantul nu a răspuns solicitării de clarificări privind justificarea prețului, în termenul stabilit pentru data de 14.09.2018. Ofertantul a comunicat răspunsul său prin e-mail la data de 18.09.2018, respectiv după 4 zile de la termenul stabilit de autoritatea contractantă.

De asemenea, contestatoarea consideră că argumentaţia ofertantului pentru transmiterea ulterioară a răspunsului, după 4 zile, de la termenul stabilit de către autoritatea Contractantă nu poate fi concludentă deoarece:

- conform art.125 din Hotărârea de Guvern nr. 395/2016, precizează în mod expres faptul că „Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forţa majoră cad în sarcina operatorului economic, care transmite respectiva ofertă”;
- răspunsurile la clarificările solicitate de către autoritatea contractantă fac parte din oferta depusă în cadrul procedurii;
- autoritatea contractantă a precizat în mod expres faptul că ofertanţii au obligaţia de a transmite răspunsurile în termenul stabilit, în caz contrar sancţiunea aplicabilă este respingerea ofertei;
- ofertantul nu a făcut dovada faptului că platforma electronică SICAP nu a funcţionat.

Pe de altă parte, contestatoarea susține că, în cazul în care din motive tehnice nu s-a reuşit transmiterea răspunsului la clarificări prin intermediul platformei electronice SICAP, ofertantul putea transmite acest răspuns prin alte mijloace (fax, mail, etc.).

Totodată, contestatoarea susține că decizia autorităţii contractante de a nu declara oferta ca inacceptabilă şi în consecinţă să respingă oferta depusă de ..., este nelegală prin raportare la dispozițiile art. 134 alin. (5), art.137 alin. (1) și art. 133 din HG nr. 395/2016. De altfel, acceptând acest răspuns peste termenul stabilit, autoritatea contractantă îl favorizează pe acest ofertant, încălcând astfel principiul tratamentului egal şi al asumării răspunderii prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. b şi f din Legea nr. 98/2016 precum și legislaţia privind achiziţiile publice, care nu prevede nici o excepţie de la regula instituită de art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, deoarece legiuitorul nu a prevăzut dreptul autorităţii contractante de a accepta un răspuns peste termenul impus (şi neprelungit) prin solicitarea de clarificări. În susținere, contestatoarea invocă decizii anterioare ale Consiliului.

Contestatoarea susține că oferta depusă de ofertantul desemnat câştigător este neconformă, raportat la prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, şi ar fi trebuit să fie respinsă în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, coroborat cu prevederile art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, deoarece aceasta nu poate realiza în mod legal părţi ale obiectului contractului respectiv verificarea tehnică a proiectului pentru toate specialităţile, respectiv activitatea de verificare tehnică a proiectului instalaţiilor de iluminat public cât şi pentru proiectare de specialitate pentru mutarea sau protejarea reţelelor de utilităţi existente (e.g. reţele de gaz, electrice, etc).

Contestatoarea susține că ofertantul declarat câștigător nu a declarat subcontractanți, aceasta realizând atât activitatea de întocmire a proiectului tehnic cât şi activitatea de verificare de proiect, astfel încât, nu poate realiza cele două activităţi deoarece se află în conflict de interese conform legislaţiei în domeniu. Pentru a realiza această activitate în mod legal, ofertanta aveau obligaţia de a asigura independența verificatorilor de proiecte prin subcontractarea acestei activităţi către o entitate/entităţi care poate desfăşura în mod legal verificarea proiectelor tehnice. Conform raportului procedurii şi a documentelor depuse în cadrul ofertei, ... realizează atât componenta de proiectare cât şi componenta de verificare tehnică a proiectului, situaţie prohibită de legislaţia incidentă.

Contestatoarea susține că, prin nedeclararea tuturor subcontractorilor în cadrul ofertelor la momentul depunerii, nu se respectă cerinţele documentaţiei de atribuire, iar prin declararea ca admisibilă a ofertei criticate, se încalcă principiul tratamentului egal, raportat la ceilalţi ofertanţi care au înţeles să respecte întocmai cerinţele autorităţii contractante și au declarat toţi subcontractorii la momentul depunerii ofertelor împreună cu costurile suplimentare aferente.

Raportat la prevederile legale precum şi la jurisprudenţa constantă, pentru ca o entitate să poată realiza activităţile din cadrul obiectului contractului trebuie să aibă calitatea de asociat, terţ sau subcontractor şi în nici un caz de furnizor (Decizia Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor nr. 3448/C1/3543, 3806/22.12.2017, menţinută de către Curtea de Apel Iaşi prin Decizia Civilă nr.607/2018 din data de 05.03.2018, pronunţată în dosarul 33/45/2017, prin care s-a reţinut faptul că un operator economic care realizează activităţi sau părţi din obiectul contractului poate avea doar calitatea de subcontractant în cadrul procedurii de achiziţie publică şi nu de furnizor de servicii).

Contestatoarea precizează totodată că argumentația sa privind aspectele criticate este susţinută şi de jurisprudenţa europeană unanimă.

Prin punctul de vedere nr. 148/19.10.2018, înregistrat la Consiliu cu nr. 43244/22.10.2018, autoritatea contractantă a solicitat, pe cale de excepție, respingerea contestației pentru neconstituirea cauțiunii iar pe fond, ca neîntemeiată.

Autoritatea contractantă susține totodată că, solicitarea contestatoarei privind acordarea unui nou termen de 3 zile pentru completarea/dezvoltarea motivelor de neconformitate ca urmare a studierii dosarului achiziţiei la CNSC, este inadmisibilă, din perspectiva art. 11 din Legea nr.101/2016.

Referitor la criticile privind termenul în care a răspuns la solicitările de clarificări ofertantul ..., autoritatea contractantă consideră că acestea sunt nefondate și susține că *„la momentul transmiterii solicitărilor de clarificări prin adresa cu nr. 423560 din 11.09.2018 (termen de răspuns data de 14.09.2018), acestea au fost comunicate ofertanţilor prin postare în SEAP (ca "întrebări" pentru fiecare in parte). Deoarece autoritatea contractantă nu a verificat daca acestea au fost primite de către operatorii economici, la expirarea termenului limită - 14.09.2018 - ofertantul ..., deoarece nu a răspuns în SEAP la solicitarea de clarificări, a fost contactat telefonic pentru a verifica dacă a primit adresa nr. 423560 din 11.09.2018. În urma convorbirii telefonice ofertantul a comunicat verbal autorității contractante că dintr-o eroare de sistem nu a reuşit încărcarea răspunsului în SEAP/SICAP. Față de acestea, având în vedere că autoritatea contractantă nu a acționat cu diligență, și nu s-a asigurat că solicitările de clarificări au fost primite, comisia de evaluare a decis să ia în considerare răspunsul la clarificări primit prin e-mail în data de 18.09.2018 din partea ofertantului ...”*.

Autoritatea contractantă consideră că susținerile de la punctul II) din contestație privind neconformitatea ofertei depusă de ofertantul desemnat câștigător, raportat la prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 și art. 137 alin. (3) lit. a) din același act normativ,

coroborat cu prevederile art. 215, alin. (1) din Legea nr. 98/2016, sunt nefondate pentru considerentele prezentate în continuare.

În privinţa susținerii contestatoarei privind necesitatea ca verificatorii de proiecte să fie declaraţi în mod obligatoriu subcontractanți ai ofertantului principal, autoritatea contractantă consideră că aceasta este nefondată susținând că cerinţa privind prezentarea documentaţiilor DTAC, PT si DDE verificate la toate exigențele necesare de către verificatori de proiecte atestați se regăsește la nivelul caietului de sarcini și nu este o cerinţă privind capacitatea tehnică și profesională de executare a contractului, ci o modalitate de îndeplinire a propunerii tehnice.

Prin adresa nr. 6406/25.10.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 44070/25.10.2018, contestatoarea a formulat „Răspuns la punctul de vedere al autorității contractante" prin care solicită respingerea excepției lipsei cauțiunii invocată de autoritatea contractantă arătând că a comunicat dovada constituirii cauțiunii prin recipisa de consemnare nr. 204984556/1/19.10.2018.

Cu privire la inadmisibilitatea solicitării de detaliere a contestaţiei, contestatoarea arată că respectiva contestaţie este motivată încă de la momentul depunerii acesteia, iar solicitarea formulată se referă la posibilitatea de detaliere a motivelor de neconformitate şi inacceptabilitate şi nu la formularea de noi motive/critici care nu se regăsesc în contestaţia iniţială.

În continuare, contestatoarea reiterează susținerile din cuprinsul contestației cu privire la termenul în care a răspuns la solicitările de clarificări ofertantul ... și la motivele de neconformitate ale ofertei acestuia.

Contestatoarea subliniază faptul că, din cuprinsul punctului de vedere al autorității contractante rezultă că *„(...) ofertantul nu a negat recepţionarea solicitării de clarificări, ci a invocat o imposibilitate de încărcare a răspunsului în platforma SICAP".*

Având în vedere cererea din cuprinsul contestației privind studierea dosarului achiziției, prin adresa nr. ../02.11.2018, Consiliul a invitat contestatoarea la sediul instituției, până la data de 07.11.2018, între orele 9:00-16:00, urmând ca eventuale „note/concluzii scrise" să fie transmise Consiliului în cadrul aceluiași termen. Deși a confirmat primirea corespondenței prin remiterea acesteia purtând amprenta ștampilei cu nr. de înregistrare 6592/02.11.2018, până la data emiterii deciziei, contestatoarea nu a dat curs invitației Consiliului privind studierea dosarului achiziției.

Autoritatea contractantă a transmis în original Punctul de vedere nr. 148/19.10.2018 și în copie certificată dosarul achiziției, corespondența fiind înregistrată la Consiliu sub nr. 44922/31.10.2018.

Contestatoarea a transmis prin mijloace electronice (e-mail) documentul nr. 6700/07.11.2018, înregistrat la Consiliu sub nr. 46261/07.11.2018 intitulat „Concluzii scrise” în care reiterează susținerile sale din cuprinsul contestației și din răspunsul la punctul de vedere al autorității contractante.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă fără etapă finală de licitație electronică pentru acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Achiziția sistemelor de iluminat+proiectare+execuție, în scopul implementării obiectivului «Iluminatul trecerilor de pietoni nesemaforizate» - Etapa I Număr de referință:7”, cod CPV 34928500-3 (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .... Potrivit acestuia, criteriul de atribuire aplicat a fost „cel mai bun raport calitate-preț”, valoarea estimată fiind de 2.543.201,80 lei, fără TVA.

Consiliul constată că ... a înaintat contestația de față, depunând în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 204984556/1 emisă de CEC BANK – sucursala CLUJ - în data de 19.10.2018, prevăzută de art. 61^1 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în cuantum de 50.864,04 lei și respinge excepția lipsei cauțiunii, invocată de către autoritatea contractantă. Restituirea acestei cauțiuni se va face în condițiile art. 611 alin. (5) și următoarele din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Conform raportului procedurii de atribuire nr. 478033/11.10.23018, au fost depuse 2 oferte, apreciate ca fiind corespunzătoare, în urma aplicării criteriului de atribuire, fiind declarată câștigătoare oferta ....

Prin prezenta contestație, ... formulează critici cu privire la modul de evaluare a ofertei declarată câștigătoare, susținând că, în condițiile în care ... nu a răspuns în termenul stabilit la o solicitare de clarificări, autoritatea contractantă avea obligația legală de a respinge, ca inacceptabilă, oferta acesteia, în temeiul prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, precum și faptul că oferta în cauză este neconformă deoarece nu face dovada realizării în mod legal a activității de verificare tehnică a proiectului instalațiilor de iluminat public și a proiectului de specialitate pentru mutarea sau protejarea rețelelor de utilități existente.

În ceea ce privește prima critică formulată de contestatoare, Consiliul reține că autoritatea contractantă, prin adresa nr. 423560/ 11.09.2018, a solicitat ofertantului declarat câștigător justificări pentru o parte din prețurile ofertate, cu termen de răspuns 14.09.2018 și cu

precizarea că ”în caz de neprezentare în termenul stabilit a documentelor solicitate, oferta dvs. va fi considerată inacceptabilă conform prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, iar în baza art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016 va fi respinsă”; ... SRL a răspuns în data de 18.09.2018, motivând că a postat în SICAP răspunsul în termenul stabilit dar, dintr-o eroare de sistem, acesta nu a fost salvat în SICAP, motivare care a fost acceptată de către autoritatea contractantă.

De asemenea, Consiliul reține că ofertantul declarat câștigător nu a întreprins niciun demers de aducere la cunoștința autorității contractante apariția unui impediment în transmiterea în termen a răspunsului la solicitarea de clarificări, ci s-a limitat la transmiterea în data de 18.09.2018, deci cu 4 zile întârziere, a răspunsului solicitat.

Totodată, Consiliul reține că riscurile transmiterii unui răspuns la clarificări cad în sarcina ofertantului, eventuala eroare de sistem aparținând SICAP trebuind demonstrată cu dovezi concrete, pentru a fi acceptată.

Urmare a celor de mai sus, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă, prin acceptarea răspunsului la solicitarea de clarificări, a încălcat atât prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, care statuează explicit că o ofertă trebuie respinsă în cazul în care nu a fost respectat termenul de răspuns stabilit, cât și propria afirmație enunțată în solicitarea de clarificări, precum și principiile ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, enunțate la art. 2 alin. (2) din legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Consiliul constată temeinicia susținerilor contestatoarei privind nelegalitatea acceptării ofertei ... și, având în vedere caracterul inacceptabil constatat al acestei oferte, nu se mai pronunță asupra celorlalte critici formulate de contestatoare.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) și alin. (5) 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 urmează să admită contestația depusă de ... în contradictoriu cu ..., va anula raportul procedurii de atribuire nr. 478033/11.10.23018 și actele subsecvente acestuia și va obliga autoritatea contractantă, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, cu respectarea considerentelor expuse în motivare, la reluarea procedurii de atribuire cu respingerea ofertei ....

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părți potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10

zile de la comunicare potrivit prevederilor art. 29 alin. (1) și art. 32 din Legea nr. 101/2016.

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

Admite contestația formulată de ... în contradictoriu cu ..., anulează raportul procedurii de atribuire nr. 478033/11.10.23018 și actele subsecvente acestuia și obligă autoritatea contractantă, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, cu respectarea considerentelor expuse în motivare, la reluarea procedurii de atribuire cu respingerea ofertei ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

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

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 8 (opt) pagini.