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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ..... / ..... / .....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ……, ..., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de domnul …… - administrator, privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui acord-cadru de ....., lotul 2 - încărcătoare frontale cu cupă, cod CPV 90620000-9, cu data-limită de depunere a ofertelor 13.10.2017, organizată de ....., cu sediul în ……., ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat ..... și reevaluarea ofertei sale pentru respectivul lot.

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 ofertantul asociat SC ..... SRL reclamă decizia autorității contractante de respingere ca inacceptabilă a ofertei asocierii sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, prin adresa cu nr. ……../14.11.2017, comisia de evaluare i-a solicitat clarificări cu privire la formarea prețurilor P01 și P02, la care a răspuns prin adresa nr. ……../17.11.2017, detaliind formarea lor. Ulterior, la 29.11.2017, comisia i-a solicitat justificarea utilizării la

formarea prețului unitar P02 a unei cote de 13% pentru cheltuieli indirecte și de 5% la formarea prețului unitar P01.

Justificarea prețurilor P01 si P02 nu a fost nici incompletă, nici eronată și, mai mult decât atât, prin adresa nr. ……./06.12.2017, s-a menționat că alegerea procentelor pentru indirecte și profit rămâne la latitudinea operatorului economic, neexistând impuneri în acest sens în fișa de date sau caietul de sarcini.

Cu adresa nr. ……/12.12.2017, comisia a menționat că este de acord că modalitatea de formare a prețurilor este la latitudinea ofertanților, dar a solicitat, din nou, justificarea utilizării procentelor de 13% și 5% la formarea prețurilor unitare.

Prin răspunsul nr. ……/13.12.2017 au fost detaliate complet și exact cele solicitate, cu amendamentul că solicitarea justificării prețului nu este întemeiată, având în vedere că prețul ofertat nu este neobișnuit de scăzut, reprezentând aproximativ 90% din valoarea estimată a acordului-cadru, nefiind sub incidența art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Cu adresa nr. ……./18.12.2017, comisia i-a solicitat să comunice care sunt costurile suplimentare pe care le generează prestațiile în staționare pe flux tehnologic (preț unitar P02), care să justifice utilizarea unei cote pentru cheltuieli indirecte de 13%, în comparație cu costurile aferente cotei pentru cheltuieli indirecte pentru prestațiile în acțiune (preț unitar P01) pentru care s-a utilizat o cotă de 5%, fără a face trimitere la cerințele documentației de atribuire sau la un document din legislația aplicată. S-a răspuns cu nr. ……./21.12.2017, făcându-se referire la art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, fiind menționat iar că procentele aplicate pentru cheltuieli indirecte și profit sunt la latitudinea operatorului economic. Procentele folosite reprezintă o decizie managerială la momentul participării la procedură, iar inexistența unor restricții în acest sens prin fișa de date, caietul de sarcini sau legislația în vigoare dă posibilitatea operatorului să utilizeze procentele pe care le consideră necesare și suficiente în cadrul prestațiilor pe care le oferteză. Întrucât cheltuielile indirecte nu reprezintă un preț, ci un element al prețului ofertat, iar atât timp cât prețul total reprezintă elementul fundamental al ofertei, autoritatea contractantă este în eroare – cheltuielile indirecte se calculează la nivel de societate și se stabilesc prin aplicarea unei cote procentuale la totalul cheltuielilor directe. Atât cheltuielile indirecte, cât și profitul sunt elemente ale prețului, elemente detaliate în răspunsurile de clarificare, iar modul de formare a lor ține exclusiv de politica societății.

Prin comunicarea nr……....., comisia i-a declarat oferta inacceptabilă, răspunsurile nr. ……./13.12.2017 și ……../21.12.2017 nu au clarificat neconcordanțele din propunerea financiară.

Cele două componente ale tarifelor, respectiv cheltuielile indirecte și profitul, nu pot fi justificate decât ca parte integrantă a tarifelor, nu altfel, fiind doar componente ale prețului deja justificat.

Motivul reținut de comisie nu poate justifica adoptarea sancțiunii drastice și inechitabile a respingerii ofertei.

În punctul său de vedere nr. ……/.....01..... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. ……/.....01....., autoritatea contractantă susține în apărare că, pentru fiecare dintre cele patru loturi a fost depusă câte o singură ofertă, ofertantă fiind asocierea SC ..... SRL - SC ..... SRL. Pentru lotul 2, comisia a hotărât că ofertanta nu a putut justifica modul de formare a prețului unitar P02 aferent serviciilor prestate în așteptare pe flux tehnologic.

Cu ocazia evaluării propunerilor financiare aferente celor patru loturi, pentru a verifica dacă ofertantul respectă prevederile legislației muncii, comisia a considerat că este necesar să solicite modul de formare a prețurilor unitare, prin adresele nr. …../ 14.11.2017, iar asocierea a răspuns cu adresele nr. ……/ 17.11.2017, documente din care comisia a constatat că, pentru toate loturile, a utilizat la formarea prețului unitar P01 o cotă de 5% pentru cheltuieli indirecte, o cotă de 0% pentru cheltuieli indirecte la formarea prețurilor unitare P02 - servicii prestate în staționare pe flux tehnologic aferente loturilor 1, 3 și 4, iar pentru lotul 2, la formarea prețului unitar P02 - servicii prestate în staționare pe flux tehnologic, a utilizat o cotă de 13% pentru cheltuieli indirecte.

Observând diferența dintre valorile aferente cotelor de cheltuieli indirecte, considerând că ar putea fi erori în redactarea devizelor, erori care în cazul lotului 2 ar fi condus la scăderea tarifului orar și, implicit, la scăderea valorii propunerii financiare, dar și disponibilitatea contestatoarei de a furniza informații suplimentare, comisia a decis să solicite noi informații, prin adresele nr. ……/29.11.2017, la care a primit răspunsurile nr. ……/06.12.2017, prin care contestatoarea a comunicat că în fișa de date nu au fost impuse anumite condiții și că alegerea procentului pentru cheltuieli indirecte rămâne la latitudinea sa.

Dacă pentru loturile 1, 3 și 4 comisia de evaluare a acceptat explicațiile contestatoarei, pentru lotul 2 a considerat că nu sunt concludente, în condițiile în care pentru același tip de serviciu, respectiv ..... în așteptare pe flux tehnologic, la loturile 1, 3 și 4 a utilizat o cotă de 0% pentru cheltuieli indirecte, iar pentru lotul 2 de 13%.

Având în vedere că, pentru loturile 1, 3 și 4, ofertanta a utilizat la formarea prețurilor unitare P02 o cotă de 0% pentru cheltuieli indirecte, cotă determinată de faptul că pentru serviciile de deszăpezire în așteptare pe flux tehnologic scad costurile aferente

cheltuielilor indirecte, în comparație cu costurile cu cheltuielile indirecte aferente prețurilor unitare P01 - servicii în acțiune, unde a utilizat o cotă de 5%, comisia a considerat oportun să solicite ofertantei, prin adresa nr. ……/12.12.2017, să detalieze care sunt costurile aferente cheltuielilor indirecte pentru prețul unitar P02 de la lotul 2, iar prin adresa nr. ……../18.12.2017 să comunice comisiei care sunt costurile care să justifice utilizarea la formarea acestui preț unitar a unei cote de 13% pentru cheltuieli indirecte.

La 12 și 21.12.2017 a răspuns invariabil: „În baza art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, [...] prețul ofertat nu este unul neobișnuit de scăzut, reprezentând aproximativ 90% din valoarea estimată din SEAP. Alegerea procentelor pentru indirecte și profit rămâne la latitudinea operatorului economic, neexistând impuneri în acest sens prin fișa de date sau caietul de sarcini.” Cu alte cuvinte, în opinia contestatoarei, atâta vreme cât propunerea financiară nu este neobișnuit de scăzută, comisia nu are dreptul de a solicita clarificări, chiar dacă a identificat unele aspecte care le impun, având în vedere diferențele dintre valorile aferente cheltuielilor indirecte utilizate la cele patru loturi.

Mai mult, prin evitarea repetată a comunicării care sunt costurile suplimentare care să justifice utilizarea unei cote de 13% pentru cheltuieli indirecte la prețul unitar P02 de la lotul 2, în comparație cu cota de 5% utilizată la formarea prețului unitar P01, se deduce că ofertantul, de fapt, nu poate justifica aceste costuri, deci nu poate justifica utilizarea unei cote de 13% pentru cheltuieli indirecte.

Autoritatea este de acord că modul de formare a prețurilor este la latitudinea ofertantului, dar acesta trebuie să fie făcut în condițiile legii, iar la solicitarea comisiei, trebuie să fie în măsură să îl justifice.

Prin semnarea de către contestatoare a formularului nr. 10B, și-a asumat prevederea de la pct. 7: „înțelegem că nu sunteți obligați să acceptați oferta cu cel mai scăzut preț sau orice altă ofertă pe care o puteți primi.” De asemenea, luând în considerare art. 2.3 din Ordinul nr. 1826/2003, care prevede, printre altele: „Cheltuielile indirecte cuprind:

- regia fixă de producție, formată din cheltuielile indirecte de producție care rămân relativ constante indiferent de volumul producției, cum ar fi: amortizarea utilajelor și echipamentelor, întreținerea secțiilor și utilajelor, precum și cheltuielile cu conducerea și administrarea secțiilor;

- regia variabilă de producție, care constă în cheltuielile indirecte de producție, care variază în raport cu volumul producției, cum ar fi: cheltuielile indirecte cu consumul de materiale și forța de muncă”,

se deduce că, cheltuielile indirecte cuprind regia fixă de producție și regia variabilă de producție, aceasta din urmă variind în raport de volumul producției. Or, având în vedere că volumul producției este mai mic în cazul serviciilor în așteptare pe flux tehnologic față de serviciile în acțiune, în mod normal valoarea cotei de cheltuieli indirecte utilizată pentru prețul unitar P02 ar fi trebuit să fie cel mult egală cu cea utilizată la prețul unitar P01, respectiv de 5%.

Comisia de evaluare, observând diferența dintre valoarea cotei cheltuielilor indirecte utilizată la formarea prețului unitar P01 - servicii în acțiune (unde aceste costuri sunt mai mari față de cele de la servicii în așteptare pe flux tehnologic) și valoarea aceluiași articol de deviz utilizată la prețul unitar P02 - servicii în așteptare pe flux tehnologic, dar și diferența dintre cota utilizată la lotul contestat și celelalte trei loturi, a considerat că este îndreptățită să solicite clarificarea acestor aspecte. Având în vedere că ofertanta nu a furnizat informațiile solicitate cu privire la justificarea utilizării unei cote de 13% pentru cheltuieli indirecte la prețul P02 și nici informații cu privire la costurile suplimentare față de cele de la prețul unitar P01, care să justifice valoarea de 13%, iar cele transmise nu au fost concludente, comisia a tras concluzia că aceasta nu poate justifica cuantumul cotei pentru cheltuieli indirecte și a declarat inacceptabilă propunerea financiară, în baza art. 134 alin. (5) din anexa la Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

În final, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate că această contestație este nefondată și să o respingă ca atare.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ....., autoritatea contractantă ..... a inițiat o procedură de licitație deschisă online în vederea achiziționării de ..... mecanizată pe raza sectorului 6 ....., divizate în patru loturi, pe 36 de luni, servicii estimate valoric la maximum 15.551.040 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură, pentru toate cele patru loturi, s-a prezentat un singur ofertant, respectiv asocierea formată din SC ..... SRL (lider) și SC Nord Vest Infrastructură și Servicii SRL. Ofertele sale pentru loturile 1 și 2 au fost respinse, iar cele pentru loturile 3 și 4 admise și declarate câștigătoare. Împotriva rezultatului evaluării la lotul 2 - încărcătoare frontale cu cupă, pentru motivele evocate mai sus, ulterior notificării prealabile a autorității și primirii unui răspuns din partea acesteia considerat nemulțumitor, SC ..... SRL a

învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul acordului-cadru de servicii, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

Asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării pentru lotul 2 a fost stabilit de autoritate prin raportul procedurii de atribuire nr. ……../08.01....., ... comunicat participantei în aceeași zi. La 10.01....., SC ..... SRL s-a plâns Administrației de nelegalitatea rezultatului, prin notificarea prealabilă nr. ……../10.01....., iar aceasta i-a răspuns cu adresa nr. ...../....., luni, în sensul că nu urmează să adopte măsuri de remediere a rezultatului achiziției. Primind acest răspuns, societatea a reacționat prin formularea contestației la Consiliu, la data de ....., în interiorul termenului legal de contestare.

Motivul respingerii ofertei, astfel cum este consemnat în adresa autorității nr. ……/08.01....., este următorul:

Referitor la procedura de atribuire a unui acord-cadru pentru ..... - lot 2, pentru care s-a publicat anunţul de participare nr. ...../ ....., prin prezenta va comunicam ca oferta dumneavoastra a fost declarata inacceptabila in baza art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, deoarece prin adresele dumneavoastra nr. 147/13.12.2017 si nr. 163/21.12.2017 nu ati clarificat neconcordantele din propunerea financiara semnalate de către comisie prin adresele nr. 1722/12.12.2017, respectiv prin adresa nr. 1766/18.12.2017, iar informaţiile pe care le-ati transmis nu sunt concludente.

Pentru a răspunde exigenţelor de legalitate, comunicarea trebuie să respecte rigorilor art. 215 alin. (1) și (2) lit. b) din legea privind achizițiile publice:

Art. 215. - (1) Autoritatea contractantă informează fiecare candidat/ofertant cu privire la deciziile luate în ceea ce priveşte rezultatul selecţiei, **rezultatul procedurii**, respectiv atribuirea/încheierea contractului de achiziţie publică/acordului- cadru sau admiterea într-un sistem dinamic de achiziţii, **inclusiv cu privire la motivele care stau la baza oricărei decizii de a nu atribui un contract, de a nu încheia un acord-cadru**, de a nu implementa un sistem dinamic de achiziţii ori de a relua procedura de atribuire, cât mai curând posibil, dar nu mai târziu de 5 zile de la emiterea deciziilor respective.

(2) În cadrul comunicării privind rezultatul procedurii prevăzute la alin. (1), autoritatea contractantă are obligaţia de a cuprinde:

[...]

b) fiecărui ofertant care a prezentat o ofertă inacceptabilă sau neconformă, **motivele concrete care au stat la baza deciziei autorităţii contractante**;

[...]

Informaţiile de mai sus nu se regăsesc în comunicarea întocmită de autoritate, simpla trimitere la textul art. 134 alin. (5) din [normele metodologice aprobate prin] Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 și la argumentul că nu s-au clarificat neconcordanțele, respectiv că informațiile nu sunt concludente nefiind suficientă pentru a determina legalitatea respingerii ofertei. Nu se explică nicăieri în ce constă, în concret, care sunt acele neconcordanțe neclarificate și informații neconcludente și în ce constă neconcludența lor. În atare condiţii, constatând că prin adresa în discuţie autoritatea contractantă nu a comunicat elementele concrete care au condus la respingerea ofertei, Consiliul observă că autoritatea nu a respectat prevederile art. 215 alin. (2) lit. b) din lege, precum şi, în mod implicit, principiul transparenţei procedurii de atribuire, informaţiile esenţiale pentru analizarea legalităţii evaluării ofertei contestatorului nefiind aduse la cunoştinţa sa. Necesitatea respectării principiului transparenţei rezultă şi din textul art. 18 din Directiva Parlamentului European şi a Consiliului nr. 2014/24/UE din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, care obligă autorităţile contractante să acţioneze potrivit principiului transparenţei.

Pe de altă parte, în raportul procedurii şi în procesul-verbal nr. PV2/08.01....., comisia evaluatorie precizează că: „În urma analizării clarificărilor transmise de Asocierea ..... SRL - …….. SRL, s-a constatat că acesta nu a prezentat informații concludente cu privire la costurile care să justifice utilizarea unei cote de 13% pentru cheltuieli indirecte, drept pentru care comisia de evaluare respinge oferta ca fiind inacceptabilă în baza art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 cu modificările si completările ulterioare.”

Acest motiv faptic se circumscrie textului art. 134 alin. (5) din normele metodologice, text care are următoarea redactare: *„În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispoziţiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.”*

Parcurgând aceste dispoziţii, transpuse la datele factuale ale speţei, Consiliul reține că ..... a purtat o corespondență cu asocierea, pe marginea cotelor de cheltuieli indirecte utilizate la componentele de preț P01 (încărcător frontal cu cupă în acțiune) și P02 (încărcător frontal cu cupă în staționare), care i-au ridicat suspiciuni (care nu au vizat o eventuală nesustenabilitate a prețurilor ofertantei).

Organul administrativ-jurisdicțional observă că valoarea prognozată de autoritate a lotului 2 a fost de maximum 1.014.720 lei, iar asocierea a participat cu prețul de 901.440 lei, reprezentând 88,84% din valoarea prognozată. Privită comparativ cu estimarea maximală realizată de autoritate, oferta de preț nu apare a fi anormal de scăzută, astfel încât să pună în pericol îndeplinirea viitorului acord contractual. Un preț de 88,84% din estimare nu este unul care să ridice suspiciuni legate de imposibilitatea îndeplinirii contractului.

Legislația pe linie de achiziție publică nu interzice atribuirea contractului de achiziție publică [acordului] la o valoare de aproximativ 90% din cea estimată și anunțată de autoritate, cum este prețul contestatoarei. Dimpotrivă, respectiva legislație promovează libera concurență între operatorii economici, ca premisă a cheltuirii cât mai economicoase a fondurilor publice, respectiv a obținerii obiectului supus competiției la costuri cât mai reduse. Așadar, nu este contrară legislației specifice atribuirea contractului la un preț de 901.440 lei, în contextul în care estimarea făcută de autoritate a fost de 1.014.720 lei.

În baza art. 210 din Legea 98/2016:

(1) În cazul unei oferte care are un preț sau cost aparent neobișnuit de scăzut în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru care urmează a fi atribuit/încheiat, autoritatea contractantă are obligația de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la prețul sau costul propus.

(2) Clarificările prevăzute la alin. (1) se pot referi în special la:

a) fundamentarea economică a modului de formare a prețului, prin raportare la procesul de producție, serviciile furnizate sau metodele de construcție utilizate;

b) soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru furnizarea produselor sau a serviciilor ori executarea lucrărilor;

c) originalitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor propuse de ofertant;

d) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 51 alin. (1);

e) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 218;

f) posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat.

(3) Autoritatea contractantă evaluează informațiile și documentele furnizate de ofertantul a cărui ofertă are un preț aparent neobișnuit de scăzut și **respinge respectiva ofertă numai atunci când dovezile furnizate nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse**, ținând seama de elementele menționate la alin. (2).

Relevante sunt și următoarele dispoziții din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016:

Art. 127. - (1) Comisia de evaluare are următoare atribuții: [...]

h) verificarea propunerilor financiare prezentate de ofertanți, inclusiv verificarea conformității cu propunerile tehnice, verificarea aritmetică, verificarea încadrării în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv, precum și, dacă este cazul, verificarea încadrării acestora în situația prevăzută la art. 210 din Lege;

Art. 136. - (1) În situația în care comisia de evaluare constată că elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute, prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referința în acest sens informații cum ar fi buletine statistice, sau cotații ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în

cauză explicații cu privire la posibilitate îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire.

(2) Explicațiile aduse de ofertant conform prevederilor alin. (1) vor fi însoțite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 210 alin. (2) din Lege, precum și, după caz, documente privind prețurile ce pot fi obținute de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru.

(3) În cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informațiile și/sau documentele solicitate sau acestea nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, oferta va fi considerată inacceptabilă.

Art. 137. (2) În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: [...]

g) în urma verificărilor prevăzute la art. 210 din Lege se constată că oferta are un preț/cost neobișnuit de scăzut pentru ceea ce urmează a fi furnizat/prestat/executat, **astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini**.

Aceste dispoziții, în contextul reținut, nu sunt incidente și, din această cauză, nici nu au fost invocate în solicitările de clarificări transmise de autoritate ambilor ofertantei. Art. 210 din Legea nr. 98/2016 urmărește să prevină situațiile în care autoritatea atribuie contractul unui ofertant ce nu este în măsură să îl execute în limitele pe care și le-a asumat prin ofertă, dispoziția legală fiind edictată în favoarea autorităților contractante, pentru protejarea lor (respectiv a bugetelor publice pe care le gestionează și a serviciilor publice pe care le prestează), iar nu ca armă în mâna acelorași autorități sau a ofertanților concurenți de a exclude sau pretinde excluderea de la licitații a anumitor ofertanți. În sprijinul acestui raționament vine chiar norma de aplicare a legii de la art. 137 alin. (2) lit. g) din anexa la Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – oferta este inacceptabilă dacă, în urma verificărilor, se constată că are un preț neobișnuit de scăzut pentru ceea ce urmează a fi furnizat/prestat/ executat, astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini. În speța dezbătută, nici prin argumentele din punctul de vedere și nici prin mijloacele de probă depuse, organizatoarea licitației nu a reușit să facă o asemenea dovadă în fața Consiliului. Nu a dovedit nici că acele cote de cheltuieli indirecte, de 5% și de 13%, ar periclita în vreun fel prestarea corespunzătoare a serviciilor. Pe de altă parte, ele nu pot fi cenzurare de către autoritatea contractantă, cât timp se situează în limitele cadrului legal. ..... nu a relevat Consiliului nicio dispoziție legală care să interzică amintitele cote de cheltuieli. Ele trebuie acceptate ca atare, în condițiile în care art. 135 alin. (1) din Constituție dispune că economia României este economie de piață, bazată pe libera inițiativă și concurență, ceea ce înseamnă că prețurile se stabilesc liber pe piață. Similar, la art. 4 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996, republicată, se prevede expres că prețurile produselor și tarifele serviciilor și lucrărilor se determină în mod liber prin concurență, pe baza cererii și ofertei.

Deosebit de relevante sunt considerentele regăsite în decizia definitivă nr. 1002 din 7 iulie 2016 a Curții de Apel Bacău, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, potrivit cărora legea nu impune ofertaților cote de profit sau intervale de cote de profit. Fiecare societate este liberă să își stabilească profitul pentru o anumită activitate. Profitul și cheltuielile indirecte sunt aferente întregii activități care urmează a fi efectuată, iar solicitarea de justificare a lor cu privire la un articol este nelegală:

În ceea ce privește întrebarea nr. 6 din solicitarea de clarificări, deși petenta arată că legea impune o cotă de profit între 3 și 7%, indicând în acest sens Hotărârea Guvernului nr. 28/2008, Ordinul nr. 863/2008 pentru aprobarea Instrucțiunilor de aplicare a unor prevederi din Hotărârea Guvernului nr. 28/2008 privind aprobarea conținutului-cadru al documentației tehnico-economice aferente investițiilor publice, precum și a structurii și metodologiei de elaborare a devizului general pentru obiective de investiții și lucrări de intervenții, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 și Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, instanța reține că legea nu impune ofertaților cote de profit sau intervale de cote de profit, cu caracter obligatoriu, așa cum susține petenta.

Faptul că, în practica economică dintr-un anumit domeniu, este considerat ca fiind uzual un interval procentual al cotei de profit, în cauză susținându-se că acesta ar fi de 3-7%, este irelevant, fiecare societate fiind liberă să își stabilească profitul pentru o anumită activitate desfășurată, aceste aspecte ținând de strategia managementului agentului economic respectiv, ceea ce nu poate fi cenzurat de instanță.

Așa fiind, corect Consiliul a admis contestația sub acest aspect, plângerea formulată de petentă nefiind fondată.

Referitor la întrebarea nr. 5, după cum a reținut și Consiliul, cheltuielile indirecte reprezintă un element al contabilității de gestiune, iar stabilirea acestora are la bază dispozițiile Ordinului nr. 1826/2003 pentru aprobarea Precizărilor privind unele măsuri referitoare la organizarea și conducerea contabilității de gestiune.

Determinarea cheltuielilor indirecte de către un agent economic, ca structură a costului de producție, are în vedere pct. 7 paragraful 7 secțiunea 1.2 din Reglementările contabile privind situațiile financiare anuale individuale și situațiile financiare anuale consolidate, aprobate prin Ordinul nr. 1802/2014, potrivit căreia în costul de producție al bunului se include o proporție rezonabilă din cheltuielile de regie fixe sau variabile atribuibile indirect bunului în cauză, în măsura în care acestea se referă la perioada de producție, și pct. 2.3 din Ordinul nr. 1826/2003, potrivit căruia cheltuielile indirecte sunt acele cheltuieli care nu se pot identifica și atribui direct pe un anumit obiect de calculație, ci privesc întreaga producție a unei secții sau a persoanei juridice în ansamblul ei.

Așadar, chiar dacă activitatea de transport constituie un element al lucrărilor ce fac obiectul contractului pentru care s-a organizat procedura de atribuire, cheltuielile indirecte nu pot fi analizate numai în raport de activitatea de transport, ci reprezintă cheltuieli, de natura celor enumerate de Ordinul nr. 1802/2014 și Ordinul nr. 1826/2003, aferente întregii activități care urmează a fi efectuate.

În consecință, Consiliul a reținut corect că solicitarea de clarificări pentru justificarea cheltuielilor indirecte cu privire la un articol este nelegală, atât timp cât cheltuielile indirecte au fost anticipate pentru întregul formular F3.

Cu privire la cota de profit, argumentele fiind asemănătoare celor analizate la întrebarea 6, în ambele situații, **solicitările referitoare la cota de profit și cheltuieli indirecte au fost solicitate nejustificat și constituie o sarcină prea oneroasă pentru societatea contestatoare**.

La întrebările din adresele autorității nr. ……./12.12.2017 și …../ 18.12.2017, asocierea a răspuns punctual, răspuns pe măsura solicitării autorității și, în același timp, suficient de întemeiat și credibil. Explicațiile aduse se referă tocmai la întrebările autorității și nu au nimic neconcludent, ofertantul asumându-și cotele de cheltuieli ofertate. Cum s-a menționat, nu există niciun indiciu care

să susțină opinia că respectivele cheltuieli ar afecta în vreun fel buna execuție a contractului, în cazul în care i-ar fi atribuit. Pe de altă parte, oferta nu poate fi neconformă nici prin prisma specificațiilor caietului de sarcini, deoarece acest caiet nu precizează nicăieri un anumit procent pe care ofertanții să îl utilizeze.

În cauză, niciunul dintre argumentele pe care își construiește autoritatea reclamată decizia de respingere a ofertei nu este de natură să probeze în mod cert că aceasta nu ar putea presta serviciile licitate în tarifele și prețul pe care și le-a asumat prin ofertă în condițiile de calitate invocate de autoritate. Drept asigurare a bunei execuții a contractului, viitorul contractant este ținut să prezinte autorității o garanție de bună execuție (10% din valoarea contractului subsecvent ce urmează a fi executat, fără TVA), pe care cea din urmă o poate oricând executa, dacă apreciază că societatea contractantă nu își respectă obligațiile contractuale, inclusiv de executare a serviciilor la prețurile și nivelul calitativ declarate.

Principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depăşească limitele a ceea ce este adecvat şi necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union şi alții, C-157/96, pct. 60).

Separat de cele evocate, Consiliul punctează că, în procesul de evaluare a ofertelor, ... nu este îndrituită să realizeze și să își întemeieze respingerea ofertei pentru lotul 2 pe comparații cu ofertele depuse la alte loturi.

În concluzie, în speță, art. 134 alin. (5) din normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 395/2016 nu era incident ofertei contestatoarei, prin prisma abaterii semnalate de autoritatea achizitoare, context în care Consiliul nu poate reține drept temeinice motivele furnizate de aceasta din urmă.

În lumina celor înfățișate, obiecțiile liderului asocierii privind nelegalitatea respingerii ofertei se vădesc a fi fondate și, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu ....., va anula procesul-verbal nr. …../08.01....., raportul procedurii de atribuire nr. ……./08.01..... și adresa de comunicare a respingerii ofertei. Totodată, va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei, precum și la emiterea unui nou act de evaluare a acesteia, cu respectarea celor ce preced, a legislației privind achizițiile publice și a cerințelor din documentația de atribuire. În baza aceluiași temei legal, va obliga entitatea să comunice asocierii rezultatul reevaluării ofertei sale, cu respectarea legislației aplicabile.

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

Admite contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu ....., și anulează procesul-verbal de evaluare nr. ……/ 08.01....., raportul procedurii de atribuire nr. ……/08.01....., precum și adresa autorității contractante de comunicare către contestatoare a măsurii respingerii ofertei asocierii sale. Obligă autoritatea la reevaluarea acestei oferte și la emiterea unui nou act de evaluare, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de cel mult douăsprezece zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertei și întocmirea noului act, autoritatea va comunica asocierii rezultatul reevaluării, potrivit legislației achizițiilor publice.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere de către părțile cauzei, în termen de zece zile de la comunicare.

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

Redactată în …. exemplare, conține …… pagini.