Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor

str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980,
tel. +40-21-3104641, tel. +40-21-3104670, fax. +40-21-3104642,
e-mail: office@cnsc.ro, www.cnsc.ro, http://portal.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. 01/30.08.2022, transmisă prin fax și înregistrată la CNSC cu nr. 43179/30.08.2022, formulată de SC ..... SRL, cu sediul social ....., .., ... și punct de lucru în ....., ..., înregistrată la Oficiului Registrului Comerțului sub nr. ..,având CUI RO ....., reprezentată legal prin administrator ..., împotriva documentației de atribuire, elaborată de ....., cu sediul în localitatea ....., ..., județul ....., în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Servicii de proiectare și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul «..... .....»", anunț de participare simplificat nr. .., s-a solicitat:

- admiterea contestației și modificarea în tot a cerințelor excesive/abuzive inserate de autoritatea contractantă în documentația de atribuire, cerințe ce constituie obiect al contestației;
- în situația admiterii contestației, dacă se constată că nu pot fi modificate cerințele care să permită continuarea, în mod legal, a procedurii de atribuire, anularea acesteia.

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, solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

În fapt, contestatoarea menționează că în urma analizării documentației de atribuire, publicată în SEAP în data de 23.08.2022, a solicitat autorității contractante clarificări cu privire la cerințele acesteia.

Precizează că, întrucât autoritatea contractantă nu i-a răspuns, dar ținând cont și de considerentul că singurul act administrativ în măsură să producă efecte juridice de natură să-i lezeze interesele este documentația de atribuire, a formulat contestația ce face obiectul prezentei cauze.

Petenta critică specificațiile tehnice inserate de autoritatea contractantă la pagina 5 a caietului de sarcini vizând predarea, în cadrul proiectului tehnic de execuție, și a formularelor F1-F6 cu valori, respectiv: *„Proiectul de execuție va cuprinde: V. Liste cu cantități. Notă: Formularele [...] (F1-F6) se vor întocmi în conformitate cu prevederile legislației în vigoare și vor fi completate cu prețuri unitare și valori, acestea devenind formulare pentru devizul ofertei și vor fi utilizate pentru întocmirea situației de lucrări executate în vederea decontării”,* solicitând Consiliului ca, față de obiectul contestației, să dispună eliminarea din obligațiile prestatorului a cerinței autorității contractante ca proiectantul (achizitor) să predea, în cadrul proiectului tehnic, Formularele F1-F6, completate cu prețuri unitare, având în vedere următoarele:

1. Aspecte referitoare la devizul general și la listele de cantități de lucrări:

1.1. Conform art. 10 din H.G. nr. 907/2016:

„(1) Devizul general este partea componentă a studiului de fezabilitate sau a documentației de avizare a lucrărilor de intervenții, prin care se stabilește valoarea totală estimativă, exprimată în lei, a cheltuielilor necesare realizării unui obiectiv de investiții.

(2) Devizul general se structurează pe capitole și subcapitole de cheltuieli. în cadrul fiecărui capitol/subcapitol de cheltuieli se înscriu cheltuielile estimate aferente realizării obiectului/obiectelor de investiție din cadrul obiectivului de investiții.

(3) Devizul pe obiect stabilește valoarea estimativă a obiectului din cadrul obiectivului de investiții și se obține prin însumarea valorilor categoriilor de lucrări ce compun obiectul”.

În opinia petentei, din dispozițiile redate rezultă fără echivoc că devizele pe obiect și devizele generale se întocmesc la faza SF/DALI, aspecte întărite la Nota 1 de la Anexa 7 a H.G. nr. 907/2016: *„1) Devizul general este parte componentă a studiului de fezabilitate/documentației de avizare a lucrărilor de intervenții,* precum și în Anexa 6 a H.G. nr. 907/ 2016, capitolul II „Structura devizului pe obiect”: *„Obiectivul de investiții cuprinde, după caz, unul sau mai multe obiecte de investiții. Delimitarea obiectelor din cadrul obiectivului de investiție se face de către proiectant, la faza de proiectare studiu de fezabilitate/documentație de avizare a lucrărilor de intervenții. Valoarea fiecărui obiect se estimează prin devizul pe obiect și se obține prin însumarea valorilor categoriilor de lucrări ce compun obiectul. Valoarea*

lucrărilor identificate, pe categorii de lucrări, în cadrul devizului pe obiect se evaluează/estimează justificat pe baza costurilor lucrărilor necesare a fi executate pentru realizarea obiectului de investiții, la faza studiu de fezabilitate/documentație de avizare a lucrărilor de intervenții. Devizul pe obiect se structurează cu respectarea conținutului-cadru prevăzut în anexa nr. 8".

SC ..... SRL concluzionează că valoarea investiției se estimează la faza SF sau DAU, trebuind realizate devizul general și devizele pe obiect conform anexelor 6, 7 și 8 la H.G. nr. 907/ 2016, ca parte a acestor documentații tehnico-economice.

1.2 Conform dispozițiilor art. 12 alin (3) din H.G. nr. 907/2016: *„Părțile scrise cuprind date generale privind investiția, descrierea generală a lucrărilor, memorii tehnice pe specialități, caiete de sarcini, liste cu cantitățile de lucrări, graficul general de realizare a investiției".*

1.3 Potrivit prevederilor art. 12 alin (8) din H.G. nr. 907/2016: *„Conținutul-cadru al proiectului tehnic de execuție este cel prevăzut în anexa nr. 10 și se adaptează de către operatorii economici care prestează servicii de proiectare în domeniu, în conformitate cu specificul investiției".*

1.4 În anexa 10 la H.G. nr. 907/2016, punctul A: „Părți scrise", cap V. „Liste cu cantități de lucrări" se precizează, la prima Notă că *„Formularele F1-F5, completate cu prețuri unitare și valori, devin formulare pentru devizul ofertei și vor fi utilizate pentru întocmirea situațiilor de lucrări executate, în vederea decontării",* iar, la următoarea notă se arată că *„Formularele F1-F6 fac parte integrantă din anexa nr. 10 la prezenta hotărâre".*

1.5 Precizările din subsolurile formularelor F1-F2, parte integrantă a anexei 10 arată, pentru fiecare formular în parte, că ofertantul este responsabil pentru completarea coloanelor cu prețuri unitare și prețuri totale, astfel:

Formularul 1: *„Proiectantul completează și răspunde pentru datele și informațiile înscrise în coloanele 1 și 2. Coloanele 3 și 4 se completează de către ofertanți în cadrul derulării, în condițiile legii, a unei proceduri de achiziție publică*".

Formularul 2: *„Proiectantul completează și răspunde pentru datele și informațiile înscrise în coloanele 1 și 2. Coloana 3 se completează de către ofertanți în cadrul derulării, în condițiile legii, a unei proceduri de achiziție publică".*

Formularul 3: *„Proiectantul completează și răspunde pentru datele și informațiile înscrise în coloanele 1-3. Coloanele 4-9 se completează de către ofertanți în cadrul derulării, în condițiile legii, a unei proceduri de achiziție publică".*

Formularul 4: *„Proiectantul completează și răspunde pentru datele și informațiile înscrise în coloanele 1 și 2. Coloanele 3-5 se completează de către ofertanți în cadrul derulării, în condițiile legii, a unei proceduri de achiziție publică".*

Formularul 5: *„Proiectantul completează și răspunde pentru datele și informațiile înscrise în coloana 1. Coloanele 2 și 3 se completează de către ofertanți în cadrul derulării, în condițiile legii, a unei proceduri de achiziție publică*”.

1.6 Conform prevederilor Ghidului privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice", indicativ P 91/1-02: *„2.2.2. Executanții (ofertanții) au deplină libertate de a-și prevedea, în ofertă, propriile consumuri și tehnologii de execuție, cu respectarea cerințelor cantitative și calitative prevăzute în proiectul tehnic, în Caietul de sarcini și în alte acte normative în vigoare care reglementează execuția lucrărilor. 2.4. Extrasele de resurse. 2.4.1. La nivel de documentație economică întocmită de executant (ofertant) se întocmesc extrase de resurse. 2.4.2. Pentru fiecare deviz pe categorii de lucrări se întocmesc următoarele tipuri de extrase: a) extras de materiale; b) extras de forță de muncă (mâna de lucru); c) extras de utilaj de construcții; d)extras de transporturi.* 2.4.3. *Cantitățile din extrasele de mai sus se determină pe baza cantităților din articolele de lucrări prevăzute în antemăsurătoare”.*

1.7 Conform DEX 2009, definiția verbului *„a deveni”* este următoarea: DEVENI, devin, vb. IV. Intranz. 1. A se transforma, a se preface în...; a lua, a primi aspectul sau forma de... 2. A începe sau a ajunge să fie; a se face. A deveni profesor. 3. (Fam.; în expr.) Cum devine cazul (sau chestia) - cum stau lucrurile, ce s-a întâmplat. – Din fr. devenir.

Raportat la cele expuse, autoarea contestației prezintă următoarele concluzii:

Concluzia 2: Formularele F, parte a anexei 10, ce definește conținutul cadru al PTE completate de către proiectant cu denumiri de categorii/ articole de lucrări/echipamente/dotări și cantități constituie lista cu cantități de lucrări, parte a PTE.

Concluzia 3: Listele de cantități cu lucrări, formularele F1-F5, completate de către proiectant conform precizărilor de mai sus, se completează cu preturi unitare și prețuri totale de către ofertanți în cadrul procedurii de achiziție, pe baza propriilor lor consumuri de resurse (rețete), transformându-se astfel în formulare ale devizului ofertă, în baza căruia ofertantul câștigător va întocmi situațiile de lucrări ce vor fi decontate de către autoritatea contractantă.

Concluzia 4: Formularele F nu au nicio legătură cu devizele pe obiect și devizul general al investiției, ce sunt parte a studiului de fezabilitate/ documentației de avizare a lucrărilor de intervenții, după cum prevede art. 10 alin (1).

Concluzia 5: Nicăieri în cuprinsul H.G. nr. 907/2016 nu se face referire la completarea formularelor F cu prețuri unitare și prețuri totale

de către proiectant, indicând, în contrariu, în mod expres, că aceste valori se completează de către ofertanți.

Concluzia 6: Ofertantul - executantul este singurul în măsura să aprecieze care va fi consumul de resurse pentru fiecare articol de lucrări în parte (rețeta articolului) corespunzător forței de muncă angajate sau subcontractate, prețurilor negociate la materiale, echipamentelor/ utilajelor deținute sau închiriate etc. Fiecare ofertant - executant își va întocmi propriul său deviz oferta, corespunzător organigramei, dotărilor și tehnologiilor de execuție proprii.

Sintetizând cele prezentate, petenta arată că, în conformitate cu prevederilor legale:

La faza SF/DALI: Proiectantul întocmește devizele pe obiect; Proiectantul întocmește devizul general.

La faza PTE: Proiectantul întocmește antemăsurătorile (cantitățile); Proiectantul întocmește formularele F, indicând denumirile capitolelor, categoriilor și articolelor de lucrări pe obiecte, ale echipamentelor și utilajelor, precum și cantitățile pentru fiecare dintre acestea (secțiunea tehnica așa cum este denumita în H.G. nr. 907/2016).

La faza derulării procedurii de achiziție publică contract de execuție lucrări: Fiecare ofertant - executant completează formularele F, parte a PTE, parte a documentației de atribuire cu prețuri unitare (calculate conform propriilor consumuri/rețete) și cu preturi totale; Formularele F astfel completate devin devizul oferta, anexa la formularul de oferta financiară.

La faza derulării contractului de execuție lucrări: Ofertantul - executantul câștigător întocmește situații de lucrări pe baza devizului ofertă.

2. Aspecte privitoare la întocmirea așa-zisului deviz confidențial sau liste cu cantități de lucrări cu valori.

Contestatoarea subliniază că, deși, astfel cum a arătat la punctul anterior, legislația prevede în mod expres că ofertanții - executanții completează lista cu cantități de lucrări cu prețuri unitare și totale, beneficiarii continuă să solicite proiectanților să elaboreze un așa numit deviz confidențial sau liste cu cantități de lucrări cu valori.

Față de cele expuse supra, apreciază ca fiind evident faptul că un asemenea document nu incumba nicio răspundere proiectantului, fiind solicitat în afara cadrului legal, prin încălcarea principiului de drept *„nimeni nu este obligat la imposibil".*

În primul rând, contestatoarea arată următoarele:

- un proiectant nu are la îndemână informațiile necesare pentru evaluarea tuturor resurselor necesare execuției unui articol de lucrări.
- un proiectant nu are cum estima nici măcar o medie a costurilor cu manopera aferentă execuției, deoarece nu are cum cunoască detalii privind nivelul de salarizare mediu pentru un anume tip de lucrător, productivitatea/eficiența muncii, sculele/echipamentele disponibile acestuia etc.

- un proiectant nu are cum estima costurile cu materialele, mai ales la volume mari, aceste costuri fiind direct dependente de relațiile contractuale între executanți și furnizorii de materiale, de bonitatea executantului, de accesul executantului la prețuri preferențiale, la exclusivitatea vânzării anumitor materiale etc.
- un proiectant nu are cum estima costurile cu transportul acestea fiind dependente de localizarea geografică a furnizorilor aleși de un executant, a depozitelor de deșeuri, a gropilor de pământ de umplutură, a balastierelor sau stațiilor de betoane.
- un proiectant nu are cum estima costurile cu utilajele aceste fiind semnificativ influențate de performanțele și vechimea acestora, de forma de deținere etc.
- un proiectant nu are cum estima care este marja de profit medie sau cota de indirecte medie pe piața executanților pentru o anumită categorie de lucrări. Aceste sunt proprii fiecărui executant în parte, fiind decise de către management.
- un proiectant nu are cum realiza asemenea analiză având în vedere că, la momentul actual, pot fi identificate peste 90.000 de articole de lucrări diferite.
- fiecare executant are puncte tari și puncte slabe în privința costurilor aferente diferitelor tipuri de lucrări ce concură la realizarea unui obiectiv de investiții. Ofertanții vor încerca să se încadreze cu costul global în valoarea estimata a investiției, și nu pe categorii de lucrări.

Prin urmare, conchide contestatoarea, devizul oferta al unui executant va prezenta costuri mai bune la articolul „x" mai slabe la articolul „y" față de devizul ofertă al unui alt ofertant. Astfel, daca un proiectant ar întocmi un asemenea deviz confidențial considerând costurile cele mai bune care ar putea fi întâlnite în piață, suma totală ar fi cu mult inferioara celei mai mici oferte care ar putea fi primite.

Contestatoarea afirmă că motivele expuse mai sus relevă faptul că nici măcar un executant nu are putea realiza un asemenea deviz confidențial, deoarece acesta ar fi croit după elemente specifice numai respectivului executant. Nu poate fi comparat cu devizul oferta al unui alt executant decât, cel mult, în privința unora dintre articolele de lucrări pentru care se vor înregistra prețuri comparabile.

Prin urmare, arată că proiectantul are doua variante de abordare pentru a îndeplini această solicitare a unui beneficiar, respectiv: a) fie de a rula lista cu cantități de lucrări într-o aplicație pentru devize; b) fie de a apela la sprijinului unor executanți pentru întocmirea unui deviz oferta de principiu.

În opinia petentei, situația descrisă la punctul b) încalcă în mod clar principiul tratamentului egal al viitorilor ofertanți la procedura de atribuire, deoarece executanții implicați de către proiectant în evaluarea preliminară a devizului oferta vor avea informații privind achiziția cu mult

înainte față de ceilalți participanți la procedură, fiind astfel viciată întreaga procedură.

În același context, apreciază că, în situația descrisă la punctul a) proiectantul are acces la personal cu experiența în operarea uneia dintre aplicațiile de devize (DocLib, WinDev, E-devize etc).Aceste aplicații de devize utilizează baze de date create de către firma producătoare prin consultarea unui număr mare de furnizori de materiale/utilaje sau executanți din piața, stabilind niște prețuri medii pentru resursele fiecărui articol de lucrări, conform rețetelor de consum normate pe timpul economiei planificate de stat. Proiectantul creează o listă cu cantități conform PTE, alege (la întâmplare) o cotă de profit și o cota de indirecte și o rulează în aplicație.

Contestatoarea învederează faptul că, din testele pe care le-a realizat pentru diferite obiective de investiții, a rezultat că valorile totale ale devizelor ofertă rulate pe cele trei mari aplicații sunt total diferite și nici măcar nu prezintă aceeași variație între diferite tipuri de obiective. Pentru un anumit obiectiv de investiții cel mai mic preț total se obține rulând lista în Windev, pentru altul daca se utilizează Edevize. Diferențele înregistrate pe categorii de lucrări, la aceleași cote de profit și indirecte sunt chiar și de 15%.

Prin urmare, arată contestatoarea, proiectantul nu face decât o verificare, utilizând cote de profit și indirecte pe care le considera decente din care să rezulte, eventual, că prețul total rezultat în urma rulării aplicației se încadrează în valorile indicate în devizul general aprobat al investiției. Această verificare se bazează pe informațiile colectate de către firma producătoare de diverși furnizori și executanți și pe cotele de profit și indirecte stabilite arbitrar de către proiectant. De exemplu producătorii Windev preiau oferte pentru peste 300.000 de iteme de cost de la peste 7.000 de societăți comerciale, oferte care determina valorile din baza de date.

Afirmă că, în realitate, de la caz la caz, prețurile reale ofertate pot fi diferite chiar cu ordine de mărime față de estimările din bazele de date, unul din motive fiind acela că prețurile, rețetele și tehnologiile disponibile pe piața liberă sunt cu mult diferite față de consumurile și preturile normate care stau la baza indicatoarelor de norme de deviz, create în epoca economiei centralizate și planificate de stat.

Pe de altă parte, menționează că, dată fiind stabilitatea prețurilor de pe piața constructorilor din ultimii circa 7-8 ani, realizarea acestor verificări genera, cu aproximație, valoarea unei oferte medii de preț în cazul achizițiilor viitoare de lucrări.

SC ..... SRL afirmă că, utilizând Windev de peste 15 ani, a constatat că prețul indicat în urma rulării listei cu cantități de lucrări se situa cam la 15% din prețul minim care se putea înregistra în urma unei licitații publice. În concret, marea majoritate a achizițiilor realizate pentru execuția lucrărilor proiectate de către SC ..... SRL s-a încadrat între 85-95% în bugetul estimat prin rularea listei cu cantități de lucrări în Windew.

Subliniază că, în momentul de față, evoluția explozivă și haotică a prețurilor de pe piața construcțiilor, precum și inflația, au redus cu mult gradul de încredere al rezultatelor obținute în urma rulării în aplicația de devize. În plus, pe piața construcțiilor se regăsesc în prezent peste 65.000 de articole inexistente în indicatoarele de norme de deviz republicane.

Astfel, arată petenta, în cazul rulării prin programul de devize proiectantul nu poate decât să încerce să aleagă un articol cât mai asemănător și sa definească manual prețul materialelor pe baza ofertelor. Pentru toate celelalte categorii de resurse: manoperă, material, transport este practic imposibil să evalueze o rețetă medie. Proiectantul nu are angajați nici sudori, nici lăcătuși, nici tâmplari, nici muncitori necalificați, nu are informații privind productivitatea muncii pe un anumit tip de lucrare. Proiectantul nu are în dotare decât calculatoare, imprimante și mașini de transport personal, și nu buldoexcavatoare, compresoare, macarale sau alte asemenea.

Referitor la actualizarea indicatorilor financiari ai unui proiect, învederează faptul că, recent, Guvernul a adoptat O.U.G. nr. 64/2022 prin care se descrie procedura de actualizare a devizelor generale în cazul proiectelor pentru care nu a fost demarată achiziția, precum și de actualizare a situațiilor de lucrări. În această ordonanță de urgență legiuitorul face clar o demarcație între devizele ofertă și devizul general, neluând în considerare listele cu cantități de lucrări ca suport pentru actualizarea bugetului proiectului de investiții. Nici măcar în cazul proiectelor pentru care achiziția a fost demarată nu se întocmește un nou deviz ofertă sau un nou deviz general pe baza liste cu cantități de lucrări. La fiecare situație de lucrări se aplică un indice statistic, pentru fiecare tip de resursă: material, manoperă, utilaj sau transport. Indiferent ca este vorba de oțel, pvc, nisip sau sticlă. Indiferent ca este vorba de electrician, lăcătuș sau inginer. Indiferent ca este vorba de un picamer sau de o macara de 120 tone.

Pe de alta parte, arată că, de nenumărate ori, fie membrii comisiei de evaluare fie, ulterior, responsabilii cu auditul financiar, consideră lista cu cantități de lucrări completată de proiectant cu prețuri unitare și totale ca fiind un document cu relevanță, care poate servi drept referință pentru decizii privind prețurile ofertate de către unii operatori economici, decizii ce au afectat respectivii operatori, fie prin eliminarea din cadrul procedurilor, fie prin imputarea unor diferențe față de valorile din așa-zisă „referință”.

Susține că practica constantă a instanțelor de judecată arată ca aceasta abordare este defectuoasă.

Mai mult, afirmă petenta, adoptarea unor referințe de prețuri unitare pe articole de lucrări contravine flagrant principiilor pieței libere

încălcându-se atât legea concurenței, cât și tratatul de aderare, aceasta abordare fiind permisă, prin excepție, doar în cazul monopolurilor.

Concluzionând cele expuse SC ..... SRL arată următoarele:

Concluzia 7: Ofertantul, respectiv executantul este singura entitate care poate, în mod responsabil și pe deplin asumabil, să completeze o listă cu cantități de lucrări cu prețuri unitare și totale, cu cote de profit și indirecte, corespunzător unui set unic de informații opozabile numai acestei entități (organizarea, tehnologiile de execuție, grila salarizare, performantele angajaților, accesul la utilaje/echipamente proprii, accesul la preturi competitive pentru materiale etc.).

Concluzia 8: În cazul stabilității prețurilor pe piața de construcții, verificarea efectuată de către proiectant prin rularea listei cu cantități de lucrări, parte a PTE, într-o aplicație de devize (Windev, E-devize, Doclib, etc) genera cu o bună aproximație valoarea totala medie a unui contract de execuție.

Concluzia 9: În prezent, verificarea efectuată de către proiectant prin rularea listei cu cantități de lucrări, parte a PTE, într-o aplicație de devize (Windev, E-devize, Doclib etc) nu mai are nicio relevanță, dat fiind evoluțiile explozive și haotice de pe piață.

Concluzia 10: Utilizarea listei cu cantități de lucrări cu valori completate prin rularea într-un program de devize de către proiectant, ca și referință legală pentru compararea cu prețurile unitare ale ofertanților - executanților duce la distorsiuni grave ale procedurilor de atribuire, creează false probleme în implementare și, mai mult, contravine principiilor pieței libere enunțate, atât în Tratatul de Aderare, cât și în Legea concurenței.

Având în vedere considerentele expuse, SC ..... SRL solicită Consiliului ca, prin hotărârea ce o va pronunța, să dispună următoarele: admiterea contestației și modificarea în tot a cerințelor excesive/abuzive expuse de autoritatea contractantă în documentația de atribuire, cerințe ce constituie obiect ale contestației. Totodată, petenta solicită Consiliului ca, în situația admiterii contestației, dacă se constată că nu pot fi modificate cerințele care să permită continuarea în mod legal a procedurii de atribuire, să dispună anularea acesteia.

În drept, au fost invocate dispozițiile Legii nr. 101/2016, Legii nr. 98/2016, Legii 10/1995 și H.G. nr. 907/2016.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 18077/05.09.2022, înregistrat la CNSC cu nr. 44167/05.09.2022, privind contestația formulată de SC ..... SRL, ... a solicitat Consiliului să dispună următoarele:

- Respingerea solicitării de eliminare din cadrul caietului de sarcini a cerinței potrivit căreia *„Formularele de la punctele a) - f) (FI - F6) se vor întocmi în conformitate cu prevederile legislației în vigoare și vor fi completate cu preturi unitare și valori, acestea devenind formulare pentru devizul ofertei și vor fi utilizate pentru întocmirea situațiilor de lucrări executate, în vederea decontării";*
- Respingerea solicitării de anulare a procedurii de atribuire.

1. Autoritatea contractantă precizează că nu este de acord cu solicitarea contestatoarei (aspect semnalat și prin solicitarea de clarificări) în sensul că, după elaborarea listelor de cantități, acestea să nu fie completate cu valori, având la bază, cel puțin următoarele argumente:
A. Având în vedere faptul că Devizul general și Documentația de avizare a lucrărilor de intervenție (DALI) au fost întocmite în anul 2021, iar, în urma efectuării unui calcul, proiectul tehnic, ce face obiectul prezentei proceduri, se va finaliza la începutul anului 2023, cu siguranță vor interveni modificări la nivelul prețurilor ce au fost luate în calcul de către proiectanții de la faza DALI, atunci când au elaborat devizul general al investiției, drept urmare, se dorește o actualizare a devizului general, înainte de demararea procedurii de execuție, asigurând o valoare estimată cât mai apropiată de prețurile pieței.

Totodată, având în vedere prevederile art. 10, alin. (4) din H.G. nr. 907/2016, cu modificările și completările ulterioare, Devizul general întocmit la faza documentație de avizare a lucrărilor de intervenții se actualizează prin grija beneficiarului investiției/investitorului, ori de câte ori este necesar. Având în vedere faptul că autoritatea contractantă nu are personal specializat în acest domeniu, aceasta este îndreptățită să delege aceste atribuții către un personal specializat, drept pentru care, în baza documentației de atribuire întocmită pentru prezenta procedură, incubă proiectantului la faza PT această atribuție, respectiv actualizarea prețurilor din devizul general , având la bază listele de cantități elaborate cu valori.
B. Totodată, în ipoteza în care, un operator economic ofertează un preț neobișnuit de scăzut, formularele completate la faza PT cu valori, sunt utile autorității contractante, acestea fiind punct de reper, alături de informațiile pe care le regăsește în piață, cu privire la rezon abilitatea prețurilor ofertate în cadrul procedurii de execuție.
Având în vedere cele expuse, ... solicită Consiliului să aibă în vedere faptul că practica din domeniu este majoritară, în sensul că proiectantul de la faza PT elaborează listele cu și fără valori, aspect ce ajută autoritățile contractante în procesul de implementare a obiectivelor de investiții.

În opinia achizitoarei, solicitarea de a fi prezentate, la faza PT, listele de cantități cu valori, nu este o cerință restrictivă care să îngrădească accesul operatorilor economici de profil sau care să contravină în mod flagrant prevederilor legale din legislația națională, ci, dimpotrivă, este o cerință care să satisfacă necesitatea sa, în contextul în care prețurile estimate la faza DALI ar putea fi schimbate, iar acest aspect ar putea fi lămurit cu ușurință de către proiectant, fără să îngreuneze procesul de achiziție pentru execuția lucrărilor.

Subliniază faptul că prețurile unitare propuse de către proiectant în cadrul listelor de cantități sunt estimative, acestea vor fi definitivate și

vor deveni anexe ale ofertei depuse de către executant, după desfășurarea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică ce va avea ca obiect execuția lucrărilor. Acest proces este similar cu situația în care tot un operator economic ce prestează servicii de proiectare, elaborează, la faza DALI/SF, devizul general al investiției, având la bază antemăsurătorile elaborate cu valori estimative stabilite de către acesta.

Apreciază că, în această ultimă situație, dacă ar fi ales să atribuie contractul de achiziție publică *„la pachet"*, atât realizarea serviciilor de proiectare pentru faza PT, cât și execuția lucrărilor, s-ar fi bazat pe estimările făcute tot de către un operator economic ce prestează servicii de proiectare.

Având în vedere cele mai sus prezentate, ... solicită respingerea contestației formulată de SC ..... SRL, învederând faptul că, prin impunerea acestei cerințe, și-a dorit obținerea unor informații, care, în mod rezonabil pot fi obținute de la firma de proiectare, astfel încât riscurile de implementare a proiectului de investiții să fie cât mai reduse.

2. Având în vedere argumentele prezentate în cadrul punctului de vedere, respectiv a respingerii pe fond a contestației, autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea solicitării de anulare a procedurii de atribuire.

Totodată precizează că operatorul SC ..... SRL nu a depus ofertă în cadrul procedurii de atribuire, „neprezentând interes pentru participarea în calitate de ofertant".

În probațiune, au fost depuse, în copie certificată documente ale dosarului achiziției publice.

Prin adresa nr. 03/06.09.2022, înregistrată la CNSC cu nr. 44443/07.09.2022, SC ..... SRL a transmis documentul intitulat „Concluzii scrise", în care precizează că își menține solicitarea de eliminare din cadrul caietului de sarcini a cerinței potrivit căreia „Formularele [. ..] (F1-F6) se vor întocmi în conformitate cu prevederile legislației în vigoare și vor fi completate cu prețuri unitare și valori, acestea devenind formulare pentru devizul ofertei și vor fi utilizate pentru întocmirea situațiilor de lucrări executate în vederea decontării".

A) Susține că autoritatea contractantă *„nu înțelege diferența între devizele pe obiect și devizul general ce se întocmesc la faza SF/DALI și listele de cantități de lucrări ce se întocmesc la faza PTE, prezentând argumente care sunt contrazise chiar de H.G. nr. 907/2016"*, astfel cum a arătat în contestație.

Mai mult, afirmă că aceste argumente sunt contrazise de ultimele acte normative adoptate de Guvernul României, respectiv de O.U.G. nr. 47/2022 și O.U.G. nr. 64/2022, conform cărora devizul general al unei investiții se actualizează prin aplicarea unui indice de cost total în construcții, publicat de Institutul National de Statistică. Acest procedeu presupune aplicarea creșterii procentuale statistice de la momentul de referință al aprobării devizului general până la orice alt moment când se face actualizarea (art. 1 alin. (2), (3), (4) din O.U.G. nr. 64/2022).

Subliniind faptul că, nici măcar pentru contractele aflate în execuție, legiuitorul nu a prevăzut actualizarea devizului ofertă (lista cu cantități de lucrări completată cu prețuri de către ofertantul câștigător), contestatoarea apreciază că, în ipoteza în care autoritatea contractantă dorea să se asigure că, la momentul lansării licitației de execuție, devizul corespunde valorilor de piață, atunci trebuia să solicite ca proiectantul să actualizeze devizul general, nu să întocmească liste de cantități de articole, ceea ce ar fi însemna în fapt o intervenție asupra părții financiare a studiului de fezabilitate sau DALI-ului și nu o analiză financiară la nivelul PTE-ului. Menționează că, într-o atare ipoteză, prestatorul proiectant ar fi actualizat devizul general aprobat prin HCL, în conformitate cu O.U.G. nr. 47/2022 sau O.U.G. nr. 64/2022, în funcție de sursa fondurilor.

Referitor la aspectul rezonabilității prețurilor ofertate în cursul procedurii de execuție, petenta menționează că a arătat deja în contestație faptul că un proiectant nu are cum să stabilească prețuri rezonabile pe fiecare articol de lucrări. Un proiectant poate stabili o rezonabilitate a costurilor la nivel de categorie de cheltuieli și nu pe articole.

Reiterează susținerile din contestație potrivit cărora variațiile de preturi la aceleași articole, între diferiți ofertanți, pot fi extrem de mari depinzând de foarte multe aspecte și susține că exact acest tip de abordare a dus la blocaje și la deturnări ale achizițiilor, deoarece nu proiectantul este cel care cunoaște exact modul în care se formează un preț la execuție. Proiectantul folosește valori estimate global, nu individual pe fiecare articol de lucrări.

În opinia sa, cerința contravine flagrant prevederilor H.G. 907/2016, care prevede clar ca nu proiectantul este cel care determină prețurile pentru resursele aferente fiecărui articol din listele cu cantități de lucrări.

Pe de altă, subliniază faptul că, pentru evaluarea prețurilor, legiuitorul a pus la dispoziția autorităților contractante procedura de consultare preliminară a pieței reglementată prin Legea 98/2016, Cap. IV Organizarea și desfășurarea procedurii de atribuire, Secțiunea 1 Consultarea pieței, art. 139 alin. (1).

Astfel, arată că, înainte de lansarea procedurii de atribuire a contractului de execuție lucrări, achizitorul poate consulta piața în privința tuturor valorilor unitare pentru articole de lucrări, astfel cum au fost ele prevăzute de proiectanți în lista de cantități. Nu proiectantul este cel care face analiza pieței într-un mod arbitrar cu un număr limitat de operatori economici/executanți, ci autoritatea contractantă trebuie să facă această evaluare, dacă dorește, în mod transparent, astfel încât, toți posibilii ofertanți să aibă cunoștință de faptul ca urmează o licitație și sa aibă deja idee despre tipul lucrărilor ce urmează a fi licitate.

Referitor la solicitarea sa privind anularea procedurii de atribuire, contestatoarea solicită Consiliului să aibă în vedere faptul că procedura este viciată, deoarece autoritatea contractantă nu a solicitat serviciile potrivite.

Afirmă că autoritatea trebuia să solicite actualizarea devizului general, cerință cu care societatea sa ar fi fost de acord și pe care o putea îndeplini, în conformitate cu O.U.G. nr. 47/2022 și O.U.G. nr. 64/2022, funcție de sursa fondurilor.

Reiterează susținerea potrivit căreia documentația de atribuire, nu respectă și nu este conformă cu prevederile legale (H.G. nr. 907/2016, cu O.U.G. nr. 47/2022 și O.U.G. nr. 64/2022).

SC ..... SRL precizează că nu a depus ofertă în cadrul procedurii de atribuire, tocmai pentru că, prin conținutul documentației de atribuire, procedura era deja viciată și prevederile privitoare la obligațiile ofertantului/prestatorului din aceasta nu respectă cerințele legale.

Reafirmându-și interesul de a participa la procedură, în calitate de ofertant, SC ..... SRL solicită Consiliului să dispună admiterea contestației și obligarea autorității contractante la modificarea în tot a cerințelor excesive/abuzive inserate de autoritatea contractantă în documentația de atribuire, cerințe ce constituie obiect al contestației. Totodată, în situația admiterii contestației, dacă se constată că nu pot fi modificate cerințele care să permită continuarea, în mod legal, a procedurii de atribuire, petenta solicită anularea acesteia.

Prin adresa nr. 18510/12.08.2022, înregistrată la CNSC cu nr. 45135/12.09.2022, ... a transmis documentul intitulat „Concluzii scrise”, prin care solicită respingerea contestației formulată de SC ..... SRL.

Referitor la argumentele prezentate de contestatoare vizând actualizarea devizului general conform O.U.G. nr. 47/2022 și O.U.G. nr. 64/2022, autoritatea contractantă arată că, în cadrul anunțului de participare a precizat că finanțarea nu este asigurată printr-un program finanțat prin fonduri externe, drept urmare prevederile O.U.G. nr. 64/2022 nu sunt aplicabile în ceea ce privește modul de actualizare al devizului general. Totodată, menționează că, în O.U.G. nr. 47/2022, nu a regăsit o modalitate de actualizare a devizului general, conform celor învederate de către contestatoare.

Cu privire la afirmația petentei potrivit căreia *„un proiectant nu are cum să stabilească prețuri rezonabile pe fiecare articol de lucrări",* achizitoarea reiterează cele precizate în cadrul punctului de vedere, în sensul că tot proiectantul stabilește care sunt valorile necesare obiectivului de investiții la faza SF sau DALI, drept urmare, prezentarea unor prețuri estimative în cadrul listelor de cantități nu este o obligație excesivă în raport cu necesitatea autorității contractante.

Apreciază că, în situația în care prețul ofertat este neobișnuit de scăzut, deținerea unor liste de cantități cu valori, sprijină comisia în procesul de evaluare, acest aspect nefiind de natura celor învederate de către contestatoare, în sensul blocării procedurii de achiziție.

Referitor la consultarea pieței pentru determinarea valorii estimate a achiziției, apreciază că acest proces este unul fără finalitate, întrucât din experiență a constat faptul că operatorii economici nu prezintă un interes pentru acest tip de acțiune, deoarece munca acestora nu este răsplătită. În schimb, proiectantul își poate regăsi această motivație în cadrul ofertei prezentate, acoperind costurile și pentru această acțiune.

Raportat la cele prezentate, achizitoarea arată că, deși contestatoarea susține că această cerință este excesivă/abuzivă sau se cere ceva imposibil, în cadrul procedurii de atribuire au fost depuse patru oferte.

SC ..... SRL a constituit cauțiunea în sumă de 8.049,00 lei, conform art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 208367548/1 din data de 02.09.2022, eliberată de CEC BANK - Sucursala Lipscani, înregistrată la CNSC cu nr. 44051/05.09.2022.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..... a organizat o procedură simplificată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Servicii de proiectare și asistență tehnică din partea proiectantului pentru obiectivul «..... .....»", prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. . din .. Valoarea estimată a contractului de servicii este de 402.437,70 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire aplicat este „prețul cel mai scăzut”. Documentația de atribuire a fost publicată în SEAP odată cu anunțul de participare.

Împotriva prevederilor documentației de atribuire, SC ..... SRL a formulat prezenta contestație, solicitând:

- admiterea contestației și modificarea în tot a cerințelor excesive/abuzive inserate de autoritatea contractantă în documentația de atribuire, cerințe ce constituie obiect al contestației;

- în situația admiterii contestației, dacă se constată că nu pot fi modificate cerințele care să permită continuarea, în mod legal, a procedurii de atribuire, anularea acesteia.

Consiliul constată că nemulțumirea contestatoarei poartă asupra cerinței caietului de sarcini de a fi prezentate, în cadrul proiectului tehnic, formularele F1-F6 completate cu prețuri unitare.

Anterior depunerii contestației, SC ..... SRL a solicitat autorității contractante modificarea documentației de atribuire, în sensul celor reclamate în fața Consiliului, pe calea unei clarificări la documentație, demers căruia achizitoarea i-a răspuns, prin adresa nr. 17801 din 31.08.2022, astfel:

«RĂSPUNS

Cerinţa „Formularele de la punctele a) - f) (FI - F6) se vor întocmi în conformitate cu prevederile legislaţiei în vigoare și vor fi completate cu preţuri unitare şi valori, acestea devenind formulare pentru devizul ofertei și vor fi utilizate pentru întocmirea situaţiilor de lucrări executate, în vederea decontării" regăsită în cadrul caietului de sarcini nu se va elimina, având în vedere următoarele motive:

1. Având în vedere faptul că Devizul general și Documentaţia de avizate a lucrărilor de intervenţie (DALI) au fost întocmite în anul 2021, iar în urma efectuării unui calcul, proiectul tehnic, ce face obiectul prezentei proceduri, se va finaliza la începutul anului 2023, cu siguranţă vor interveni modificări la nivelul preţurilor ce au fost luate în calcul de către proiectanţii de la faza DALI când au elaborat Devizul General al investiţiei, drept urmare, autoritatea contractantă doreşte o actualizare a Devizului General, înainte de demararea procedurii de execuţie, asigurând o valoare estimată cât mai apropiată de preţurile pieţei.

Totodată, având în vedere prevederile art. 10, alin. (4) din Hotărârea Guvernului nr. 907/2016, cu modificările și completările ulterioare, Devizul general întocmit la faza documentaţie de avizare a lucrărilor de intervenţii se actualizează prin grija beneficiarului investiţiei/investitorului, ori de câte ori este necesar, obligaţia autorităţii contractante este de a actualiza Devizul General, dat fiind că autoritatea contractantă nu are personal specializat în acest domeniu, aceasta este îndreptăţită să delege aceste atribuţii către un personal specializat, drept pentru care, în baza documentaţiei de atribuire întocmită pentru prezenta procedură, incubă proiectantului la faza PT această atribuţie, respectiv actualizarea preţurilor din Devizului General.

2. în ipoteza în care, un operator economic ofertează un preţ neobişnuit de scăzut, formularele completate la faza PT cu valori, sunt utile autorităţii contractante, acestea fiind punct de reper, alături de informaţiile pe care le regăseşte în piaţă cu privire la rezonabilitatea preţurilor ofertate în cadrul procedurii de execuţie.»

Văzând acest răspuns al achizitoarei, Consiliul constată că, în realitate, aceasta dorește să pună în sarcina viitorului contractant, ce urmează a realiza proiectul tehnic, actualizarea valorilor implicate de executarea lucrărilor proiectate în prezent, urmând ca formularele F1-F6 completate cu prețuri unitare, așa cum sunt cerute prin caietul de sarcini contestat, să reprezinte repere utile atât în stabilirea valorii estimate a lucrărilor ce vor fi atribuite și executate, cât și în evaluarea financiară a ofertelor de execuție a lucrării.

În acest punct al analizei sale, Consiliul reține relevanța următoarelor prevederi ale HG nr. 395/2016:

- art. 2:

„(4) Celelalte compartimente ale autorităţii contractante au obligaţia de a sprijini activitatea compartimentului intern specializat în domeniul achiziţiilor, în funcţie de specificul şi complexitatea obiectului achiziţiei.

(5) În sensul alin. (4), sprijinirea activităţii compartimentului intern specializat în domeniul achiziţiilor publice se realizează, fără a se limita la acestea, după cum urmează:

a) transmiterea referatelor de necesitate care cuprind necesităţile de produse, servicii şi lucrări, valoarea estimată a acestora, precum și informaţiile de care dispun, potrivit competenţelor, necesare pentru elaborarea strategiei de contractare a respectivelor contracte/acorduri-cadru."

- art. 9:

„(1) Etapa de planificare/pregătire a unui proces de achiziţie publică se iniţiază prin identificarea necesităţilor şi elaborarea referatelor de necesitate şi se încheie cu aprobarea de către conducătorul autorităţii contractante/unităţii de achiziţii centralizate a documentaţiei de atribuire, inclusiv a documentelor-suport, precum și a strategiei de contractare pentru procedura respectivă.

(2) Strategia de contractare este un document al fiecărei proceduri de achiziţie publică cu o valoare estimată egală sau mai mare decât pragurile valorice stabilite la art. 7 alin. (5) din Lege, iniţiată de autoritatea contractantă.

(3) Prin intermediul strategiei de contractare se documentează deciziile din etapa de planificare/pregătire a achiziţiei în legătură cu: […]

e) justificările privind determinarea valorii estimate a contractului/acordului-cadru, precum și orice alte elemente legate de obţinerea de beneficii pentru autoritatea contractantă şi/sau îndeplinirea obiectivelor comunicate la nivelul sectorului administraţiei publice în care activează autoritatea contractantă."

Din aceste texte legale, rezultă faptul că estimarea valorii unei achiziții (în speță, estimarea valorii lucrărilor ce vor fi executate în baza proiectului tehnic supus achiziției prezente) intră în sarcina exclusivă a autorității contractante, prin compartimentele sale interne. Or, externalizarea acestei atribuții, prin obligarea proiectantului lucrării de a prezenta formularele F1-F6 completate cu prețuri unitare, reprezintă o conduită ce nu poate fi primită, ea fiind în egală măsură și nelegală.

Astfel, așa cum arată și autoarea contestației, conținutul proiectului tehnic este reglementat explicit prin dispozițiile regăsite la art. 12 din HG nr. 907/2016 privind etapele de elaborare şi conţinutul-cadru al documentaţiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiţii finanţate din fonduri publice.

De asemenea, așa cum contestatoarea înscrie explicit, în anexa nr. 10 la HG nr. 907/2016, ce conține „PROIECT TEHNIC DE EXECUŢIE - conţinut-cadru[1)]", se găsește reglementat și conținutul Formularelor F1-F6, la fiecare dintre acestea fiind făcute precizări cu privire la coloanele în care proiectantul completează date și informații și răspunde pentru

ele, precum și la coloanele care se completează de către ofertanți în cadrul derulării, în condițiile legii, a unei proceduri de achiziție publică.

Astfel, în toate aceste formulare, coloanele destinate valorilor pe obiectiv, prețurilor unitare pentru materiale, manoperă, utilaj, transport urmează fi completate de către ofertantul executant al lucrărilor, și nu de proiectant, responsabil exclusiv de mențiunile indicate în precizările corespunzătoare fiecărui formular, așa cum se regăsesc în anexa nr. 10 la HG nr. 907/2016.

De altfel, această concluzie este întărită prin nota regăsită în aceeași anexa nr. 10, potrivit căreia *„Formularele F1-F5, completate cu preţuri unitare şi valori, devin formulare pentru devizul ofertei şi vor fi utilizate pentru întocmirea situaţiilor de lucrări executate, în vederea decontării.”*

Or, în acest context, Consiliul stabilește că solicitarea criticată a caietului de sarcini excede obligațiilor pe care legea le incumbă proiectantului în livrarea produsului finit al muncii sale. De altfel, autoritatea contractantă nici nu a combătut chestiunile de fapt și de drept prin care SC ..... SRL își susține critica privind documentația de atribuire, ci s-a limitat la a preciza nevoia sa de informare cu privire la costuri actualizate de execuție a lucrării.

În consecință, Consiliul stabilește caracterul întemeiat al contestației înaintate de SC ..... SRL, context în care s-ar impune modificarea documentației de atribuire. Însă, adoptarea unei astfel de măsuri de remediere nu mai este posibilă, deoarece, potrivit afirmațiilor autorității contractante, ofertele au fost deja depuse și deschise, astfel încât nu este posibilă remedierea actului nelegal (documentația de atribuire) pe baza căruia au fost elaborate, depuse și deschise oferte.

Prin urmare, nelegalitatea constatată de către Consiliu se poate remedia într-un singur mod, respectiv anularea procedurii de atribuire, aceasta nemaiputând continua cu evaluarea unor oferte elaborate în baza unei documentații de atribuire nelegal întocmită.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să admită în parte contestația depusă de SC ..... SRL și să anuleze procedura de atribuire.

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca rămas fără obiect capătul de cerere vizând modificarea în tot a cerințelor excesive/abuzive inserate de autoritatea contractantă în documentația de atribuire.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite în parte contestația depusă de SC ..... SRL, în contradictoriu cu ....., și anulează procedura de atribuire.

Respinge ca rămas fără obiect capătul de cerere vizând modificarea în tot a cerințelor excesive/abuzive inserate de autoritatea contractantă în documentația de atribuire.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.