CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ....
Data: ....

Prin contestaţia nr. 687/20.03.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 11505/21.03.2018, depusă de SC ...SRL, cu sediul ...., formulată împotriva răspunsului la solicitările de clarificare nr. JAC62/09.03.2018, emis de ..., cu sediul în București, B-dul Banu Manta nr. 9, sector 1, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect *„Reabilitarea termică a blocului de locuințe situate în sectorul 1 al Municipiului ….”*, s-a solicitat anularea procedurii de atribuire, în conformitate cu dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, s-a solicitat de către contestatoare suspendarea procedurii de atribuire până la soluţionarea fondului contestaţiei. Prin Încheierea nr. ..../23.03.2018, Consiliul s-a pronunţat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire până la soluţionarea fondului contestaţiei, pe care l-a respins ca nefondat.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care ofertantul SC ...SRL critică răspunsul autorității contractante nr. JAC62/09.03.2018, privind solicitările de clarificare formulate de potențialii ofertanți.

În fapt, autoarea contestației învederează Consiliului că, prin cerinţele impuse cu privire la produsele solicitate, autoritatea contractantă a limitat în mod nepermis accesul la procedura de atribuire, a impus cerinţe care au ca efect încălcarea liberei concurenţe și imposibilitatea întocmirii ofertei de către agenţii economici.

Astfel, aceasta critică răspunsurile cuprinse în adresa nr. JAC627/09.03.2018, referitoare la întrebările formulate de un alt agent economic, considerând că autoritatea contractantă manifestă un tratament discriminatoriu, având în vedere că toate răspunsurile sunt în contradicţie cu alte răspunsuri prin care a fost de acord cu modificarea caracteristicilor unor materiale.

Ca și exemplu, autoarea contestației invocă răspunsul nr. JAC746/09.03.2018, susținând că s-a modificat cerinţa referitoare la tencuiala decorativă, deoarece aceasta se regăsește în fișa tehnică a unui singur producător (Caparol). Astfel, în cazul acestui produs, autoritatea a modificat cerinţa din caietul de sarcini astfel încât și alți producători să se poată încadra în această cerinţă.

De asemenea, petenta arată că *„6. Cerinţele pentru şapa de mortar de ciment utilizată la termohidroizolare a terasei conform punctului 2.3.1.3. din caietul de sarcini"* sunt cerințe îndeplinite doar de produsul unui anumit producător, niciun alt producător de şape neîncadrându-se în aceste cerinţe. Prin urmare, caracteristicile solicitate conduc către un singur producător, astfel încât se impune utilizarea materialelor acestuia, limitând, astfel, în mod nepermis și nelegal atât dreptul de acces la procedură, cât și libera concurenţă.

Cu privire la cerinţele privind oferta financiară, contestatoarea precizează că există neconcordanțe în listele repostate de autoritatea contractantă, astfel:

- în ceea ce priveşte blocul din str. Buzești:

Art. C007+C008I-C009+C013+C015 (toate se referă la executarea de termosistem la fațada PARTE OPACĂ) = 4533.07 mp, iar art. C018 - protejarea termosistem cu tencuială ... este dată doar pentru suprafaţa de 4134.6 mp și la tencuiala decorativă C113 cu suprafața = 4431.23 mp - deși suprafeţele trebuia să corespundă pentru a exista concordanță și pentru a asigura executarea lucrărilor în condiţii corespunzătoare de calitate.

- lipsește folia termoizolantă din rețeta art. SBS006.

Totodată, petenta menționează că autoritatea a postat răspunsuri la clarificări chiar și în seara zilei de vineri 09.03.2018, dar și luni 12.03.2018, în condiţiile în care procedura are termen de depunere marţi, 13.03.2018.

În opinia petentei, atitudinea autorității conduce la imposibilitatea întocmirii și depunerii unei oferte unitare, aceasta încălcând, prin refuzul său de a aduce clarificările solicitate, obligaţiile prevăzute în sarcina sa de art. 154 din Legea nr. 154/2016 și art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Faţă de cele de mai sus, petenta apreciază că, pentru a nu crea premisele încălcării principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziţie publică, autoritatea contractantă era obligată să dispună luarea măsurilor de remediere ce se impun pentru asigurarea respectării legislaţiei în domeniul achiziţiilor publice. Având în vedere că autoritatea a refuzat să ia astfel de măsuri, iar procedura de atribuire se află acum în faza ulterioară depunerii ofertelor (13.03.2018), etapă în care nu se

mai poate asigura o remediere care să fie în concordanţă cu principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și care să asigure respectarea normelor legale în materia achiziţiilor publice și a căror încălcare a intervenit în cadrul procedurii de faţă, se impune dispunerea anulării procedurii de atribuire în conformitate cu dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. 11868/948-C4/22.03.2018, Consiliul a înştiinţat autoritatea contractantă despre depunerea contestaţiei de către SC ...SRL, solicitând punctul de vedere cu privire la contestaţie și copia dosarului achiziției.

Autoritatea contractantă a transmis documentele solicitate și necesare în soluționarea prezentei contestații, atașate punctului de vedere nr. 1093/27.03.2018, înregistrat la Consiliu cu nr. 12446/27.03.2018, prin care solicită respingerea contestaţiei ca nefondată.

1. Autoritatea contractantă menționează că a iniţiat procedura de licitaţie deschisă pentru atribuirea contractului de lucrări de reabilitare termică a blocului de locuinţe situat în sectorul 1 al Municipiului Bucureşti, Strada Buzești nr. 61 bl. A6, prin publicarea anunţului de participare nr. 182339/30.01.2018. Anunţul de participare a fost însoţit de documentaţia de atribuire întocmită potrivit dispoziţiilor art. 20 din Anexa la HG nr. 395/2016, pusă la dispoziţia operatorilor economici interesaţi, în format electronic, odată cu anunţul de participare, respectiv din data de 30.01.2018.

În perioada de elaborare a ofertelor au fost formulate 52 de solicitări de clarificări (conform anexei nr. 1 la prezenta). Având în vedere faptul că autoritatea contractantă nu a fost în măsură să răspundă la şase solicitări de clarificări în termenul prevăzut la art. 161 din Legea nr. 98/2016 şi indicat în anunţul de participare (19.02.2018), în temeiul art. 153 alin. (1) lit. a) şi cu respectarea art. 153 alin. (2) şi (3) din acelaşi act normativ, în data de 23.02.2018 a publicat în SEAP anunţul de tip erată nr. 122216, prin care s-a prelungit durata de elaborare a ofertelor cu 8 zile (de la 05.03.2018 până la 13.03.2018) şi s-a prelungit termenul de solicitare de clarificări tot cu 8 zile (de la 19.02.2018 la 27.02.2018).

Solicitările de clarificări depuse de operatorii economici în temeiul art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 până la termenul - limită indicat în documentele achiziţiei (respectiv până în data de 27.02.2018) au vizat, în principal, detalieri sau erori privind listele de cantităţi, astfel încât răspunsurile formulate de autoritatea contractantă, în considerarea art. 55 din Anexa la HG nr. 395/2016, au condus la ajustări/completări nesemnificative ale informaţiilor iniţiale din documentaţia tehnică şi nu au avut ca efect schimbarea indicatorilor principali ce caracterizează rezultatul contractului ce urmează a fi atribuit.

Singura solicitare de clarificări depusă în termenul-limită prevăzut în documentele achiziţiei care a vizat cerinţele minime de performanţă pentru materialele care urmează a fi utilizate în lucrare a fost cea înregistrată sub nr. JAC 523/23.02.2018 - după 23 de zile de la

publicarea respectivelor cerinţe minime în cuprinsul documentaţiei de atribuire.

Autoritatea precizează că la termenul-limită stabilit pentru depunerea ofertelor au fost depuse 7 oferte, inclusiv cea a contestatorului.

2. În ceea ce privește criticile formulate în curpinsul contestaţiei, autoritatea contractantă precizează că, prin solicitarea de clarificări în cauză, operatorul economic solicita modificarea unor cerinţe minime din caietul de sarcini, cerinţe pe care le considera, după 31 de zile de la publicarea caietului de sarcini, imposibil de îndeplinit de producătorii de materiale de constucţii din piaţa românească. Practic, actul atacat este caietul de sarcini, nu răspunsul la solicitarea de clarificări prin care se menţin cerinţele din caietul de sarcini, având în vedere următoarele aspecte:

- autoritatea contractantă a formulat respectivele cerinţe în concordanţă cu Ghidul privind proiectarea şi executarea lucrărilor de reabilitare termică a blocurilor de locuinţe, indicativ GP 123-2013, aprobat prin Ordinul nr. 2211/2013 al ministrului dezvoltării regionale şi administraţiei publice şi publicat în Monitorul Oficial al României Partea I, nr. 538 şi 538 bis din 26.08.2018, o reglementare tehnică în vigoare din 25.09.2013 - cu mai bine de 4 ani înainte de iniţierea procedurii de achiziţie;

- dispoziţiile art. 8 şi 9 lit. a) din Legea nr. 10/1995 potrivit cărora activitatea de reglementare în construcţii reprezintă o componentă a sistemului calităţii în construcţii;

- dispoziţiile art. 10 alin. (2) din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcţii, autoritatea contractantă susține că nu a fost de acord cu modificările cerinţelor minime de performanţă solicitate de respectivul operator economic, precizând că nu există temei legal pentru un astfel de demers.

3. Referitor la susţinerea petentei potrivit căreia autoritatea contractantă a tratat în mod diferit solicitări de clarificări similare, invocând modificarea unei cerinţe minime precizată în caietul de sarcini privind tencuiala decorative, modificarea respectivă a fost realizată în urma unei solicitări de clarificări comunicată în data de 08.03.2018, de acelaşi operator economic care a depus solicitarea de clarificări menţionată mai sus şi a avut ca temei faptul că autoritatea contractantă a constatat, în urma solicitării de clarificări, că cerinţa privind aderenţa la stratul suport a tencuielii decorative (> 1,9 N/mm2) a fost indicată în mod eronat în caietul de sarcini, aceasta neregăsindu-se în reglementarea tehnică GP 123-2013. Drept urmare, autoritatea contractantă a procedat la corectarea cerinţei (în ziua următoare), reformulând-o în concordanţă cu prevederile cap. 4.4. din SREN 15824/2009.

În opinia autorității, corecţia respectivă, realizată în urma unei solicitări de clarificări depuse după expirarea termenului limită de 27.02.2018, stabilit potrivit art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016,

reprezenta o informaţie nesemnificativă în raport cu elaborarea ofertei, fiind aplicabile dispoziţiile art. 153 alin. (4) din acelaşi act normativ.

4. Referitor la susţinerile petentei în legătură cu răspunsul autorităţii contractante nr. JAC 627/09.03.2018 *„emis ca urmare a unor solicitări de clarificări din data de 02.03.2018”,* autoritatea învederează Consiliului că petenta nu avea de unde să afle data la care a fost depusă respectiva solicitare de clarificări, atât timp cât nu el a depus solicitarea respectivă, iar în răspunsul emis nu se face referire la data depunerii solicitării de clarificări.

5. Referitor la susţinerile petentei în legătură cu omisiunile din listele de cantităţi, autoritatea precizează că listele de cantităţi revizuite au fost aduse la cunoştinţa operatorilor economici în data de 13.02.2018 (Comunicarea 01, nr. JAC 290/13.02.2018) şi a răspuns la toate solicitările de clarificări în legătură cu acestea. Niciuna dintre solicitările de clarificări nu a făcut referire la omisiunile indicate de petentă în cuprinsul contestaţiei, astfel încât pretenţiile ridicate la nivelul notificării prealabile din 12.03.2018 şi la nivelul contestaţiei din 20.03.2018 sunt în afara termenelor prevăzute la art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

6. Referitor la susţinerile petentei în legătură răspunsurile la solicitările de clarificări comunicate în zilele de 09.03.2018 şi 13.03.2018, autoritatea contractantă susține că că răspunsurile comunicate în datele respective (nr. JAC 626/09.03.2018 şi JAC 788/13.03.2018) nu au modificat în niciun fel informaţiile deja transmise. Pe de altă parte, răspunusurile comunicate în zilele anterioare depunerii ofertelor au fost emise în baza unor solicitări de clarificări depuse după expirarea termenului limită de 27.02.2018, stabilit potrivit art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, fiind astfel aplicabile dispoziţiile art. 153 alin. (4) din acelaşi act normativ.

7. Referitor la susţinerile petentei în legătură cu faptul că pretinsele încălcări ale principiilor în materie de achiziţii publice reprezintă limitări ale accesului la procedură, autoritatea contractantă învederează Consiliului că au fost depuse 7 oferte, incluzând-o pe cea a contestoarei, astfel încât susţinerile acesteia sunt în mod vădit contrazise.

Urmare punctului de vedere transmis de autoritatea contractantă, contestatoarea a comunicat adresa nr. 818/02.04.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 13352/03.04.2018, prin care solicită anularea procedurii de atribuire, în conformitate cu dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

În opinia sa, motivele care impun anularea procedurii de atribuire sunt imperative, născute în urma unor încălcări ale legii și nu sunt înlăturate de faptul că a depus ofertă în cadrul procedurii.

Prin modul haotic, aleatoriu și neclar în care a răspuns la solicitările de clarificări formulate de agenţii economici interesați de participarea la procedură, autoritatea contractantă nu numai că a descurajat ofertarea, limitând astfel numărul de ofertanți în cauză și afectând în mod direct interesul public, dar a afectat chiar rezultatul procedurii de atribuire.

Referitor la afirmația autorității contractante potrivit căreia *„practic actul atacat este caietul de sarcini, nu răspunsul la solicitarea de clarificări prin care se menţin cerinţele caietului de sarcini”*, petenta învederează Consiliului că a formulat contestația într-un mod foarte clar și explicit, nefiind necesare interpretări care să califice calea sa de atac cu privire la răspunsul autorității contractante nr. J-AC627/09.03.2018 la solicitările de clarificări.

Petenta susține că a aflat data formulării solicitării de clarificări căreia autoritatea contractantă i-a răspuns prin adresa nr. JAC 627/09.03.2018, din cadrul platformei SEAP, respectiv din documentele încărcate de aceasta (lista întrebări, detaliu întrebare și lista răspunsuri).

Din analiza susţinerilor părţilor şi a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reţine cele ce urmează:

SECTORUL 1 (SECTORUL 1 AL MUNICIPIULUI BUCUREȘTI) a inițiat procedura de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect *„Reabilitarea termică a blocului de locuințe situat în sectorul 1 al Municipiului București, Strada Buzești nr. 61 bl A6”*, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. 182339/30.01.2018, la care a anexat documentația de atribuire. Valoarea estimată a contractului de lucrări este de 1.653.627 lei, fără TVA, și criteriul de atribuire *„prețul cel mai scăzut”.* Depunerea ofertelor a fost stabilită pentru data de 13.03.2018, ora 16:00, prin anunțul de tip erată nr. 122216.

În cadrul procedurii, după parcurgerea etapei de notificare prealabilă, SC ...SRL a formulat contestația de față, împotriva răspunsului la solicitarea de clarificări nr. nr. JAC nr. 627/09.03.2018, solicitând anularea procedurii de atribuire, în conformitate cu dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Prin contestația formulate, SC ...SRL invocă încălcarea de către autoritatea contractantă a prevederilor legale privind întocmirea documentației de atribuire, respectiv art. 154 din Legea nr. 98/2016 și art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016, cât și prevederile aplicabile răspunsurilor autorității contractante la clarificările solicitate de operatorii economici interesați de participarea la procedura de atribuire, considerând că prin cerințele impuse cu privire la produsele solicitate, a limitat accesul la procedura de atribuire, a impus cerințe care au ca efect încălcarea liberei concurențe și au avut ca efect imposibilitatea întocmirii ofertei de către agenții economici.

Având în vedere indicarea de către contestatoare a adresei emisă de către autoritatea contractantă nr. JAC nr. 627/09.03.2018, de răspuns la solicitarea de clarificări, ca fiind actul împotriva căruia este îndreptat demersul său de contestare, Consiliul urmează a examina legalitatea acestuia, raportat la prevederile legale care reglementează instituția clarificării documentației de atribuire.

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

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

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

(3) Autoritatea contractantă are obligația de a publica răspunsurile însoțite de întrebările aferente la adresa de internet la care sunt disponibile documentele achiziției, indicată potrivit dispozițiilor art. 150 alin. (2), luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea operatorului economic care a solicitat clarificările sau informațiile suplimentare respective.

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

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

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

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

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

Răspunsul autorității contractante, publicat în data de 09.03.2018, la rubrica „Clarificare și documentație adițională” din cadrul anunțului de participare nr. 182339/30.01.2018, are următorul conținut:

„<u>Întrebare nr. 1</u>

Având în vedere caracteristicile menționate în caietul de sarcini în tabelul 2.2.3.2. Cerințe minime pentru caracteristicile tehnice ale

produselor din polistiren expandat ignifugat utilizate la fațade, zona parter (EPS 120), absorbția de apă de lungă durată prin imersie WL(T)2 solicitata de autoritate contractantă, nu poate fi îndeplinită de produsele aflate pe piața românească a producătorilor de polistiren (Adeplast, Austrotherm, Firos, Swisspor, Hirsch-Porozell).

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

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

<u>Răspuns</u>

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

<u>Întrebare nr. 2</u>

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

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

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

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

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

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

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

<u>Răspuns:</u>

Criteriile și nivelurile de performanță din caietul de sarcini sunt în concordanță cu GP123/2013 (Anexa 1, Tabel 1.1) și reprezintă cerințe minime. Se vor utiliza acele materiale care asigură îndeplinirea tuturor caracteristicilor tehnice solicitate potrivit domeniului de utilizare indicat în caietul de sarcini (fațadă, terasă etc.)

Întrebare nr. 3

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

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

Răspuns:

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

Întrebare nr. 4

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

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

Răspuns:

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

Întrebare nr. 5

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

Răspuns:

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

Consiliul constată că răspunsul autorității contractante citat anterior, respectă prevederile legale enumerate mai sus, fiind reținut și faptul că, potrivit punctului VI.3 din anunțul de participare aferent acestei proceduri de achiziție publică: „(...) *2. Autoritatea contractantă va răspunde solicitărilor de clarificări în termen de cinci zile lucrătoare de la data publicării acestora în SEAP, cu respectarea dispozițiilor art. 161 din Legea nr. 98/2016; după caz, vor fi aplicate dispozițiile art. 153, alin. (1), lit. a) din Legea nr. 98/2016*.(...)”.

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

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

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

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

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

Prin urmare, autoritatea contractantă are dreptul de a-și remedia propria documentație, astfel încât prevederile acesteia să fie în măsură să ofere viitorilor ofertanți o informare corectă, completă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire, în acord cu art. 20

alin. (2) din HG nr. 395/2016. Dreptul autorității trebuie exercitat corelativ cu diligențele necesare în vederea informării operatorilor economici, la timp, în ce privește modificările intervenite anterior depunerii ofertelor, asigurând un interval de timp adecvat şi suficient pentru elaborarea ofertelor sau solicitărilor de participare şi pentru pregătirea documentelor de calificare şi selecţie care sunt solicitate prin documentele achiziţiei.

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

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

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

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

Analizând motivarea în fapt a contestației, Consiliul constată că aceasta conduce la concluzia că autoarea acesteia ar reclama actul atacat (adresa autorității JAC nr. 627/09.03.2018) prin prisma faptului că acesta nu cuprinde o modificare a documentației de atribuire în sensul urmărit prin înaintarea clarificării amintite. Însă, Consiliul constată că, potrivit prevederilor legale, o autoritate contractantă nu poate fi obligată, prin simpla voință a unui operator economic, să modifice documentația de atribuire ca urmare a primirii unei cereri de clarificare a acesteia.

De altfel, Consiliul constată că SC ...SRL solicită anularea procedurii motivat tot de faptul că *„prin cerințele impuse cu privire la produsele solicitate, Autoritatea a limitat în mod nepermis accesul la procedura de atribuire, a impus cerințe care au ca efect încălcarea liberei concurențe și imposibilitatea întocmirii ofertei de către agenții economici*”, prin urmare, pretinsul caracter restrictiv al cerințelor evocate de contestatoare, nu

este cauzat de modul în care autoritatea contractantă a înțeles să formuleze răspunsul său la solicitarea de clarificări criticată în cauză, ci de cerințele impuse de aceasta prin documentația de atribuire.

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

Consiliul nu va reține în soluționare criticile contestatoarei referitoare la așa-zisul comportament discriminatoriu al autorității contractante, ca urmare a deciziei acesteia de a accepta modificările solicitate cu privire la caracteristicile altor materiale, având în vedere că obligația unei informări complete, corecte și explicite cu privire la cerințele solicitate și modul de aplicare a procedurii revine autorității contractante, aceasta fiind singura în măsură să descrie care sunt necesitățile sale, iar, pe de altă parte, legalitatea actelor emise de autoritatea contractantă în cadrul procedurii este analizată prin raportare la dispozițiile legiuitorului incidente, iar nu prin compararea acestora unele cu altele. Așa cum s-a reținut, mai sus, în motivare, în situația în care operatorii economici interesați apreciază că, prin informațiile furnizate prin documentele achiziției, sunt încălcate dispozițiile legale, singura posibilitate de eliminare/corectare a acestora este prin apelarea la instituția notificării prealabile și, ulterior, a contestației, solicitările de clarificări nefiind de natură să furnizeze persoanei nemulțumite garanția obținerii finalității urmărite, respectiv modificarea documentației de atribuire.

Consiliul constată că au fost formulate critici privind cerințele vizând modul de prezentare a propunerii financiare, respectiv existența unor neconcordanțe în listele repostate de autoritatea contractantă, respectiv:

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

- lipsește folia termizolanta din rețeta art SBS006!”.

Consiliul reține inadmisibilitatea criticilor, invocată de autoritatea contractantă, prin raportare la dispozițiile art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, având în vedere atât argumentele autorității, prezentate în acest sens, în punctul de vedere, cât și informațiile din SEAP, de unde rezultă că, în perioada care ar fi asigurat depunerea în termen a unei notificări prealabile referitor la această prevedere/omisiune din documentele achiziției, nu au fost emise documente care să conțină trimiteri la chestiunea în dispută.

În acest sens, Consiliul va reține că listele revizuite au fost publicate în SEAP în data de 13.02.2018, prin adresa nr. JAC 290/13.02.2018, prin urmare solicitările de remediere din notificarea prealabilă din data de 12.03.2018 și ulterior devenite critici prin contestația depusă la data de 20.03.2018, sunt în afara termenelor prevăzute de art. 6, alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

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

Cu privire la aceste critici, se observă că, la rubrica „Procese verbale, declarații și rapoarte”, asociată anunțului de participare aferent acestei proceduri, autoritatea contractantă a publicat, în temeiul art. 63, alin. (2) din Legea nr. 98/2016, prin adresa înregistrată sub nr. J-AC nr. 929/14.03.2018, *„denumirea și datele de identificare ale participanților/subcontractantilor propusi /tertilor sustinatori care au depus ofertă în cadrul procedurii*”, de unde rezultă că au fost depuse 7 oferte, printre care și cea a contestatoarei SC ...SRL. Astfel, pe lângă faptul că aprecierea contestatoarei apare ca fiind subiectivă, Consiliul reține că aceasta este contrazisă de însăși realitatea acestei proceduri în care au fost prezentate 7 oferte, printre care se regăsește chiar și oferta sa. Mai mult, potrivit art. 153 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, citat anterior, situația de fapt expusă de contestatoare nu era de natură să conducă, prin efectul legii, la necesitatea prelungirii perioadei de depunere a ofertelor.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să respingă, ca nefondată, contestația formulată de SC ...SRL.

În temeiul art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, decizia este obligatorie pentru părți.

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

CONSILIUL DECIDE:

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

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

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

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**

Redactată în patru exemplare, conţine 14 (paisprezece) pagini.