CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea,

DECIZIE

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

Prin contestaţia nr. 46C/08.01.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 824 din 08.01.2018, formulată de asocierea ..., cu sediul în ..., str. ...nr. ..., județul ..., înregistrată la Oficiul Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal prin administratorul ..., împotriva solicitării de clarificări, comunicată cu adresa nr. 5294/21.12.2017, de către ..., cu sediul în localitatea ...nr. ..., judeţul ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate - într-o singura etapă, derulată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „***Reabilitare drumuri in ..., Judetul Maramureș***”, cod CPV 45233120-6 Lucrari de constructii de drumuri (Rev.2), se solicită *„Anularea solicitării de clarificări nr. 5294/21.12.2017”.*

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestaţia nr. 46C/08.01.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 824 din 08.01.2018, ..., în contradictoriu cu ..., autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „***Reabilitare drumuri in ..., Judetul Maramureș***”, critică solicitarea de clarificări, comunicată cu adresa nr. 5294/21.12.2017, solicitând anularea acesteia.

După ce precizează că a parcurs etapa de notificare prelabilă a autorității contractante, petenta arată că, prin adresa nr. 2/03.01.2018 de răspuns la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă i-a

comunicat refuzul de a adopta măsuri de remediere față de cele solicitate, deși, prin Decizia CNSC nr. ...din 27.11.2017, rămasă definitivă prin neatacare, autoritatea contractantă a fost obligată să reevalueze oferta sa în termen de 10 zile de la comunicare, cu respectarea prevederilor legale aplicabile, însă, contrar celor statuate prin decizie, autoritatea contractantă nu s-a încadrat în termenul de 10 zile acordat pentru reevaluarea ofertei sale, iar pe fond a emis solicitarea de clarificări nr. 5294/21.12.2017, document considerat nelegal, fiind atacat cu contestația din cauză.

Redând conținutul solicitării de clarificări nr. 5294/21.12.2017 - „(*...) să ne comunicaţi documente actuale (contemporane răspunsului) din care să rezulte în mod expres și neechivoc faptul că societatea ... SA menţine preţul și discount-uri stabilite si aprobate prin Factura ... 2000612572 emisă la data de 2 Decembrie 2016, inclusiv condiţiile de livrare, cimentului necesar realizării proiectului «Reabilitare drumuri în ..., Judeţul Maramureş».*

(totodată)

Vă solicităm respectuos să ne comunicaţi documente actuale (contemporane răspunsului) din care să rezulte că societatea ... Romania SA a menţinut activă Factura ...2000612572 emisă la data de 2 Decembrie 2016 si, în cazul adjudecării licitaţiei de către societatea Dvs., ...SA va onora respectiva factură în condiţiile prescrise de aceasta”, contestatoarea susține că solicitarea de clarificări nr. 5294/21.12.2017 ar fi trebuit să fie emisă cu respectarea documentaţiei de atribuire, respectiv:

- fişa de date a achiziţiei, pct. 1V.3.7) Perioada minimă pe parcursul căreia ofertantul trebuie să își menţină oferta (de la termenul limită de primire a ofertelor), ***perioada de valabilitate a ofertelor solicitată de autoritatea contractantă este de 90 zile***;

- fişa de date, pct. II.3) durata contractului/acordului-cadru/SAD sau termenul pentru finalizare - perioada de execuţie a lucrărilor este de *„9 luni începând de la data atribuirii contractului / emiterii ordinelor de începere a serviciilor sau lucrărilor”;*

- fişa de date a achiziţiei, pct. II.4.1) Ajustarea preţului contractului, **„NU” se acceptă ajustarea preţului contractului**;

- conform anunţ simplificat de participare SEAP 401586/17.03.2017, *„Data limita de depunere a ofertelor: 04.04.2017 15:00”.*

Față de cele redate și faptul că ofertele au fost depuse la data de 04.04.2017 15:00, iar, după mai bine de 8 luni, procedura de atribuire nu a fost încă adjudecată, contestatoarea susține că este ilogic și excesiv în raport de documentația de atribuire să i se solicite ca prețul cimentului care a stat la baza întocmirii ofertei cu privire la fundamentarea preţului unitar pentru betoane - 270 lei fără TVA/tonă, conform Facturii fiscale ... 2000612572/02.12.2016, emisă de furnizorul de ciment ... SA (ultima factura de aprovizionare cu ciment anterior datei limită de depunere a ofertelor), să fie menținut valabil mai bine de opt luni de la data întocmirii acestei ofertei, după data expirării valabilităţii ofertei depusă la procedura de atribuire.

Contestatoarea apreciază că prețurile unitare ofertate se justifică prin raportare la prețurile obţinute de la furnizori anterior, nu ulterior depunerii ofertei, iar oferta trebuie să fie valabilă și justificată/fundamentată la momentul depunerii ei, modificarea ulterioară a acestor prețuri neputând opera retroactiv pentru a influența evaluarea ofertei depuse în condiţiile în care autoritatea contractantă nu a permis ajustarea prețurilor ofertate, reiterând aprecierea conform căreia nu este posibil ca *„... SA să menţină preţul şi discount-urile stabilite şi aprobate prin Factura ....612572, emisă la data de 2 Decembrie 2016, inclusiv condiţiile de livrare a cimentului necesar realizării proiectului - Reabilitare drumuri in ..., Judeţul Maramureş”*, respectiv ca *„... SA să menţină activă Factura AA/2000612572 emisă la data de 2 Decembrie 2016, în cazul adjudecării licitaţiei de către societatea noastră”*, în condiţiile în care Factura fiscală .../02.12.2016 se referă la livrările de ciment aferente lunii decembrie 2016.

... consideră că, raportat la prevederile documentaţiei de atribuire şi la uzanţele comerciale care nu permit emiterea de oferte de preţ/facturi fiscale pentru materiale/materii prime valabile pe toată durata de derulare a procedurii de atribuire şi/sau de execuţie a contractului – durate incerte, scopul real al solicitării de clarificări adresate este acela de a crea artificial circumstanţele de respingere a ofertei prezentate pentru răspunsul neconcludent la solicitarea de clarificări adresată, făcând aplicarea abuzivă a prevederilor art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, autoritatea contractantă ştiind dinainte de adresarea întrebării că *„ne aflăm în imposibilitatea obiectivă de a depune răspunsul solicitat şi, subsecvent, dacă nu mai sunt alte oferte admisibile de a crea circumstanţele artificiale de anulare a procedurii de atribuire, dacă nu mai sunt alţi ofertanţi admisibili, încălcând prevederile art. 224 alin. (1), lit. k) din Legea 98/2016 coroborat cu art. 145 și art. 146 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016*”.

Contestatoarea menționează că reataşează contestației facturile fiscale de achiziţie ciment de la HeidelbergCement România SA din perioada mai-noiembrie 2017, documente comunicate deja autorităţii contractante pe calea concluziilor scrise anterior emiterii Deciziei CNSC nr. ...din data de 27.11.2017 şi anterior emiterii solicitării de clarificări nr. 5294/21.12.2017, din care reiese că în intervalul mai-iulie 2017 a cumpărat ciment la prețul de 265 lei, fără TVA/tonă, faţă de 270 de lei în decembrie 2016, iar în intervalul august 2017 - noiembrie 2017 cumpără ciment cu 260 lei, fără TVA/tonă, faţă de 270 de lei în decembrie 2016.

Petenta consideră evident faptul că, autoritatea contractantă bifând în fişa de date a achiziţiei că nu acceptă ajustarea preţurilor pe perioada de execuţie a contractului, nu poate beneficia de această reducere a preţului la materia primă ciment, dar se poate lesne observa că preţul ofertat este în continuare unul justificat, şi cu atât mai mult, sustenabil.

Totodată, contestatoarea menționează că, în situația în care preţul de achiziţie al cimentului ar fi crescut ulterior depunerii ofertei, riscul respectivei creşteri era tot în sarcina ofertantului, ca şi profitul în caz de

diminuare (situaţia actuală), în condiţiile în care, autoritatea contractantă a interzis ajustarea preţului contractului potrivit Cap. II.4.1) Ajustarea preţului contractului din Fişa de date a achiziţiei.

În drept, au fost invocate prevederile Legii nr. 98/2016, H.G. nr. 395/2016 și Legii nr. 101/2016.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 166/10.01.2018, înregistrat la Consiliu sub nr. 1949/15.01.2018, ...a invocat excepția rămânerii fără obiect a contestației, *„tardivitatea criticilor/actelor emise de contestatoare raportat la continutul Solicitării de clarificari 3970/12.09.2017*", iar, pe fond, a solicitat respingerea contestaţiei, ca nefondată, argumentând că, față de cele dispuse prin decizia Consiliului nr. ..., prin care s-a admis o contestație anterioară a aceleiași petente, autoritatea contractantă fiind obligată *„(...) sa procedeze la reanalizarea ofertei petentei prin efectuarea de verificări temeinice si edificatoare asupra preţului materialului Ciment Portland si la a decide in concordanta cu rezultatul cert al verificărilor ce le va efectua"*, a reanalizat oferta petentei, adresându-se iniţial furnizorului de ciment indicat de contestatoare - HeidelbergCement, iar urmare a răspunsului remis, comisia de evaluare a considerat necesară readresarea și către contestatoare, pentru clarificarea aspectelor impuse de către Consiliu prin decizia din 27.11.2017, solicitarea de clarificări nr. 5294/21.12.2017.

Totodată, autoritatea contractantă menţionează că a fost îndeplinită procedura notificării prealabile, contestatoarea transmiţând notificarea prealabilă în data de 27.12.2017, notificare la care a răspuns prin adresa nr. 2/03.01.2018.

Referitor la cele prezentate de contestatoare în cuprinsul prezentei contestaţii, autoritatea contractantă menționează că, primul demers întreprins pentru verificarea sustenabilității preţului ofertat a fost prin adresa nr. 5106 din 07.12.2017, adresată furnizorului de ciment indicat de contestatoare ..., care a răspuns solicitării în data de 15.12.2017, data după care s-a adresat contestatoarei cu solicitarea de clarificări 5294/21.12.2017, atacată prin contestație, prin care a s-a cerut contestatoarei prezentarea de documente actuale și relevante din care să rezulte faptul că preţul cimentului utilizat la fabricarea betonului (diferite clase) necesar realizării investiţiei se menţine la nivelul de 270 lei/to.

Autoritatea contractantă menționează că ... a răspuns solicitării de clarificări în termenul stabilit de către comisia de evaluare, răspunsul urmând a fi supus analizei într-o viitoare şedinţa de evaluare a acestuia, decizia ce se va adopta de către comisia de evaluare urmând, de asemenea, a fi comunicată în conformitate cu prevederile legale.

Astfel, autoritatea contractantă apreciază că, datorită faptului că s-a transmis răspunsul la solicitarea de clarificări, contestaţia și notificarea prealabilă sunt rămase fără obiect, sens în care menționează că, prin răspunsul la notificarea prealabilă, a adus la cunoştinţă contestoarei că își menţine solicitările din adresa nr. 5294/21.12.2017, iar prin răspunsul transmis, „contestatoarea a respectat procedura".

...solicită Consiliului ca, în motivarea deciziei sau subsecvent acesteia, să îi comunice „*un punct de vedere raportat la modul în care a înţeles să aplice legislaţia în speţa prezentată, precum şi vis-a-vis de legalitatea şi temeinicia demersului contestatoarei, demers pe care îl consideră ca fiind menit să tergiverseze finalizarea procedurii şi implicit demararea execuţiei lucrărilor*".

Faţă de aspectele mai sus descrise, autoritatea contractantă solicită respingerea contestaţiei ca nefondată și rămasă fără obiect, precum şi continuarea procedurii în condiţiile statuate prin decizia CNSC nr. ...din 27.11.2017.

În drept, autoritatea contractantă își întemeiază punctul de vedere pe prevederile Legii nr. 101/2016, Legii nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016.

În probațiune, au fost depuse documente ale dosarului achiziţiei publice emise ulterior pronunțării deciziei nr. ...din 27.11.2017.

Cu adresa nr. 132C/16.01.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 2212/16.01.2018, asocierea contestatoare a depus la dosar documentul intitulat „Concluzii scrise" față de punctul de vedere al autorității contractante, prin care precizează:

- referitor la excepţia tardivităţii contestaţiei invocată de autoritatea contractantă, solicită respingerea acesteia deoarece solicitarea de clarificări nr. 3970/12.09.2017 nu face obiectul prezentei contestaţii, aşa cum eronat susţine autoritatea contractantă, prin contestaţia în analiză fiind atacată solicitarea de clarificări nr. 5294/21.12.2017, referitor la care notificarea prealabilă nr. 3290C/27.12.2017 a fost formulată în interiorul termenului legal stipulat de art. 6 alin. (1) lit. b), coroborat cu art. 5 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, iar în raport de data comunicării răspunsului la notificarea prealabilă nr. 2/03.01.2018, contestaţia nr. 46C/08.01.2018 a fost depusă în termenul stipulat de art. 8 alin. (1) lit. b) şi alin. (2) lit. a) coroborat cu art. 5 alin. (2) din același act normativ;

- referitor la excepția lipsei de obiect a contestației, petenta precizează că formularea unui răspuns de clarificări nr. 3295C/28.12.2017, în interiorul termenului acordat, la solicitarea de clarificări nr. 5294/21.12.2017, nu echivalează cu achesarea sa explicită sau implicită la legalitatea acestei solicitări, răspunsul fiind formulat pentru eventualitatea în care contestaţie ar fi respinsă, spre a nu da autorităţii contractante posibilitatea de a-i respinge oferta pe motiv de netransmitere a răspunsului la solicitarea de clarificări, în interiorul termenului acordat;

- prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 3295C/28.12.2017, susține petenta, a demonstrat sustenabilitatea preţului la ciment, atât la momentul depunerii ofertei, în sensul Deciziei CNSC nr. ...din data de 27.11.2017, cât și neîntrerupt de la momentul depunerii ofertei și până la cel al formulării răspunsului la solicitarea de clarificări, explicând de ce nu putea răspunde pe placul autorităţii contractante la acea parte din solicitarea care, în opinia sa, excede deciziei CNSC nr. ...din data de 27.11.2017, respectiv la solicitarea abuzivă de dovedire a menţinerii valabilităţii preţului la ciment pentru o perioadă nedefinită, în viitor, pe

toată durata de execuţie a lucrărilor, durată care, nu se ştie când va începe să curgă;

Asocierea contestatoare precizează că, ulterior transmiterii punctului de vedere nr. 166/10.01.2018, în aceeaşi zi, autoritatea contractantă i-a transmis solicitarea de clarificări nr. 170/10.01.2018 cu următorul conţinut: *„În baza art. 196 alin. (2) din Legea 98/2016 si art. 132 alin. 2 din HG 395/2016 va rugam să prezentati documente justificative actualizate prin care sa demonstraţi îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare si selecţie, in conformitate cu informaţiile cuprinse in DUAE*".

Cu toate acestea, petenta apreciază că autoritatea contractantă preferă să irosească timpul CNSC solicitând respingerea contestaţiei, în loc să comunice Consiliului că s-a finalizat evaluare propunerii financiare a contestatoarei care a fost declarată admisibilă, iar răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 3295C/28.12.2017 aferent solicitării de clarificări nr. 5294/21.12.2017, concludent, ce face ca prezenta contestaţie să rămână fără obiect.

Pe fond, asocierea contestatoare reiterează cele susținute în cuprinsul contestației și conchide solicitând admiterea contestaţiei și anularea solicitării de clarificări nr. 5294/21.12.2017.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

...., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat ***procedura simplificată - într-o singură etapă***, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „***Reabilitare drumuri in ..., Judetul Maramureș***", prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat 401586/17.03.2017, atașat căruia a fost publicată documentația de atribuire.

Criteriul de atribuire a contractului a fost *„prețul cel mai scăzut*", iar valoarea estimată totală a achiziției este de 4.233.147,52 lei, fără TVA.

Urmare a unei prime evaluări a ofertelor, decizia autorității contractante de respingere a ofertei depusă de către asocierea ... (lider) & ...a fost atacată cu contestație care a fost admisă prin Decizia nr. ...din 27.11.2017, iar autoritatea contractantă a fost obligată *„să procedeze la reanalizarea ofertei petentei prin efectuarea de verificări temeinice și edificatoare asupra sustenabilității prețului materialului „Ciment Portland" și la a decide în concordanță cu rezultatul cert al verificărilor pe care le va efectua*", reținându-se că «*(...) aprecierea autorității contractante – „**In desfasuratorul de preţ atat pentru beton B250 cat si pentru beton B400 preţul este de 270 lei per tona, ceea ce nu corespunde cu preţul dat de furnizor**" este una speculativă, neverificată și contrară conținutului facturii invocată, critica petentei este întemeiată, fapt pentru care autoritatea contractantă va fi obligată la efectuarea de verificări în urma cărora să se poată determina cu certitudine sustenabilitatea prețului de aprovizionare a cimentului utilizat de petentă la fabricarea betoanelor pe care urmează a le pune în operă în cadrul contractului din obiectul procedurii*».

Solicitarea de clarificări nr. 5294/21.12.2017, adresată de autoritatea contractantă, a fost atacată, în termen legal, după

parcurgerea procedurii de notificare prelabilă, de către ..., cu contestația ce constituie obiect al analizei de față.

În analiza excepției rămânerii fără obiect a contestației, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul reține următoarele aspecte:

- actul administrativ al autorității contractante atacat prin contestație este constituit de adresa de solicitare de clarificări nr. 5294/21.12.2017, prin care autoritatea contractantă a solicitat petentei lămuriri în legătură cu prețul de 270 lei/tona de ciment;

- la demersul autorității contracte, ... a răspuns cu adresa nr. 3295C/28.12.2017, căreia i-au fost atașate diverse documente justificative;

- autoritatea contractantă nu a comunicat nicio decizie referitoare la situația ofertei contestatoarei ca urmare a răspunsurilor furnizate de către aceasta, mai mult chiar i-au fost solicitate documentele de calificare conform celor declarate în DUAE.

Se reține astfel că, deși a formulat răspuns, obiectul contestației se menține fiind constituit de adresa atacată, excepția rămânerii contestației fără obiect fiind neîntemeiată, neîntemeiată fiind și excepția tardivității contestației, deoarece aceasta a fost formulată în termenul de 5 zile reglement de dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016.

Pe fond, Consiliul reține că, în condițiile în care actul atacat, adresa de clarificări nr. 5294/21.12.2017, nu a pus contestatoarea în vreun fel de dificultate în a formula răspunsurile solicitate, iar aceasta a răspuns documentat, fără ca autoritatea contractantă să fi luat vreo decizie în legătură cu concludența răspunsului, ba chiar i-au fost solicitate documentele de calificare, solicitare care prezintă semnificația reglementată de art. 65 alin. (4) din HG nr. 395/2016, contestatoarea nu face dovada calității de persoană vătămată în sensul dispozițiilor art. 2 și art. 3 lit. f) din Legea nr. 101/2016 careia să i se fi afectat vreun interes legitim în legătură cu procedura de atribuire.

Prin urmare, în condițiile în care petenta a putut da curs solicitării de clarificări contestată, fără ca răspunsul respectiv să fi fost de natură a afecta situația ofertei în cadrul procedurii, contestația formulată de către ..., împotriva unui demers al autorității contractante, nevătămător asupra situației ofertei sale din cadrul procedurii, contestația nu are niciun temei faptic sau de drept, urmând a fi respinsă în consecință, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

Decizia este obligatorie, potrivit dispoziţiilor art.28 alin.(1) din Legea nr. 101/2016.

Pentru cele constatate,
în baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepțiile tardivității depunerii contestației și, respectiv, rămânerii fără obiect a acesteia, invocate de autoritatea contractantă.

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de asocierea ... & SC ... SRL, cu sediul în ..., str. ...nr. ..., județul ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în localitatea ...nr. ..., judeţul ....

Obligatorie.

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

Preşedinte,	**Membru,**	**Membru,**
...	**...**	**...**