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) 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. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în comuna ....., ..., județul ....., având Cod Unic de Înregistrare ..... și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ....., reprezentată legal prin administrator ....., privind procedura simplificată într-o singură etapă, online, pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect ”.....”, cod CPV 45233142-6, organizată de ....., cu sediul în municipiul ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

- anularea părții din procesul-verbal/raportul de evaluare referitor la excluderea ofertei sale, a răspunsului nr. 10795/03.03..... prin care au fost respinse remedierile propuse de societatea sa prin notificarea prealabilă, precum și anularea comunicării nr. 10712/24.02.....;
- obligarea autorității contractante la aplicarea măsurilor de remediere indicate în cuprinsul notificării prealabile și la reluarea procedurii de evaluare a ofertelor, cu includerea ofertei sale.

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 soluționeze contestația de față, prin care SC ..... SRL reclamă rezultatul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, apreciindu-l nelegal, din considerentele expuse, pe larg, în cele ce urmează.

În fapt, contestatorul arată că, prin comunicarea nr. 10712/24.02....., a fost informat că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă potrivit art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016, pentru următoarele motive:

"1. Prin răspunsul dvs. nr. 118/09.02....., înregistrat la autoritatea contractantă cu nr. 903/13.02....., la solicitarea de clarificări 10473/07.02..... nu ați prezentat analiza detaliată de preț pentru justificarea tarifelor unitare pentru utilajele din cadrul ofertei dvs., respectiv lipsesc analizele de preț pentru: betonieră cu cădere liberă acționată cu motor termic 101 – 250l; vibrator de interior pentru beton acționat electric 0,9-1kw; vibrator universal cu motor termic 2,9 - 4cp; placă vibratoare cu motor cu ardere internă sub 10cp 650-700kgf; motopompă 9-16cp.

2. Prin răspunsul dumneavoastră FN, înregistrat la autoritatea contractantă cu nr. 1020/20.02....., la solicitarea de clarificări 10640/15.02..... ați prezentat informații care nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau costurilor propuse, după cum urmează:

- *Costurile prevăzute de dumneavoastră pentru cheltuielile cu retribuțiile ale personalului de conducere, tehnic, economic, de altă specialitate, administrativ, de deservire și pază; impozitul, contribuția la asigurările sociale și la fondul de șomaj, aferente acestor atribuții) sunt aferente unui număr de doar 4,89 ore/lună pentru tot personalul (44 ore alocate total proiect/9 luni execuție lucrări proiect), număr de ore care este insuficient raportat la numărul de personal necesar pentru îndeplinirea contractului (potrivit clauzelor contractuale executantul are obligația de a supraveghea lucrările pe toată durata execuției acestora, precum și de a asigura nivelul de calitate corespunzător exigențelor de performanță esențiale, prin personal propriu și responsabili tehnici cu execuția atestați)."*

Considerând că argumentele expuse anterior nu au fost corecte și nici de natură a-i invalida oferta, contestatorul arată că a formulat notificarea prealabilă prin care a solicitat: (i) anularea părții din procesul-verbal/raportul referitoare la excluderea sa din procedura de atribuire și a comunicării nr. 10712/24.02....., (ii) remedierea măsurilor dispuse, în sensul reluării procesului de evaluare a ofertelor cu includerea ofertei sale.

Autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 10795/03.03....., precizând că nu va adopta măsuri de remediere.

În susținerea temeiniciei contestației, contestatorul precizează că adresele nr. 118/09.02..... (înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 903/13.02..... și FN (înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 1020/20.02.....), transmise de societatea sa, răspund în mod conform solicitărilor primite din partea comisiei de evaluare.

Astfel, contestatorul arată că prin adresa nr. 118/09.02..... înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 903/12.12....., s-au transmis:

- ofertele de preț de la furnizorii declarați pentru principalele materiale (piatră spartă, balast, nisip, tuburi pentru podețe, betoane de ciment);
- analize de preț detaliate pentru justificarea tarifelor unitare pentru principalele utilaje din cadrul ofertei;
- detalierea structurii și conținutului cotei de cheltuieli indirecte ofertate;

iar prin adresa FN înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 1020/20.02....., s-au transmis:

- adresa din partea furnizorului ... ce explică care sunt sorturile de agregat incluse în oferta de preț nr. 59/24.10.2016
- detalierea modului de calcul pentru estimarea valorilor anumitor subpuncte (cele specificate de comisie) din cadrul detalierii cotei cheltuielilor indirecte (transmise prin adresa mai sus menționată).

Având în vedere cele antemenționate, față de motivele de respingere ale ofertei sale, contestatorul precizează următoarele:

1. În ceea ce privește susținerea autorității contractante *„nu ați prezentat analiza detaliată de preț pentru justificarea tarifelor unitare pentru utilajele din cadrul ofertei dvs., respectiv lipsesc analizele de preț pentru: betonieră cu cădere liberă acționată cu motor termic 101-250l; vibrator de interior pentru beton acționat electric 0,9- 1,5 kw; vibrator universal cu motor termic 2,9-4cp; placă vibratoare cu motor cu ardere internă sub 10cp 650-700kgf; motopompă 9-16cp*", contestatorul face următoarele precizări:

Valoarea consumurilor cu orele de funcționare ale acestor utilaje sunt în general mici, subunitare și corelat cu faptul că sunt utilaje mici, având astfel prețuri unitare mici, rezultă o pondere foarte mică în prețul total. În cazul de față, prețul total pentru toate aceste utilaje este de 855,58 lei, adică nu mai mult de 1.03% din prețul total al utilajelor și aproximativ 0,215% din prețul total al ofertei (deci sub 1%) - ceea ce ar determina cel mult încadrarea la viciu de formă sau abatere tehnică minoră. În acest sens, contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere dispozițiile art. 134 alin. (7) - (9) din HG nr. 395/2016, cu accent pe alin. (9) lit. a).

În cazul utilajelor, contestatorul arată că solicitarea comisiei de evaluare a fost formulată astfel: *„Prezentarea analizei detaliate de preț pentru justificarea tarifelor unitare pentru utilajele din cadrul ofertei dumneavoastră "* - fără a preciza în mod concret că se dorește justificarea tarifelor unitare pentru toate utilajele din cadrul ofertei.

Contestatorul precizează că acest mod de a răspunde solicitărilor, precum cea anterioară, se practică în mod curent (mai ales în cazul lucrărilor mai ample, cu multe resurse implicate), scopul autorităților contractante nefiind acela de a verifica capacitatea ofertantului de a face calcule sau de a prezenta răspunsuri complexe, ci de a verifica modul de formare a prețului.

Comisia de evaluare avea posibilitatea de a reveni și de a solicita justificare și pentru celelalte utilaje, așa cum, prin adresa nr. 10640, a solicitat o detaliere a răspunsului privind cheltuielile indirecte și oferta de la societatea ....

2. În ceea ce privește punctul 2 al comunicării nr. 10712/24.02....., respectiv aprecierea faptului că numărul de ore este insuficient raportat la numărul de personal necesar pentru îndeplinirea contractului, precum și că societatea sa a prezentat informații care nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau costurilor propuse, contestatorul învederează următoarele:

Comisia de evaluare a considerat că societatea sa, prin răspunsul FN la solicitarea de clarificări nr. 10640/15.02....., înregistrat la autoritatea contractantă cu nr. 1020/20.02....., a prezentat informații care nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau costurilor propuse.

Astfel, costurile prevăzute pentru cheltuielile cu retribuțiile personalului de conducere, tehnic, economic, de altă specialitate, administrativ, de deservire și pază, impozitul, contribuția la asigurările sociale și la fondul de șomaj, aferente acestor atribuții, sunt aferente unui număr de doar 4,89 ore/lună pentru tot personalul (44 ore alocate total proiect/9 luni execuție lucrări proiect), număr de ore care a fost considerat ca insuficient raportat la numărul de personal necesar pentru îndeplinirea contractului.

Contestatorul precizează că, într-adevăr, condițiile contractuale impun ca supravegherea lucrărilor să se facă pe toată perioada de execuție a lucrărilor și să se asigure nivelul de calitate corespunzător exigențelor de performanță esențiale, însă nu se impune un număr de persoane desemnat în acest scop sau un număr de ore alocate de acestea.

Contestatorul arată că, în mod uzual și pentru respectarea prevederilor legale, pentru o astfel de lucrare sunt necesari următorii specialiști: Responsabil tehnic cu execuția atestat (RTE), Responsabil control calitate (CQ), Responsabil SSM și Șef șantier, deci minim 4 persoane.

Dacă aceste persoane ar aloca în permanență timpul numai acestei lucrări ar rezulta: 4 pers x 166 ore/lună x 9 luni = 5.976 ore.

Chiar și la un tarif orar de 11,63 lei/oră (tarif corespunzător salariului minim) ar rezulta 5.976 x 11,63= 69.500,88 lei.

Contestatorul menționează că numai această valoare ar reprezenta deja 13,13% din valoarea estimată, valoare mai mare decât cota de 10% pentru cheltuieli indirecte folosită la elaborarea standardelor de cost aprobate prin Hotărârea nr. 363 din 14 aprilie 2010 privind aprobarea standardelor de cost pentru obiective de investiții finanțate din fonduri publice (include inclusiv standarde de cost pentru drumuri forestiere).

Mai mult decât atât, contestatorul arată că peste această valoare se adaugă:

- diferența de tarif orar, întrucât în mod normal specialiștii menționați au un salariu considerabil mai mare decât salariul minim;
- cheltuieli cu restul de personal implicat (de conducere, administrativ etc.);
- cheltuieli administrativ - gospodărești, cheltuieli cu protecția muncii, cu asigurări etc.

De altfel, și în Ghidul privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice, indicativ P 91/1-02, se precizează*: „Cheltuielile indirecte la nivelul unui deviz pe categorii de lucrări se determină prin aplicarea unei cote aferente acestora la valoarea TOTAL - CHELTUIELI DIRECTE. Această cotă se stabilește de către fiecare unitate de execuție pe baza propriilor analize".*

Totodată, contestatorul precizează că ... atribuie și decontează lucrări ale căror valoare nu includ un procent al cheltuielilor indirecte mai mare de 10%, procent care, în cazul unor durate de execuție mai mari nu pot acoperi costurile pentru miile de ore ce ar putea fi considerate necesare potrivit raționamentului expus în răspunsul la notificarea prealabilă.

Contestatorul arată că un alt aspect relevat este și faptul că, în mod curent, și șefii de echipă/formație de lucru (personal direct muncitor) au atribuții de supraveghere și raportare privind lucrările executate.

Un exemplu pe care îl poate expune este contractul nr. 13160/11.12.2006 și contractul de cesiune nr. 1103/29.07.2009, în baza cărora s-au executat lucrări a căror valoare includeau o cotă a cheltuielilor indirecte de 7%.

Contestatorul menționează că respectiva lucrare s-a recepționat abia în 05.07.2016, or nici la momentul ofertării, nici pe parcurs, nu se verifică faptul că această cotă ar putea acoperi numărul de ore pentru ce ar putea fi considerate necesare, potrivit raționamentului expus în răspunsul la notificarea prealabilă.

În susținerea celor precizate, contestatorul anexează procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor, precum și o situație de lucrări aferente exemplului expus.

În plus, contestatorul arată că în cazul altor proceduri de atribuire, deși situația era similară (valori ale cotei de cheltuieli indirecte sau ale duratei de execuție asemănătoare), nu s-a mai considerat necesar demersul de solicitare a fundamentării cotei de cheltuieli indirecte - de exemplu în cazul anunțului de participare simplificat nr. 396086, unde valoarea cotei de cheltuieli indirecte din oferta sa a fost de 1%, iar durata de execuție 14 luni, fiind solicitate clarificări doar privind prețul materialelor și al tarifelor pentru transport.

În susținerea celor precizate, contestatorul anexează adresa prin care o astfel de ofertă, aparținând societății sale, a fost declarată admisibilă, parte din oferta depusă (formularul F3 unde se poate observa cota cheltuielilor indirecte) și ultima solicitare de clarificări primită.

Astfel, contestatorul consideră că modul de apreciere al valorii cotei de cheltuieli indirecte de către ... nu este unul unitar, ci se aplică în mod arbitrar de la o procedură la alta.

De altfel, contestatorul precizează că, în situația în care Consiliul consideră necesar, poate verifica și alte atribuiri recente ale ..., unde cu siguranță va regăsi situații de oferte acceptate, deși cuprind cote ale cheltuielilor indirecte similare.

Prin adresa nr. 10917/14.03..... înregistrată la Consiliu sub nr. 8770/14.03....., ..., în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC ..... SRL, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

În fapt, autoritatea contractantă menționează că prezenta procedură se află în faza de verificare a documentelor justificative actualizate, prin care ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE, nefiind încă elaborat raportul procedurii și nici declarat un ofertant câștigător.

Autoritatea contractantă arată că în data de 12.12..... a înștiințat toți ofertanții admiși în urma finalizării fazei de verificare - evaluare tehnică, că ofertele acestora vor intra în faza de analiză a elementelor financiare.

În urma analizării ofertelor financiare, comisia de evaluare a hotărât, în temeiul prevederilor art. 210 alin. (1) din Legea 98/2016, pentru stabilirea realității și corectitudinii modului de formare a prețului ofertat, să solicite tuturor ofertanților clarificări după cum urmează:

"1. *Prezentarea ofertelor de preț de la furnizorii declarați pentru principalele materiale (piatră spartă, balast, nisip, tuburi pentru podețe, betoane de ciment);*

2. Prezentarea analizei detaliate de preț pentru justificarea tarifelor unitare pentru utilajele din cadrul ofertei dumneavoastră;

3. Detalierea structurii și conținutului cotei de cheltuieli indirecte ofertate, potrivit prevederilor legale în vigoare, cu specificarea sumelor prevăzute pentru fiecare categorie de cheltuieli."

La această solicitare de clarificări, contestatorul a răspuns prin adresa nr. 118/09.02....., înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 903/13.02.....

În urma analizării acestui răspuns, comisia de evaluare a considerat că se impune solicitarea de noi clarificări prin care să se lămurească o serie de aspecte, după cum urmează:

"*1. Având în vedere că oferta de preț nr. 59/24.10.2016, de la furnizorul S.C. ... 2005 S.R.L., nu se referă explicit la sorturile de agregate solicitate prin documentația de atribuire, vă solicităm să clarificați care sunt tipurile de sorturi la care face referire oferta de preț menționată mai sus.*

2. Având în vedere răspunsul dvs. cu privire la structura și conținutul cotei de cheltuieli indirecte, pentru verificarea modului de respectare a legislației aplicabile și a prevederilor contractuale, comisia de evaluare vă solicită să prezentați calculul din care să rezulte cum ați estimat valorile următoarelor subpuncte din cadrul detalierii cotei cheltuielilor indirecte:

- *Cheltuieli cu retribuțiile personalului de conducere, tehnic, economic, de altă specialitate, administrativ, de deservire și pază; impozitul, contribuția la asigurările sociale și la fondul de șomaj, aferente;*
- *Cheltuielile în legătură cu predarea lucrărilor;*
- *Alte cheltuieli de interes general și de executare a lucrărilor."*

La această solicitare, contestatorul a răspuns prin adresa nr. FN înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 1020/20.02.....

În urma analizării propunerii financiare și a răspunsurilor la cele două solicitări de clarificări, în baza prevederilor art. 137 alin. (1) din H.G. 395/2016, comisia de evaluare a luat decizia de a respinge oferta depusă de SC ..... SRL, întrucât aceasta a fost considerată inacceptabilă în baza prevederilor art. 136 alin. (3) din același act normativ, din următoarele motive:

"1. Prin răspunsul dvs. nr. 118/09.02..... înregistrat la autoritatea contractantă cu nr. 903/13.02..... la solicitarea de clarificări 10473/07.02..... nu ați prezentat analiza detaliată de preț pentru justificarea tarifelor unitare pentru utilajele din cadrul ofertei dvs., respectiv lipsesc analizele de preț pentru: betonieră cu cădere liberă acționată cu motor termic 101-250l; vibrator de interior pentru beton acționat, electric 0,9-1,5kw; vibrator universal cu motor termic 2,9-4cp; placă vibratoare cu motor ardere internă sub 10cp 650-700kgf; motopompă 9-16cp.

2. Prin răspunsul dvs. FN înregistrat la autoritatea contractantă cu nr. 1020/20.02..... la solicitarea de clarificări 10640/15.02..... ați prezentat informații care nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau costurilor propuse, după cum urmează:

- Costurile prevăzute de dvs. pentru cheltuielile cu retribuțiile ale personalului de conducere, tehnic, economic, de altă specialitate, administrativ, de deservire și pază; impozitul, contribuția la asigurările sociale și la fondul de șomaj, aferente acestor atribuții, sunt aferente unui număr de doar 4,89 ore/lună pentru tot personalul (44 ore alocate total proiect/9 luni execuție lucrări proiect), număr de ore care este insuficient raportat la numărul de personal necesar pentru îndeplinirea contractului (potrivit clauzelor contractuale executantul are obligația de a supraveghea lucrările pe toată perioada execuției acestora, precum și de a asigura nivelul de calitate corespunzător exigențelor de performanță esențiale, prin personal propriu și responsabili tehnici cu execuția atestați)."

Decizia comisiei de evaluare de respingere a ofertei a fost transmisă S.C. ..... S.R.L. prin înștiințarea nr. 10712/24.02.....

În data de 01.03....., SC ..... SRL a transmis notificarea prealabilă nr. 168/01.03....., înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 1343/01.03....., prin care a solicitat adoptarea de măsuri de remediere cu privire la comunicarea ce i-a fost transmisă.

Autoritatea contractantă arată că, prin răspunsul nr. 10795/03.03..... la notificarea prealabilă nr. 168/01.03....., a comunicat ofertantului că nu este de acord cu solicitarea acestuia și ca urmare nu va adopta măsuri de remediere a pretinsei încălcări a prevederilor și principiilor legislației achizițiilor publice, prezentându-i în scris motivele pentru care a luat această decizie.

Considerându-se vătămat de răspunsul primit ofertantul SC ..... SRL a formulat la CNSC la data de ..... contestația nr...../....., înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 1553/.....

Analizând motivele invocate de către contestator în susținerea contestației sale, autoritatea contractantă constată că acestea sunt nefondate, așa cum va arăta în cele ce urmează:

1. Cu privire la primul motiv pentru care oferta SC ..... SRL a fost respinsă, respectiv faptul că nu a prezentat analiza detaliată de preț pentru justificarea tarifelor unitare pentru utilajele din cadrul ofertei sale, autoritatea contractantă consideră nefondate susținerile contestatorului potrivit cărora prin punctul nr. 2 din cadrul adresei nr. 10473/07.02..... nu i s-a solicitat "(...) în mod explicit justificarea pentru toate utilajele, ci numai pentru cele principale (...)" sau că "(...) prețul pentru toate aceste utilaje este de 855,58 lei, adică nu mai mult de 1,03 % din prețul total al utilajelor și aprox. 0,215% din prețul total al ofertei - ceea ce ar determina cel mult încadrarea la viciu de formă sau abatere tehnică minoră(...)".

În acest sens, autoritatea contractantă susține că nu a indicat sub niciun aspect în cadrul solicitării că trebuie să se prezinte analize de preț doar pentru utilajele principale, solicitarea nefiind limitativă, ci referindu-se la utilajele din cadrul ofertei SC ..... SRL, printre care se regăsesc inclusiv: betoniera cu cădere liberă acționată cu motor termic 101-250l; vibrator de interior pentru beton acționat electric 0,9-1,5kw; vibrator universal cu motor termic 2,9-4 cp; placa vibratoare cu motor ardere internă sub 10 cp 650-700 kgf; motopompa 9-16 cp.

În opinia autorității contractante, interpretarea prin care contestatorul consideră că i s-au solicitat analize de preț doar pentru utilajele principale este subiectivă, și prin aceasta contestatorul a anticipat cu de la sine putere care echipamente sunt principale și care nu, și care este pragul minim cu număr de ore de funcționare de la care se poate considera faptul că un utilaj este principal sau nu.

Autoritatea contractantă precizează că dacă ar accepta susținerea contestatorului ar însemna că orice ofertant ce nu ar prezenta justificarea solicitată a tarifului/tarifelor orare pentru anumite utilaje, ar avea posibilitatea să se prevaleze de faptul că acel utilaj nu a fost considerat ca fiind unul principal.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că neprezentarea unui răspuns concludent, complet în raport cu solicitarea de clarificări adresată nu poate fi calificată de către comisia de evaluare drept viciu de formă sau abatere tehnică minoră, de vreme ce atât art. 134 alin. (7), (8) și (9), cât și art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016, definesc foarte clar condițiile în care pot fi aplicate aceste prevederi, adică atunci când comisia evaluează oferta tehnică sau când corectează vicii de formă ale erorilor sau omisiunilor din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant. Autoritatea contractantă menționează că o astfel de inițiativă din partea comisiei de evaluare reprezintă un drept, ci nu o obligație.

Independent de cele menționate, autoritatea contractantă precizează faptul că membrii comisiei de evaluare nu au analizat în această fază propunerea tehnică sau viciile de formă din cadrul unor documente ce au fost depuse inițial de către contestator, ci a analizat răspunsul nr. 118/09.02....., înregistrat la autoritatea contractantă sub nr.

903/13.02....., la solicitarea de clarificări nr. 10473/07.02....., prin prisma prevederilor art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, constatând că SC ..... SRL nu a prezentat analizele de preț pentru toate utilajele din cadrul ofertei.

2. Cu privire la cel de-al doilea motiv pentru care oferta SC ..... SRL a fost respinsă, respectiv faptul că nu a prezentat informații care să justifice în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau costurilor propuse, autoritatea contractantă învederează următoarele:

- Costurile prevăzute de SC ..... SRL pentru cheltuielile cu retribuțiile ale personalului de conducere, tehnic, economic, de altă specialitate, administrativ, de deservire și pază; impozitul, contribuția la asigurările sociale și la fondul de șomaj, aferente acestor atribuții sunt aferente unui număr de doar 4,89 ore/lună pentru tot personalul (44 ore alocate total proiect/9 luni execuție lucrări proiect), număr de ore insuficient raportat la numărul de personal necesar pentru îndeplinirea contractului (potrivit clauzelor contractuale asumate executantul are obligația de a supraveghea lucrările pe toată perioada execuției acestora, precum și de a asigura nivelul de calitate corespunzător exigențelor de performanță esențiale, prin personal propriu și responsabili tehnici cu execuția atestați).
- Prin clauzele contractuale se prevăd următoarele obligații în sarcina executantului:

"(...) 10.10 Execuția lucrărilor

Prevederi generale

1. *Executantul are următoarele obligații:*

a) asigurarea nivelului de calitate corespunzător exigențelor de performanță esențiale, prin personal propriu și responsabili tehnici cu execuția atestați, precum și prin sistemul propriu de calitate conceput și realizat; (...)

2. Executantul are obligația de a supraveghea lucrările, de a asigura forța de muncă, materialele, instalațiile, echipamentele și toate celelalte obiecte, fie de natură provizorie, fie definitivă, cerute de și pentru îndeplinirea prezentului contract, în măsura în care necesitatea asigurării acestora este prevăzută în contract sau se poate deduce în mod rezonabil din contract. (...)

10.15 *Sănătatea și securitatea muncii*

1. Executantul va numi un responsabil care va răspunde pentru securitatea și prevenirea accidentelor pe șantier. Această persoană trebuie să fie calificată pentru o astfel de răspundere și să aibă autoritatea de a emite dispoziții și de a lua măsurile necesare pentru prevenirea accidentelor. (...)

15.13 - (1) Achizitorul are dreptul de a supraveghea desfășurarea execuției lucrărilor și de a stabili conformitatea lor cu specificațiile din anexele la prezentul contract. Părțile contractante au obligația de a notifica, în scris, una celeilalte, identitatea reprezentanților lor atestați profesional pentru acest scop, și anume responsabilul tehnic cu execuția din partea executantului și dirigintele de șantier sau, dacă este cazul, altă persoană fizică sau juridică atestată potrivit legii, din partea achizitorului."

- Contestatorul recunoaște că *„într-adevăr condițiile contractuale impun ca supravegherea lucrărilor să se facă pe toată perioada de execuție a lucrărilor și să se asigure nivelul de calitate corespunzător exigențelor de performanță esențiale*", și că *„în mod uzual și pentru respectarea prevederilor legale, pentru o astfel de lucrare sunt necesari următorii specialiști: Responsabil tehnic cu execuția (RTE), Responsabil control calitate (CQ), Responsabil SSM și Șef șantier, deci minim 4 persoane*", dar în loc să demonstreze cum reușește să îndeplinească aceste cerințe prin alocarea unui număr de doar 4,89 ore/lună pentru tot personalul necesar, se limitează la a afirma că *„nu se impune un număr de persoane desemnat în acest scop sau un număr de ore alocate de acestea*".

Autoritatea contractantă subliniază faptul că numărul de ore propus de către SC ..... SRL pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor legale și contractuale este în mod evident insuficient, întrucât perioada de execuție a lucrărilor este de 9 luni.

Astfel, autoritatea contractantă arată că pentru 1 persoană, la un program de lucru de 8 ore/zi, respectiv 160 de ore/lună, rezultă un număr de 1440 ore/perioada de derulare a contractului, față de cele 44 ore alocate de ofertant pentru tot personalul pe întreaga perioadă de derulare a proiectului.

- De asemenea, autoritatea contractantă menționează că într-adevăr operatorii economici au libertatea de a-și stabili în mod individual cota de cheltuieli indirecte, dar în același timp au obligația de a respecta în fundamentarea acesteia toate prevederile legale și contractuale aplicabile.
- Totodată, autoritatea contractantă arată că alegațiile contestatorului cu privire la alte contracte sau proceduri la care a fost implicat anterior și în care nu s-a mai considerat necesar demersul de solicitare a fundamentării cotei de cheltuieli indirecte, aduc atingere principiului asumării răspunderii statuat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, întrucât comisia de evaluare nu își poate asuma evaluarea lacunară și superficială a ofertelor, doar pentru că contestatorul consideră acest lucru nefavorabil pentru sine.

Autoritatea contractantă menționează că riscul întocmirii răspunsului la solicitările de clarificări, la fel ca și cel al întocmirii ofertelor, cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al nedepunerii de documente în sprijinul răspunsului formulat, potrivit principiului „nemo auditur propriam turpitudinem allegans" iar, pe de altă parte, comisia de evaluare a menționat în mod expres, în cadrul solicitărilor de clarificări, care sunt cerințele pe care SC ..... SRL trebuie să le îndeplinească și modul în care trebuie să își elaboreze răspunsul.

Cu luarea în considerare a celor antemenționate, autoritatea contractantă precizează că nu se face vinovată de încălcarea niciunei prevederi legale în domeniul achizițiilor publice și pentru toate aceste motive solicită respingerea contestației ca nefondată.

Prin adresa nr. 206/23.03..... înregistrată la Consiliu sub nr. 10094/23.03....., contestatorul formulează concluzii scrise prin care

solicită respingerea apărărilor formulate de autoritatea contractantă în punctul de vedere nr. 10917/14.03....., și:

- anularea părții din procesul-verbal/raportul de evaluare referitor la excluderea ofertei sale, a răspunsului nr. 10795/03.03..... prin care au fost respinse remedierile propuse de societatea sa prin notificarea prealabilă, precum și anularea comunicării nr. 10712/24.02.....;
- obligarea autorității contractante la aplicarea măsurilor de remediere indicate în cuprinsul notificării prealabile și la reluarea procedurii de evaluare a ofertelor, cu includerea ofertei sale.

1. Având în vedere că prin punctul de vedere autoritatea contractantă nu aduce apărări noi, contestatorul înțelege să susțină în continuare ceea ce deja a explicat în cuprinsul contestației, dar fără a relua argumentele expuse.

Contestatorul arată că o singură precizare a autorității contractante este nouă și este un răspuns la argumentele formulate de societatea sa cu privire la cel de-al doilea motiv de excludere din procedură, respectiv situația cheltuielilor indirecte în contractele atribuite de ... în general. Astfel, autoritatea precizează următoarele în punctul de vedere: "*alegațiile contestatorului cu privire la alte contracte sau proceduri la care au fost implicați anterior și în care nu s-a mai considerat necesar demersul de solicitare a fundamentării cotei de cheltuieli indirecte, aduc atingere principiului asumării răspunderii statuat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, întrucât comisia de evaluare nu își poate asuma evaluarea lacunară și superficială a ofertelor, doar pentru că contestatorul consideră acest lucru nefavorabil pentru sine*."

Cu privire la acest aspect, contestatorul solicită Consiliului să aibă în vedere atât situațiile anterioare în care societatea sa s-a aflat și pe care le-a menționat în cuprinsul contestației, cât și contestația și decizia CNSC (motivată săptămâna trecută) pe care le atașează.

În ceea ce privește contestația la care a făcut referire în paragraful anterior, contestatorul arată că a fost formulată tot împotriva ... - prin Direcția Silvică ....., societatea contestatoare cerând modificarea solicitării de clarificări din partea autorității, respectiv cea privind detalierea "structurii și conținutului cotei de cheltuieli indirecte ofertate, potrivit prevederilor în vigoare, cu specificarea sumelor prevăzute pentru fiecare categorie de cheltuieli", cerință pe care a considerat-o nelegală, iar CNSC a fost de acord cu argumentele contestatorului, având în vedere că a admis contestația.

În continuare, contestatorul redă un paragraf din decizia CNSC anterior menționată:

"*Din moment ce cheltuielile indirecte nu se pot identifica și atribui direct pe un anumit obiect de calculație, o detaliere a lor este improprie și inutilă.*

Totodată, potrivit art. 3.3.3. din GHIDUL PRIVIND ELABORAREA DEVIZELOR LA NIVEL DE CATEGORII DE LUCRĂRI ŞI OBIECTE DE CONSTRUCŢII PENTRU INVESTIŢII REALIZATE DIN FONDURI PUBLICE, Cheltuielile indirecte la nivelul unui deviz pe categorii de lucrări se determină prin aplicarea unei cote aferente acestora la valoarea TOTAL - CHELTUIELI DIRECTE. Această cotă se stabilește de către fiecare unitate

de execuție pe baza propriilor analize. În cazul în care autoritatea contractantă atribuie un contract de achiziție publică prin negociere cu o singură sursă, autoritatea, pe baza informațiilor și datelor pe care le deține va stabili cota de cheltuieli indirecte. Deci, autoritatea contractantă în anumite situații de excepție, poate limita cota de cheltuieli indirecte, în situația în care atribuie un contract prin negociere, tocmai pentru a creşte artificial prețul contractului".

Totodată, susține și argumentele contestatoarei, respectiv faptul că:

- prin natura lor, profitul și cheltuielile indirecte constituie elemente proprii ale politicii de funcționare și de contractare ale unei societăți și reflectă modul în care aceasta din urmă înțelege să acționeze într-un mediu concurențial;
- operatorii economici au libertatea de a-și stabili în mod individual ce categorii de cheltuieli încorporează în cadrul cheltuielilor indirecte, întinderea și structura lor;
- dacă legiuitorul ar fi dorit ca aceste cheltuieli indirecte să ia o formă cuantificabilă din perspectiva autorităților contractante (ele sunt procentuale acum, fiind variabile), atunci devizul ofertă ar fi căpătat o altă înfățișare, în care cheltuielile indirecte să fie elaborate pe categorii de cheltuieli, care să fie ofertate similar categoriilor de lucrări din cheltuielile directe, să fie impuse prin caiete de sarcini și să fie reglementate limitativ prin normative;
- autoritatea contractantă nu poate fi în măsură să verifice conținutul, să compare sau să facă afirmații referitoare la cheltuielile indirecte ale unui operator economic, atât timp cât nici măcar legiuitorul nu a înțeles să stabilească o regulă precisă, un cuantum sau un nivel obligatoriu al acestora.

Având în vedere cele menționate, contestatorul solicită Consiliului să admită contestația astfel cum a fost formulată, să țină cont de prezentele concluzii scrise și să respingă apărările autorității contractante.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată într-o singură etapă, online, pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect "....., cod CPV 45233142-6. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. ...../....., criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut".

În procesul verbal al ședinței de evaluare nr. 1134/24.02....., s-a consemnat respingerea a 5 oferte, printre care și a contestatorului, precum și admisibilitatea ofertei depusă de ... SRL.

Împotriva deciziei autorității contractante de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale, comunicată prin adresa nr. 10712/24.02....., SC ..... SRL a formulat contestația care face obiectul dosarului nr. ...../.....

Pe fondul contestației formulate de către SC ..... SRL, Consiliul retine:

Potrivit comunicării nr. 10712/24.02....., motivele pentru care autoritatea contractanta a respins oferta depusa de SC ..... SRL au fost:

- lipsa din răspunsul nr. 118/09.02....., înregistrat la autoritatea contractantă cu nr. 903/13.02..... a analizelor de preț pentru: betonieră cu cădere liberă acționată cu motor termic 101 – 250l; vibrator de interior pentru beton acționat electric 0,9-1kw; vibrator universal cu motor termic 2,9 - 4cp; placă vibratoare cu motor cu ardere internă sub 10cp 650-700kgf; motopompă 9-16cp.
- informatii neconcludente furnizate prin răspunsul FN, înregistrat la autoritatea contractantă cu nr. 1020/20.02....., cu privire la costurile prevăzute pentru cheltuielile cu retribuțiile personalului de conducere, tehnic, economic, de altă specialitate, administrativ, de deservire și pază.

In ceea ce priveste primul motiv invocat de autoritatea contractanta, contestatorul recunoaste in fapt omisiunea de a prezenta in răspunsul nr. 118/09.02..... a analizelor de preț (sau cel putin a tarifelor orare estimate pentru respectivele utilaje) sustinand ca aceste utilaje sunt secundare iar numarul de ore de functionare aferent acestora (inclusiv costurile) este nesemnificativ in valoarea intregii oferte.

Consiliul considera ca autoritatea contractanta a retinut in mod corect faptul ca este incomplet raspunsul formulat de ofertantul SC ..... SRL la punctul 2 din solicitarea de clarificari nr. 10473/07.02..... Chiar daca costurile aferente respectivelor utilaje nu sunt foarte semnificative, ofertantul a gresit omitand sa prezinte datele solicitate si nu poate invoca in sprijinul sustinerilor sale propria omisiune (potrivit principiului „nemo auditur propriam turpitudinem allegans").

In ceea ce priveste cel de-al doilea motiv invocat de autoritatea contractanta, Consiliul apreciaza ca absolut nerealista situatia prezentata de ofertantul SC ..... SRL in răspunsul FN, înregistrat la autoritatea contractantă cu nr. 1020/20.02....., cu privire la costurile prevăzute pentru cheltuielile cu retribuțiile personalului de conducere, tehnic, economic, de altă specialitate, administrativ, de deservire și pază.

Chiar daca cheltuielile in cauza fac parte din categoria cheltuieli indirecte (si exista libertatea operatorilor economici de a-și stabili în mod individual ce categorii de cheltuieli încorporează în cadrul cheltuielilor indirecte, întinderea și structura lor) **nu poate fi acceptata sustinerea contestatorului potrivit careia sunt suficiente pentru cheltuielile cu retribuțiile personalului de conducere, tehnic, economic, de altă specialitate, administrativ, de deservire și pază; impozitul, contribuția la asigurările sociale și la fondul de șomaj, aferente acestor atribuții doar 4,89 ore/lună pentru tot personalul (44 ore alocate total proiect/9 luni execuție lucrări proiect)**.

In conditiile in care prin clauzele contractuale citate anterior (din capitolul 10.10 Execuția lucrărilor sau din capitolul 10.15 Sănătatea și securitatea muncii) se solicita supravegherea lucrărilor pe toată perioada de execuție a lucrărilor, nu poate fi acceptata ca fiind realista o suma totala a *cheltuielilor cu retribuțiile personalului de conducere, tehnic, economic, de altă specialitate, administrativ, de deservire și pază; impozitul, contribuția la asigurările sociale și la fondul de șomaj* de numai 856,25 lei

pentru noua luni de zile si implicit un procent prevazut pentru cheltuielile indirecte de numai 1%.

In consecinta, Consiliul apreciaza ca intemeiat si cel de-al doilea motiv de respingere a ofertei SC ..... SRL invocat de autoritatea contractanta.

Totodată, în cursul soluţionării contestaţiei, Consiliul a constatat o încălcare a prevederilor legislaţiei în materia achiziţiilor publice la care nu s-a făcut referire în contestaţie, mai exact încălcarea gravă de către autoritatea contractantă a principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin (2) lit b) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, în temeiul art. 26 alin. (4) din Legea nr. 101/2016 va sesiza atât Agenţia Naţională pentru Achiziţii Publice cat şi Curtea de Conturi cu propunerea de sanctionare a autoritatii contractante pentru contraventia prevazuta la art. 224 alin (1) lit b) din Legea nr. 98/2016.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ..... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

..... **.....** **.....**

...