



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N. S. C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +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 contestația nr. 5365/07.08.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 32559/10.08.2020, formulată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI ..., reprezentată legal de administrator ... și convențional de avocat ..., cu sediul în ..., împotriva răspunsului la solicitarea de clarificare nr. 9660 din 28.07.2020, emisă de ... SA, cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „*Servicii dezinfectie mijloace de transport în comun*”, s-a solicitat:

- obligarea entității contractante la anularea răspunsului nr. 9660 din 28.07.2020, la solicitarea de clarificare și remediere a documentației de atribuire, în sensul înființării unui punct de lucru pe raza Municipiului ... numai de către ofertantul desemnat câștigător al procedurii;

- publicarea unui anunț tip erată care să cuprindă modificările aduse informațiilor publicate inițial și documentele prin care s-au dispus măsurile de remediere;

- obligarea entității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea prezentei contestații.

În subsidiar, în situația admiterii prezentei contestații, ca efect accesoriu, în condițiile în care ofertele urmează a fi întocmite raportat la măsurile de remediere ale documentației de atribuire adoptate de entitatea contractantă, obligarea acesteia la decalarea termenului de depunere a ofertelor.

De asemenea, s-a solicitat de către contestatoare suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea fondului contestației. Prin Încheierea nr. ..., Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea fondului contestației, pe care l-a respins ca rămas fără obiect.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR, asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost sesizat și este competent să soluționeze contestația formulată de SC ... SRL împotriva răspunsului la solicitarea de clarificare nr. 9660/28.07.2020, prin care solicită Consiliului să admită contestația și, pe cale de consecință, să dispună obligarea entității contractante la anularea răspunsului la solicitarea de clarificare și remedierea documentației de atribuire, în sensul înființării unui punct de lucru pe raza Municipiului ..., numai de către ofertantul desemnat câștigător al procedurii; publicarea unui anunț tip erată, la anunțul inițial, care să cuprindă modificările aduse informațiilor publicate inițial și documentele prin care s-au dispus măsurile de remediere.

În subsidiar, în situația admiterii prezentei contestații, ca efect accesoriu, în condițiile în care ofertele urmează a fi întocmite raportat la măsurile de remediere ale documentației de atribuire adoptate de entitatea contractantă, se solicită obligarea acesteia la decalarea termenului de depunere a ofertelor; obligarea entității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea prezentei contestații.

Referitor la solicitările din contestație, cu privire la obligarea entității contractante la anularea răspunsului nr. 9660 din 28.07.2020, la solicitarea de clarificare și remedierea documentației de atribuire, în sensul înființării unui punct de lucru pe raza Municipiului ..., numai de către ofertantul desemnat câștigător al procedurii, contestatoarea solicită publicarea unui anunț tip erată, la anunțul inițial, care să cuprindă modificările aduse informațiilor publicate inițial și documentele prin care s-au dispus măsurile de remediere.

În fapt, contestatoarea arată că în urma publicării răspunsului la solicitările de clarificări nr. 9660 din 28.07.2020, entitatea contractantă a menținut solicitarea referitoare la prevederea documentației de atribuire privind obligativitatea ofertantului de a deține un punct de lucru pe raza localității

În opinia petentei, solicitarea autorității este restrictivă și abuzivă, în sensul că, raportat la aceasta, pot depune ofertă în procedură numai agenții economici care dețin un punct de lucru pe raza localității ...,

autorizat pentru depozitarea produselor biocide, a echipamentelor și pentru decontaminarea aparatelor.

În ceea ce privește conținutul acestor prevederi din documentația de atribuire, petenta consideră că acestea reprezintă, în fapt, criterii de calificare ce țin de demonstrarea capacității de a presta serviciile respective, deci pentru demonstrarea capacității de exercitare a activității profesionale, în sensul art. 172 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

Raportat la dispozițiile art. 29 din HG nr. 395/2016, aceasta solicită Consiliului să constate că cerințele de la pact. 13 lit. f) din caietul de sarcini sunt solicitate de entitatea contractantă în vederea prestării serviciilor ce fac obiectul contractului.

Prin urmare, rezultă și din descrierea cerinței de la punctul 13 lit. f) din caietul de sarcini că aceasta ține de demonstrarea capacității de exercitare a activității profesionale.

Așadar, aceste cerințe menționate doar în caietul de sarcini, constituie criteriu de calificare referitor la demonstrarea capacității de exercitare a activității profesionale, aspect față de care contestatoarea invocă nulitatea acestor prevederi, prin raportare la dispozițiile art. 30 din HG nr. 395/2016. Totodată, arată că, potrivit Legii nr. 98/2016, cerințele privind capacitatea de exercitare a activității profesionale sunt cerințe de calificare, astfel încât, pentru a putea fi luate în considerare, trebuiau să se regăsească în cuprinsul anunțului de participare, în acord cu dispozițiile art. 181 din Legea nr. 98/2016 și art. 30 alin. (4) și art. 31 din HG nr. 395/2016.

Având în vedere cele expuse, contestatoarea solicită Consiliului să constate că cerința constituie în realitate un criteriu de calificare care nu s-a instituit prin anunțul de participare și fișa de date a achiziției.

Așadar, având în vedere cele expuse mai sus, coroborate cu prevederile în drept incidente, ... solicită admiterea contestației și, pe cale de consecință, obligarea entității contractante la anularea răspunsului nr. 9660/28.07.2020, la solicitarea de clarificare și remedierea documentației de atribuire, în sensul înființării unui punct de lucru pe raza municipiului ... numai de către ofertantul desemnat câștigător al procedurii, publicarea unui anunt tip erată care să cuprindă modificările aduse informațiilor publicate inițial și documentele prin care s-au dispus măsurile de remediere, decalarea termenului de depunere a ofertelor și plata cheltuielilor ocazionate cu soluționarea contestației.

Cu adresa nr. 10582/13.08.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 33793/14.08.2020, ... SA ... a transmis documentele necesare în soluționarea contestației, precum și punctul său de vedere, prin care susține că această contestație este nefondată și neîntemeiată.

Entitatea contractantă face precizarea că în urma solicitării de clarificări de către ofertantul SC ... SRL a formulat răspunsul la solicitările de clarificări și eratele nr. 9645/28.07.2020 și nr. 10182/06.08.2020, în care au fost incluse răspunsuri pentru toate clarificările solicitate.

La solicitarea de clarificări numărul 1 s-a precizat:

În cadrul documentației de atribuire, la punctul 13 „Modul de prezentare a propunerii tehnice și financiare” la punctul (f) se solicita următoarele: dovada deținerii unui punct de lucru în municipiul ... pentru păstrarea substanțelor toxice și decontaminarea echipamentelor și aparaturii folosite la activitățile ce fac obiectul contractului”. Conform celor prezentate mai sus, orice ofertant are obligația ca la data depunerii ofertei să dețină punct de lucru în municipiul Respectiva obligație este stipulată și la Cap. 3, punctul 3.2.6. din documentatia de atribuire.

La solicitarea de clarificări nr. 2, entitatea contractantă face următoarele precizări: *Conform fișei de date a achiziției nr. CN 1022539/09.07.2020, la Cap. IV.4 „Prezentarea ofertei, punctul IV .4.1.” ofertantul va face dovada conformității serviciilor care urmează să fie furnizate cu cerințele prevăzute în caietul de sarcini. Propunerea tehnică va conține (...) precum și alte documente solicitate în caietul de sarcini.*

În concluzie, ofertantul are obligația de a respecta în întregime cerințele caietului de sarcini”.

Conform eratei nr. 9645/28.07.2020, *”caietul de sarcini punctul 2.3 se va citi astfel: la solicitarea expresă a beneficiarului, prin comanda de lucru, prestatorul trebuie să dispună de capacitatea tehnică și logistică de efectuare a operațiunilor de dezinfecție a mijloacelor de transport în comun pentru cel puțin 80% din flota aflată în gestiunea ... SA, cu timp de răspuns pentru începerea operațiunilor de maxim 30 de minute de la solicitare”; ”caietul de sarcini punctul 6.1 se va citi astfel : prestatorul are obligația de a răspunde solicitării beneficiarului și de a interveni în maxim 30 de minute de la solicitarea beneficiarului prin demararea operațiunilor de dezinfecție”; ”modelul de acord cadru punctul 8.2 se va citi astfel: prestatorul este obligat de a răspunde solicitării beneficiarului și de a interveni în 30 de minute de la solicitarea beneficiarului, pe baza comenzii emise, prin demararea operațiunilor de dezinfecție”.*

Raportat la precizările din erată și din răspunsul la clarificările solicitate, entitatea contractantă subliniază că pentru asigurarea operativității intervenției prin demararea operațiunilor de dezinfecție este necesar ca prestatorul să aibă un punct de lucru în municipiul ..., pentru păstrarea substanțelor toxice și decontaminarea echipamentelor și aparaturii folosite la activitățile ce fac obiectul contractului.

Pe cale de consecință, solicită respingerea contestației formulată de SC ... SRL ca fiind nefondată și neîntemeiată, cu consecința continuării procedurii de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de achiziție publică.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 36630/25.08.2020, SC ... SRL a transmis note scrise ca răspuns la punctul de vedere al entității contractante, prin care reiterează solicitările adresate prin intermediul contestației.

Față de susținerile entității contractante din cuprinsul punctului de vedere, contestatoarea transmite Consiliului observațiile sale punctuale, având în vedere că motivele au fost prezentate, pe larg, în contestație.

Contestatoarea subliniază că punctul de vedere exprimat de entitatea contractantă nu răspunde criticilor aduse prin contestație, întrucât:

- entitatea contractantă nu răspunde în concret criticilor din contestație, în sensul nelegalității răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 9660 din 28.07.2020, referitor la menținerea prevederii documentației de atribuire privind obligativitatea ofertantului de a deține un punct de lucru pe raza localității ..., potrivit prevederilor punctului 13 lit. f) din caietul de sarcini.

- entitatea contractantă face un istoric al procedurii și al actelor emise în procedură (răspunsuri la solicitările de clarificări, anunțuri de tip erată și modificările aduse documentației de atribuire, prin aceste înscrisuri).

În ceea ce privește aspectele învederate în contestație, petenta reiterează că această cerință, prevăzută numai în caietul de sarcini, constituie criteriu de calificare, referitor la demonstrarea capacității de exercitare a activității profesionale, aspect față de care invocă nulitatea acestor prevederi, prin raportare la prevederile art. 30 din HG nr. 395/2016.

În contextul în care cerința reprezintă în mod indubitabil un criteriu de calificare, privind potențialul tehnico organizatoric al ofertantului și nu a fost preluată nici în anunțul de participare și nici în fișa de date a achiziției, cerința reprezintă o clauză nescrisă.

În ceea ce privește justificarea entității contractante în ceea ce privește solicitarea ca ofertanții să dețină punct de lucru pe raza municipiului ..., repectiv că prestatorul trebuie să răspundă solicitării beneficiarului în 30 de minute de la sesizare, contestatoarea arată că deși timpul de reacție stabilit este foarte scurt, acesta nu justifică cerința abuzivă de a solicita participanților la procedură să dețină un punct de lucru pe raza municipiului ..., anterior depunerii ofertelor și menținerii acestuia, până la o dată incertă, respectiv data finalizării procedurii de atribuire.

Aceasta consideră că respectivele cheltuieli aferente întreținerii unui punct de lucru, în mod nejustificat, o perioadă incertă de timp sunt de natură să creeze prejudicii participanților la procedură.

Având în vedere cele expuse, contestatoarea solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată, precum și admiterea cererii privind obligarea la plata cheltuielilor de judecată, conform documentelor anexate.

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

În calitate de entitate contractantă, ... SA a inițiat, în baza Legii nr. 99/2016 și HG nr. 394/2016, o procedură de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Servicii dezinfecție mijloace de transport în comun”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN Valoarea

estimată a acordului-cadru este cuprinsă între 78.000 lei și 4.680.000 lei fără TVA, iar criteriul de atribuire a fost „prețul cel mai scăzut”.

În urma răspunsului nr. 9660/28.07.2020 formulat de entitatea contractantă la o solicitare de clarificări, SC ... SRL a depus prezenta contestație.

După depunerea contestației, SC ... SRL a transmis dovada constituirii cauțiunii, conform art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată prin OUG nr. 114/13.07.2020, în cuantum de ... lei, prin consemnarea la CEC Bank – Sucursala ... a sumei respective, conform recipisei de consemnare nr. ..., suma fiind consemnată la dispoziția Consiliului pentru contestația formulată împotriva eratei și a răspunsului la clarificări din 28.07.2020.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

SC ... SRL a formulat prezenta contestație împotriva răspunsului la solicitarea de clarificare nr. 9660 din 28.07.2020, susținând că prin acest răspuns entitatea contractantă menține prevederile documentației de atribuire privind obligativitatea ofertanților de a deține un punct de lucru pe raza municipiului

În soluționare, Consiliul are în vedere textul integral al întrebărilor de clarificare și al răspunsurilor la acestea, așa cum au fost publicate în SEAP:

«În urma analizării solicitărilor de clarificări primite entitatea contractantă face următoarele precizări:

Pentru solicitarea de clarificări nr. 1 înregistrată la sediul ... SA cu nr. 9385/21.07.2020:

Întrebare 1 ofertant:

„ - vă rugăm să ne comunicați dacă îndeplinim condițiile de calificare având punct de lucru în”

Răspuns entitate contractantă:

În cadrul documentației de atribuire, la punctul 13. „Modul de prezentare a propunerii tehnice și financiare”, la punctul f.) se solicită următoarele: „dovada deținerii unui punct de lucru în Municipiul ... pentru păstrarea substanțelor toxice și decontaminarea echipamentelor și aparaturii folosite la activitățile ce fac obiectul contractului.”

Conform celor prezentate mai sus, orice ofertant are obligația ca la data depunerii ofertei să dețină punct de lucru în Municipiul Respectiva obligație este stipulată și prin cap. 3, punctul 3.2.6. din documentația de atribuire.

Întrebare nr. 2 ofertant:

„- în cazul acceptării punctului de lucru din ..., ceea ce implică participarea la licitația sus menționată, ne obligăm ca în maximum 30 de zile de la data semnării contractului, să deschidem punct de lucru autorizat în Municipiul ..., dacă ne clasăm pe primul loc”.

Răspuns entitate contractantă:

Conform fișei de date a achiziției nr. .../09.07.2020, la cap. IV.4 „Prezentarea ofertei”, punctul IV.4.1., „Ofertantul va face dovada conformității serviciilor care urmează să fie furnizate cu cerințele prevăzute în caietul de sarcini. Propunerea tehnică va conține [...] precum și alte documente solicitate în caietul de sarcini.”

În concluzie, ofertantul are obligația de a respecta în întregime cerințele caietului de sarcini, inclusiv toate documentele solicitate, la data depunerii ofertei.»

În ceea ce privește criticile referitoare la răspunsurile la întrebări, Consiliul reține că documentația de atribuire nu a fost modificată de entitatea contractantă prin aceste răspunsuri la solicitările de clarificări.

Consiliul reține că și în măsura în care ar anula răspunsurile criticate, nu se poate dispune eliminarea cerinței din caietul de sarcini de la punctul 13.1.f) „dovada deținerii unui punct de lucru în Municipiul ... pentru păstrarea substanțelor toxice și decontaminarea echipamentelor și aparaturii folosite la activitățile care fac obiectul contractului”, deoarece această cerință nu a fost introdusă prin răspunsul la solicitările de clarificări, ci a fost cuprinsă în documentația de atribuire astfel cum a fost publicată în SEAP în data de 09.07.2020, dată față de care contestația depusă 07.08.2020 este tardivă. Ceea ce poate analiza Consiliul este dacă răspunsurile la solicitările de clarificări respectă dispozițiile art. 172 din Legea nr. 99/2016, referitoare la răspunsurile la solicitările de clarificări emise de autoritățile contractante pentru lămurirea documentației de atribuire. Practica Consiliului este constantă în sensul că existența unor solicitări de clarificări și a răspunsurilor aferente nu îi repun pe operatorii economici în termenul de contestare a documentației de atribuire.

Contrar susținerilor contestatoarei, prin solicitările de clarificări în cauză nu se cere în niciun fel lămurirea, remedierea sau eliminarea unor prevederi ale documentației de atribuire, deci nici a cerinței criticate, ci, prin prima întrebare se solicită, de fapt, evaluarea unei potențiale oferte, iar a doua întrebare reprezintă, în fapt, un angajament luat de potențialul ofertant în situația unui răspuns pozitiv al entității contractante la prima întrebare.

În ceea ce privește prima întrebare, entitatea contractantă nu se putea antepunea asupra unei solicitări care viza evaluarea îndeplinirii unei cerințe a caietului de sarcini, cu atât mai mult cu cât, potrivit art. 135 din HG nr. 394/2016, membrii comisiei de evaluare preiau sarcinile specifice abia după deschiderea ofertelor, iar la data emiterii răspunsurilor la clarificări componența acestei comisii nu este cunoscută, nefiind cunoscut nici măcar dacă persoana desemnată să formuleze răspunsul la clarificări va face parte din comisia de evaluare cu drept de vot.

În ceea ce privește răspunsurile entității contractante la solicitările de clarificări, acestea trebuie să se încadreze în limitele prevăzute de art. 172 alin. (1) - (3) din Legea nr. 99/2016: *„(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 entitatea contractantă în anunțul de participare/simplificat/de concurs. (2) Entitatea contractantă stabilește prin anunțul de participare/simplificat/de concurs unul sau două termene-limită în care va răspunde **în mod clar și complet** tuturor solicitărilor de clarificare/informațiilor suplimentare, conform prevederilor normelor metodologice de aplicare a prevederilor prezentei legi. (3) Entitatea 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. 160 alin. (3), luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea operatorului economic care a solicitat clarificările sau informațiile suplimentare respective.

Consiliul constată că, deși întrebările nu au vizat lămurirea documentației de atribuire, după cum s-a menționat anterior, răspunsul entității contractante a fost formulat în sensul prevederilor alin. (2) din articolul de lege citat mai sus, precizând prevederile documentației de atribuire care trebuie respectate cu privire la aspectele care au făcut obiectul respectivei solicitări.

În consecință, Consiliul constată că prin răspunsul la solicitările de clarificări în cauză, entitatea contractantă nu a modificat prevederile documentației de atribuire, iar acest răspuns a fost formulat în mod clar și complet, deși aspectele care făceau obiectul solicitării nu vizau lămurirea unor aspecte ale documentației de atribuire, ci evaluarea unei potențiale oferte, și prezentarea unui angajament luat de potențialul ofertant în situația unui răspuns pozitiv al entității contractante la prima întrebare.

Contestatoarea solicită pentru prima dată eliminarea specificației criticate, odată cu prezenta contestație, în condițiile în care documentația de atribuire a fost publicată în SEAP în 09.07.2020, această solicitare fiind, evident, tardivă.

Mai mult, Consiliul nu poate reține nici susținerile contestatoarei, potrivit cărora cerința criticată constituie criteriu de calificare și, nefiind menționată în anunțul de participare, reprezintă cerință nescrisă. Cerința în cauză, respectiv existența unui punct de lucru în municipiul ..., reprezintă o cerință de natură tehnică, necesară în vederea îndeplinirii în bune condiții a contractului și a fost prevăzută în mod corect în cadrul caietului de sarcini.

Pentru aceste motive, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 99/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL în contradictoriu ... S.A.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

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

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei, 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.

Redactată în 4 exemplare, conține 9 (nouă) pagini.