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. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...
Data: ....

Prin contestația nr. 1986/20.08.2018, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și depusă la serviciul de curierat rapid Urgent Cargus în data de 20.08.2018 (Serie AWB: 852211885), înregistrată la Consiliu sub nr. 33739/21.08.2018, respectiv sub nr. 33866/21.08.2018, ...SRL, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având Cod de Identificare Fiscală ..., atribut fiscal RO, reprezentată convențional de Cabinet de Avocat „...", a contestat adresa nr. 3367 din data de 13.08.2018 privind răspunsul autorității contractante la solicitările de clarificări de la întrebările nr. 1, 6, 9, 12 și 29 referitoare la documentația de atribuire întocmită în cadrul procedurii simplificate, într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție «Modernizare drumuri comunale pentru aprox. 15 km, comuna ..., jud. ....» Număr de referință:2923/12.07.2018", cod CPV: 45233123-7 „Lucrări de construcții de drumuri secundare" (Rev.2), inițiată de COMUNA ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în comuna ..., str. .....și a solicitat Consiliului să dispună:

- în principal, anularea adresei nr. 3367 din data de 13.08.2018 și a documentelor subsecvente acesteia și aplicarea măsurilor corective care se impun, în sensul refacerii documentației de atribuire prin înlăturarea cerințelor nelegale contestate;
- în subsidiar, anularea procedurii de achiziție publică.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac

în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestația de față.

Prin contestația depusă, ...SRL, în calitate de ofertantă la procedura simplificată, într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, organizată de către autoritatea contractantă COMUNA ..., în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție «Modernizare drumuri comunale pentru aprox. 15 km, comuna ..., jud. ....» Număr de referință: 2923/12.07.2018", cod CPV: 45233123-7 „Lucrări de construcții de drumuri secundare" (Rev.2), inițiată prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. ...din 06.08.2018, a solicitat Consiliului să dispună cele menționate în partea introductivă.

Contestatoarea arată că, în data de 13.08.2018, autoritatea contractantă a publicat adresa nr. 3367 prin care a răspuns unor solicitări de clarificări din partea unor potențiali operatori economici interesați de această procedură. Dintre acestea, ...SRL contestă răspunsul la solicitarea de clarificări de la întrebările nr. 1, 6, 9, 12 și 29 referitoare la documentația de atribuire.

Astfel, în ceea ce privește răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 1, 6, 9 și 11 privind folosirea propriilor consumuri specifice pentru material, utilaj, respectiv manoperă, contestatoarea susține că răspunsul autorității contractante nu satisface fondul întrebării, deoarece prin utilizarea propriilor consumuri specifice în cadrul rețetelor articolelor din listele de cantități nu rezultă modificarea specificațiilor și cantităților articolelor din listele de cantități și nu este *împiedicată „o evaluare uniformă și unitară a tuturor agenților economici ce vor participa la procedura inițiată de autoritatea contractantă".*

Autoarea contestației consideră că răspunsul autorității contractante la solicitarea de clarificări nr. 1, conform căruia „(...) *se menține obligativitatea respectării consumurilor prevăzute de către proiectant Astfel toți ofertanții vor avea aceleași consumuri de resurse ceea ce va conduce la o evaluare corectă a ofertanților*", este în contradicție cu prevederile Ordinului MLPAT nr. 1568/15.10.2002 pentru aprobarea reglementărilor tehnice „Ghid pentru elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investițiile realizate din fondurile publice", respectiv indicativ P9 1/1-2002, potrivit căruia *„executanții au deplină libertate de a-și prevedea în ofertă propriile consumuri și tehnologii de execuție, cu respectarea cerințelor cantitative și calitative prevăzute în proiectul tehnic, în Caietul de sarcini și în alte acte normative care reglementează execuția lucrărilor"*.

Autoarea contestației consideră că răspunsul autorității contractante la solicitarea de clarificări nr. 6 este nefondat, întrucât, s-a

solicitat ca autoritatea contractantă să confirme că, prin „consumurile date de către proiectant” se înțeleg cantitățile de lucrări din listele de cantități de lucrări (Formularele F3) și nu consumurile de resurse (materiale, manoperă, utilaj, transport, etc din formularele C6, C7, C8 și C9), iar autoritatea contractantă a răspuns că *„se vor respecta consumurile de resurse, așa cum este prevăzut în fișa de date, în acest sens vă rugăm să regăsiți anexat explicitatea normelor utilizate de către proiectant”.* În acest context, contestatoarea susține următoarele:

- fișa achiziției prevede contractarea de lucrări și nu furnizarea de resurse;

-documentația de atribuire nu include un proiect tehnic, serviciile de proiectare urmând a fi efectuate după atribuirea contractului;

-documentația de atribuire nu precizează în mod transparent consumuri de resurse „date de proiectant” pentru fiecare articol în parte din cadrul listei de cantități, încât la stabilirea fiecărui preț unitar nu se poate ține seama de consumuri date de proiectant privind resursele componente fiecărui articol;

-această cerință vine în contradicție cu prevederile Ordinului MLPAT nr. 1568/15.10.2002 pentru aprobarea reglementărilor tehnice "Ghid pentru elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investițiile realizate din fondurile publice", respectiv indicativ P9 1/1-2002;

-principiul tratamentului egal este aplicabil la ceea ce face obiectul contractului, respectiv Listele de cantități de lucrări F3, care trebuie prezentate în mod unitar de către ofertanți;

-principiul tratamentului egal nu este aplicabil consumurilor de resurse care sunt subiective, în funcție de dotările, particularitățile tehnice și competitivitatea fiecărui ofertant în parte, acestora din urmă fiindu-le aplicabile principiul nediscriminării;

-în situația în care cerința se referă la consumuri de resurse, nu poate fi îndeplinită simultan cu următoarea cerință cu care este în contradicție : *„ofertantul va include , în cadrul propunerii financiare, orice costuri legate de: -execuția categoriilor de lucrări(...)”,* întrucât, includerea oricăror altor costuri implică includerea oricăror altor resurse neprevăzute în listele de resurse cumulate publicate în documentația de atribuire.

În ceea ce privește solicitarea de clarificări nr. 9, autoarea contestației susține că s-a solicitat clarificarea relevanței listelor de consumuri de resurse ce se solicită a fi prezentate în cadrul propunerii tehnice și în cadrul propunerii financiare, având în vedere că aceste consumuri nu pot fi în concordanță cu un proiect tehnic ce urmează a fi întocmit ulterior, după semnarea contractului, în cadrul sarcinilor de proiectare.

La această solicitare de clarificări, autoritatea contractantă a răspuns: *„având în vedere obligația ofertanților de a respecta*

consumurile date de către proiectant, obligația prezentării resurselor atât în tehnic cât și în financiar, are rolul major de a respecta principiul tratamentului egal în evaluarea ofertelor depuse în cadrul prezentei proceduri. Astfel, toți ofertanții vor avea aceleași consumuri de resurse ceea ce va conduce la o evaluare corectă a ofertanților".

În ceea ce privește solicitarea de clarificări nr. 12, autoarea contestației arată că s-a solicitat autorității contractante să clarifice dacă ofertanții au libertatea de a include sau nu în ofertă cheltuieli aferente cap. 5.1.2 din devizul general, pentru cheltuieli conexe de organizare de șantier, chiar și în cazul în care nu se impun cheltuieli aferente cap. 5.1.1. din devizul general, pentru lucrări de organizare de șantier, ținând cont că anumite cheltuieli conexe, respectiv transport muncitori, cheltuieli cu amortizare, chirii și transport pentru mobilizare, amplasare și reamplasare utilități mobile , precum vestiare, pubele, toalete ecologice, etc., în diferite puncte de lucru, pot să intervină fără a implica un deviz de lucrări de organizare de șantier sau cheltuieli aferente cap. 5.1.1. din devizul general, pentru lucrări de organizare de șantier.

La această solicitare de clarificări, autoritatea contractantă a răspuns: *„ofertanții au obligația prezentării propriei liste de cantități pentru organizarea de șantier, în consecință au obligația prezentării inclusiv a cheltuielilor conexe organizării de șantier".*

În consecință, autoarea contestației considerăm că cerințele de la punctele 1, 6, 9 și 12 sunt nelegale și trebuie înlăturate, întrucât, conform legislației aplicabile procedurii, specificarea cerințelor tehnice pentru articolele de lucrări se poate face și prin referire la articole de indicatoare de deviz, ceea ce în nici un caz nu este echivalent cu obligativitatea întocmirii ofertei strict pe baza conținutului acestor articole de deviz la care se face referire.

În ceea ce privește răspunsul la solicitarea de clarificări de la întrebarea nr. 29, autoarea contestației arată că a solicitat autorității contractante să accepte utilizarea de coduri proprii pentru resursele care se regăsesc în aceste situații sau variante la articolele de deviz de bază, astfel încât să nu fie perturbate bazele de date ale ofertanților, întrucât resursele cu anumite coduri numerice nu pot fi generate în programul societății de calcul devize sau acele coduri au fost deja atribuie anterior altor resurse și nu pot fi modificate, autoritatea contractantă răspunzând că *„nu se acceptă folosirea altor coduri numerice, deoarece acest lucru poate perturba verificarea listelor de cantități de către comisia de evaluare". Contestatoarea consideră că* această cerință este nelegală întrucât potențialii ofertanți utilizează programe diferite de elaborare a ofertei sau acele coduri au fost deja atribuire altor resurse și nu mai pot fi modificate în program. În opinia contestatoarei, cerința privind utilizarea acelorași coduri numerice pentru unele dintre materiale reprezintă o cerința restrictivă ca încalcă prevederile art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă a transmis prin mijloace electronice (e-mail), punctul de vedere nr. 3501/24.08.2018, corespondența fiind înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 34553 din data de 24.08.2018.

Ulterior, autoritatea contractantă a transmis, prin poștă, documentele necesare soluționării contestației, corespondența fiind înregistrată de Consiliu sub nr. 37344/13.09.2018.

Prin punctul de vedere, autoritatea contractantă a arătat faptul că, în cadrul răspunsurilor la clarificări, contestate de către ofertant, doar a justificat cerința prevăzută în fișa de date cu privire la modul de întocmire a propunerii financiare.

În acest sens, autoritatea contractantă consideră că ...SRL nu contestă răspunsurile la solicitările de clarificări, ci contestă cerințele documentației de atribuire, de care a avut cunoștința încă din data de 06.08.2018 (momentul publicării anunțului de participare simplificat). Autoritatea contractantă invocă excepția tardivității contestației, considerând că nu au fost respectate prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă consideră că respectiva contestație se poate împărți în două elemente, după cum urmează

1. răspunsurile 1, 6, 9 și 12, care sunt aferente respectării consumurilor de resurse utilizate (material, manoperă, utilaj și transport);
2. răspunsul la clarificarea 29, care privește codurile de material.

În acest context, autoritatea contractantă precizează că doar răspunsul 29 vizează solicitările de clarificare asupra documentației formulate de contestatoare, răspunsurile 1, 6, 9 și 12 fiind aferente solicitărilor de clarificare a celorlalți ofertanți interesați de a participa la prezenta procedură de achiziție publică.

În continuare, autoritatea contractantă prezintă, punctual, răspunsurile 1, 6, 9 și 12, care sunt contestate de către ofertant și susține că nu consideră nelegale cerințele prevăzută în fișa de date, aceasta dorind doar să aibă o echitate în compararea ofertelor, iar în acest caz, invocat de către ofertant, să conteze doar prețul resurselor, nu și modalitățile artificiale ale ofertanților de a-și aranja consumurile, astfel încât să diminueze valoarea ofertelor financiare.

Referitor la cele susținute de ...SRL cu privire la răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 29, autoritatea contractantă susține că nu poate solicita proiectantului, care a întocmit DALI-ul, să modifice listele de cantități de lucrări, pentru că nu sunt detaliate acele articole și coduri pe care contestatarul susține că nu le poate oferta.

De asemenea, proiectantului nu îi poate fi solicitat să modifice listele de cantități în funcție de programul de devize al fiecărui ofertant în parte.

Autoritatea contractantă susține că solicitarea de utilizare a acelorași coduri de resurse, este necesară pentru a facilita verificarea ofertelor, ținând cont de volumul foarte mare de pagini de liste de cantități (ordinul sutelor) multiplicat cu numărul ofertanților care depun ofertă.

Referitor la cerința contestatoarei de la punctul 2, respectiv de anulare a procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a precizat că aceasta ar fi singura opțiune pe care ar putea să o adopte, în cazul în care Consiliul ar da curs solicitărilor contestatoarei, deoarece, în data de 21.08.2018 au fost depuse ofertele în cadrul procedurii. Mai mult de atât, autoritatea contractantă a menționat că, „cu toate că a contestat utilizarea acelorași consumuri", ...SRL a depus ofertă în cadrul procedurii.

În final, autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației având în vedere prevederile art. 8 alin. (1) lit. b) coroborat cu art. 16 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, arătând că ....SRL „trebuia să transmită contestația în 5 zile de la publicarea anunțului de participare simplificat (06.08.2018) și în nici un caz în data de 20.08.2018 așa cum a procedat contestatorul".

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Comuna ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție «Modernizare drumuri comunale pentru aprox. 15 km, comuna ..., jud. ....» Număr de referință:2923/12.07.2018", cod CPV: 45233123-7 „Lucrări de construcții de drumuri secundare" (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. SCN..../06.08.2018. Potrivit acestuia, criteriul de atribuire aplicat a fost „cel mai bun raport calitate - preț", valoarea estimată a contractului, fiind de 15.726.157,05 lei, fără TVA.

Consiliul constată că ...SRL a înaintat contestația de față, depunând în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 204831956/1 emisă de CEC Bank Sucursala Slobozia în data de 20.08.2018, prevăzută de art. 61^1 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în cuantum de 35.000 lei. Restituirea acestei cauțiuni se va face în condițiile art. 61^1 alin. (5) și următoarele din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Prin prezenta contestație, ...SRL formulează critici cu privire la punctele nr. 1, 6, 9, 12 și 29 din adresa de răspuns la clarificări la documentația de atribuire nr. 3367/13.08.2018 publicată în SEAP la aceeași dată.

Consiliul reține că ...SRL a luat la cunoștință asupra conținutului documentației de atribuire anterior datei postării în SEAP a actului

atacat, lucru confirmat de faptul că, în datele de 09.08.2018, 10.08.2018, 14.08.2018 și 16.08.2018 a formulat propriile solicitări de clarificări.

De asemenea, Consiliul reține că, în fapt, prin răspunsurile 1, 6, 9, 12 și 29, autoritatea contractantă nu modifică documentația de atribuire, ci detaliază elemente existente deja în aceasta, privind modul de întocmire a ofertei, legate de rețetele articolelor de deviz listele de cantități, de devizul de organizare de șantier, de obligația ofertanților de a sesiza autoritatea contractantă în cazul constatării unor inadvertențe în documentația de atribuire și de dreptul de a folosi alte coduri numerice decât cele existente în documentația de atribuire.

Urmare a celor de mai sus, Consiliul apreciază că, în fapt, contestatoarea, prin atacarea răspunsului la clarificări, încearcă să se repună în termen față de prevederile documentației de atribuire, mai ales în condițiile în care o parte din punctele atacate reprezintă răspunsuri la solicitările de clarificări formulate de alți operatori economici și consideră criticile acesteia ca fiind tardiv formulate, prin raportare la prevederile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv: ” (1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii”.

Consiliul constată că autoritatea contractantă a formulat răspunsul la clarificări în termen și clar, nefiind necesare măsuri de remediere a procedurii de atribuire, mai ales că solicitările contestatorului și ale operatorilor economici interesați nu au avut ca scop clarificarea cerinței, aceasta fiindu-le clară acestora, ci eliminarea ei, situație care nu se confundă cu solicitarea de clarificări reglementată de lege. Niciun text normativ în vigoare nu obligă autoritatea să își modifice/elimine cerințele după cum doresc operatorii interesați, aceștia având la îndemână posibilitatea legală de a contesta respectivele cerințe, fie la Consiliu, fie în instanță, în perioada prevăzută de lege, în scopul obținerii modificării/eliminării pe care o doresc.

De altminteri, legislația nu prevede nici obligația autorității de a își justifica în fața operatorilor economici cerințele din fișă sau de a preciza rațiunea pentru care au fost impuse. Cum s-a arătat mai sus, conform

art. 160 din Legea nr. 98/2016, orice operator economic interesat are dreptul de a solicita „*clarificări*”, iar autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet.

Analizând susținerile contestatoarei, în contextul arătat, Consiliul reține că aceasta nu indică actele autorității contractante emise cu încălcarea prevederilor legale aplicabile domeniului achizițiilor publice și nu arată care sunt motivele de fapt și de drept pentru care consideră nelegală activitatea autorității contractante și pentru care Consiliul ar trebui să decidă anularea întregii proceduri de atribuire, motiv pentru care va înlătura criticile ....SRL, ca neîntemeiate.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) 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 urmează să respingă, ca nefondată, contestația depusă de ...SRL, în contradictoriu cu COMUNA ....

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părți potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ...SRL, în contradictoriu cu COMUNA ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 8 (opt) pagini.