



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, 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 contestația nr. 1266/20.02.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 5951/20.02.2017, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ..., formulată împotriva punctului nr. 3 din solicitarea de clarificări nr. 10467/07.02.2017 emisă de către ..., în calitate de autoritate contractantă cu sediul în ..., referitoare la procedura simplificată online, privind atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Drum forestier Glodu – D.S.Argeș”, s-a solicitat:

- modificarea solicitării de clarificări nr. 10467/07.02.2017 înaintată de autoritatea contractantă, în sensul eliminării punctului nr. 3 din cuprinsul său,
- continuarea procedurii de evaluare a ofertelor, cu aplicarea corespunzătoare a prevederilor legale privind achizițiile publice.

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

Prin contestația nr. 1266/20.02.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 5951/20.02.2017, SC ... SRL în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică faptul că, deși a depus o ofertă conformă și admisibilă, autoritatea contractantă prin solicitări de clarificări ce exced întinderea prevederilor legale privind achizițiile publice, se abate de la o conduită corectă și încearcă să identifice presupuse elemente necorespunzătoare ale ofertei, astfel încât să fie în măsură să îi respingă oferta și implicit, să restrângă în mod artificial concurența în cadrul procedurii de achiziție.

În fapt, contestatoarea a depus ofertă online, în termenul indicat de autoritate, cu respectarea tuturor cerințelor din documentația de atribuire, precum și a legislației achizițiilor publice.

La data de 11.11.2016, comisia de evaluare a ofertelor, i-a comunicat contestatoarei faptul că a fost finalizată faza de verificare - analiza DUAE și că oferta sa a fost admisă pentru a trece în faza de analiză a elementelor tehnice.

În urma analizei ofertei tehnice, i-au fost solicitate clarificări contestatoarei, la care aceasta a răspuns corespunzător și în termen, însă autoritatea contractantă a înțeles să îi respingă oferta, motivând că nu a răspuns concludent, hotărârea autorității fiind atacată la Consiliu, care, prin Decizia nr. ..., a admis contestația formulată.

La data de 06.02.2017, prin adresa nr. 10430, comisia de evaluare a ofertelor a înștiințat contestatoarea că a fost finalizată faza de verificare - evaluare tehnică și că oferta sa a fost admisă pentru a trece în faza de analiză a elementelor financiare.

Prin adresa nr. 10467/07.02.2017, în temeiul art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă i-a solicitat contestatoarei: prezentarea de oferte de preț pentru materiale, analiza pentru justificarea tarifelor la utilaje, iar la punctul nr. 3 al solicitării: *"detalierea structurii și conținutului cotei de cheltuieli indirecte oferite, potrivit prevederilor legale în vigoare, cu specificarea sumelor prevăzute pentru fiecare categorie de cheltuieli"*.

Contestatoarea susține că a înțeles să răspundă corespunzător și în termen la primele două cerințe ale solicitării de clarificări mai sus menționate însă pentru cea de la punctul 3, a formulat Notificarea prealabilă nr. 1234/10.02.2017, prin care i-a indicat autorității contractante justificările sale și i-a pus în vedere să renunțe la acest ultim punct al solicitării de clarificări.

Autoritatea i-a comunicat prin adresa sa nr. 10610/13.02.2017, că nu va adopta măsuri de remediere.

Contestatoarea apreciază că această cerință regăsită la punctul nr. 3 din solicitarea de clarificări excede prevederilor și principiilor legislației privind achizițiile publice.

Prin natura lor, profitul și cheltuielile indirecte constituie elemente proprii ale politicii de funcționare și de contractare a unei firme și reflectă modul în care aceasta din urmă înțelege să acționeze într-un mediu concurențial, vis-a-vis de riscurile dar și de asigurările asumate în cadrul ofertei.

Așa cum rezultă cu claritate și din reglementările legale privitoare la aceste cheltuieli, operatorii economici au libertatea de a-și stabili în mod individual ce categorii de cheltuieli încorporează în cadrul cheltuielilor indirecte, întinderea și structura acestor cheltuieli, iar referirile legiuitorului vis-a-vis de alcătuirea cheltuielilor indirecte sunt de natură exemplificativă și nu impun un prag, o obligație privind întinderea acestora sau o limită inferioară/superioară a acestor cheltuieli pentru operatorii economici ofertanți.

În sprijinul celor afirmate, contestatoarea citează din cadrul Ghidului Indicativ P 91/1-02 privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de

lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice, ce constituie sediul materiei pentru cheltuielile indirecte și care arată la art. 1.3 că: *"Prevederile din ghid au în vedere recunoașterea principiului concurenței în achiziția lucrărilor de construcții în general și în special în cazul investițiilor realizate din fonduri publice și ca urmare, nu cuprinde limitări valorice ale cheltuielilor specifice unităților de execuție (cheltuieli indirecte și profit), specificând în acest sens conținutul posibil al acestora"*.

"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 [...]".

Astfel, aceste cheltuieli indirecte sunt stabilite sub formă de cota, de nivel procentual, întrucât sunt elemente variabile, cuantificabile doar din perspectiva ofertantului, și nu reprezintă categorii bine delimitate și impuse, așa cum se întâmplă în cazul cheltuielilor directe.

În situația în care legiuitorul ar fi dorit ca aceste cheltuieli indirecte să ia o formă cuantificabilă din perspectiva autorităților contractante, atunci devizul oferta ar fi căpătat o altă înfățișare, în care cheltuielile indirecte să fie și ele elaborate pe categorii de cheltuieli, care să se oferteze similar categoriilor de lucrări din cheltuielile directe, să fie impuse prin caiete de sarcini și să fie reglementate limitativ prin normative.

În realitate, analizând structura devizului, document ce constituie elementul fundamental al ofertei, se observă că legiuitorul a înțeles să impună respectarea unei forme precise doar pentru cheltuielile directe, unde, pentru fiecare articol ce reprezintă o categorie de lucrări și cheltuiala aferentă acestora, s-a stabilit o formă precisă, o proporție determinată, reglementată cu precizie prin nomenclatoare, indicatoare norme de deviz.

Ori, în procesul de analiză al ofertelor primite, autoritățile contractante au obligația de a identifica eventualele îndepărtări ale ofertanților de la respectarea acestor proporții bine delimitate sau de la respectarea cantităților impuse prin caietul de sarcini.

Contestatoarea apreciază că doar cheltuielile directe sunt de natură a fi ofertate în cadrul unei proceduri de achiziție, întrucât cotele din coada de deviz datorate statului sunt elemente fixe iar profitul și cheltuielile indirecte al operatorului economic sunt elemente variabile și intrinseci modului de derulare a activității operatorului economic iar nu elemente de preț ofertate, cum greșit susține autoritatea contractantă în solicitarea de clarificări.

Cheltuielile indirecte nu sunt nici prețuri de achiziție, nici prețuri de execuție, nici tarife care să fie defalcate pe categorii de material, manopera, utilaj și transport, ci elemente procentuale aplicate categoriilor de lucrări din cadrul devizului, potrivit propriei politici a operatorilor economici.

Se observă că legiuitorul a perceput natura subiectivă a cheltuielilor indirecte și prin urmare a înțeles să lase la latitudinea ofertanților modul în care aceștia înțeleg să le stabilească structura și întinderea.

În consecință, autoritățile contractante trebuie să își realizeze obligația de a constata conformitatea, certitudinea și corectitudinea ofertelor prin prisma cheltuielilor directe care sunt certe, măsurabile și cuantificabile, iar nu prin prisma cheltuielilor indirecte, care nu pot face obiectul unei comparații și nici măcar a unei impuneri sau a unei rânduiri din partea autorității contractante.

Operatorii economici își alocă, pe categoriile de cheltuieli indirecte, sume ce pot privi costuri temporare sau de lungă durată, cunoscute sau estimative, care se pot descărca prin intermediul unuia sau mai multor contracte de execuție, raportat la o cifră de afaceri previzionată, care se poate atinge sau nu, sau care se poate chiar depăși semnificativ, toate acestea conducând la faptul că raportarea acestor cheltuieli pe o structură detaliată cu indicarea sumelor prevăzute pentru fiecare tip de cheltuială nu poate lumina cu nimic autoritatea contractantă în stabilirea conformității ofertei înaintate ci doar poate semnifica o solicitare excesivă și neproportională din partea acesteia.

Autoritatea contractantă nu poate fi în măsură să verifice conținutul, să compare sau să facă afirmații vis-à-vis de cheltuielile indirecte ale unui operator economic, atât timp cât nici măcar legiuitorul nu a înțeles să stabilească o regulă precisă, un quantum sau un nivel obligatoriu al acestora.

Pentru a se asigura de corectitudinea procesului de ofertare, din perspectiva cheltuielilor indirecte, contestatoarea consideră că simpla constatare a înregistrării unei cote în cadrul devizului ar trebui să fie suficientă și edificatoare pentru comisia de evaluare.

Mai mult, aceste informații constituie elemente ce fac obiectul secretului profesional al fiecărui operator economic, constituind rezultatul analizelor activității proprii și a politicii de eficiență și rentabilitate pe care și-o impune fiecare ofertant, ori dacă legiuitorul ar fi impus un nivel strict sau o structură precisă pentru această categorie de cheltuieli, s-ar putea ajunge la o uniformizare a prețului în piață, fapt ce ar afecta grav principiile concurenței libere.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă avea obligația de a preciza în cadrul invitației de participare, a fișei de date sau a caietului de sarcini, că, în sensul atribuirii prezentului contract, solicită sau că va solicita prezentarea unor astfel de informații detaliate privind cheltuielile indirecte, pentru ca ofertanții să fie în măsură să cunoască, încă înainte de a depune oferta, care sunt pretențiile autorității contractante și prin urmare să poată lua o decizie corectă privitoare la participarea în cadrul acestei achiziții publice.

Or, adaugarea unor astfel de cerințe, ce exced firescul, prin intermediul solicitărilor de clarificări, constituie, pe de-o parte, o completare/modificare a documentației inițiale de atribuire, realizată prin intermediul solicitărilor de clarificări, iar pe de altă parte, constituie un derapaj de la limitele normale stabilite de legiuitor prin intermediul reglementărilor din legislația achizițiilor publice.

Trebuie reținut că autoritățile contractante au obligația de a stabili calificarea și potențialul tehnic și financiar al ofertantului prin prisma criteriilor minime impuse acestuia prin intermediul documentației de

atribuire iar nu de a solicita informații excesive, informații cu caracter sensibil, ce depășesc sfera de interes a achizitorului.

Pentru a se feri de o eventuală înțelegere sau interpretare greșită, vis-a-vis de modul de constituire, întinderea și forma de distribuire a cheltuielilor directe, contestatoarea s-a adresat în acest sens unui expert contabil.

Expertul, după enunțarea mai multor reglementări specifice, concluzionează că:

"[...] procentul de cheltuieli indirecte se constituie prin luarea în considerare a tuturor categoriilor de cheltuieli necesare realizării obiectului de activitate al operatorului economic, altele decât cele ce fac obiectul cheltuielilor directe, fiind unul individual, propriu și esențial fiecărui operator economic" și că "acest procent se stabilește de către societate, fie prin analiza exercițiilor financiare anterioare, fie este stabilit în funcție de bugetul de venituri și cheltuieli preconizat a se realiza în anul curent, fără a se limita doar la aceste variante de calcul".

În privința modului de distribuire a cheltuielilor indirecte expertul concluzionează că: *"modul de calcul al acestuia se reglementează prin procedurile proprii, interne ale societății, cheia de repartitie pe contractele existente și/sau ofertate fiind stabilită pe baza propriilor analize" și că "Procentul și implicit valoarea cheltuielii nu se repartizează neapărat uniform ci poate fi distribuit inegal între contractele concomitente sau succesive, întrucât natura contractelor poate fi diferită sau unitară și similar și abordarea acestora se face prin prisma unor calcule de oportunitate comună, ținând seama și de caracterul fix și/sau variabil al cheltuielilor indirecte".*

Din această perspectivă, contestatoarea susține că autoritatea contractantă nu e în măsura să deslușească sau să tragă concluzii privind conformitatea unei oferte, prin analiza sumelor repartizate de respectivul operator economic pe un anumit contract de achiziție, pentru fiecare din cheltuielile individuale ce compun cheltuielile indirecte.

Dacă autoritatea contractantă ar intenționa ca acest procent să fie indicat în ofertă în așa fel încât să se acopere integral anumite categorii de cheltuieli indirecte ale operatorului economic, și doar din sumele aferente acestei licitații, atunci s-ar impune ca această cerință să se regăsească alături de valoarea estimată și de cea a cheltuielilor directe și neprevăzute, în cadrul documentației de atribuire. De asemenea, autoritatea ar putea indica procentul de cheltuieli indirecte luat în seamă de proiectant la momentul întocmirii devizului confidențial sau ar putea indica că este "obligatorie" respectarea procentelor orientative indicate de ghidurile de proiectare a lucrărilor din fonduri publice.

Pe de altă parte, atâta timp cât autoritatea contractantă este în măsură să își asume responsabilitatea și riscul de a indica sau nu un anumit nivel procentual pentru acoperirea eventualelor cheltuieli diverse și neprevăzute, contestatoarea apreciază că similar, și operatorii economici sunt în măsură să-și asume un anumit nivel de acoperire a unor costuri mai mult sau mai puțin cuantificabile, din cuprinsul unei anumite lucrări sau din cuprinsul mai multor lucrări.

Evidențierea acestor sume constituie și un efort semnificativ, nejustificat și neproportional pentru operatorul economic, întrucât în cuprinsul Anexei 6 din Normativului P91, enunțat mai sus, se poate identifica o structură de 38 de categorii de cheltuieli, grupate în 4 clase principale, având în conținutul lor sute de cheltuieli individuale.

Autoritatea contractantă a cerut "detalierea structurii și conținutului cotei de cheltuieli indirecte" și "specificarea sumelor prevăzute" pentru fiecare categorie în parte.

Este evident că activitatea comercială a fiecărui operator economic are drept scop final obținerea beneficiului însă modalitatea de obținere a acestuia este proprie fiecărui operator economic, calculele avute în vedere de acesta, modul de distribuire a cheltuielilor indirecte și a altor factori generatori de risc fiind exclusiv politica internă a ofertantului.

De aceea, autoritatea contractantă, pentru a se asigura pe deplin de capacitatea operatorului economic de a-și îndeplini cu succes obligațiile asumate, are posibilitatea de a verifica:

- toate cheltuielile acestuia privind materialele utilizate, manopera, transporturile și utilajele, prin prisma cheltuielilor directe oferate, cheltuieli cuantificabile, comparabile și nu în ultimul rând impuse ofertantului,

- toate cheltuielile stabilite conform prevederilor legale precum: CAS, șomaj, fond de risc și altele nominalizate:

- detaliile financiare/fiscale ale ofertantului, disponibile online pe site-ul Ministerului Finanțelor;

- capacitatea tehnică și economică demonstrată de ofertant prin documentația de calificare;

- respectarea cerințelor de calitate și de mediu și modul de respectare a prevederilor din caietul de sarcini prin prisma ofertei tehnice depuse, s.a; iar nu de a se aventura în politica proprie de management a ofertantului, pentru a percepe și cataloga modul în care acesta din urmă înțelege să își organizeze și distribuie anumite cheltuieli de funcționare, cum sunt cele indirecte.

Trebuie observat că, atât în conținutul solicitării de clarificări, cât și în cadrul răspunsului său la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă omite să indice vreo reglementare specifică sau un temei legal pentru a justifica cerința contestată, limitându-se doar la a folosi o exprimare generală: "potrivit prevederilor legale în vigoare" și "toate prevederile legale și contractuale aplicabile", fapt ce atrage atenția asupra nerespectării prevederilor art. 134, alin. (4) din cadrul HG nr. 395/2016, unde se arată că solicitarea "trebuie să fie clară și să definească în mod explicit și suficient de detaliat" ce se dorește a fi comunicat și, mai mult, atrage atenția asupra faptului că nici măcar la momentul respingerii notificării prealabile, comisia de evaluare nu e în măsură să comunice o încadrare legală, un temei concret pentru solicitarea sa privind cheltuielile indirecte.

Articolul 210 din Legea nr. 98/2016, invocat în debutul solicitării de clarificări, stabilește obligația autorității contractante de a solicita clarificări ofertanților care au un preț neobișnuit de redus iar la aliniatul (2) îndrumă autoritățile contractante în direcția în care trebuie solicitate clarificările de

justificare a prețurilor, ori în cadrul literelor a-f din acest aliniat, nu se regăsește încadrarea cerinței privind cheltuielile indirecte adresată contestatoarei.

Mai mult, contestatoarea afirmă că valoarea ofertei depuse constituie 84,2% din valoarea estimată, astfel aceasta neaflându-se în prezența prețului "neobișnuit de scăzut prevăzut de art. 210".

Autoritatea contractantă a transmis documentele necesare soluționării contestației, precum și punctul său de vedere nr. 10742/27.02.2017, înregistrat la Consiliu cu nr. 7197/01.03.2017, în care solicită respingerea contestației ca nefondată.

Autoritatea contractantă menționează că prezenta procedură de atribuire se află în faza de evaluare a propunerilor financiare.

În data de 06.02.2017, comisia de evaluare a ofertelor 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 ale acestora, comisia de evaluare a hotărât, în temeiul prevederilor art. 210 alin. (1) din Legea nr. 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".

Contestatoarea a răspuns prin adresa nr. 860/13.02.2017, doar la primele două cerințe din solicitarea menționată mai sus, nerăspunzând la cerința privitoare la "3. Detalierea structurii și conținutului cotei de cheltuieli indirecte ofertate, potrivit prevederilor legale în vigoare, cu specificarea sumelor prevăzute pentru fiecare categorie de cheltuieli", formulând totodată notificarea prealabilă nr. 1234/10.02.2017, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 860/13.02.2017, prin care a solicitat să se renunțe la acest ultim punct al solicitării de clarificări.

Prin răspunsul său nr. 10610/13.02.2017 la notificarea prealabilă nr. 1234/10.02.2017, autoritatea contractantă i-a comunicat ofertantului că nu este de acord cu solicitarea sa și ca urmare, nu va adopta măsuri de remediere a pretensei încălcări a prevederilor și principiilor legislației achizițiilor publice, prezentându-i în scris motivele pentru care a luat această decizie.

Autoritatea contractantă apreciază că motivele invocate de către contestatoare sunt nefondate, precizând, în acest sens, că în cadrul documentației de atribuire a fost indicat în fișa de date la pct. III.1.5) Legislația aplicabilă, inclusiv Ordinul nr. 1568/2002 pentru aprobarea reglementării tehnice "Ghid pentru elaborarea devizelor la nivel de

categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice".

În cadrul ghidului amintit anterior este prevăzut în mod clar:

"Valoarea de deviz a fiecărei categorii de lucrări se determină ca sumă a următoarelor capitole de cheltuieli: • cheltuieli directe pe categorii de resurse (materiale, manoperă, utilaj, transport); • alte cheltuieli directe, determinate de taxe datorate de către agentul economic (executantul) potrivit prevederilor legale în vigoare (CAS, șomaj, sănătate, fond risc, și alte cheltuieli de aceeași natură); • cheltuieli indirecte; • profit."

Așadar, cheltuielile indirecte reprezintă unul dintre elementele ce stau la baza modului de formare a prețului unei oferte.

Comisia de evaluare are obligația de a solicita justificări de preț și de a efectua verificări detaliate ale tuturor componentelor care formează prețul ofertei, deci inclusiv a sumei rezultate prin aplicarea cotei de cheltuieli indirecte, a cărei realitate trebuie verificată.

Ținând cont de aspectele prezentate mai sus, autoritatea contractantă consideră că solicitarea privind "Detalierea structurii și conținutului cotei de cheltuieli indirecte ofertate potrivit prevederilor legale în vigoare, cu specificarea sumelor prevăzute pentru fiecare categorie de cheltuieli", are ca scop stabilirea realității și corectitudinii modului de formare a prețului ofertat.

Orice decizie a comisiei de evaluare privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente, neclare sau incerte care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei.

Comisia de evaluare are, deci, obligația de a analiza toate elementele care formează prețul ofertei pentru a se putea stabili cu exactitate dacă propunerea financiară a unui ofertant este una reală și fermă.

Operatorii economici, în elaborarea ofertei financiare, sub toate aspectele acesteia, trebuie să țină cont atât de toate prevederile legale în vigoare, cât și de clauzele impuse prin modelul de contract ce urmează a fi încheiat și pe care și l-au însușit prin semnătură, neputând propune prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe sau care nu pot fi justificate.

Este adevărat că operatorii economici au libertatea de a-și stabili în mod individual cota de cheltuieli indirecte, dar în același timp au obligația de a respecta, la stabilirea acestei cote, toate prevederile legale și contractuale aplicabile asumate.

Cu privire la acest aspect autoritatea contractantă face precizarea că ofertantul SC ... SRL a prevăzut în cadrul ofertei sale o cotă a cheltuielilor indirecte de doar 1%, modalitate prin care a redus în mod nejustificat prețul ofertei sale.

În cadrul cheltuielilor indirecte, în conformitate cu conținutul posibil al acestora stabilit prin "Ghidul pentru elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice", trebuie incluse în mod obligatoriu și o serie de cheltuieli care rezultă atât din prevederi legale, cât și din clauzele contractuale.

Autoritatea contractantă prezintă cu titlu exemplificativ, dar fără a se limita la acestea, câteva categorii de cheltuieli care trebuie incluse în mod obligatoriu în cadrul cheltuielilor indirecte:

- Retribuții 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.

A se vedea:

1) cerința din formularul de contract 10.10 Execuția lucrărilor alin. 1. Executantul are următoarele obligații:

- 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);

- Amortizarea mijloacelor fixe de interes general (a se vedea Legea nr. 15 din 24 martie 1994 actualizată privind amortizarea capitalului imobilizat în active corporale și necorporale);

- Cheltuieli cu protecția muncii (a se vedea Legea 319 din 2006 privind securitatea și sănătatea în muncă și cerința din formularul de contract 10.13 Legislația Muncii și Programul de lucru alin. 1. Executantul va respecta întreaga legislație a muncii care se aplică personalului, inclusiv legislația în vigoare privind angajarea, programul de lucru, sănătate, securitatea muncii, asistență socială, emigrare și repatriere, și îi va asigura acestuia toate drepturile legale);

- Cheltuieli pentru amenajarea și întreținerea șantierului (a se vedea cerințele din formularul de contract 10.10 Execuția lucrărilor alin. 9 lit. b) Pe parcursul execuției lucrărilor și remedierii defectelor calitative, executantul are obligația:

b) de a procura și de a întreține pe cheltuiala sa toate dispozitivele de iluminare, protecție, îngrădire, alarmă și pază, când și unde sunt necesare sau au fost solicitate de către achizitor sau de către alte autorități competente, în scopul protejării lucrărilor sau al asigurării confortului riveranilor;

2) alin. 13 (1) Executantul are obligația de a suporta toate cheltuielile și taxele pentru căile de acces cu destinație specială și/sau temporară care îi pot fi necesare, inclusiv cele pentru accesul pe șantier. De asemenea, executantul va obține, cu riscul și pe cheltuiala sa, orice alte facilități suplimentare din afara șantierului, care îi pot fi necesare la execuția lucrărilor care fac obiectul prezentului contract.

(2) Executantul este responsabil (în relația dintre părți) de lucrările de întreținere, care pot fi necesare ca urmare a folosirii de către acesta a drumurilor de acces;

(3) Executantul are obligația de a asigura toate marcajele și indicatoarele de-a lungul drumurilor de acces și de a obține aprobarea autorităților competente pentru marcaje și indicatoare precum și pentru utilizarea acestor drumuri; Achizitorul nu va fi răspunzător pentru revendicările generate de utilizarea drumurilor de acces);

- Cheltuieli privind asigurarea lucrărilor de construcții (a se vedea cerințele din formularul de contract 23 Asigurări:

23.1. Executantul are obligația de a încheia o asigurare de răspundere civilă profesională, care va acoperi riscul de neglijență profesională în executarea lucrărilor. Acesta va depune toate eforturile sale pentru a menține în vigoare asigurarea de răspundere civilă profesională până la recepția finală a lucrărilor executate în baza proiectului.

23.2. Executantul are obligația de a înștiința achizitorul sau destinatarul, de orice dificultate în extinderea, reînnoirea și restabilirea acestei asigurări.

23.3. (1) Executantul are obligația de a încheia, înainte de începerea lucrărilor, o asigurare ce va cuprinde toate riscurile ce ar putea apărea privind lucrările executate, utilajele, instalațiile de lucru, echipamentele, materialele pe stoc, personalul propriu și reprezentanții împuterniciți să verifice, să testeze sau să recepționeze lucrările, precum și daunele sau prejudiciile aduse către terțe persoane fizice sau juridice.

(2) Asigurarea se va încheia cu o agenție de asigurare autorizată. Contravaloarea primelor de asigurare va fi suportată de către executant din capitolul „Cheltuieli indirecte”.

(3) Executantul are obligația de a prezenta achizitorului, ori de câte ori i se va cere, polița sau polițele de asigurare și recipisele pentru plata primelor curente (actualizate).

(4) Executantul are obligația de a se asigura că subcontractanții au încheiat asigurări pentru toate persoanele angajate de ei. El va solicita subcontractanților să prezinte achizitorului, la cerere, polițele de asigurare și recipisele pentru plata primelor curente (actualizate).

23.4. Executantul are obligația să asigure utilajele pentru o valoare cel puțin egală cu valoarea totală de înlocuire a acestora, inclusiv livrarea pe șantier. Pentru fiecare din utilajele executantului asigurarea trebuie să fie în vigoare pe perioada transportului pe șantier și până în momentul în care utilajul nu mai este necesar ca utilaj al executantului.

23.5 Achizitorul nu va fi responsabil pentru niciun fel de daune-interese, compensații plătibile prin lege, în privința sau ca urmare a unui accident sau prejudiciu adus unui muncitor sau altei persoane angajate de executant, cu excepția unui accident sau prejudiciu rezultând din vina achizitorului, a agenților sau a angajaților acestuia).

De asemenea, autoritatea contractantă face precizarea că ofertantul SC ... SRL a prezentat în cadrul ofertei sale o "Declarație de acceptare a condițiilor contractuale generale și asumare a proiectului tehnic" prin intermediul căreia, sub semnătură, d-na ... administrator și reprezentant legal al contestatoarei, declară că "sunt de acord cu toate prevederile condițiilor contractuale generale publicate în cadrul prezentei proceduri de atribuire și ne obligăm să respectăm toate obligațiile menționate în conținutul acestuia".

Prin solicitarea de clarificări nr. 10467/07.02.2017 la punctul nr. 3 s-a cerut detalierea structurii și conținutului cotei de cheltuieli indirecte oferite potrivit prevederilor legale în vigoare, cu specificarea sumelor prevăzute pentru fiecare categorie de cheltuieli, tocmai pentru a permite comisiei de evaluare să verifice modul în care ofertanții au prevăzut în

oferta lor, în cadrul cheltuielilor indirecte, sumele minime necesare pentru respectarea legislației în vigoare și a cerințelor contractuale.

Autoritatea contractantă apreciază că această solicitare nu poate fi considerată ca o cerință care excede celor prevăzute în invitația de participare, fișa de date sau caietul de sarcini, așa cum susține contestatoarea (care în loc să fundamenteze cheltuielile indirecte ca parte a propunerii financiare s-a limitat la a afirma că „solicitarea de clarificări excede prevederile și principiile legislației privind achizițiile publice”), ci reprezintă o îndeplinire a obligațiilor comisiei de evaluare cu privire la efectuarea verificărilor detaliate ale tuturor componentelor care formează prețul ofertei în vederea stabilirii modului de fundamentare a acestuia.

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 menționate anterior, autoritatea contractantă precizează faptul că autoritatea contractantă nu se face vinovată de încălcarea niciunei prevederi legale în domeniul achizițiilor publice, cerința nr. "3. Detalierea structurii și conținutului cotei de cheltuieli indirecte ofertate, potrivit prevederilor legale în vigoare, cu specificarea sumelor prevăzute pentru fiecare categorie de cheltuieli" a solicitării de clarificări nr.10467/07.02.2017 nu poate fi considerată ca o cerință care excede celor prevăzute în invitația de participare, fișa de date sau caietul de sarcini, așa cum susține contestatoarea.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... RA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online, privind atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Drum forestier Glodu – D.S.Argeș”. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr.

În etapa evaluării ofertelor, pe rolul Consiliului s-au mai aflat două dosare, respectiv contestația nr. nr. 4774/13.12.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 38412/15.12.2016, depusă de către SC ... SRL, soluționată prin decizia nr. ... și contestația nr. 1173/23.12.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 39733/23.12.2016, depusă de către SC ... SRL, soluționată prin decizia nr.

Ca urmare a deciziei Consiliului nr. ..., autoritatea contractantă a trecut în etapa evaluării propunerilor financiare, iar prin adresa nr. 10467/07.02.2016, i-a solicitat contestatoarei SC ... SRL clarificări privind propunerea financiară, în 3 puncte, la pct. 3 fiind solicitate următoarele: „detalierea structurii și conținutului de cheltuieli indirecte ofertate, potrivit prevederilor legale în vigoare, cu specificarea sumelor prevăzute pentru fiecare categorie de cheltuieli”. În urma primirii acestei

adrese, SC ... SRL a formulat notificare prealabilă, arătând că solicitarea autorității excede reglementărilor legale, cheltuielile indirecte fiind elemente proprii ale politicii de contractare a unei firme, indicând în sprijinul susținerilor sale prevederile Ghidului indicativ P91/1-02 privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice.

Autoritatea contractantă, în răspunsul formulat, arată că poate solicita astfel de clarificări, din moment ce cheltuielile indirecte sunt elemente ale propunerii financiare, realitatea lor fiind verificată de comisia de evaluare.

În punctul de vedere cu privire la contestație, autoritatea contractantă arată că anumite prevederi din contract impun astfel de verificări (art. 10.10 alin. 9 și 13 și art. 23).

Analizând argumentele părților, Consiliul reține că paragrafele din contract citate de autoritatea contractantă nu au niciun fel de relevanță sub aspectul cheltuielilor indirecte, toate cheltuielile aferente contractului a cărui atribuire se urmărește fiind necesar a se include în propunerea financiară ca și cheltuieli directe. Contribuțiile de asigurări sociale ale personalului implicat în derularea contractului trebuie să se regăsească în cheltuielile cu forța de muncă, și nu în cheltuielile indirecte.

Potrivit prevederilor Ordinului Ministerului finanțelor publice nr. 1826/22.12.2016, „(a) Cheltuielile directe **sunt acele cheltuieli care se identifică pe un anumit obiect de calculație** (produs, serviciu, lucrare, comandă, fază, activitate, funcție, centru etc.) încă din momentul efectuării lor și ca atare se includ direct în costul obiectelor respective. Cheltuielile directe cuprind: costul de achiziție al materiilor prime și materialelor directe consumate, energia consumată în scopuri tehnologice, manopera directă (salarii, asigurări și protecția socială etc.), alte cheltuieli directe.

Cheltuielile indirecte **sunt acele cheltuieli care nu se pot identifica și atribui direct pe un anumit obiect de calculație, ci privesc întreaga producție a unei secții sau a persoanei juridice în ansamblul ei.** (b) Cheltuielile indirecte cuprind: - regia fixă de producție, formată din cheltuielile indirecte de producție care rămân relativ constante indiferent de volumul producției, cum ar fi: amortizarea utilajelor și echipamentelor, întreținerea secțiilor și utilajelor, precum și cheltuielile cu conducerea și administrarea secțiilor; - regia variabilă de producție, care constă în cheltuielile indirecte de producție, care variază în raport cu volumul producției, cum ar fi: cheltuielile indirecte cu consumul de materiale și forța de muncă”.

Deci, în măsura în care aceste cheltuielile se identifică pe un obiect de calculație, în cazul de față șantierul Drum forestier Glodu, aceste cheltuieli sunt considerate cheltuieli directe.

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 ȘI OBIECTE DE CONSTRUCȚII PENTRU INVESTIȚII 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 crește artificial prețul contractului. Faptul că în oferta contestatoarei există o cotă de cheltuieli indirecte aparent scăzută, nu conduce la concluzia insuficienței prețului, din moment ce în documentația de atribuire și în legislația contabilă aferentă nu există vreo dispoziție legală care să stabilească un nivel minim (sau maxim) al cheltuielilor indirecte, așa cum există, de pildă, în materie salarială.

Prin urmare, Consiliul consideră întemeiate criticile contestatoarei referitoare la punctul 3 din solicitarea de clarificări nr. 10467/07.02.2017, respectiv „detalierea structurii și conținutului de cheltuieli indirecte ofertate, potrivit prevederilor legale în vigoare, cu specificarea sumelor prevăzute pentru fiecare categorie de cheltuieli”, motiv pentru care se impune înlăturarea acestei întrebări din conținutul adresei respective, urmând ca ofertanta să răspundă la primele două puncte din adresa respectivă.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu ... și va dispune înlăturarea din conținutul solicitării de clarificări nr. 10467/07.02.2017 a punctului 3, respectiv „detalierea structurii și conținutului de cheltuieli indirecte ofertate, potrivit prevederilor legale în vigoare, cu specificarea sumelor prevăzute pentru fiecare categorie de cheltuieli”.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu ... și dispune înlăturarea din conținutul solicitării de clarificări nr. 10467/07.02.2017 a punctului 3, respectiv „detalierea structurii și conținutului de cheltuieli indirecte ofertate, potrivit prevederilor legale în vigoare, cu specificarea sumelor prevăzute pentru fiecare categorie de cheltuieli”.

Măsurile dispuse vor fi aduse la îndeplinire în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei.

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

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

...

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 13 (treisprezece) pagini.