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 înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 11131/29.03.2017, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului J.... şi Cod Unic de Înregistrare ..., reprezentată convenţional prin Cabinet de Avocat ... cu sediul în ... formulată împotriva documentaţiei de atribuire elaborată de PRIMĂRIA COMUNEI ... în calitate de autoritate contractantă cu sediul în comuna ..., referitoare la procedura simplificată online, privind atribuirea contractului de achiziţie publică de lucrări având ca obiect „Modernizare străzi şi drum de acces în localităţile Giulus şi Lascud, judeţul Mureş”, s-a solicitat „anularea punctului de vedere nr. 1560/24.03.2017”.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 11131/29.03.2017, SC ... SRL în calitate de operator economic interesat să participe la procedura de atribuire în cauză, critică faptul că prin punctul de vedere nr. 1560/24.03.2017, autoritatea contractantă a realizat o operaţiune de modificare a documentaţiei de atribuire faţă de informaţiile deja publicate fără a-şi îndeplinit obligaţia de a transmite spre publicare un anunţ tip erată la anunţul iniţial.

În fapt, contestatoarea menţionează că în cadrul proiectului urmează a fi realizate lucrări de straturi stabilizate cu liant enzimatic tip "Earthzyme" iar prin documentaţia de atribuire s-a prevăzut în mod expres faptul că pentru lucrările de stabilizare, *„Deoarece lucrarea nu este reglementată de normative şi stas-uri având caracter experimental, la baza întocmirii ofertelor tehnice şi a execuţiei lucrărilor vor sta obligatoriu agrementele tehnice pentru produs şi pentru procedeu de aplicare a liantului enzimatic”.*

De asemenea, potrivit prevederilor din caietul de sarcini, *„Prezentul caiet de sarcini cuprinde totalitatea acţiunilor, activităţilor şi măsurilor ce trebuie efectuate şi de la care nu se admit abateri, pentru realizarea stratului de fundaţie în parametrii calitativi optimi”*.

Prin clarificarea nr. 37, având nr. de înregistrare nr. 1496/23.03.2017, autoritatea contractantă răspunde la o întrebare din partea unui ofertant, în sensul că: *„Pentru îndeplinirea cerinţei «o descriere a modului de îndeplinire a contractului conform caietului de sarcini şi proiectului tehnic» se va descrie procedura de aplicaţie a produsului de stabilizare ofertat şi pentru care se va ataşa [1]agrement tehnic pentru produs şi [2]pentru procedură/procedeu de punere în operă".*

Contestatoarea menţionează că acest răspuns este în concordanţă cu prevederile menţionate în caietul de sarcini.

Cu toate acestea, împotriva răspunsului la clarificarea nr. 37, a fost formulată de către un operator economic o notificare prealabilă, la care autoritatea contractantă a emis punctul de vedere nr. 1560/24.03.2017.

În cadrul acestui punct de vedere, autoritatea contractantă menţionează următoarele*: "Autoritatea contractantă va remedia situaţia de la clarificarea nr. 37 în parte şi anume: în loc de «se va prezenta agrement tehnic atât pentru material cât şi pentru procedeu» Se va citi: «se va prezenta agrement tehnic pentru soluţiile de stabilizare a solului, cu aplicare în situ, cu aviz şi agrement tehnic în vigoare», astfel cum este precizat în punctul de vedere nr. 959/06.03.2017".*

În opinia contestatoarei, autoritatea contractantă modifică documentaţia de atribuire prin punctul de vedere, arătând faptul că nu mai este necesară prezentarea agrementului tehnic pentru procedură/ procedeu, aşa cum era prevăzut iniţial în caietul de sarcini.

Această concluzie se desprinde atât din răspunsul la solicitarea nr. 1, cât şi din răspunsul la solicitarea nr. 2 şi 3, unde se menţionează în mod expres faptul că: *"Conform răspunsului 1, solicitarea nr. 2/3, nu mai are obiect, întrucât nu mai sunt solicitate agremente de procedură”.*

Contestatoarea invocă neîndeplinirea obligaţiilor prevăzute de art. 55 din HG nr. 395/2016, respectiv obligaţia de a transmite o erată, obligaţia de a transmite spre publicare erata în termen de 3 zile şi obligaţia de a revizui DUAE.

Având în vedere răspunsurile ce se desprind din conţinutul punctului de vedere privind notificarea prealabilă nr. 1560/24.03.2017, în sensul că se vor accepta şi acei ofertanţi care nu au agrement tehnic de procedură/procedeu pentru operaţiunea de stabilizare cu produs enzimatic, autoritatea contractantă a realizat o operaţiune de modificare faţă de informaţiile deja publicate şi nu şi-a îndeplinit obligaţia de a transmite spre publicare un anunţ de tip erată la anunţul iniţial, precum îi revenea obligaţia de a revizui DUAE aferent procedurii de atribuire.

Or, având în vedere că în documentaţia de atribuire se menţionează în mod expres că este necesar atât un agrement tehnic pentru produs, cât şi un agrement tehnic pentru procedeu/ procedură, singura modalitate în care autoritatea contractantă putea schimba această cerinţă era aceea de modificare a caietului de sarcini.

În opinia contestatoarei, această modificare putea fi operată doar prin emiterea unei erate, în cadrul căreia să se menţioneze ce documente urmează a fi modificate şi care vor fi noile cerinţe. Astfel, în situaţia de faţă, autoritatea contractantă a încălcat atât obligaţia de a emite o erată, cât şi termenul până la care aceasta putea fi emisă. Astfel, punctul de vedere privind notificarea prealabilă nr. 1560/24.03.2017, prin care s-a modificat documentaţia de atribuire, reprezintă un act ce nu poate fi considerat o erată, ci este doar un răspuns la notificarea prealabilă transmisă de către un ofertant. În cazul în care autoritatea contractantă ar fi acceptat critica prevăzută în notificarea prealabilă, ar fi admis notificarea şi, pe cale de consecinţă, ar fi trebuit să emită o erată şi să dispună revizuirea DUAE, ceea ce nu s-a întâmplat.

În cazul în care se va aprecia că punctul de vedere în discuţie reprezintă o erată, contestatoarea solicită să se constate nulitatea acesteia, având în vedere faptul că nu a fost respectat termenul imperativ de 3 zile prevăzut de art. 55 alin. (1), respectiv autoritatea contractantă nu a publicat erata cu 3 zile lucrătoare înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau cererilor de participare.

În concret, punctul de vedere nr. 1560 a fost emis la data de 24 martie 2017, iar potrivit anunţului de participare simplificat, aşa cum a fost modificat, termenul limită pentru depunerea ofertelor a fost la data de 27 martie 2017.

De asemenea, contestatoarea invocă şi faptul că modificarea operată de către autoritatea contractantă contrazice dispoziţiile legale imperative din Legea privind calitatea în construcţii, nr. 10/1995, şi regulamentul privind agrementul tehnic pentru produse, procedee şi echipamente noi în construcţii (HG nr. 766/1997).

Dacă s-ar accepta autorităţii contractante posibilitea de a modifica documentaţia de atribuire în sensul excluderii obligaţiei de a prezenta şi un agrement tehnic de procedeu/procedură, atunci, s-ar ajunge în situaţia încălcării dispoziţiilor legale prevăzute de Legea nr. 10/1995 şi HG nr. 766/1997, respectiv a imposibilităţii pentru ofertantul ce ar fi declarat câştigător, de a executa lucrările pentru care este necesar un agrement tehnic.

Astfel, obligativitatea deţinerii unui agrement tehnic pentru procedeu/procedură este prevăzută de următoarele dispoziţii:

-Art. 25 lit. f) din Legea nr. 10/1995: *"Executantul lucrărilor de construcţii are următoarele obligaţii principale: (...)*

f) utilizarea în execuţia lucrărilor numai a produselor şi a procedeelor prevăzute în proiect, certificate sau pentru care există agremente tehnice, care conduc la realizarea cerinţelor, precum şi gestionarea probelor martor (...);"

-Art. 3 alin. 1 din H.G. nr. 766/1997: *"Existenţa agrementului tehnic, elaborat conform prevederilor prezentului regulament, constituie o condiţie obligatorie pentru furnizarea şi utilizarea produselor noi pentru construcţii".*

Agrementul tehnic este emis de o instituţie abilitată în acest domeniu a statului, respectiv Ministerul Dezvoltării Regionale şi Administraţiei Publice, prin Consiliul Tehnic Permanent pentru Construcţii. Agrementul

Tehnic este emis de aceeaşi instituţie a statului, agrement elaborat pe baza procedurilor şi a ghidurilor pentru agremente tehnice, avizate de grupele specializate, pe domenii, şi aprobate de Comisia Naţională de Agrement Tehnic în Construcţii.

Agrementul tehnic în construcţii este definit ca reprezentând o apreciere tehnică favorabilă concretizată într-un document scris asupra aptitudinii de utilizare, în conformitate cu cerinţele Legii calităţii în construcţii, a unor noi produse, procedee şi echipamente pentru care nu există şi nu pot fi încă elaborate standarde naţionale sau alte reglementări tehnice oficiale sau pentru care există astfel de standarde şi reglementări dar produsele nu se încadrează în cerinţele acestora, diferenţa influenţând una din cerinţele prevăzute la art. 5 din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcţii.

În cadrul procedurii de achiziţie publică s-a prevăzut că ofertanţii vor prezenta agremente tehnice atât pentru produs, cât şi pentru procedeu/procedură, în acest sens în caietul de sarcini s-a prevăzut în mod expres obligativitatea prezentării acestor agremente, precum şi faptul că *„nu se admit abateri pentru realizarea stratului de fundaţie în parametrii calitativi optimi”.*

Or, caietul de sarcini conţine, în mod obligatoriu, specificaţii tehnice, care, la rândul lor, reprezintă cerinţe, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, în aşa manieră încât să răspundă necesităţii autorităţii contractante.

Prin urmare, conţinutul caietului de sarcini este alcătuit în mod exclusiv de informaţii de ordin tehnic aferente lucrărilor care urmează a fi achiziţionate şi care corespund în mod exclusiv necesităţii autorităţii contractante.

Toate aceste informaţii conţinute de caietul de sarcini trebuie în mod obligoriu să respecte prescripţiile, parametrii şi cerinţele impuse de legislaţia în vigoare aplicabilă lucrărilor ce urmează a fi achiziţionate de către autoritatea contractantă.

În concluzie, având în vedere dispoziţiile legale incidente lucrărilor ce urmează a fi realizate în cadrul contractului de achiziţie publică, respectiv având în vedere dispoziţiile art. 25 din Legea nr. 10/1995 şi art. 3 alin. (1) din HG nr. 766/1997, contestatoarea apreciază că modificarea realizată de către autoritatea contractantă prin actul contestat contravine dispoziţiilor legale imperative analizate mai sus.

Contestatoarea mai invocă şi caracterul evaziv/neconcordanţele din clarificările aduse succesiv de către autoritatea contractantă cu privire la cerinţa agrementului tehnic de procedeu/procedură.

În acest sens, contestatoarea menţionează că în cadrul punctului de vedere nr. 1560/24.03.2017, autoritatea contractantă face menţiunea că această modificare este operată ca urmare a unei alte clarificări/modificări realizate printr-un alt punct de vedere, respectiv prin punctul de vedere nr. 959/06.03.2017.

Conform punctului de vedere nr. 959/06.03.2017, nu s-a renunţat la agrementul tehnic pentru procedeu/procedură.

Astfel, prin punctul de vedere nr. 959/06.03.2017, autoritatea contractantă, având în vedere notificarea prealabilă prin care se solicită

modificarea documentaţiei de atribuire în sensul acceptării şi a altor produse echivalente cu cele de tip Earthzyme, a clarificat această problemă în sensul că *"fiecare ofertant având libertatea să-şi compună reţeta articolului de deviz în funcţie de soluţia de stabilizare utilizată"*, fără a face nicio menţiune cu privire la agrementele necesare pentru soluţia tehnică agreată de către ofertant.

Din cuprinsul răspunsului formulat nu reiese faptul că autoritatea contractantă ar fi renunţat la agrementul tehnic pentru procedeu/ procedură.

În acest sens, ulterior punctului de vedere nr. 959/06.03.2017, autoritatea contractantă prin Clarificarea nr. 37 (adresa nr. 1496/23.03.2017), la răspunsul nr. 2, a specificat în mod expres: *"Pentru îndeplinirea cerinţei «o descriere a modului de îndeplinire a contractului conform caietului de sarcini şi proiectului tehnic» se va descrie procedura de aplicaţie a produsului de stabilizare ofertat şi pentru care se va ataşa [1]agrement tehnic pentru produs şi [2]pentru procedură/procedeu de punere în operă"*.

Ulterior, la o zi distanţă, autoritatea contractantă îşi schimbă opinia emisă prin Clarificarea nr. 37 şi emite un punct de vedere la notificarea prealabilă (adresa nr. 1560/24.03.2017) în care se exprimă evaziv cu privire la cele două agremente, nearătând că ar exista vreo renunţare din partea sa cu privire la agrementul tehnic pentru procedeu/procedură. De abia din conţinutul răspunsului la solicitarea nr. 2 şi nr. 3 reiese în mod expres faptul că nu mai sunt solicitate agremente de procedură.

Totodată, ca o presupusă justificare pentru această modificare, autoritatea contractantă arată în cadrul răspunsului la solicitarea nr. 1 că, propriu-zis, clarificarea nu ar mai fi fost necesară, întrucât acest aspect *"este precizat în puctul de vedere dat de autoritate nr. 959/06.03.2017".*

Or, în cadrul punctului de vedere nr. 959/06.03.2017 nu s-a făcut nicio renunţare sau modificare explicită sau implicită cu privire la necesitatea prezentării agrementelor tehnice pentru produs şi pentru procedeu/procedură. Aşa cum rezultă din punctul de vedere nr. 959/06.03.2017, obiectul acestei proceduri a fost acela de a accepta/clarifica sintagma tip Earthzyme, şi nu de a modifica necesitatea prezentării celor două agremente. Propriu-zis, ca urmare a punctului de vedere nr. 959/06.03.2017, autoritatea contractantă a confirmat faptul că sintagma "de tip Earthzyme" trebuie înţeleasă ca fiind nu restrictivă (adică doar produsul Earthzyme), ci permisivă, pentru orice produs echivalent.

Având în vedere conţinutul punctului de vedere nr. 959/06.03.2017, respectiv faptul că acesta nu conţine nicio renunţare explicită la vreunul dintre cele două agremente, contestatoarea nu a apreciat ca fiind necesar să atace acest act al autorităţii contractante la acel moment.

Autoritatea contractantă a transmis documentele necesare soluţionării contestaţiei precum şi punctul său de vedere nr. 1827/04.04.2017, înregistrat la Consiliu cu nr. 12145/05.04.2017, în care solicită respingerea contestaţiei ca nefondată şi lipsită de obiect, întrucât depunerea acesteia este tardivă având în vedere că procedura la data depunerii contestaţiei se afla în etapa de evaluare.

Autoritatea contractantă menţionează că prin punctul de vedere nr. 1560/24.03.2017, nu se modifică continutul documentaţiei de atribuire şi nici elementele care descriu contextul achiziţiei publice, încât să aibă ca efect schimbarea indicatorilor principali ce caracterizează rezultatul contractului.

Autoritatea contractantă susţine că prin punctul de vedere, a clarificat elementul pentru care societatea care a emis notificarea, se simţea vătămată, deoarece acel element aducea o completare a documentaţiei, iar timpul necesar pentru a reface oferta era foarte scurt fiind incident art. 153 şi 161 din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 55 din HG nr. 395/2016.

Potrivit legislaţiei cu privire la utilizarea materialelor de construcţii din România, este obligatorie obţinerea Agrementului Tehnic pentru materialele care nu au reglementări tehnice oficiale. Procedeul/procedura de aplicare, sau specificaţiile de punere în operă sunt fie descrise în Agrementul Tehnic al produsului, fie într-un Agrementul Tehnic de procedeu, a cărui obţinere depinde de opţiunea producătorului şi nu este o obligaţie legală.

Astfel, autoritatea contractantă a menţionat în clarificări (fără a aduce vreo modificare prevederilor iniţiale), că nu poate restricţiona accesul agenţilor economici, la procedura de achiziţie, pentru motivul că materialul utilizat, nu are Agrement Tehnic de procedeu/procedură, câtă vreme acest lucru nu este o obligaţie legală.

Intenţia societăţii SC ... SRL este de a avea un avantaj în faţă celorlalţi participanţi la procedură, prin prezentarea unui Agrement Tehnic de procedură, dar acest lucru nu este posibil în contextul legislaţie europeane.

Având în vedere cele precizate anterior, autoritatea contractanta a recurs la remedierea situaţiei în cauză tocmai pentru a nu intra sub incidenţa art. 153 şi art. 161 din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 55 din HG nr. 395/2016.

Referitor la sintagma „nu s-a procedat nici la revizuirea DUAE", autoritatea contractantă consideră nefondată afirmaţia contestatoarei deoarece Documentul Unic European al Achiziţiei Publice este o declaraţie pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autorităţile publice sau de către terţi, care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplineşte următoarele condiţii:

a. nu se află în niciuna din situaţiile de excludere menţionate la art. 164, art.165 şi art.167;

b. îndeplineşte criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă;

c. dacă este cazul, îndeplineşte criteriile de selecţie stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi.

Concluzionând din cele relatate mai sus, DUAE nu are nici o legătură cu modul de întocmire a propunerii tehnice în raport cu cerinţele solicitate prin caietul de sarcini.

Autoritatea contractantă susţine că dacă autorul contestaţiei se simţea lezat, putea depune o notificare prealabilă până în data depunerii

ofertelor respectiv 27.03.2017 ora 15.00, dar acesta a preferat cu rea intenţie să depună direct contestaţie nerespectând legislaţia în vigoare respectiv art. 6 din Legea nr. 101/2016.

În final, autoritatea contractantă învederează că la prezenta procedură de atribuire au depus ofertă 10 societăţii comerciale care, dacă se simţeau lezate de punctul de vedere din data de 24.03.2017, depuneau notificare prealabilă în acest sens.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 12815/07.04.2017, SC .... SRL formulează concluzii scrise ca urmare a punctului de vedere emis de către autoritatea contractantă în care reiterează cele menţionate în cadrul contestaţiei, precizând că autoritatea contractantă a solicitat iniţial ca ofertanţii să prezinte un Agrement tehnic pentru produs, cât şi un Agrement tehnic pentru procedeu/procedură, iar ca urmare a punctului de vedere, a eliminat cerinţa Agrementului tehnic pentru procedeu/procedură, care reprezintă o modificare a informaţiilor iniţial prezentate de autoritatea contractantă.

Referitor la afirmaţia autorităţii contractante conform căreia modificarea operată nu contravine dispoziţiilor legale aplicabilă executării lucrărilor de tipul celor ofertate, iar obţinerea Agrementului tehnic de procedeu/procedură depinde de opţiunea producătorului, nefiind o obligaţie legală, contestatoarea precizează că autoritatea contractantă nu indică nicio dispoziţie legală în susţinerea acestui agrement.

Totodată, contestatoarea invocă prevederile art. 12 din Legea nr. 10/1995 potrivit cărora:

(1) *Agrementele tehnice în construcţii stabilesc, în condiţiile prezentei legi, aptitudinea de utilizare, condiţiile de fabricaţie, de transport, de depozitare, de pundere în operă şi de întreţinere a acestora.*

(2) *La lucrările de construcţii care trebuie să asigure nivelul de calitate conform cerinţelor, se vor folosi produse, procedee şi echipamente tradiţionale, precum şi altele noi pentru care există agremente tehnice corespunzătoare".*

De asemenea, contestatoarea susţine că prin modificarea caietului de sarcini, autoritatea contractantă încalcă şi condiţiile în baza cărora a fost obţinută finanţarea execuţiei contractului de achiziţie publică. Modificarea operată, fără a avea aprobarea ordonatorului principal de credite, Ministerul Dezvoltării Regionale şi Administraţiei Publice, constituie o încălcare şi a condiţiilor de finanţare prevăzute de OUG nr. 28/2013 pentru aprobarea Programului naţional de dezvoltare locală.

Prin adresa nr. 1957/11.01.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 13125/11.04.2017, autoritatea contractantă formulează punctul de vedere având în vedere concluziile scrise emise de către SC ...SRL, în care menţionează că a solicitat, potrivit legislaţiei în vigoare, Agrementul tehnic în construcţii care este o apreciere tehnică favorabilă concretizată într-un document scris, asupra aptitudinii de utilizare, în conformitate cu cerinţele legii calităţii în construcţii, a unor noi produse, procedee şi echipamente pentru care nu există şi nu pot fi încă elaborate standarde naţionale sau alte reglementări tehnice oficiale sau pentru care există astfel de standarde şi reglementări, dar produsele nu se încadrează în cerinţele

acestora, diferenţa influenţând una dintre cerinţele prevăzute la art. 5 din Legea 10/1995 privind calitatea în construcţii.

Agrementul tehnic se eliberează în conformitate cu prevederile Legii nr.10/1995 privind calitatea în construcţii şi ale Regulamentului privind agrementul tehnic pentru produse, procedee şi echipamente noi în construcţii, cuprins în anexa nr. 5 a HG nr. 766/1997.

Având în vedere că printre materialele utilizate în cadrul lucrărilor propuse există şi materiale noi, s-a considerat că pentru produsele pentru care s-au eliberat agremente tehnice şi care sunt supuse acţiunii de certificare de conformitate a calităţii, conform prevederilor din anexa nr.7 a HG nr. 766/1997, dacă respectă legislaţia în vigoare, nu trebuie să se solicite informaţii suplimentare care ar putea conduce la decalarea perioadei de depunere a ofertelor sau care ar putea dezavantaja vreun ofertant.

În conformitate cu Legea nr. 10/2005, art 23, lit. f) s-a cerut prezentarea unor documente de certificare a calităţii şi agremente tehnice pentru toate materialele care intră în componenţa lucrării şi pentru care executantul are în obligaţie «*f) utilizarea în execuţia lucrărilor numai a produselor şi a procedeelor prevăzute în proiect, certificate sau pentru care există agremente tehnice, care conduc la realizarea cerinţelor, precum şi gestionarea probelor-martor; înlocuirea produselor şi a procedeelor prevăzute în proiect cu altele care îndeplinesc condiţiile precizate şi numai pe baza soluţiilor stabilite de proiectanţi cu acordul investitorului*».

Operatorii economici trebuie să furnizeze dovezi prin care să fie atestată conformitatea produselor (materiale de construcţii, în cazul din speţă) cu standardele în vigoare. În acest sens, ar trebui prezentate copii ale documentelor (certificat de conformitate/certificat de control al producţiei/agrement tehnic cu aviz tehnic/certificat CE) care fac dovada conformităţii acestora, conform cerinţelor HG nr. 622/2004 şi/sau HG nr. 1236/2012. În caz contrar, autoritatea contractantă riscă să semneze un contract de achiziţie publică cu un ofertant ce foloseşte materiale ori semifabricate fără certificate de calitate corespunzătoare şi care nu ar fi în măsură să asigure cerinţele esenţiale ale calităţii construcţiei, la nivelul prevăzut de art. 5 al Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcţii.

În final, autoritatea contractantă învederează că nu a dorit să fie acuzată de favorizarea unui singur ofertant şi din acest motiv a permis participarea la procedură a tuturor produselor care pot asigura aceleaşi rezultate, respectiv a tuturor produselor agrementate conform legislaţiei în vigoare.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online, privind atribuirea contractului de achiziţie publică de lucrări având ca obiect „Modernizare străzi şi drum de acces în localităţile Giulus şi Lascud, judeţul Mureş”. În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP invitaţia de participare nr. ..., valoarea estimată a procedurii fiind de 10.834.109 lei.

Ca urmare a publicării în SEAP a clarificării nr. 37 având nr. de înregistrare nr. 1496/23.03.2017, autoritatea contractantă răspunde la o întrebare din partea unui ofertant, în sensul că: *„Pentru îndeplinirea cerinţei «o descriere a modului de îndeplinire a contractului conform caietului de sarcini şi proiectului tehnic» se va descrie procedura de aplicaţie a produsului de stabilizare ofertat şi pentru care se va ataşa [1] agrement tehnic pentru produs şi [2] pentru procedură/procedeu de punere în operă".*

Ulterior, în urma unei notificări prealabile din partea unui operator economic, autoritatea contractantă a emis punctul de vedere nr. 1560/24.03.2017.

În cadrul acestui punct de vedere, autoritatea contractantă menţionează următoarele*: "Autoritatea contractantă va remedia situaţia de la clarificarea nr. 37 în parte şi anume: în loc de «se va prezenta agrement tehnic atât pentru material cât şi pentru procedeu» Se va citi: «se va prezenta agrement tehnic pentru soluţiile de stabilizare a solului, cu aplicare în situ, cu aviz şi agrement tehnic în vigoare», astfel cum este precizat în punctul de vedere nr. 959/06.03.2017".*

Ca urmare a publicării acestui punct de vedere, a formulat contestația în analiză SC ... SRL, în calitate de operator interesat de participarea la procedură, invocând vicii în ceea ce privește publicarea conținutului clarificării, respectiv nepublicarea unui anunț tip erată și a unui formular DUAE revizuit, în condițiile în care autoritatea contractantă a solicitat iniţial ca ofertanţii să prezinte un Agrement tehnic pentru produs, cât şi un Agrement tehnic pentru procedeu/procedură, iar ca urmare a punctului de vedere, a eliminat cerinţa Agrementului tehnic pentru procedeu/procedură, care reprezintă o modificare a informaţiilor iniţial prezentate de autoritatea contractantă.

Autoritatea contractantă invocă lipsa de obiect a contestației, întrucât depunerea acesteia ,,este tardivă având în vedere că procedura la data depunerii contestaţiei se afla în etapa de evaluare'' și că societatea contestatoare ,,putea depune o notificare prealabilă până în data depunerii ofertelor respectiv 27.03.2017 ora 15.00, dar a preferat cu rea intenţie să depună direct contestaţie nerespectând legislaţia în vigoare respectiv art. 6 din Legea nr. 101/2016''.

Analizând modul de formulare a punctului de vedere exprimat, Consiliul deduce că se invocă inadmisibilitatea contestației, pe motiv că nu s-ar fi depus notificare prealabilă.

În ceea ce privește tardivitatea depunerii contestației, autoritatea nu calculează, în niciun fel, termenul de depunere a contestației, raportat la data publicării actului atacat. În ceea ce privește lipsa de obiect a contestației, autoritatea nu motivează, în niciun fel, excepția.

Verificând formal contestația depusă, Consiliul observă că nu era necesară depunerea unei notificări prealabile, având în vedere că obiectul contestației este anularea unei măsuri de remediere, avâmd în vedere dispozițiile art. 6 alin. (11) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora ,,Prin excepţie de la prevederile alin. (1) şi (10), **orice persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă potrivit alin. (5) poate depune contestaţie**

în faţa Consiliului sau instanţei fără îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă''. De asemenea, așa cum s-a arătat mai sus, obiectul contestației, respectiv solicitarea contestatoarei în legătură cu actul atacat, este anularea punctului de vedere nr. 1560/24.03.2017, referitoare la solicitarea agrementelor de procedură. În același timp, contestația depusă în data de 29.03.2016, vizând actul publicat în data de 24.03.2016 respectă termenul prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, prin urmare, Consiliul va respinge excepțiile invocate.

Pe fondul contestației depusă de SC ... SRL, Consiliul reține caracterul acesteia vădit nefondat.

În ceea ce privește presupusa neîndeplinire de către autoritatea contractantă a obligațiilor prevăzute la art. 55 din HG nr. 395/2016, Consiliul reține că situația de fapt nu se circumscrie dispozițiilor enunțate de contestatoare. Astfel, articolul evocat are următorul conținut: *,,(1) În cazul în care, după publicarea unui anunţ, intervin anumite modificări faţă de informaţiile deja publicate, autoritatea contractantă are obligaţia de a transmite spre publicare un anunţ de tip erată la anunţul iniţial, care trebuie să fie publicată nu mai târziu de 3 zile lucrătoare înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau cererilor de participare.*

(2) În condiţiile art. 153 din Lege, autoritatea contractantă are obligaţia de a prelungi termenul-limită de depunere a ofertelor în cazul în care modificările prevăzute la alin. (1) conduc la ajustări/completări ale specificaţiilor tehnice care presupun timp suplimentar pentru reacţia potenţialilor ofertanţi, cu excepţia modificărilor substanţiale care conduc la anularea procedurii de atribuire deoarece:

a) afectează atât de mult elementele ce descriu contextul achiziţiei publice încât au ca efect schimbarea indicatorilor principali ce caracterizează rezultatul contractului ce urmează a fi atribuit, fapt ce afectează nivelul de competiţie sau schimbă piaţa de profil la care se adresează;

b) conduc la modificări substanţiale a criteriilor de calificare şi selecţie, în sensul extinderii nivelului acestora sau introducerii unora noi, fapt ce determină restrângerea competiţiei sau favorizarea unor anumiţi operatori economici.

(3) În situaţia prevăzută la alin. (1), autoritatea contractantă are obligaţia să revizuiască DUAE aferent procedurii de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru în cauză".

Astfel, din cuprinsul alin. (1) se înțelege foarte clar că un anunț tip erată la anunțul de participare se publică atunci când sunt modificate informațiile din acest act, și nu din toată documentația de atribuire, cum este, în situația de speță, modificarea unor prevederi din caietul de sarcini. În situația de față, publicarea unei clarificări este suficientă și legală pentru respectarea regulilor de publicitate și transparență. Prin urmare, Consiliul reține că autoritatea a respectat prevederile legale atunci când a publica măsurile de remediere prin publicarea unei clarificări.

În același timp, Consiliul reține că adoptarea măsurii de remediere nu se încadrează nici în ipotezele prevăzute la alin. (2), deoarece, așa cum rezultă chiar din susținerile contestatoarei, autoritatea contractantă a solicitat iniţial ca ofertanţii să prezinte un Agrement tehnic pentru produs, cât şi un Agrement tehnic pentru procedeu/procedură, iar ca urmare a punctului de vedere, a eliminat cerinţa Agrementului tehnic pentru procedeu/procedură. Deci, nu se pune problema prelungirii termenului de depunere a ofertei, în contextul în care autoritatea a eliminat un agrement, făcând mai facilă participarea la procedura de atribuire.

Totodată, situația de fapt nu reclamă nici modificarea DUAE, din moment ce nu s-au modificat cerințele de calificare.

În ceea ce privește presupusa contradicție între dispozițiile legale și situația creată de autoritatea contractantă prin eliminarea agrementului tehnic pentru procedeu/procedura de execuție, Consiliul reține că nici această critică nu este fondată, fiind contrazisă chiar de dispozițiile legale citate de contestatoare, respectiv:

-art. 25 lit. f) din Legea nr. 10/1995 *"Executantul lucrărilor de construcţii are următoarele obligaţii principale: (...)*

*f) utilizarea în execuţia lucrărilor numai a produselor şi a procedeelor prevăzute în proiect, certificate **sau pentru care există agremente tehnice**, care conduc la realizarea cerinţelor, precum şi gestionarea probelor martor (...);"*

-Art. 3 alin. 1 din H.G. nr. 766/1997: *"**Existenţa agrementului tehnic, elaborat conform prevederilor prezentului regulament, constituie o condiţie obligatorie pentru furnizarea şi utilizarea produselor noi pentru construcţii**".*

Prin urmare, contestatoarea nu a a expus în fața Consiliului un argument valid pentru care ar fi viciată clarificarea postată de autoritatea contractantă, respectiv punctul de vedere nr. 1560/24.03.2017.

În același timp, nefondată este și susținerea contestatoarei referitoare la caracterul evaziv și neconcordanțele dintre clarificările aduse succesibv cu privire la cerința agrementului.

Punctul de vedere atacat este suficient de clar și detaliat:

SOLICITARE 1: Să anulaţi Răspunsul nr. 2 din CLARIFICAREA NR. 37 cu numărul de înregistrare Nr.1496/23.03.2017 publicată în SEAP în 23.03.2017 ora 09:05.

Referitor la Răspunsul nr. 2 din CLARIFICAREA NR. 37:

In urma Notificării Prealabile, nr. 406C/01.03.2017, Autoritatea Contractanta, a luat, ca masuri de remediere, decizia de a permite tuturor ofertanţilor, sa aleagă soluţia de stabilizare a solului, cu aplicare in situ, cu aviz si agrement tehnic in vigoare pentru material, *„Denumirea celor două resurse materiale: 2600176 - Produs stabilizare agrementat si 2600176 - Liant enzimatic tip Earthzyme din Formularul F3 şi Formular C6, face referire la toate SOLUŢIILE de stabilizare a solului, cu aplicare în situ, cu aviz şi agrement tehnic in vigoare,...".*

Singura referire din documentaţia de atribuire şi toată corespondenţa de clarificări publicată până la acest moment în SEAP la solicitarea agrementului tehnic pentru procedeu era în caietul de sarcini aferent liantului enzimatic Earthzyme, care evident nu putea fi aplicat unui alt tip de liant fie el liant hidraulic sau enzimatic.

In data de 23.03.2017, ora 9:05, cu 2 zile lucratoare înainte de termenul limita de depunere a ofertelor, Autoritatea Contractanta, a încărcat pe SEAP, Răspunsul nr. 2 din CLARIFICAREA NR. 37, in care specifica faptul ca la momentul depunerii ofertelor se va prezenta agrement tehnic atat pentru material cat si pentru procedeu.

Consideram aceasta cerinţa, una abuziva si tendenţioasa, in primul rand, deoarece, se vine cu o cerinţa suplimentara fata de cele consemnate pana la aceasta data, si anume ca se va depune doar agrement tehnic pentru material, in al doilea rand, o cerinţa tardiva, având in vedere numărul de zile ramase pana la termenul limita de depunere a ofertelor, si anume 2 zile lucratoare (s.n. 4 zile calendaristice).

A se vedea în acest sens şi prevederile art. 153 şi 161 din Legea 98/2016 coroborat cu art. 55 din HG 395/2016.

Raportat la cele de mai sus, va solicitam sa renunţaţi Ia aceasta cerinţa, in sensul acceptări depunerii unui agrement tehnic doar pentru materialul de stabilizare, asa cum s-a prevăzut si in Punctul de vedere privind notificarea prealabila nr. 959 /06.03.2017.

Nu în ultimul rând, ca argument de circumstanţă şi nelegalitate formală a documentului, observăm că CLARIFICAREA NR. 37 nu este semnată de reprezentantul legal al autorităţii contractante, ci de directorul economic al acesteia, care după ştiinţa noastră, deţinând calitatea de control financiar preventiv nu se poate substitui/nu i se poate delega funcţia executivă de

reprezentant legal (s.n. primar, în acest caz) pe care ar trebui să o verifice şi să o cenzureze conform dispoziţiilor legale.

RASPUNS SOLICITARE 1:

Autoritatea contractanta va remedia situatia de la clarificarea nr. 37 in parte si anume:

In loc de "se va prezenta agrement tehnic atat pentru material cat si pentru procedeu"

Se va citi "se va prezenta agrement tehnic pentru solutiile de stabilizare a solului, cu aplicare in situ, cu aviz si agrement tehnic in vigoare", astfel cum este precizat in punctul de vedere dat de autoritate 959/06.03.2017.

Autoritatea contractanta face precizarea ca raspunsurile la solicitarile de clarificari nu fac obiectul semnarii de catre Ordonatorul Principal de credite, acestea intrand in obligatiile Achizitii Publice implicit a responsabilului de Achizitie.

In mod obligatoriu, ordonatorul Principal de credit este obligat sa avizeze, conform legislatiei privind materia achizitiilor publice Raportul de Procedura si sa semneze comunicarile transmise catre ofertanti.

In situatia sus mentionata, autoritatea considera ca nefondata afirmatiile precizate de dumneavoastra.

SOLICITARE 2: Să acceptaţi participarea ofertanţilor care au în curs de agrementare procedura/procedeul de punere în operă pentru produsul de stabilizare a solului cu lianţi hidraulici.

Referitor la acceptarea tuturor ofertanţilor care au în curs de agrementare procedura/procedeul de punere în operă pentru produsul de stabilizare a solului cu lianţi hidraulici: In urma publicării Răspunsului nr. 2 din CLARIFICAREA NR. 37, societatea noastră, a luat masurile si demersurile necesare, pentru îndeplinirea cerinţelor prevăzute in acest răspuns. Acest demers de agrementare durează intre 1 şi 2 luni şi nu poate fi influenţat/urgentat de operatorul economic beneficiar, fiind controlat/dirijat exclusiv de către organismult unic de agrementare la nivel naţional, Consiliul Tehnic Permanent pentru Construcţii din cadrul MDRAP.

Raportat la cele de mai sus, va solicitam sa acceptaţi, ca toti ofertanţii, sa poată participa la aceasta procedură de atribuire, in cazul in care se demonstrează, ca societatea este în curs de agrementare pentru procedura/procedeul de punere în operă pentru produsul de stabilizare a solului.

In sensul celor solicitate de noi vine şi faptul că acest agrement tehnic este necesar doar în etapa de execuţie pentru realizarea de lucrări de calitate. Este prematur a solicita ca toate firmele participante să deţină acest agrement la momentul depunerii ofertelor, indiferent dacă vor fi declarate câştigătoare sau nu, ocazionându-le acestora cheltuieli disproporţionate pentru întocmirea ofertei şi restrângând astfel semnificativ şi nejustificat concurenţa de pe piaţă.

De la intrarea în vigoarea a Legii 98/2016, care a limitat drastic numărul şi tipul de documente de calificare ce pot fi solicitate operatorilor economici participanţi în cadrul acestor proceduri de mică valoare şi amploare, de unde şi denumirea de „proceduri simplificate", observăm un curent de distorsionare/restrângere a concurenţei prin inventarea de varii aşa-zise cerinţe de natură tehnică menite să faciliteze obţinerea aceluiaşi rezultat - atribuirea contractului către ofertantul agreat (s.n. cerinţe de calificare mascate în cadrul capitolului din fişa de date rezervat propunerii tehnice - „resursele materiale (mijloacele de transport, utilajele si echipamentele aferente) si resursele umane", „1.3 Ofertantul va ilustra organizarea de proiect pe care o propune. Aceasta se va realiza prin prezentarea unei organigrame cuprinzătoare care sa identifice in mod clar tot personalul (tesa si de execuţie), echipamentele si utilajele pe care ofertantul intenţionează sa le utilizeze la realizarea lucrărilor. Aceasta organigrama va include si o descriere a rolurilor si responsabilităţilor personalului si liniile de comunicare dintre membrii echipei. 1.4 Alocarea resurselor umane va avea in vedere evidenţierea numărului de ore alocate pentru fiecare specialist care răspunde de o sarcina, cu indicarea tarifului orar.", solicitarea de varii certificate de conformitate, agremente, etc, inutile la momentul ofertării).

RASPUNS SOLICITARE 2: Conform raspunsului 1, solicitarea numarul 2, nu mai are obiect, intrucat nu sunt solicitate agremente de procedura.

SOLICITARE 3: Să acceptaţi prezentarea unui agrement tehnic pentru procedura/procedeul de reciclare in situ a straturilor rutiere cu lianţi hidraulici ca echivalent pentru procedura/procedeul de punere în operă pentru soluţia de stabilizare a solului cu lianţi hidraulici.

Referitor la acceptarea agrementului tehnic pentru procedura/procedeul de reciclare in situ a straturilor rutiere cu lianţi hidraulici ca echivalent pentru procedura/procedeul de punere în operă pentru soluţia de stabilizare a solului cu lianţi hidraulici:

Principalele etape de aplicare a procedeului de reciclare in situ sunt următoarele:

-frezarea stratului existent: adâncimea de frezare este controlata de un sistem electronic, funcţie de alcătuirea structurii rutiere;

-pulverizarea materialului de aport peste materialul frezat şi amestecarea în camera de malaxare a reciclatorului;

-aşternerea şi precompactarea materialului reciclat;

-compactarea stratului final: pentru compactare se folosesc cilindrii compactori cu rulouri netede sau mixte, cu vibrare + cilindrii compactori cu pneuri cu capacitatea de 10-201. Numărul de treceri este stabilit în urma testelor preliminare, astfel încât să se asigure gradul de compactare cerut în caietele de sarcini;

-verificarea stratului gata executat;

Dupa realizarea stratului prin reciclare la rece se va aplica stratul următor prevăzut de proiect in funcţie de clasa tehnica a drumlui;

Stratul reciclat, in funcţie de intensitatea traficului se poate acoperi cu tratament bituminos sau alte straturi asfaltice, in funcţie de capacitatea portanta necesara structurii rutiere noi, stabilite prin calculul de dimensionare.

Principalele etape de aplicare a procedeului de stabilizare a solului:

-scarificarea suprafeţei

-omogenizarea stratului cu stabilizatorul

-compactarea cu cilindrul compactor

-verificarea compactării

-execuţia stratului de protecţie, ce poate fi: tratament dublu, îmbrăcăminte asfaltica

Având in vedere ca, procedeul, atat pentru stabilizarea solului, cat si pentru stabilizarea straturilor rutiere este identic, raportandu-ne la cele mai sus, va solicitam sa acceptaţi agrementul tehnic pentru procedura/procedeul de reciclare in situ a straturilor rutiere cu lianţi hidraulici ca echivalent pentru procedura/procedeul de punere în operă pentru soluţia de stabilizare a solului cu lianţi hidraulici.

RASPUNS SOLICITARE 3: Conform raspunsului 1, solicitarea numarul 3, nu mai are obiect, intrucat nu sunt solicitate agremente de procedura.

Deci, este clar că se aplică ultima clarificare, respectiv cea din punctul de vedere, potrivit căreia nu sunt solicitate agremente pentru procedură.

În același timp, Consiliul mai observă că eliminarea agrementului pentru procedură are ca efect accesul unui număr mai mare de ofertanți la procedura de atribuire, în niciun caz restrângerea participării la aceasta. Prin urmare, ofertanții nu se pot plânge de adoptarea unor cerințe mai permisive, ci dimpotrivă, se pot plânge doar de existența unor cerințe restrictive.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestaţia formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu PRIMĂRIA ...

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 contestaţia formulată de către SC ... SRL în contradictoriu cu PRIMĂRIA ....

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

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
...

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