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 3104642Fax. +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 Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 39797/07.10.2019, formulată de SC ….. SRL, cu sediul în orașul ….., str. ….., jud. …., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ….., CUI RO ……, reprezentată legal de …., împotriva răspunsului la clarificări publicat în SEAP la data de 01.10.2019 de către COMUNA ..., cu sediul în comuna ..., str. ..., jud. ...., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificate a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect *„Înființare sistem de canalizare cu stație de epurare în comuna ..., județul ...” - faza execuție lucrări”*, s-a solicitat:

- eliminarea obligației de respectare a rețetelor din documentația de atribuire;
- eliminarea, din răspunsul la clarificări, a impunerii ofertării unui preț fix pentru racordurile electrice;
- în cazul în care mai este posibil, prelungirea termenului pentru depunerea ofertelor;
- anularea procedurii.

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

Consiliul a fost sesizat și este competent să soluţioneze contestaţia formulată de SC ... SRL împotriva răspunsului la clarificări publicat în SEAP la data de 01.10.2019.

Contestatoarea susține că prin răspunsul la clarificări s-a modificat documentația de atribuire, în sensul că s-a impus ca, pentru anumite tipuri de lucrări, să se respecte un preț fixat de autoritatea contractantă, ofertanții fiind obligați să respecte extrasele de materiale, manoperă, utilaje și transport pe care autoritatea le-a anexat anterior.

Totodată, contestatoarea arată că autoritatea contractantă a fost extrem de strictă cu privire la termenul de 14 zile pentru transmiterea solicitărilor de clarificări. Precizând că prin documentația de atribuire și legislația din domeniul achizițiilor publice s-a stabilit ca termen de răspuns la solicitările de clarificări, minim 6 zile înainte de data limită pentru depunerea ofertelor, contestatoarea susține că, potrivit dispozițiilor art. 3 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, între data postării răspunsului la solicitările de clarificări și data limită pentru depunerea ofertelor nu au existat 6 zile întregi, motiv pentru care solicită ca, în cazul în care mai este posibil, autoritatea contractantă să fie obligată la prelungirea termenului pentru depunerea ofertelor, astfel încât între data postării răspunsului la solicitările de clarificări și termenul limită pentru depunerea ofertelor să fie minim 6 zile.

În opinia petentei, răspunsul la solicitarea de clarificări reprezintă o abatere gravă de la scopul întregii legislații a achizițiilor publice, stabilit prin art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016. Astfel, autoritatea contractantă achiziționează o parte semnificativă din lucrări (racorduri electrice etc., aproape 10% din valoarea estimată a contractului), fără a le supune unei concurențe din partea operatorilor economici interesați. În plus, aceasta impune prin același răspuns la clarificări și o limitare a valorii unei categorii de lucrări, lucru total interzis de legislația din domeniul achizițiilor publice.

În opinia petentei, impunerea de către autoritatea contractantă a respectării valorii pentru anumite lucrări, pe lângă valoarea totală a contractului, este nelegală.

Contestatoarea susține că legislația în materie, respectiv art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și ale art. 137 alin. (1) lit. e) și f) din HG nr. 395/2016, nu face referire la valoarea estimată a componentelor valorii estimate, ci doar la valoarea estimată totală a contractului, motiv pentru care petenta consideră că în mod incorect autoritatea contractantă a indicat că nu se poate depăși valoarea corespunzătoare serviciilor de proiectare.

În același sens este și Notificarea ANAP nr. 258/2017, privind modelul de fișă de date a achiziției, versiunea actualizată în 18.05.2017, care cuprinde următoarea interdicție: *„Nu se admit precizări de natură a limita valoric elementele propunerii financiare prin invocarea unor limite ale liniilor bugetare alocate proiectului”.*

Contestatoarea învederează că dacă, prin absurd, s-ar admite ca fiind corectă interpretarea autorității contractante, ar însemna că

operatorii economici ar trebui să elaboreze propunerea financiară cu încadrarea componentelor acesteia în toate categoriile de capitole bugetare indicate în anunțul de participare simplificat, în strategia de contractare și în fișa de date. Drept urmare, apreciază că prețul fix impus în mod evident nu poate fi acceptat, fiind nelegal.

În consecință, aceasta solicită Consiliului să oblige autoritatea contractantă la eliminarea, din răspunsul la clarificări, a impunerii ofertării unui preț fix pentru racordurile electrice.

În continuare, petenta arată că deși în documentația inițială, completată prin răspunsul la clarificări din oficiu de la data de 17.09.2019, nu s-a menționat că rețetele sunt obligatorii (atâta timp cât în documentație nu este impusă o astfel de obligație, coroborat cu dreptul ofertanților de a-și stabili propriile rețete (art. 2.2.2 din Ghid privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice indicativ P 91/1-02), prin răspunsul la clarificări din data 01.10.2019, la solicitarea nr. 5, s-a impus ca ofertanții să respecte conținutul rețetelor transmise de autoritatea contractantă.

Contestatoarea subliniază că o astfel de prevedere încalcă în mod clar prevederile din *Ghidul privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice*, care menționează clar dreptul ofertanților de a-și stabili propriile oferte, precum și faptul că executanții sunt cei care le întocmesc, respectiv:

„2. *Documentația tehnico-economică ce se elaborează într-o acțiune de întocmire a devizului pe categorii de lucrări (…) în funcție de elaboratorul documentației tehnico-economice, aceasta poate fi:*

a) elaborate de către proiectant (antemăsuratoarea, listele cu cantitățile de lucrări aferente fiecărei categorii de lucrări și listele cu utilaje și echipamente).

b) elaborate de executant (devizul pe categorii de lucrări și extrasele de resurse).

……..

2.2.2. Executanții (ofertanții) au deplina 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 în vigoare care reglementează execuția lucrărilor".

În concluzie, contestatoarea solicită eliminarea obligației de respectare a rețetelor din documentația de atribuire, iar în cazul în care nu se mai pot lua măsuri de remediere, solicită anularea procedurii.

Prin adresa nr. 8896/14.10.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 40860/14.10.2019, primăria comunei ... a formulat punct de vedere față de contestaţia depusă de ... SRL, în care, pe cale de excepție, invocă lipsa de interes a contestatoarei cu privire la această procedură și lipsa calității procesuale active, iar pe fondul cauzei solicită respingerea

contestației ca nefondată și dispunerea continuării procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă precizează că a publicat Listele cu cantitățile de lucrări (F3) care să cuprindă rețetele detaliate (materiale, manoperă, utilaj, transport), iar pentru toate articolele de deviz a publicat în SEAP, în data de 17.09.2019, o clarificare din oficiu, care cuprinde rețete, însoțită de următorul comentariu *„Precizăm că prezentul document nu modifică conținutul Formularelor F3, ci prezintă rețetele pentru articolele care nu sunt din Indicatoarele de norme de deviz. Articolele din cadrul Formularelor F3 (fișierul pdf V.3 din cadrul folderului V Liste de cant) rămân neschimbate".*

Ca urmare a postării în SEAP a clarificărilor din data de 17.09.2019, respectiv a Listelor cu cantitățile de lucrări (F3) care să cuprindă și rețetele detaliate (materiale, manoperă, utilaj, transport) pentru toate articolele de deviz, în data de 23.09.2019 a fost prelungit/decalat termenul de depunere al ofertelor de la data 30.09.2019, până la data de 07.10.2019. Decizia decalării termenului de depunere a fost luată de autoritatea contractantă vineri, 20.09.2019 ora 16.00 și a fost pusă în aplicare luni, 23.09.2019, prin publicarea în SEAP a două erate: EN1012861 și EN1012862.

În data de 01.10.2019, autoritatea contractantă a răspuns solicitărilor de clarificări care au fost transmise în timp util de către operatorii economici interesați, prin postarea în SEAP a documentului: [SCN1052641/00031] - *Răspuns la solicitările de clarificări adresate de OE până la data de 23.09.2019 inclusiv*, semnat.pdf, acest document fiind contestat de SC ... SRL.

I. Față de excepția invocată, respectiv *„lipsa de interes a contestatorului cu privire la această procedură",* autoritatea contractantă precizează că ... SRL este înregistrată la Oficiul Registrului Comerţului cu domeniul principal de activitate: „*Repararea ceasurilor şi a bijuteriilor*" cod CAEN 9525 și domenii secundare (*8299 - Alte activități de servicii suport pentru întreprinderi n.c.a.; 7022- Activități de consultanță pentru afaceri și management; 7021- Activități de consultanță în domeniul relațiilor publice și al comunicării),* fapt ce dovedeşte incapacitatea tehnică de judecare a aspectelor solicitate în cadrul prezentei procedurii, precum și incapacitatea de a depune ofertă la aceasta.

În acest sens, autoritatea precizează că potrivit fişei de date a achiziţiei, cerinţa nr. 5 la pct. III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale se menţionează *"Operatorii economici participanți la procedură trebuie să fie legal înregistrați în condițiile legii din țară de rezidență, trebuie să facă dovada că sunt legal constituiți și că nu se află în niciuna dintre situațiile de anulare a constituirii precum și că au capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului.*

Modalitatea de îndeplinire cerința nr. 5

Se va atașa de către ofertanți:

I. Persoane juridice/fizice române

Se va prezenta DUAE în format xml.

După aplicarea criteriului de atribuire se va solicita ofertantului clasat pe primul loc să prezinte documentele justificative prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE: - se va atașa copie cu mențiunea "conform cu originalul" după Certificatul constatator emis de Oficiul Registrului Comerțului sau organismul la care operatorul economic este atestat profesional - Informațiile cuprinse în acesta trebuie să fie actuale/reale la data prezentării documentului".

Autoritatea contractantă opinează că demersurile întreprinse de ... SRL au un singur scop, respectiv întârzierea realizării lucrărilor aferente procedurii și, implicit, întârzierea contractului de finanţare. Totodată, învederează că acest operator economic are cifra medie de afaceri înregistrată în anul 2018 de 25.000 lei și 0 salariați, astfel că solicită Consiliului să ia în considerare următoarele prevederi/dispoziții legale în care contestatorul ... SRL nu se încadrează: art. 29 alin. (1) din HG nr. 395/2016, art. 173 alin. (1) din Legea nr. 98/2016; art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, art. 3 alin. (1); art. 8 alin. (1) din Legea nr. 554/2004, art. 32 alin. (1) și art. 33 din Codul de procedură civilă și art. 1 alin. (3) din Directiva nr. 89/665 care prevede că nu se opune ca respectivele căi de atac să fie disponibile pentru persoanele care doresc să obțină un anumit contract public, decât dacă au fost sau riscă să fie lezate de încălcarea pe care o invocă.

Cu privire la excepția lipsei de interes, autoritatea contractantă invocă Decizia civilă nr. 6243/2012, pronunţată de Curtea de Apel ... în care s-a menţionat: *„După cum s-a arătat în doctrină, interesul este o condiţie de promovabilitate a oricărui demers judiciar, iar în mod special, în materia achiziţiilor publice, interesul în promovarea unei contestaţii este dat de vătămarea pe care operatorul economic o suferă într-un drept sau interes legitim prin modul de desfăşurare a procedurii de achiziţie publică",* precum și Buletinul Oficial BO2013_1459.

Faţă de cele de mai sus, autoritatea precizează că ... SRL nu și-a justificat interesul legitim în formularea contestației, în conformitate cu dispoziţiile art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 și, în consecință, solicită Consiliului admiterea excepţiei lipsei de interes invocată.

II. Față de excepția *„lipsa calității procesuale active"*, autoritatea arată că ... SRL a formulat contestaţia în nume propriu, astfel că în situația în care acesta este consultant/prestator care a depus contestația în locul altui operator economic pentru care va întocmit oferta aferentă acestei proceduri, autoritatea solicită respingerea acesteia în baza acestei excepții.

În susținere, autoritatea contractantă precizează că în doctrina juridică, *„calitatea procesuală activă presupune existenţa unei identităţi între persoana reclamantului şi cel care este titularul dreptului pretins"*; interesul fiind una dintre cerinţele necesare pentru existenţa dreptului la acţiune, respectiv *„interesul conferă calitatea de parte*".

Referindu-se la dispoziţiile art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, art. 32 alin. (1) din Cod de procedură civilă şi art. 33 din Cod procedură civilă, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate că ... SRL nu are calitate de persoană vătămată, întrucât pentru a avea calitatea de persoană vătămată trebuie să aibă un interes legitim în legătură cu procedura de achiziţie publică, faţă de un act emis de către autoritatea contractantă cu încălcarea dispoziţiilor legale în materia achiziţiilor publice, iar interesul trebuie să îndeplinească următoarele cerinţe: să fie determinat, legitim, personal, născut şi actual.

Totodată, precizează că interesul trebuie să fie „personal şi direct”, adică folosul practic urmărit prin formularea contestaţiei să aparţină celui care recurge la acţiune, respectiv nu este îngăduit unei anumite persoane să apere interesul altei persoane şi deci, nici interesul colectiv.

Astfel, aceasta susține că interpretând, în mod coroborat, cadrul juridic menționat la prima excepție invocată, apreciază că și în cazul de faţă ... SRL trebuie să justifice interesul legitim și personal al contestaţiei formulate, întrucât la rândul său interesul trebuie să fie legitim, corespunzător cerinţelor legii materiale şi procesuale, respectiv, să fie personal şi direct, adică *„folosul practic urmărit prin declanşarea procedurii judiciare să aparţină celui care recurge la acţiune”.*

În acest sens, autoritatea invocă doctrina juridică curentă care statuează că *„interesul este legitim atunci când urmăreşte afirmarea unui drept subiectiv recunoscut de lege, respectiv, a unui interes ocrotit de lege, şi potrivit scopului economic şi social pentru care a fost recunoscut”*. „*Per a contrario*”, consideră că exercitarea unui drept subiectiv fără interes legitim, deci împotriva scopului său recunoscut de lege, constituie un abuz de drept care trebuie sancţionat.

Din această perspectivă, solicită Consiliului să ia act și să reţină că unul dintre argumentele pe care autoritate contractantă îl susține, se referă la faptul că ... SRL apare ca fiind înregistrată la Registrul Comerţului cu domeniul principal de activitate *„Repararea ceasurilor şi a bijuteriilor”* - cod CAEN 9525 și domeniile secundare, activități ce nu fac obiectul contractului de lucrări aferent procedurii și care dovedesc că acesta nu are niciun interes legitim.

De asemenea, consideră că nu poate fi reţinută a fi îndeplinită nici condiţia cumulativă a prejudiciului pe care să-l fi suferit sau riscă să-l sufere contestatorul, de vreme ce oferta acestuia (chiar dacă s-ar depune ulterior publicării procedurii de atribuire) nu poate fi desemnată câştigătoare, fiind inacceptabilă ca urmare a neîndeplinirii cerinței cu privire la capacitatea de exercitare a capacității profesionale.

În opinia autorității contractante, este inacceptabil de admis că ... SRL poate avea calitatea de *„operator economic participant la procedură”* pentru atribuirea unui contract de lucrări, în condițiile în care acesta este autorizat doar pe anumite tipuri de servicii de consultanță sau de comerț.

În situația în care ... SRL ar invoca pentru justificarea calității sale procesuale active vreun contract de prestări servicii, prin care se obligă să depună contestația în numele altei firme (de construcții care să aibă în codul CAEN lucrări aferente obiectului viitorului contract), autoritatea contractantă solicită Consiliului să ia act și să constate excepţia introducerii contestaţiei de către o persoană fără calitate procesuală activă. În susținere, sunt invocate prevederile art. 38 și art. 84 alin. (1) din Codul de procedură civilă.

Pe fondul cauzei, referitor la motivul nr. 1, respectiv că răspunsul la clarificări nu a fost publicat cu respectarea termenului de minim 6 zile înainte de data limită pentru depunerea ofertelor, autoritatea apreciază că în cazul acestei proceduri sunt incidente următoarele dispoziții legale: art. 160, art. 161, art. 3 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, art. 27 și art. 103 din HG nr. 395/2016.

Față de motivarea în fapt şi în drept a contestaţiei, cu privire la aspectele sesizate de contestator, autoritatea contractantă precizează că potrivit art. 160 și art. 161 din din Legea nr. 98/2016 și art. 27 din HG nr. 395/2016, rezultă că autoritatea contractantă a fost ținută ca prin anunțul de participare simplificat, să stabilească unul sau două termene-limită până la care se pot adresa cereri de clarificare sau de informații suplimentare cu privire la documentația de atribuire, respectiv până la care să se răspundă unor asemenea cereri. De asemenea, potrivit acelorași reglementări, operatorul economic interesat este ținut în a-și înainta solicitările de clarificări și/sau informații suplimentare respectând termenul indicat de autoritate la inițierea procedurii, conform legii.

Raportat la prevederile legale incidente precizate anterior, autoritatea solicită Consiliului să stabilească că autoritatea contractantă a aplicat dispoziția legiuitorului, stabilind prin documentația de atribuire termenul limită până la care se puteau adresa cereri de clarificare a acesteia, precum și termenul de răspuns la aceste solicitări de clarificări.

Astfel, autoritatea subliniază că în cadrul acestei proceduri au rezultat următoarele termene (inclusiv eratele):

- data limită de depunere a ofertelor: 07.10.2019 ora 15,00, stabilită ca fiind și ultima zi a termenului, cu precizarea că ora se stabilește automat de SEAP;

- data limită până la care se puteau solicita clarificări: 23.09.2019, inclusiv;

- data limită de răspuns la solicitările de clarificări: 01.10.2019, calculată plecând de la data limită de depunere a ofertelor 07.10.2019 (ultima zi a termenului), după cum urmează:

- ✓ 06.10.2019 – ziua 1
- ✓ 05.10.2019 – ziua 2
- ✓ 04.10.2019 – ziua 3
- ✓ 03.10.2019 – ziua 4
- ✓ 02.10.2019 – ziua 5
- ✓ 01.10.2019 – ziua 6

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră că data limită de răspuns la solicitările de clarificări a fost corect calculată, ca fiind data de 01.10.2019, întrucât data de depunere a fost stabilită prin anunțul de participare ca fiind 07.10.2019 (ultima zi a termenului).

În concluzie, expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului se consideră a fi 07.10.2019, ora 15,00, aceasta devenind și ultima oră a ultimei zile de depunere a ofertelor.

Referitor la afirmația că autoritatea contractantă a publicat răspunsul la solicitările de clarificări, fiind extrem de strictă față de cele care au depăşit cu foarte puţin termenul impus de 14 zile, aceasta solicită Consiliului să constate că:

- legiuitorul reține în sarcina autorității contractante obligația de a răspunde numai acelor solicitări de clarificare și/sau informații suplimentare ce i-au fost adresate în termenul indicat în documentația de atribuire, respectiv până la data de 23.09.2019, inclusiv;

- nu se poate reține culpa autorității contractante în a nu răspunde solicitărilor primite după data de 23.09.2019.

Față de considerentele contestatoarei, cu privire la modul de stabilire a datei limită până la care puteau fi cerute clarificări, respectiv până la care puteau fi emise răspunsurile autorității contractante, se solicită reținerea caracterului tardiv al acestora, în condițiile în care, dacă ... SRL aprecia că regulile impuse referitoare la clarificări încalcă dispozițiile legale ori principiile în domeniu, avea posibilitatea de a le ataca în condițiile legii.

Astfel, prin necontestarea în termen a acestora, autoritatea consideră că ... SRL a înțeles regulile inserate în fișa de date a achiziției ce vizau această chestiune, revenindu-i obligația de a le respecta.

În același timp, se solicită Consiliului să constate că ... SRL nu a făcut dovada (nu a precizat în cadrul contestației) și nu a numit operatorul economic căruia nu i s-a răspuns, întrucât contestatoarea nu a solicitat nicio clarificare, iar potrivit art. 249 din Codul de Procedura Civilă *„Cel care face o susţinere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”*.

Autoritatea contractantă subliniază că acesta este și motivul care a determinat-o să invoce excepția calității procesuale active, în situația în care ... SRL a făcut contestația în numele altui operator economic, fără mandat de reprezentare și fără nicio alta dovadă anexată contestației, iar reprezentarea în cazul persoanelor juridice se poate face doar convențional, numai prin consilier juridic sau avocat.

În susținerea referitoare la termenul de răspuns al autorității contractante, se învederează Consiliului că un caz similar a fost transpus și în Buletinul Oficial BO2018_6862 al CNSC.

Referitor la motivul nr. 2, respectiv că *„prin răspunsul la clarificări s-a modificat documentaţia de atribuire în sensul în care la data de 01.10.2019 s-a impus în mod nelegal pentru anumite tipuri de lucrări, (…) să se respecte un preţ fix impus de autoritatea contractantă”*, se precizează următoarele:

- în cadrul anunțului de participare și a documentației de atribuire, au fost înserate sume previzionate, respectiv provizioane pentru execuția unei părți a lucrărilor ce fac obiectul viitorului contract, respectiv în cadrul Cheltuielilor pentru asigurarea utilităților necesare obiectivului de investiții a inclus următoarele sume:

- 101.640,00 lei, fără TVA – pentru realizarea ob. 07 Racorduri electrice SPAU

- 1.963.500,00 lei, fără TVA – pentru realizarea ob. 08 – Racorduri electrice Post Trafo SE.

Spre exemplificare, autoritatea a inserat în punctul de vedere transmis, următoarele:

- *Extras din Formularul F1 – Centralizatorul cheltuielilor pe obiectiv;*

- *Extras din Formularul F2 – Centralizatorul cheltuielilor pe categorii de lucrări, pt. obiectul 07 Racorduri electrice SPAU.*

Autoritatea contractantă învederează că în legislația actuală, respectiv HG nr. 1/2018, pentru aprobarea condiţiilor generale şi specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziţie aferente obiectivelor de investiţii finanţate din fonduri publice, Anexa 1, la subclauza 49.3 [Sume Provizionate], se prevede printre altele "*Pentru evitarea oricărui dubiu, în măsura în care Sumele Provizionate sunt stabilite de către Beneficiar, responsabilitatea pentru suficienţa Sumelor Provizionate pentru destinaţia prevăzută este în responsabilitatea Beneficiarului". "Fiecare Sumă Provizionată va fi folosită, integral sau parţial, doar în conformitate cu instrucţiunile Supervizorului. Pentru fiecare Sumă Provizionată, Antreprenorul, cu respectarea procedurilor de achiziţii stabilite de către Beneficiar, va achiziţiona, în conformitate cu instrucţiunile Supervizorului şi cu destinaţia prevăzută a Sumei Provizionate, Echipamente, Materiale, Lucrări sau servicii, iar valoarea acestora va fi inclusă în Valoarea Contractului şi va consta în:*

(a) sumele reale plătite (sau care trebuie plătite) de către Antreprenor, şi

(b) o sumă pentru cheltuielile indirecte şi profit …. Sumele Provizionate sunt rezerve de implementare în sensul Legii".

Totodată, consideră ca fiind relevante în acest sens și informatiile de pe site-ul *https://www.achiziţiipublice.gov.ro* (Ghidul Achizițiilor Publice), respectiv de pe pagina Interactivitate, secțiunea Modele de documentații de atribuire standardizate, subsecțiunea Documentație de atribuire, Execuție lucrări, fișierul "*II2_Contract_LUCRĂRI_CS_30oct2018.docx",* unde se precizează*:* „Sumele previzionate" se introduc de către Achizitor ca sumă fixă nominală, nemodificabilă, la nivelul formularului aferent elaborării „Propunerii financiare" și vor fi, totodată, prezentate la nivelul valorii estimate a achiziției, ca linie bugetară distinctă, dedicată anumitor articole/elemente (lucrări) despre care se cunoaște că vor fi necesare în procesul de implementare, dar nu pot fi cuantificate în valoare monetară decât la un nivel general, neputându-se anticipa frecvența apariției

acestora și toate detaliile referitoare la articolele de deviz incidente. Sumele în cauză nu pot fi folosite altfel decât pentru articolele/elementele pentru care au fost previzionate inițial.

Autoritatea contractantă admite că în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 2, se poate deduce, prin analogie, că toate costurile cad în sarcina antreprenorului/executantului/ofertantului, fiind prevăzute de autoritatea contractantă (proiectant) în cadrul Formularelor F1 și F2, la data de 09.09.2019. De aceea, autoritatea contractantă a ales să stabilească o valoare fixă (sume fixe/sume previzionate/provizioane) pentru o parte din lucrări ce nu pot fi cuantificate. Acestea reprezintă lucrări de racorduri electrice (lucrări de racorduri electrice pentru 16 stații de pompare apa uzată – SPAU și pentru 1 stație de epurare – SE).

COMUNA ... arată că motivul pentru care a ales să stabilească o sumă fixă provine din faptul că aceste lucrări se desfășoară sub tutela deținătorului rețelei electice la care se face racordarea. În acest sens, în conformitate cu Ordinul ANRE nr. 59/2013, avizul tehnic de racordare este condiționat de o putere aprobată totală pentru consum (art. 31). Astfel, deținătorul rețelei, în conformitate cu art. 29 lit. h) din Ordinul nr. 59/2013, stabilește valoarea/valorile avizului/avizelor tehnic/tehnice de racordare, după caz, pe baza analizei mai multor criterii ce sunt prezentate în ordinul anterior menționat.

Întrucât lucrările nu pot fi estimate cu exactitate la momentul depunerii ofertelor (distanța punctului/punctelor de racordare fiind necunoscută în acest moment), autoritatea contractantă nu poate recurge la o evaluare echilibrată, fără a defavoriza un posibil ofertant. Astfel, dacă ar da ofertanților posibilitatea să evalueze aceste lucrări și să le prețuiască în cadrul propunerii financiare, ar fi fost foarte probabil ca tariful de racordare să nu coincidă cu valoarea ofertată de fiecare ofertant în parte.

În concluzie, întrucât lucrările de racordare nu pot fi cuantificate decât după parcurgerea etapelor menționate în Ordinul ANRE nr. 59/2013, autoritatea susține că a ales să stabilească o sumă fixă/sumă previzionată, estimată să acopere lucrările de racordare, pentru a nu defavoriza pe nici unul din posibilii ofertanți la procedură.

Totodată, menționează că Formularele F1 și F2, în care au fost trecute sumele previzionate, nu au fost contestate de niciun operator economic în termen de 5 zile de la data publicării anunțului de participare simplificat (09.09.2019), respectiv până la data de 16.09.2019, inclusiv. Aceasta precizează că, atunci când a răspuns la solicitarea de clarificări, a considerat că orice decizie a autorităţii privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia şi pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte sau a unei decizii comerciale, care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei.

În concluzie, autoritatea solicită Consiliului să ia act și să reţină că, la elaborarea ofertei financiare, operatorii economici trebuie să ţină cont de toate prevederile legale în vigoare, astfel încât să nu se poată propune preţuri care nu sunt rezultatul liberei concurenţe sau care nu pot fi justificate sau chiar efectuate ulterior încheierii contractului şi care nu au legătură cu acesta, doar în baza unei simple decizii comerciale.

Astfel, în ceea ce privește solicitarea din contestație ce vizează eliminarea din răspunsul la clarificări a impunerii ofertării unui preţ fix pentru racordurile electrice, autoritatea consideră că nu poate fi reținută, urmând a fi respinsă ca nefondată sau tardiv introdusă, deoarece sumele previzionate, provizioanele pentru execuția unei părți a lucrărilor ce fac obiectul viitorului contract au fost comunicate tuturor participanților la procedura de atribuire/operatorilor economici interesați la nivelul documentației de atribuire, prin menționarea sumelor în mod expres la nivelul Formularelor F1 și F2.

Urmare a faptului că sumele previzionate au fost comunicate tuturor participantilor la procedura de atribuire la data 09.09.2019, data transmiterii anunțului de participare simplificat, autoritatea solicită Consiliului să ia act că în situația dată sunt incidente următoarele prevederi legale: art. 75 din Legea nr. 98/2016 și art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

În concluzie, dacă ... SRL voia să conteste sumele fixe, trebuia s-o facă în termen de 5 zile de la data publicării anunțului de participare (09.09.2019), respectiv până la data de 16.09.2019.

1. Referitor la preluarea din fișa de date a modului de calcul al valorii estimate, autoritatea consideră că nu se demonstrează afirmațiile ofertantului, întrucât prin contestație este atacat doar răspunsul la solicitarea de clarificări care vizează doar racordurile electrice necesare realizării investiției.

2. În ceea ce privește invocarea în contestație a prevederilor Notificării ANAP nr. 258/2017, privind modelul de fişă de date a achiziţiei - versiune actualizată în 18.05.2017, publicată pe site-ul ANAP, la secţiunea Documente utile - Notificări, autoritatea precizează că acestea au fost abrogate tacit prin apariția HG nr. 1/2018, pentru aprobarea condiţiilor generale şi specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziţie aferente obiectivelor de investiţii finanţate din fonduri publice. Astfel, în Anexa 1 la subclauza 49.3 [Sume Provizionate] se prevede, printre altele, că *"Pentru evitarea oricărui dubiu, în măsura în care Sumele Provizionate sunt stabilite de către Beneficiar, responsabilitatea pentru suficienţa Sumelor Provizionate pentru destinaţia prevăzută este în responsabilitatea Beneficiarului"*.

„Sumele previzionate" se introduc de către Achizitor ca sumă fixă nominală, nemodificabilă, la nivelul formularului aferent elaborării „Propunerii financiare" (Formularele F1 si F2) și vor fi, totodată, prezentate la nivelul valorii estimate a achiziției, ca linie bugetară distinctă, dedicată anumitor articole/elemente (lucrări) despre care se cunoaște că vor fi necesare în procesul de implementare, dar nu pot fi

cuantificate în valoare monetară decât la un nivel general, neputându-se anticipa frecvența apariției acestora și toate detaliile referitoare la articolele de deviz incidente. Sumele în cauză nu pot fi folosite altfel, decât pentru articolele/elementele pentru care au fost previzionate inițial.

3. La nivelul modului de prezentare a propunerii financiare se prevede în mod expres următoarea atenționare: *"ATENȚIONĂRI: … b) Prețul va include toate cheltuielile necesare pentru execuția contractului. c) Prețul contractului este ferm și se ajustează, în perioada sa de valabilitate și în condițiile legislației privind achizițiile publice.".*

Referitor la motivul nr. 3, respectiv impunerea ca ofertanţii să respecte extrasele de materiale, manoperă, utilaj și transport pe care autoritatea le-a anexat anterior, față de solicitarea de eliminare a obligației de respectare a rețetelor din documentația de atribuire, autoritatea precizează că în cadrul anunțului de participare a fost publicat și fișierul *"caietul de sarcini (documentația tehnico-economică)".*

Totodată, precizează că în cadrul acestui fișier se regăsesc articole cu rețeta contrar celor afirmate de ofertant (de exemplu: TSC04C1, TSC02B1, TSE02C1 – simboluri ce se regăsesc în Indicatoarele norme de deviz etc.), pe care autoritatea contractantă nu o publicase detaliat dintr-o eroare.

Această eroare a fost corectată la data de 17.09.2019 ora 03:01, prin publicarea în SEAP a unei clarificări din oficiu, documentul [SCN1052641/00026] V.3 cu rețete - semnat.pdf. Documentul a fost publicat cu următoarea mențiune: *„Precizăm că prezentul document nu modifică conținutul Formularelor F3, ci prezintă rețetele pentru articolele care nu sunt din Indicatoarele de norme de deviz. Articolele din cadrul Formularelor F3 (fișierul pdf V.3 din cadrul folderului V Liste de cant) rămân neschimbate".*

Totodată, autoritatea precizează că la nivelul documentației de atribuire publicată în data de 09.09.2019, nu s-a stipulat că *"Executanţii (ofertanţii) au deplină libertate de a-şi prevedea în ofertă propriile consumuri şi tehnologii de execuţie, cu respectarea cerinţelor cantitative şi calitative prevăzute în proiectul tehnic, în Caietul de sarcini şi în alte acte normative în vigoare care reglementează execuţia lucrărilor"* și nici nu au fost solicitate clarificări în acest sens de niciun operator economic.

Potrivit ghidului invocat de contestatoare, Cap. 1. Generalităţi aliniatul 1.4, devizele se întocmesc pe categorii de lucrări utilizându-se indicatoarele de norme de deviz recunoscute de organisme cu atribuţii în domeniu sau propriile consumuri de resurse corespunzătoare tehnologiilor de execuţie ale unităţii de construcţii, cu condiţia respectării cerinţelor cantitative şi calitative prevăzute în proiectele tehnice, în caietele de sarcini şi în concordanţă cu actele normative şi reglementările în vigoare.

În contextul actului invocat în contestație, autoritatea contractantă susține că putea alege varianta cuprinsă în procedura de achiziţie, respectiv consumurile prevăzute în indicatoarele de norme de deviz

ediţia 1981 sau varianta propusă de contestatoare. Întrucât, de la demararea procedurii, respectiv de la estimarea aferentă valorilor şi cantităţilor maxime, respectiv minime, ale contractului de lucrări, autoritatea contractantă a folosit varianta indicatoarelor de norme de deviz ediţia 1981, documentaţia de atribuire fiind elaborată și publicată în acest context, aceasta consideră ca fiind nefondată şi nejustificată contestaţia.

Contrar celor afirmate de ... SRL, la nivelul răspunsului la clarificări s-a prevăzut că se vor respecta rețetele transmise de autoritatea contractantă, cu excepția articolelor de transport pentru care fiecare ofertant va avea obligația de a cota distanțele reale.

Autoritatea contractantă susține că în lipsa unei solicitări de clarificări exprese care să prevadă că executanţii (ofertanţii) au deplină libertate de a-şi prevedea în ofertă propriile consumuri şi tehnologii de execuţie, cu respectarea cerinţelor cantitative şi calitative prevăzute în proiectul tehnic, prezentarea Formularelor F3 (cu sau fără rețetă) de către ofertanți, dar care să respecte rețeta, au devenit obligatorii de la momentul publicării lor în SEAP în cadrul documentației de atribuire în data de 09.09.2019.

Potrivit fișei de date a achiziției sunt incidente următoarele mențiuni:

- modul de prezentare a propunerii tehnice *„Ofertantul are obligația de a prezenta listele de cantități din Caietul de sarcini sub următoarea formă: Formularul F1 – Centralizatorul cheltuielilor pe obiectiv (fără valori). Formularul F2 – Centralizatorul cheltuielilor pe categorii de lucrări, pe obiecte (fără valori). Formularele F3 – Lista cu cantitățile de lucrări pe categorii de lucrări (fără valori)";*

- modul de prezentare a propunerii financiare, cerința nr. 4: *„4) Formularele F3 – Lista cu cantitățile de lucrări pe categorii de lucrări (cu valori)."* coroborat cu *"atenționări: … b) Prețul va include toate cheltuielile necesare pentru execuția contractului."*

- modul de prezentare a propunerii financiare care prevede „*h) Propunerea financiară va cuprinde toate cheltuielile legate de execuție, manipulare, procurare, transport și orice alte cheltuieli până la recepția finală, informațiile referitoare la fiecare din aceste categorii de cheltuieli urmând a fi prezentate în mod distinct. Nu se acceptă necotarea oricăreia dintre elementele mai sus enumerate. Nu se acceptă prețuri unitare diferite pentru același tip de operațiune/resurse, respectiv cote de cheltuieli indirecte/profit diferite în cadrul ofertei sau articole de lucrări cu valoarea 0. i) Evaluarea Propunerii financiare: Propunerea financiară trebuie să corespundă cerințelor prevăzute în documentația de atribuire".*

- număr zile până la care se pot solicita clarificări înainte de data limită de depunere a ofertelor/candidaturilor 14.

Autoritatea precizează că ... SRL a cerut clarificări cu privire la "folosirea rețetelor proprii" chiar în ziua depunerii ofertelor 07.10.2019,

solicitare de clarificări/contestație tardiv introdusă față de data publicării documentației de atribuire 09.09.2019.

Astfel, autoritatea consideră că în această situație sunt incidente următoarele prevederi legale:

-cap. 1. Generalităţi aliniatul 1.4 din Ordinul nr. 1568/2002 - Ghid privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări şi obiecte de construcţii pentru investiţii realizate din fonduri publice, indicativ P 91/1-02: Cap. 1. Generalităţi aliniatul 1.4 *„Devizele se întocmesc pe categorii de lucrări utilizându-se indicatoarele de norme de deviz recunoscute de organisme cu atribuţii în domeniu sau propriile consumuri de resurse corespunzătoare tehnologiilor de execuţie ale unităţii de construcţii, cu condiţia respectării cerinţelor cantitative şi calitative prevăzute în proiectele tehnice, în caietele de sarcini şi în concordanţă cu actele normative şi reglementările în vigoare”,*

- art. 20 alin. 1-3 din HG nr. 395/2016;
- art. 20 alin. 10 și alin. 11 din HG nr. 395/2016;
- art. 123 din HG nr. 395/2016;
- art. 133 alin. 2 și 3 din HG nr. 395/2016.

În concluzie, autoritatea contractantă solicită Consiliului, în temeiul art. 26 alin. 6 din Legea nr. 101/2016, pe cale de excepție, respingerea contestației formulată de ... SRL ca lipsită de interes și/sau introdusă de o persoană juridică fără calitate procesuală activă, iar pe fondul cauzei, ca nefondată și dispunerea continuării procedurii de atribuire.

Ca urmare a invocării celor două excepții de către autoritatea contractantă, prin adresa nr. 43298/..../C4/28.10.2019, Consiliul a solicitat contestatoarei punctul de vedere cu privire la excepţiile lipsei de interes și a lipsei calității procesuale active.

Contestatoarea a formulat punct de vedere, prin adresa FN/31.10.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 43958/31.10.2019, în care precizează că își menține solicitările din contestație, reiterând solicitarea de anulare a procedurii, întrucât la acest moment nu mai pot fi luate măsuri de remediere.

1. Cu privire la excepția lipsei sale de interes invocată de autoritatea contractantă, contestatoarea precizează că la data de 30.09.2019, SC ... SRL a semnat acordul de asociere cu societatea ... SRL. Acesta a fost semnat în vederea participării la procedura de achiziție publică și derularea în comun a contractului de achiziție publică, în cazul desemnării ofertei comune ca fiind câștigătoare.

Conform acordului de asociere, SC ... SRL se va ocupa de partea de managementul lucrărilor care va consta în managementul achizițiilor de materiale, coordonarea întregii echipe de execuție, managementul de proiect și monitorizarea termenelor, conform graficului de execuție, iar societatea ... SRL se va ocupa de partea de execuție lucrări.

În opinia contestatoarei, această asociere dovedește că formularea contestației de către ... SRL nu este în niciun caz lipsită de interes. Astfel, societatea și-a exprimat încă din data de 30.09.2019 voința cu privire la participarea la procedura de achiziție publică, asociindu-se cu o

societatea care are ca obiect principal de activitate codul CAEN 4120 - Lucrări de construcții rezidențiale și nerezidențiale, ca obiect secundar și codul CAEN 4221 - Lucrări de construcții a proiectelor utilitare pentru fluide. Mai mult, precizează că SC ... SRL a fost deja înscrisă la procedură și a solicitat pe această cale, clarificări autorității contractante, pentru anumite aspecte constatate în documentația de atribuire.

În ceea ce privește obiectul său de activitate, SC ... SRL, aceasta precizează că are ca obiect de activitate secundar codul CAEN 7022 - Activități de consultanță pentru afaceri și management. Astfel, din acordul de asociere reiese că societatea va derula numai activități de management al lucrărilor, iar SC ... SRL va derula activitățile de execuție a lucrărilor.

Prin urmare, contestatoarea precizează că demersurile pe care le-a întreprins servesc intereselor sale, dar mai ales, respectă voința exprimată de părți în acordul de asociere semnat în data de 30.09.2019. Totodată, învederează că documentul semnat între cele două societăți demonstrează că acestea și-au exprimat dorința de a participa la procedura de atribuire organizată de către COMUNA ..., fiecare dintre acestea executând în derularea contractului, părțile din contract aferente obiectului de activitate.

Mai mult, subliniază că nu a urmărit să întârzie derularea procedurii de atribuire, ci doar să-și apere dreptul său de a participa la procedură și de a depune o ofertă competitivă și în conformitate cu cerințele autorității contractante.

Față de afirmațiile autorității contractante ce vizau cifra de afaceri, contestatoarea face mențiunea că pentru procedurile simplificate autoritățile nu au dreptul să solicite astfel de cerințe, considerând aceste afirmații ca fiind fără obiect și încălcând principiile achizițiilor publice, în special pe cele care fac referire la nediscriminare și la tratamentul egal.

Bazându-se pe această abordare a autorității contractante, contestatoarea consideră că aceasta va utiliza în procesul de evaluare și alte criterii și cerințe decât cele cuprinse în documentația de atribuire, exprimându-și convingerea că evaluarea va fi subiectivă.

Având în vedere considerentele expuse mai sus, solicită Consiliului să considere excepția lipsei de interes ca fiind nefondată, apreciind că a demonstrat posibilitatea sa de a îndeplini partea din contract pe care și-a asumat să o execute, conform acordului de asociere.

În egală măsură, aceasta precizează că s-a considerat vătămată, întrucât asocierea din care face parte nu a putut să elaboreze o ofertă competitivă în termenul impus de autoritatea contractantă. Drept urmare, învederează că asocierea din care face parte ... SRL nu a elaborat o ofertă care să respecte toate solicitările autorității contractante, întrucât pe de o parte răspunsul la solicitarea de clarificări [SCN1052641/00031] a fost postat cu încălcarea termenului legal stabilit pentru elaborarea ofertelor, iar în cuprinsul său erau impuse elemente nelegale, pe care prin depunerea unei oferte, ar fi însemnat că și le-ar fi însușit.

2. Cu privire la excepția lipsei calității procesuale active, SC ... SRL susține că a formulat contestația ca parte a asocierii înființată prin acordul de asociere semnat în data de 30.09.2019, acest lucru fiind stipulat în art. 4.8 din acest acord. Mai mult decât atât, precizează că societatea are un procent de 5% în cadrul asocierii, urmând să îndeplinească în cadrul contractului partea de management al lucrărilor, în conformitate cu obiectul secundar de activitate al societății.

Față de cele invocate de către autoritatea contractantă, contestatoarea consideră că introducerea contestației a fost făcută de o persoană cu calitate procesuală activă.

În opinia sa, faptul că în data de 07.10.2019, la ora 15:01 SC ... SRL nu a depus ofertă nu are nicio relevanță, întrucât obiectul contestației îl reprezintă, de fapt, lezarea dreptului său care urmare a faptului că urma să depună ofertă conform acordului de asociere semnat în 30.09.2019, însă noul termen de depunere acordat de autoritatea contractantă a fost mai mic decât cel menționat în legislația din domeniul achizițiilor publice, iar o parte din cerințele impuse prin răspunsul la solicitarea de clarificări din 01.10.2019 au fost nelegale. Depunerea unei oferte în aceste condiții ar fi fost egală cu asumarea solicitărilor nelegale formulate de către autoritatea contractantă.

Având în vedere cele de mai sus, solicită Consiliului să considere excepția lipsei calității procesuale active a contestatorului ca fiind nefondată.

În continuare, față de aspectele constatate privind fondul cauzei, tratate de autoritatea contractantă în punctul de vedere, petenta arată că în ceea ce privește completarea contestației, argumentele autorității contractante erau la data transmiterii punctului de vedere rămase fără obiect.

A. Referitor la motivul nr. 1, contestatoarea precizează că acel calcul prezentat de autoritatea contractantă este eronat, întrucât la art. 3 din Legea nr. 98/2016 se arată că data la care se produce evenimentul (publicarea răspunsului la solicitarea de clarificări, data de 01.10.2019), nu se ia în calcul. Prin urmare, data publicării răspunsului la solicitarea de clarificări nu trebuie introdusă în calcul, astfel că numărarea zilelor se face din 02.10.2019, urmând ca împlinirea celor 6 zile să se facă în data de 07.10.2019, exact data limită de depunere a ofertelor.

Totodată, contestatoarea reiterează că această zi este una incompletă, pentru că ora stabilită pentru depunerea ofertele era ora 15:00, astfel că ofertanții nu au avut la dispoziție termenul minim legal acordat de lege pentru elaborarea unor oferte competitive.

Contestatoarea consideră că acțiunea autorității contractante a lezat interesele operatorilor economici interesați de procedură, prin acordarea unui termen incomplet de elaboare a ofertelor, luând în calcul mai ales complexitatea acestora, acest demers încălcând legislația în domeniul achizițiilor publice, procedura de atribuire fiind viciată pe parcursul său.

B. Referitor la motivul nr. 2, contestatoarea consideră că susținerile autorității contractante sunt nefondate. Astfel, impunerea unor prețuri fixe este bazată pe prevederile HG nr. 1/2018 pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție, aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice.

În art. 1 din HG nr. 1/2018, menționează că aceasta se aplică *"(..) pentru contractele de achiziție publică sau sectorială de lucrări care au ca obiect exclusiv execuția de lucrări și care sunt aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice, inclusiv fonduri nerambursabile și/sau rambursabile, a căror valoare totală estimată, conform prevederilor legale, este egală sau mai mare decât pragul valoric prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare".*

Pragul regăsit la art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 se referă la lucrări care au o valoare mai mare sau egală cu 24.977.096 lei, pentru contractele de achiziție publică/acordurile-cadru de lucrări. Procedurile cu pragul mai mare de 24.977.096 lei sunt cele care se organizează prin licitație deschisă și nu fac obiectul procedurilor simplificate.

Astfel, raportat la cele precizate mai sus, petenta subliniază că valoarea estimată a procedurii de atribuire este de 23.973.286,07 lei, aceasta fiind mai mică decât procedurile care fac obiectul HG nr. 1/2018.

De asemenea, arată că și în situația în care HG nr. 1/2018 prevede la art. 3 alin. (4) că *„Autoritățile/Entitățile contractante pot utiliza condițiile generale și specifice, împreună cu modelul-cadru de acord contractual, prevăzute la art. 1 sau 2, pentru contractele de achiziție publică sau sectorială de lucrări a căror valoare totală estimată, conform prevederilor legale, este mai mică decât pragul valoric prevăzut de art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare"*, nu se poate discuta nici despre această situație. Cu atât mai mult, precizează că niciunde în cadrul documentației de atribuire, fișa de date sau contractul de lucrări postate în SEAP de către autoritatea contractantă nu se regăsesc referințe ce ar viza prevederile HG nr. 1/2018 și anexele acesteia.

Aceasta arată că nici afirmațiile autorității legate de modelul de contract nu sunt întemeiate, întrucât autoritatea contractantă a postat drept propunere de contract un document care nu are nicio legătură cu cel invocat în punctul de vedere. Astfel, modelul de contract postat în documentația de atribuire, nu are în cuprinsul său nicio prevedere legată de sume previzionate. Mai exact, în susținerile din punctul de vedere autoritatea contractantă face referire la contractul FIDIC, acest model de contract neavând aplicabilitate la nivelul procedurii ce face obiectul prezentei contestații, întrucât acesta nu a fost postat încă de la început în cadrul documentației de atribuire, respectiv aceste sume nu au fost identificate încă de la început ca provizioane de către autoritatea contractantă la nivelul documentației de atribuire.

Totodată, precizează că autoritatea contractantă nu a apelat la modelul de contract din HG nr. 1/2018 de la momentul demarării procedurii, ci a folosit un contract standard, iar din cuprinsul modelului de contract postat nu rezultă că sumele indicate au fost identificate de la început ca find provizioane. Mai mult, pentru aceste sume stabilite ca provizioane, antreprenorul general trebuia să organizeze o procedură transparentă de atribuire și stabilire a lor, cum este prevăzut la nivelul contractului FIDIC.

În opinia petentei, nici această prevedere nu este respectată la nivelul documentației de atribuire.

Din susținerile formulate în punctul de vedere reiese că autoritatea contractantă s-a raportat la alte elemente pe parcursul derulării procedurii și, până la data limită de depunere a ofertelor, a facut modificări semnificative asupra conținutului documentației de atribuire, prin impunerea unor prețuri fixe pentru anumite categorii de lucrări ce fac obiectul procedurii de atribuire.

Față de acest aspect, consideră că acțiunile autorității, de modificare a prevederilor documentației de atribuire pe parcursul derulării procedurii, nu au susținere nici în practica achizițiilor publice și nici în cadrul legal, unde se menționează că modificările substanțiale ale documentației de atribuire pot atrage anularea procedurii, dacă prin măsurile corective autoritatea contractantă încalcă principiile achizițiilor publice.

Prin urmare, contestatoarea reiterează că răspunsul autorității contractante din 01.10.2019 la solicitarea de clarificări numărul 2 este o abatere gravă tocmai de la scopul întregii legislații a achizițiilor publice, aceasta fiind formulată tocmai pentru a asigura cadrul legal necesar pentru a realiza achiziționarea de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică.

De asemenea, face precizarea că din răspunsul la solicitarea de clarificări reiese că autoritatea contractantă achiziționează o parte semnificativă din lucrări - racorduri electrice etc., care reprezintă aproape 10% din valoarea estimată a contractului, fără a le supune unei concurențe din partea operatorilor economici interesați, limitând în același timp și valoarea unei categorii de lucrări.

În același timp, contestatoarea consideră că nivelul foarte mare al provizioanelor identificate în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări din 01.10.2019, respectiv de aproximativ 500.000 euro, poate fi un abuz de drept. Chiar și în condițiile în care sumele respective ar fi reprezentat provizioane, având în vedere cuantumul lor, acestea puteau face obiectul atribuirii printr-o procedură separată.

C. Referitor la motivul nr. 3, contestatoarea precizează că a solicitat eliminarea acestei cerințe având în vedere că autoritatea contractantă a cerut inițial prin modul de prezentare a propunerii tehnice, care nu a fost modificat prin răspunsuri la solicitările de clarificări, ca ofertanții să elaboreze ofertele prin raportare la propriile tehnologii, proceduri tehnice de execuție, consumuri, experiențe etc. Prin

răspunsul la solicitarea de clarificări, postată în data de 01.10.2019, aceeași autoritate contractantă impune ofertanților respectarea conținutului rețetelor transmise.

Contestatoarea, referindu-se la faptul că atât propunerea tehnică cât și propunerea financiară sunt elaborate de ofertanți în funcție de propriile tehnologii, proceduri tehnice de execuție, consumuri, experiență etc., consideră că respectarea unor rețete impuse devine imposibilă, întrucât ofertanții nu au cum să plieze aceste rețete pe propriile tehnologii, consumuri etc.

În susținere, aceasta face referire la Ghidul privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice, în sensul că în acesta se menționează clar dreptul ofertanților de a-și stabili propriile oferte, precum și faptul că executanții sunt cei care le întocmesc.

Spre exemplificare, petenta învederează că solicitările din cadrul secțiunii privind modul de prezentare a propunerii tehnice nu mai au aplicabilitate în cazul solicitării de impunere a respectării rețetelor, respectiv:

„4) Reperele privind managementul, logistica și planificarea aplicată pentru realizarea contractului.

În această secțiune, ofertantul va trebui să facă o prezentare detaliată privind aspectele organizaționale generate și specifice, planificarea Activităților contractului prin care ofertantul să indice:

- *toate etapele esențiale de realizare a Activităților, metodele de lucru, echipamentele/utilajele utilizate,*
- *personalul disponibil și orele de lucru alocate,*
- *sursele de aprovizionare cu materiale,*
- *metodele de transport și de depozitare,*
- *rutele de transport,*
- *adecvarea la constrângerile fizice impuse de amplasamentul lucrărilor și aspectele de ordin operațional ale lucrărilor existente ce trebuie menținute.*

De asemenea, se va prezenta și Formularul nr. 4 - Organizarea lucrărilor (Anexa la Formularul nr. 11) completat de ofertat cu informațiile minime solicitate în cadrul acestuia.

6) Tehnicile de planificare, însoțite de graficul Gantt

Tehnicile de planificare cum ar fi tehnica evaluării repetate a programului, metoda potențialelor, metoda diagramelor de precedență, tehnica evaluării grafice repetate a programului (Se va prezenta una dintre aceste tehnici de planificare), însoțite de graficul Gantt (explicitat fizic, incluzând consumurile cu mâna de lucru, consumurile privind transporturile și consumurile de ore de funcționare a utilajelor de construcții - Graficul Gantt se va prezenta pornind de la ideea că ordinul de începere al lucrărilor va fi 01.11.2019) trasat pe luni pentru prestarea serviciilor și pentru execuția tuturor etapelor ce se execută în cadrul fiecărui tip de lucrări

11) Programul de asigurare a calității particularizat la lucrare. Ofertantul trebuie să prezinte Programul de asigurare a calității particularizat la lucrare și trebuie să cuprinda în cadrul structurii sale cel puțin următoarele:
a. modul de asigurare a calității aplicat la lucrare, inclusiv listele cuprinzând procedurile aferente sistemului calității particularizate la lucrare
b. procedurile tehnice de execuție a principalelor categorii de lucrări (obiecte) privind realizarea obiectivului;
c. planul de control al calității;
d. modul de dispunere/asigurare a laboratoarelor necesare a fi utilizate în cadrul lucrărilor;
e. modalitatea în care intenționează să controleze calitatea în toate stadiile executiei lucrărilor (și nu doar prin raportare la fazele determinante);
f. modalitatea în care asigura monitorizarea si trasabilitatea inregistrarilor privind calitatea lucrărilor executate.
12) Metodologia pentru realizarea lucrării
Ofertantul va prezenta Metodologia pentru realizarea lucrării - Formular nr. 5. Ofertantul va descrie abordarea generală și metodologia pentru realizarea Lucrărilor, inclusiv descrieri detaliate pentru metodele de lucru pentru componentele majore ale Lucrărilor".

Așadar, opinia petentei este că cerințele indicate mai sus și solicitate de către autoritatea contractantă la modul de prezentare a propunerii tehnice nu mai au nicio relevanță având în vedere solicitarea de respectare a rețetelor impuse. Astfel, consideră că nu mai poate fi vorba despre o ofertă elaborată prin raportare la propriile proceduri tehnice de execuție, tehnologii, utilaje, consumuri cu mâna de lucru, etc., ce trebuie descrise și prezentate în cadrul modului de prezentare a propunerii tehnice, întrucât acestea nu mai au aplicabilitate la nivelul rețetelor impuse de către autoritatea contractantă.

În concluzie, autoarea contestației precizează că își menține solicitările de la nivelul contestației și solicită anularea procedurii de atribuire, întrucât consideră că nu pot fi luate măsuri de remediere.

Cu adresa nr. 9400/05.11.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 44692/05.11.2019, autoritatea contractantă a formulat punct de vedere față de concluziile scrise depuse de SC ... SRL, în care reiterează solicitările cuprinse în punctul de vedere.

Autoritatea contractantă învederează că ... SRL, în calitate de contestatoare, introduce prin punctul de vedere și un alt operator economic, respectiv SC ... SRL.

Astfel, solicită Consiliului să constate că ... SRL nu are calitatea de contestator, întrucât contestația a fost depusă de ... SRL în nume propriu, așa cum rezultă din contestația formulată.

În ceea ce privește apărarea contestatoarei, cu privire la excepția lipsei de interes, autoritatea solicită respingerea apărărilor acesteia, ca neîntemeiate, întrucât contestația formulată de aceasta la data de

07.10.2019 a fost în nume propriu și niciunde în cadrul acesteia ... SRL nu precizează că această contestație a fost formulată și în numele ... SRL, în calitate de asociat, așa cum rezultă din punctul de vedere formulat de ... SRL la data de 31.10.2019.

În acest context, autoritatea contractantă solicită Consiliului să respingă ca inadmisibil punctul de vedere formulat de ... SRL, întrucât cuprinde informații și/sau documente care au apărut în cadrul acestui dosar la data de 31.10.2019, ulterior termenului legal de formulare a contestației, respectiv 07.10.2019.

În susținerea acestei solicitări, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016. De asemenea, solicită Consiliului să constate că în cadrul contractului de lucrări ... SRL nu poate avea calitatea de participant la procedură (ofertant asociat) întrucât:

1. contractul de achiziție publică presupune execuția de lucrări, și nu prestarea de servicii;

2. "managementul lucrărilor" (care va consta în managementul achiziţiilor de materiale, coordonarea întregii echipe de execuţie, managementul de proiect și monitorizarea termenelor conform graficului de execuţie) invocat de ... SRL în punctul de vedere nu face obiectul prezentei procedurii de atribuire, ci va face obiectul unui contract de servicii distinct, în valoarea estimată a lucrărilor nefiind cuprinsă și consultanța în domeniul managementului investiției sau administrarea contractului de execuție, managementul lucrărilor fiind cuprins la subcapitolul 3.7.2., conform Devizului General.

Mai mult decât atât, apreciază că pentru a dobândi calitatea de ofertant în cadrul unei proceduri, ... SRL trebuie să aibă capacitatea de exercitare a activității profesionale. Din această perspectivă, reiterează că ... SRL apare ca fiind înregistrată la Registrul Comerţului cu domeniul principal de activitate – „Repararea ceasurilor şi a bijuteriilor" cod CAEN 9525 și domeniile secundare, activități ce nu fac obiectul contractului de lucrări aferent procedurii și care dovedesc că aceasta nu are niciun interes legitim.

Totodată, subliniază că acel cod CAEN invocat de contestatoare că s-ar încadra pentru dovedirea capacității de exercitare a activității profesionale este pentru prestarea de servicii, nu pentru execuția de lucrări.

În acest sens, autoritatea reiterează prevederile de la pct. III.1.1.b) Capacitatea de exercitare a activității profesionale din cadrul fişei de date a achiziţiei, cerinţa nr. 5, cu precizarea că activitățile, respectiv categoriile de lucrări ce fac obiectul contractului sunt cele prevăzute în cadrul Formularelor F2 - Centralizatoarele cheltuielilor pe categori de lucrări și în care nu se regăsesc activitățile invocate de ... SRL, respectiv *"managementul lucrărilor care va consta in managementul achiziţiilor de materiale, coordonarea întregii echipe de execuţie, managementul de proiect și monitorizarea termenelor conform graficului de execuţie".*

Mai mult, autoritatea solicită Consiliului să constate că și în situația în care aceste activități ar face obiectul contractului, ... SRL nu ar avea capacitatea de a presta acele servicii, având 0 (zero) angajați.

Având în vedere că ... SRL nu are calitatea de parte contestatoare în cadrul contestației formulate de ... SRL la data de 07.10.2019, autoritatea solicită respingerea informațiilor/argumentelor/dovezilor/amendamentelor cu privire la aceasta, reiterând că, la data de 07.10.2019, ... SRL nu a formulat contestaţia în numele asocierii, ci a formulat-o în nume propriu.

Referitor la răspunsul contestatoarei în legătură cu cifra de afaceri, autoritatea face mențiunea că aceasta nu a fost solicitată ca cerință minimă de evaluare în cadrul fișei de date/documentației de atribuire, ci a fost enunțată de autoritatea contractantă doar pentru a dovedi că ... SRL nu are potențial financiar de a executa o lucrare de 23.973.286,07 lei, fără TVA.

Referitor la afirmația potrivit căreia contestatoarea are un procent de 5% în cadrul asocierii, urmând să îndeplinească în contract partea de management al lucrărilor, autoritatea contractantă solicită Consiliului să o considere ca fiind inadmisibilă, întrucât *managementul lucrărilor* nu se numără printre activitățile din cadrul viitorului contract de lucrări.

Referitor la afirmația ce viza noul termen de depunere acordat de autoritatea contractantă, aceasta invocă inadmisibilitatea prezentării unui nou motiv de contestație, respectiv *"noul termen de depunere acordat de autoritatea contractantă a fost mai mic decât cel menţionat in legislaţia din domeniul achiziţiilor publice"*. Referitor la acest aspect, apreciază că decalarea termenului de depunere a ofertelor de la data de 30.09.2019 la 07.10.2019 respectă prevederile art. 153 alin. (3) în coroborare cu alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea subliniind că a lăsat chiar un termen mai mare decât cel stipulat de lege în cazul procedurilor simplificate.

Referitor la aspectele constatate de ... privind fondul cauzei, tratate de autoritatea contractantă în punctul de vedere, autoritatea precizează că și le menține, reiterând argumentele prezentate în punctul de vedere transmis cu privire la acest aspect.

Referitor la afirmațiile contestatoarei în ceea ce privește sumele neidentificate ca provizioane la nivelul documentației de atribuire, autoritatea contractantă readuce în discuție publicarea fișierului "caietul de sarcini (documentația tehnico-economică)", în cadrul căruia se regăsesc pdf-urile denumite "V.1" și "V.2".

Astfel, reiterează că în cadrul acestor documente au fost inserate sumele previzionate, respectiv provizioanele pentru execuția unei părți a lucrărilor ce fac obiectul viitorului contract, în cadrul Cheltuielilor pentru asigurarea utilităților necesare obiectivului de investiții. În susținere, autoritatea a reinserat extrase din: Formularul F1 – Centralizatorul cheltuielilor pe obiectiv; Formularul F2 – Centralizatorul cheltuielilor pe categorii de lucrări, pt. obiectul 07 Racorduri electrice SPAU (pagina 12);

Extras din Formularul F2 – Centralizatorul cheltuielilor pe categorii de lucrări, pt. obiectul 07 Racorduri electrice SPAU (pagina 13).

Astfel, precizează că invocarea prevederilor HG nr. 1/2018 și a fișierului "II2_Contract_LUCRĂRI_CS_30oct2018.docx" s-a făcut pentru a evidenția că legiuitorul și/sau ANAP a prevăzut astfel de situații, respectiv că se admite solicitarea sumelor previzionate de autoritățile contractante doar în acele cazuri, respectiv pentru anumite articole/elemente (lucrări) despre care se cunoaște că vor fi necesare în procesul de implementare, dar nu pot fi cuantificate în valoare monetară decât la un nivel general, neputându-se anticipa frecvența apariției acestora și toate detaliile referitoare la articolele de deviz incidente.

În contradicție cu cele afirmate de ... SRL, autoritatea învederează că propunerea financiară este anexă la contractul de lucrări, iar în cadrul propunerii financiare este obligatoriu a fi prezentate și formularele ce conțin sumele previzionate.

Referitor la afirmația contestatoarei că niciunde în cadrul documentaţiei de atribuire, fișă de date sau contract de lucrări nu se regăsesc referinţe privind prevederile HG nr. 1/2018 și anexele acesteia, autoritatea arată că la nivelul Fișei de date a achiziției se regăsește secțiunea III.1.9) Legislația aplicabilă care la litera "c" face trimitere la site-ul ANAP unde se regăsește și HG nr. 1/2018.

Referitor la presupusele susţineri din punctul de vedere ce fac referire la contractul FIDIC, autoritatea face precizarea că în cadrul punctului de vedere nu a făcut referire la contractul FIDIC, întrucât nu este cazul de un astfel de contract, autoritatea contractantă precizând că a invocat prevederile HG nr. 1/2018 și ale fișierului "II2_Contract_LUCRĂRI_CS_30oct2018.docx" doar pentru a evidenția că legiuitorul și/sau ANAP au prevăzut posibilitatea invocării de către o autoritatea contractantă a unor sume previzionate la nivelul documentației de atribuire.

Referitor la afirmația contestatoarei, potrivit căreia nivelul foarte mare al provizioanelor identificate în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări poate fi un abuz de drept, autoritatea precizează că prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 2 nu face decât să puncteze informațiile deja existente la nivelul documentației de atribuire, din care susține că se poate constata posibilitatea unei proceduri distincte.

Astfel, precizează că fără realizarea celor două obiecte, lucrările nu se pot recepționa, respectiv lucrările nu pot fi separate/divizate decât cu încălcarea prevederilor legale în vigoare (art. 11 din Legea nr. 98/2016).

Reiterând că sumele previzionate sunt pentru Cheltuielile pentru asigurarea utilităților necesare obiectivului de investiții, autoritatea precizează că în conformitate cu prevederilor HG nr. 907/2016 *"Valoarea lucrărilor de construcţii-montaj (C+M), inclusă în valoarea totală a devizului general, exprimată în lei, cuprinde cheltuielile prevăzute la cap./subcap. 1.2, 1.3, 1.4, 2, 4.1, 4.2, 5.1.1 din devizul general".*

În concluzie, consideră că publicarea unei singure proceduri de atribuire în cadrul căreia să fie, la nivel de documentație de atribuire,

precizate și sume previzionate, respectă prevederile legale în vigoare în domeniul achizițiilor publice.

Referitor la afirmația contestatoarei că solicitările din cadrul secţiunii privind modul de prezentare a propunerii tehnice nu mai au aplicabilitate în cazul solicitării de impunere a respectării reţetelor, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate următoarele:

- este inadmisibil capătul de cerere cu privire la inaplicabilitatea cerințelor 4, 6, 11 și 12 din Modul de prezentare a propunerii tehnice.

- orice ofertant trebuie să respecte și să demonstreze aceste cerințe, chiar dacă prin documentația de atribuire li s-au impus rețetele. La nivelul răspunsului la clarificări s-a prevăzut că se vor respecta rețetele transmise de autoritatea contractantă, cu excepția articolelor de transport pentru care fiecare ofertant va avea obligația de a cota distanțele reale.

Prin prezentarea acestor cerințe, fiecare ofertant va demonstra cum va realiza efectiv lucrarea, prin punerea în oglindă a tuturor documentelor/informațiilor deținute, cu ceea ce deține în mod efectiv (resurse umane, tehnice și financiare).

Totodată, autoritatea menționează că ofertantul, în vederea executării lucrării, *"va descrie abordarea generală și metodologia pentru realizarea Lucrărilor, inclusiv descrieri detaliate pentru metodele de lucru pentru componentele majore ale Lucrărilor"*, care sunt echipamentele/utilajele utilizate plecând de la Formularul C8 și demonstrând că le deține (închiriere și/sau proprietate), care este personalul disponibil și orele de lucru alocate, care sunt sursele de aprovizionare cu material (furnizorii/producătorii, după caz), care sunt metodele de transport și de depozitare, care sunt rutele de transport, dacă a înțeles modul de asigurare a calității și dacă acesta este particularizat la lucrare etc.

În această situație, autoritatea susține că sunt incidente prevederile Cap. 1. Generalităţi - aliniatul 1.4 din Ordinul nr. 1568/2002 - Ghid privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări şi obiecte de construcţii pentru investiţii realizate din fonduri publice", indicativ P 91/1-02, care evidențiază cele două posibilități:

1. Rețete (Devizele se întocmesc pe categorii de lucrări utilizându-se indicatoarele de norme de deviz recunoscute de organisme cu atribuţii în domeniu) sau

2. Norme proprii.

Autoritatea contractantă susține că a optat pentru întocmirea de fiecare ofertant a devizelor pe categorii de lucrări, utilizându-se indicatoarele de norme de deviz recunoscute de organisme cu atribuţii în domeniu.

Drept urmare, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, PRIMĂRIA COMUNEI ..., pe cale de excepție, solicită respingerea contestației formulată de ... SRL ca lipsită de interes și/sau introdusă de o persoană juridică fără calitate procesuală activă, iar pe fondul cauzei solicită respingerea acesteia ca nefondată și inadmisibilă pe capetele noi

de cerere arătate în cadrul adresei de răspuns, precum și dispunerea continuării procedurii de atribuire.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei și din analiza susținerilor părților, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, COMUNA ... a inițiat o procedură de atribuire simplificată a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Înființare sistem de canalizare cu stație de epurare în comuna ..., județul ... - faza execuție lucrări”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. SCN 1052641/09.09.2019, împreună cu documentația de atribuire.

Valoarea estimată a contractului este de 23.973.286,07 lei fără TVA, iar criteriul de atribuire a fost „prețul cel mai scăzut”.

Conform anunțul de participare simplificat, data limită de depunere a ofertelor a fost 30.09.2019, însă, prin eratele nr. EN 1012862 și EN 1012861, aceasta a fost decalată pentru data de 07.10.2019.

Împotriva răspunsului la clarificări nr. [SCN1052641/0031], publicat în SEAP în data de 01.10.2019, SC ... SRL a formulat prezenta contestație.

După depunerea contestației, SC ... SRL a transmis, în urma solicitării Consiliului, dovada constituirii cauțiunii prevăzută la art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată prin OUG nr. 45/2018, în cuantum de 35.000 lei, prin consemnarea la CEC Bank – Sucursala Victoria, a sumei respective, conform recipisei de consemnare nr. 205794999/1/10.10.2019, suma fiind consemnată la dispoziția Consiliului pentru contestația care a format obiectul dosarului nr. 2095/C4/2019.

Cauţiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61^1 alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Având în vedere că în cadrul contestației sale, SC ... SRL nu a inclus toate elementele obligatorii prevăzute la art. 10 din Legea nr. 101/2016, Consiliul a solicitat contestatoarei, în temeiul art. 11 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, prin adresa nr. 40100/2095/C4/08.10.2019, transmisă înainte de primirea punctului de vedere al autorității contractante, să precizeze sediul, codul unic de înregistrare, numărul de înmatriculare în registrul comerţului, numele persoanei care o reprezintă şi calitatea sa, la care contestatoarea a răspuns, prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 40186/09.10.2019, precizând elementele solicitate și depunând în susținere Certificatul constator al SC ... SRL.

Văzând excepțiile invocate în speță de autoritatea contractantă, respectiv excepția lipsei de interes a contestatoarei și excepția lipsei calității procesuale active, Consiliul se va pronunța cu precădere asupra acestora, conform obligației rezultând din dispozițiile alin. (1) al art. 26 din Legea nr. 101/2016: „Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”.

În susținerea acestor excepții, autoritatea contractantă precizează că ... SRL este înregistrată la Oficiul Registrului Comerţului cu domeniul principal de activitate: „Repararea ceasurilor şi a bijuteriilor” cod CAEN 9525 și domenii secundare 4777 - Comerț cu amănuntul al ceasurilor și bijuteriilor în magazine specializate, 4791 – Comerț cu amănuntul prin intermediul caselor de comenzi sau prin internet, 8299 - Alte activități de servicii suport pentru întreprinderi n.c.a.; 7022 - Activități de consultanță pentru afaceri și management; 7021 - Activități de consultanță în domeniul relațiilor publice și al comunicării, fapt ce dovedeşte incapacitatea sa tehnică de judecare a aspectelor solicitate în cadrul prezentei procedurii, precum și incapacitatea de a depune ofertă la aceasta.

Invocând prevederile art. 2 alin. (1), art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, art. 8 alin. 1^1 din Legea nr. 554/2004, art. 32 alin. (1) din Codul de procedură civilă și art. 1 alin. (3) din Directiva nr. 89/665, autoritatea contractantă susține că ... SRL nu și-a justificat interesul în formularea contestației.

În replică, SC ... SRL arată că a încheiat un acord de asociere cu SC ... SRL în vederea participării la această procedură de atribuire și derularea în comun a contractului.

Consiliul constată că SC ... SRL a depus în susținere acest acord de subcontractare înregistrat cu nr. 1/30.09.2019, potrivit căruia contribuția SC ... SRL la îndeplinirea contractului de achiziție publică este de 5% și constă în „partea de management a lucrărilor, reprezentând managementul achizițiilor de materiale, coordonarea întregii echipe de execuție, managementul de proiect și monitorizarea termenelor conform graficului de execuție”, respectiv activități care se circumscriu codurilor CAEN deținute de SC ... SRL, respectiv: 8299 - Alte activități de servicii suport pentru întreprinderi n.c.a.; 7022 - Activități de consultanță pentru afaceri și management; 7021 - Activități de consultanță în domeniul relațiilor publice și al comunicării.

Consiliul nu poate reține susținerile autorității contractante, potrivit cărora, SC ... SRL, în calitate de contestatoare, a introdus în cauză un alt operator economic, respectiv SC ... SRL, care nu are calitatea de contestatoare, întrucât contestația a fost depusă de SC ... SRL în nume propriu.

Referitor la această susținere, Consiliul are în vedere prevederile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: „Oricare dintre membrii unei asocieri a unor operatori economici, fără personalitate juridică, poate formula orice cale de atac reglementată de prezenta lege”. Prin urmare, oricare dintre membrii acestei asocieri, fie SC ... SRL, fie SC ... SRL pot depune contestație împotriva unui act care produce sau poate produce vătămarea asocierii.

Cu privire la interesul SC ... SRL de a formula prezenta contestație, cu relevanță în cauză sunt prevederile art. 3 alin. (1) lit. f) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016:

„(1) În sensul prezentei legi, termenii şi expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează:

f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplineşte cumulativ următoarele condiţii:

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; şi

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecinţă a unui act al autorităţii contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluţionării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

(3) În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat şi fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanţă, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac."

Consiliul constată că atât asocierea constituită din SC ... SRL și SC ... SRL, cât și fiecare dintre membrii acesteia, deci inclusiv SC ... SRL se încadrează în limitele acestor prevederi lelgale, având un interes în această procedură, respectiv îndeplinesc condițiile participării la procedură și nu a fost exclusă definitiv de la această procedură (pct. i), și riscă să sufere un prejudiciu ca urmare a actului atacat (pct. ii).

De asemenea, potrivit doctrinei, interesul reprezintă una dintre condițiile de exercitare a acțiunii civile în justiție și este obligatoriu, potrivit legii de procedură, ca el să îndeplinească următoarele atribute:

a) să fie determinat, adică concret, susceptibil de o verificare judiciară;

b) să fie legitim, adică în concordanță cu legea, protejat juridic, iar nu situat în afara limitelor legii;

c) să fie personal, aparținând, de regulă, titularului acțiunii civile în justiție, pentru că folosul urmărit se verifică în persoana acestuia.

Consiliul constată că, prin acordul de asociere și prin solicitarea de clarificări formulată de SC ... SRL, asocierea constituită din SC ... SRL și SC ... SRL îndeplinește toate aceste condiții, respectiv interesul acesteia este concret, materializat prin acordul de subcontractare și solicitarea de clarificări la documentația de atribuire, este legitim, fiind în concordanță cu prevederile legale și este personal, folosul urmărit aprținând în egală măsură oricărui membru al asocierii, deci și SC ... SRL.

Referitor la invocarea de către autoritatea contractantă a faptului că managementul lucrărilor nu se numără printre activitățile din cadrul contracului, Consiliul are în vedere că, așa cum s-a stabilit la pag. 26 din prezenta decizie, SC ... SRL se va ocupa de „partea de management a lucrărilor, reprezentând managementul achizițiilor de materiale, coordonarea întregii echipe de execuție, managementul de proiect și monitorizarea termenelor conform graficului de execuție", deci de activități legate de executarea contractului și fără de care acesta nu ar putea fi executat în bune condiții.

Managementul lucrărilor nu poate fi înțeles în sensul indicat de autoritate, ci în sensul coordonării, urmăririi procesului, aprovizionării și asigurării resurselor, aspect care ține de organizarea proprie a activității antreprenorului, după cum rezultă în mod expres din convenția părților. Nu există nicio prevedere legală care să interzică formarea unei asocieri de operatori economici, pe considerentul că unul dintre asociați nu va executa efectiv vreo anumită lucrare, ci se va ocupa aprovizionare, relații cu funizorii, management de orice fel al livrării și alte asemenea.

Mai mult, prin O.U.G. nr. 45/2016, s-a instituit obligativitatea constituirii de către contestatori a unei cauțiuni, a cărei valoare este în funcție de valoarea estimată a procedurii, iar SC ... SRL a constituit o cauțiune la valoarea maximă a acesteia pentru contestația la documentația de atribuire la o procedură simplificată, de 35.000 lei. Prin faptul că a depus această cauțiune, SC ... SRL dovedește că este interesată de participarea la această procedură, și nu de tergiversarea acesteia, așa cum susține autoritatea contractantă.

Pentru toate aceste motive, Consiliul considera că SC ... SRL a demonstrat că are interes în prezenta procedură de atribuire, motiv pentru care respinge excepția lipsei de interes în formularea contestației.

Potrivit doctrinei, lipsa calității procesuale active este strâns legată de lipsa interesului. Ori, SC ... SRL a demonstrat că are interes în prezenta procedură de atribuire, fiind membru al unei asocieri constituite în vederea depunerii unei oferte în cadrul procedurii de atribuire organizate de COMUNA ..., și nu consultant/prestator de servicii, iar la depunerea contestației s-a prevalat de drepturile conferite de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora oricare dintre membrii unei asocieri poate formula contestație.

În consecință, Consiliul constată că SC ... SRL a formulat contestația în nume propriu, în calitate de membru al unei asocieri interesată în depunerea unei oferte, deci are calitate procesuală activă, motiv pentru care va respinge și excepția lipsei calității procesuale active, invocată de autoritatea contractantă.

În continuare, Consiliul va analiza, pe fond, criticile formulate prin contestație.

Prima critică se referă la faptul că autoritatea contractantă a publicat răspunsul la solicitările de clarificări în data de 01.10.2019, astfel că până la data limită de depunere a ofertelor, respectiv 07.10.2019 sunt mai puțin de 6 zile, încălcându-se, astfel, prevederile legale.

Consiliul constată că potrivit modului de calculare a termenelor prevăzut la art. 3 alin. 2 lit. b) din Legea nr. 98/2016 („termenul exprimat în zile începe să curgă la începutul primei ore a primei zile a termenului şi se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului”), între data de 01.10.2019, când s-a publicat răspunsul la clarificări, și data de 07.10.2019, care a fost data limită de depunere a ofertelor au fost 6 zile, respectiv zilele de 2, 3, 4, 5, 6 și 7 octombrie. Consiliul a calculta astfel, întrucât calculul termenelor nu se face pe zile

libere, potrivit Codului de Procedură Civilă, ci se face potrivit Legii speciale, respectiv Legii nr. 98/2016, invocate mai sus, astfel că ultima zi a termenului intră în cadrul acestuia. Cu alte cuvinte ultima zi începută, respectiv data de 07.10.2019 intră în cadrul termenului de 6 zile.

În această situație sunt respectate prevederile art. 161 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora: „(1) În măsura în care solicitările de clarificări sau informaţii suplimentare au fost adresate în termenul prevăzut în anunţul de participare/de concurs, răspunsul autorităţii contractante la aceste solicitări trebuie să fie transmis cu cel puţin 10 zile, respectiv 5 zile în situaţiile de urgenţă demonstrate în mod corespunzător de autoritatea contractantă, prevăzute la art. 74 alin. (3) şi art. 79 alin. (5), înainte de termenul stabilit pentru depunerea ofertelor sau solicitărilor de participare. (2) În cazul aplicării procedurii simplificate, **termenele prevăzute la alin. (1) se reduc la 6 zile în cazul contractului de achiziţie publică de lucrări**, respectiv 3 zile în cazul contractului de achiziţie publică de produse sau de servicii, sau cu cel puţin două zile, în cazul contractului de achiziţie publică de produse de complexitate redusă sau în situaţiile de urgenţă, demonstrate în mod corespunzător de către autoritatea contractantă, înainte de data-limită stabilită pentru depunerea ofertelor sau solicitărilor de participare.

Mai mult, autoritatea contractantă a respectat prevederea de la pct. *II.1.4 Descrierea succintă a contractului sau a achiziției/achizițiilor* din fișa de date a achiziției, potrivit căreia:

„Mențiune: (...)

2. Autoritatea contractantă a decis să stabilească un singur termen-limită în care va răspunde în mod clar şi complet tuturor solicitărilor de clarificare, respectiv pentru clarificarile solicitate cu până la 14 zile înainte de data limita de depunere a ofertelor, se va transmite un singur răspuns consolidat, cumulat pentru toate întrebările operatorilor economici în a 6-a zi înainte de data limită de depunerere a ofertelor."

În cazul în care ar fi considerat această cerință ca fiind nelegală, orice potențial ofertant ar fi putut depune contestație în termenul de 5 zile de la publicarea documentației de atribuire, respectiv până la data de luni 16.09.2019. Criticarea acestei decizii, la 15 zile de la expirarea termenului de contestare este tardivă.

În consecință, Consiliul va respinge critica din contestație referitoare la faptul că răspunsul la clarificări nr. [SCN 1052641/00031] a fost publicat cu mai puțin de 6 zile înainte de data limită de depunere a ofertelor.

Următoarele critici din contestație vizează răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 2, care are următorul conținut:

«În Centralizatorul cheltuielilor pe obiectiv F1 sunt cuprinse Ob. 7 - Racorduri electrice SPAU și Ob. 8 - Racord electric post trafo SE, fiecare având o singură listă cu cantități de lucrări pe categorii de lucrări F3, respectiv:

- Ob. 7 - Racorduri electrice SPAU cu o singură listă cu cantități F3, care are un singur articol YCO1 - Racorduri electrice SPAU și pentru care ați prevăzut în Formularul F2 suma de 101.640 lei fără TVA,

- Ob. 8 - Racord electric post trafo SE cu o singură listă cu cantități F3, care are un singur articol YCO1 - RAC EL POST TRAFO SE și pentru care ați prevăzut în Formularul F2 suma de 1.963.500 lei fără TVA.

Având în vedere că atât în memoriul tehnic, cât și în caietul de sarcini pentru instalaţiile electrice nu se precizează soluţia tehnică de alimentare cu energie electrică pentru nici una din stațiile de pompare și nici nu se dau informaţii cu privire la execuţia unui post de transformare, articolele de deviz mai sus descrise nu pot fi evaluate tehnic și estimate financiar.

Vă solicităm sa faceţi precizări privind soluţiile tehnice gândite de proiectant furnizându-ne următoarele informaţii minime:

- pentru racordurile electrice SPAU: dacă acestea constau în branşamente electrice aeriene sau subterane, lungimea de traseu pentru fiecare SPAU plecând de la punctul de racordare;

- pentru postul de transformare: puterea transformatorului (kVA), tipul racordului subteran sau aerian, lungimea racordului dintr-o LEA 20 kV existent.

Răspuns la solicitarea de clarificari nr. 2

Conform răspunsului proiectantului anexat prezentei, respectiv:

„Conform Memoriului Tehnic specialitatea instalații electrice: „Alimentarea cu energie electrică pentru stațiile de pompare apă uzată va fi realizată din sistemul de distribuție zonal de joasă tensiune, printr-un racord aferent fiecărei stații, ce va fi stabilit de către operatorul zonal de distribuție a energiei electrice. Pentru fiecare obiect din cadrul prezentului contract de lucrări, întocmirea cererii de racordare şi a documentaţiei aferente pentru obţinerea avizului tehnic de racordare şi depunerea acestora la Operatorul zonal de distribuție a energiei electrice în numele Beneficiarului, se va realiza de către Antreprenor.

Lucrările pentru proiectarea și execuţia racordurilor de alimentare cu energie electrică a stațiilor de pompare vor fi în sarcina Antreprenorului și vor fi detaliate conform cerinţelor distribuitorului zonal de energie electrică, menționate în avizul său. *Proiectul de alimentare cu energie electrica va fi elaborat de către furnizorul de energie electrică sau de o firma autorizată ANRE. Proiectantul de specialitate va transmite documentaţia (tema, chestionar și planuri) pentru comandă și elaborarea proiectului de alimentare cu energie electrică. Punctul de delimitare între instalaţiile furnizorului și cele ale beneficiarului se afla la ieşirea din BMPT (blocul de măsură și protecție trifazat). Furnizorul va prevedea și măsurarea energiei electrice livrate. În cadrul prezentei documentații sunt proiectate doar lucrările electrice din aval de BMPT."*

Idem pentru stația de epurare.

Astfel, pentru un tratament unitar, toti potențialii ofertanţi vor lua în considerare cuantumul sumelor prevăzute în cadrul F1

- Centralizatorului cheltuielilor pe obiectiv, atât pentru racordurile la energie electrică a stațiilor de pompare a apelor uzate și a stației de epurare, cât și pentru postul de transformare al stației de epurare*."»*

Potrivit acestui răspuns, proiectarea și execuţia racordurilor de alimentare cu energie electrică a stațiilor de pompare vor fi în sarcina ofertantului declarant câștigător și urmează a fi detaliate conform cerinţelor distribuitorului zonal de energie electrică. În acest sens, este firesc ca, în aplicarea principiului tratamentului egal, autoritatea contractantă să prevadă obligativitatea ofertării de către fiecare operator economic a aceleiași sume pentru Ob. 7 - Racordurile electrice SPAU, respectiv 101.640 lei fără TVA, și Ob. 8 - Racord electric post trafo SE, respectiv 1.963.500 lei fără TVA, întrucât la data ofertării nu sunt cunoscute cerințele distribuitorului zonal de energie electrică, în baza cărora ofertantul câștigător va proiecta și executa racordurile de alimentare cu energie electrică a stațiilor de pompare apă uzată (SPAU) și a stației de epurare (SE).

Consiliul constată că în cauză nu au relevanță prevederile Notificării ANAP nr. 256/2016, actualizată cu erata din 18.05.2017, citată de contestatoare: „Nu se admit precizări de natură a limita valoric elementele propunerii financiare prin invocarea unor limite ale liniilor bugetare alocate proiectului”, întrucât, pe de o parte, nu este vorba despre o limitarea valorii, ci de ofertarea unei sume fixe pentru acea parte din ofertă pentru care nu există soluții tehnice, liste de cantități, stabilirea acestora depinzând de soluțiile tehnice ce vor fi alese de un terț. În al doilea rând, pentru aceasta nu sunt invocate unele limitări bugetare, ci este vorba despre o parte din ofertă pentru care încă nu s-a stabilit soluția de proiectarede către operatorul zonal de distribuție a energiei electrice.

Pe de altă parte, contestatoarea nu a făcut dovada vreunei vătămări prin faptul că pentru aceste obiective trebuie să prevadă în ofertă sumele respective.

Pentru aceste motive, Consiliul constată că răspunsul la solicitarea de clarificări reflectă situația de fapt în ceea ce privește racordurile electrice SPAU și SE și nu este de natură să încalce principiile achizițiilor publice, în principal principiile tratamentului egal și nediscriminării, și nici să producă vreo vătămare contestatoarei, motiv pentru care va respinge această critică.

Ultima critică din contestație vizează răspunsul la clarificarea 5, respectiv:

«Având în vedere că în SEAP ați postat Listele cu cantități de lucrări pe categorii de lucrări - F3 doar cu încadrările pe articole de deviz, fără materialele din listele anexe, pentru respectarea art. 2 pct. (b) din Legea nr. 98/2016 privind asigurarea principiilor de nediscriminare, tratament egal, de transparență și proporționalitate față de ofertanţi, vă solicităm să postați în SEAP Listele cu cantități de lucrări pe categorii de lucrări -

F3 cu rețeta pentru fiecare articol de deviz, din care să reiasă inclusiv codurile de materiale alese.

Furnizarea rețetelor în cadrul Formularelor F3 - Listele cu cantități de lucrări pe categorii de lucrări este obligatorie, conform Indicativului P 91/1-02 - „Ghid privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări şi obiecte de construcţii pentru investiţii realizate din fonduri publice", întrucât proiectantul nu a folosit pentru o parte din articole de lucrări indicatoarele de norme de deviz, punctul 2.2.5 care prevede:

„2.2.5. În cazul în care la elaborarea listelor de cantităţi pe articole de lucrări nu se utilizează articole concrete din indicatoarele de norme de deviz, proiectantul trebuie să facă o descriere cât mai clară a articolelor din listă, în aşa fel încât să dea posibilitatea executantului să aprecieze corect toate operaţiile tehnologice necesare a se executa în cadrul acestei descrieri şi respectiv să evalueze costurile aferente.

Articolele astfel stabilite trebuie să corespundă următoarelor cerinţe:

- să corespundă unor categorii de lucrări distincte;

- să reprezinte o activitate pentru care natura resurselor semnificative să fie omogene;

- să reprezinte o activitate a cărei desfăşurare în timp să se facă cu continuitate, pe segmente tehnologice, astfel încât să fie evitate întreruperile determinate de necesitatea unei alte activităţi distincte."

Întradevăr proiectantul putea folosi orientativ Indicatoarele de norme de deviz la întocmirea proiectului tehnic, însăî în acest caz, acesta avea obligaţia de a pune în aplicare și prevederile punctului 2.2.5 din Indicativ întrucât în listele puse la dispoziţie în SEAP de dvs se observă clar că la elaborarea listelor de cantităţi pe articole de lucrări nu aţi utilizat doar articole concrete din Indicatoarele de norme de deviz. În concluzie vă rugăm sa ne transmiteți Listele cu cantități de lucrări pe categorii de lucrări - F3 cu rețeta pentru fiecare articol de deviz astfel încât să se facă o descriere cât mai clară a articolelor din listă, în aşa fel încât să dea posibilitatea fiecărui operator economic să aprecieze corect toate operaţiile tehnologice necesare a se executa în cadrul acestelor descrieri şi respectiv să evalueze costurile aferente fiecărui articol și implicit să fie respectate și principiile ce guvernează domeniul achiziţiilor publice.

Răspuns la solicitarea de clarificari nr. 5

Menţionăm că Listele cu cantitățile de lucrări (F3) care să cuprindă rețetele detaliate (materiale, manoperă, utilaj, transport) pentru toate articolele de deviz au fost publicate în SICAP/SEAP în data de 17.09.2019 ora 03:01 - Clarificare din oficiu - documentul [SCN1052641/00026] V.3 cu rețete - semnat.pdf transmis cu următorul comentariu „Precizăm că prezentul document nu modifică conținutul Formularelor F3, ci prezintă rețetele pentru articolele care nu sunt din Indicatoarele de norme de deviz. Articolele din cadrul Formularelor F3 (fişierul pdf V.3 din cadrul folderului V Liste de cant) rămân neschimbate".

Sub acest aspect, ***ofertanţii participanţi la procedura de atribuire vor avea obligaţia prezentării (atât la nivelul propunerii tehnice, cât și la nivelul propunerii financiare) Formularelor F3 - Lista cu cantitățile de lucrări pe categorii de lucrări (fără/cu valori, după caz) care să cuprindă rețetele detaliate (materiale, manoperă, utilaj, transport) pentru toate articolele de deviz și care trebuie să respecte conținutul rețetelor transmise de autoritatea contractantă prin Clarificarea din oficiu*** *- documentul [SCN1052641/00026] V.3 cu rețete-semnat.pdf, cu excepţia articolelor de transport pentru care fiecare ofertant va avea obligaţia de a cota distanțele reale.*

De asemenea, tot cu privire la Clarificarea din oficiu - documentul [SCN1052641/00026] V.3 cu rețete - semnat.pdf, vă precizam că, în cadrul Formularelor F3 - Lista cu cantitățile de lucrări pe categorii de lucrări (fără/cu valori, după caz), care să cuprindă rețetele detaliate (materiale, manoperă, utilaj, transport) pentru toate articolele de deviz, au fost cuprinse și articole de material mărunt pentru care cuantificarea se va face prin procentul stabilit în cadrul programului de devize.»

După cum se vede, autoritatea contractantă nu s-a mărginit ca în aceste liste să prezinte doar cantitățile de lucrări, ci a și indicat consumurile specifice, obligatorii de ofertat de către fiecare participant la procedură.

Contestatoarea susține că, deși în documentația de atribuire nu s-a precizat că rețetele sunt obligatorii, totuși, prin acest răspuns la clarificări s-a impus ca ofertanții să respecte conținutul rețetelor transmise de autoritatea contractantă, încălcând prevederile Ghidului privind elaborarea devizelor la nivel de categorie de lucrări, indicativ P91/1-22, aprobat prin Ordinul MLPAT nr. 1568/2002, respectiv: *„2. Documentaţia tehnico-economică ce se elaborează într-o acţiune de întocmire a devizului pe categorii de lucrări (...)*

În funcţie de elaboratorul documentaţiei tehnico-economice, aceasta poate fi:

a) elaborată de către proiectant (antemăsurătoarea, listele cu cantităţile de lucrări aferente fiecărei categorii de lucrări şi listele cu utilaje şi echipamente).

b) elaborate de executant (devizul pe categorii de lucrări şi extrasele de resurse).

(...)

2.2.2. Executanţii (ofertanţii) au deplină libertate de a-şi prevedea în ofertă propriile consumuri şi tehnologii de execuţie, cu respectarea cerinţelor cantitative şi calitative prevăzute în proiectul tehnic, în Caietul de sarcini şi în alte acte normative în vigoare care reglementează execuţia lucrărilor."

Autoritatea contractantă invocă prevederile de la pct. 1.4 din același Ghid privind elaborarea devizelor la nivel de categorie de lucrări, indicativ P91/1-22, respectiv:

*„1.4. **Devizele** se întocmesc pe categorii de lucrări **utilizându-se indicatoarele de norme de deviz recunoscute de organismele cu atribuţii în domeniu** sau propriile consumuri de resurse corespunzătoare tehnologiilor de execuţie ale unităţilor de construcţii, cu condiţia respectării cerinţelor cantitative şi calitative prevăzute în proiectele tehnice, în caietele de sarcini şi în concordanţă cu actele normative şi reglementările în vigoare.”*

Spre exemplificare, Consiliul redă două astfel de cantități de lucrări, așa cum au fost prezentate în Formularul F3 – Lista cu cantitățile de lucrări:

„Obiect 011 Rețea canalizare +SPAU

Categorie 101 Cond canaliz menaj 14777,5 sm

Săp man în spații limit sub 1 m cu sprijin și evac man în păm cu umid nat la adânc 0,0-1,5 m t. tare

Nr. ore manop/um =2,64

extras manoperă consum specific preț unitar

0019621 săpător zi 2,640000 ore

2 TDC01C1 82 sute mc 204,82000”

și

„Obiect 011 Rețea canalizare +SPAU

Categorie 101 Cond canaliz menaj 14777,5 sm

Săpătură cu excavat pe pneuri 0,21-0,39 mc umid natur desc dep ter cat 2

Nr. ore manop/um =0,00

extras utilaje consum specific preț unitar

0003521 excavator pe pneuri, mot termic (buldoexcav) 4,3900 ore

2 TSE02C1 82 sute mc 133,00000”.

Textul indicat de autoritate se referă la întocmirea devizului estimativ, și nu la întocmirea ofertei, pentru ofertanți fiind aplicabile prevederile pct. 2.2.2, 2.2.3 și 3.3.1.4.

În conformitate cu Ordinul Ministerului Lucrarilor Publice, Transporturilor și Locuinței nr. 1568/2002, din 15.10.2002, pentru aprobarea Reglementării tehnice "Ghid pentru elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice", indicativ P91/1-02, ordin în vigoare și aplicabil, conform Anexei Deciziei Ministrului Dezvoltarii Regionale și Turismului nr. 27.129 din 28.04.2010, care conține "Lista reglementărilor tehnice în construcții în valabilitate la data de 31.03.2010", sunt stabilite și următoarele:

„2.2.3 - Ca reper, indicatoarele de norme de deviz seria 1981 și indicatoarele de norme de deviz seria 1981, revizuite si completate după 1998, pot fi folosite în mod orientativ, atât de proiectant cât și de ofertant în descrierea lucrărilor, a condițiilor de măsurare a lucrărilor, a evaluării resurselor necesare și a consumurilor specifice de materiale, manoperă și utilaje.

3.3.1.4 - Pentru aprecierea consumurilor de resurse, se pot utiliza atât norme de consumuri de resurse din indicatoarele de norme de deviz, cât și consumuri proprii de resurse”.

Normele enunțate mai sus sunt norme permisive, care conferă, atât proiectantului cât și ofertantului posibilitatea de a opta sau nu pentru aplicarea și utilizarea normelor de consum, mai puțin consumul aferent cantității materialelor din indicatoarele de norme de deviz.

Indicatoarele pot fi folosite în mod orientativ, atât de către proiectant, cât și de către ofertant în descrierea lucrărilor, a condițiilor de măsurare a lucrărilor, a evaluării resurselor necesare, a consumurilor specifice de materiale, manopera și utilaje.

Consumurile de resurse prevăzute în articole de deviz nu sunt obligatorii pentru operatorii economici în elaborarea ofertelor. Aceștia au deplina libertate sa utilizeze la întocmirea ofertei propriile consumuri de resurse, cu condiția respectării prevederilor din proiectul tehnic, a caietelor de sarcini și reglementărilor tehnice in vigoare.

Consiliul are în vedere că poziția autorității contractante, exprimată în răspunsul la clarificarea din 01.10.2019, este în sensul obligativității rețetelor din Formularul F3, care cuprind și consumurile specifice,

Mai mult, în clarificarea nr.[SCN1052641/00026] V.3 cu retete -semnat.pdf, publicat în SEAP în data de 23.09.2019 se specifică: „Precizăm că prezentul document nu modifică conținutul Formularelor F3, ci prezintă rețetele pentru articolele care nu sunt din Indicatoarele de norme de deviz. Articolele din cadrul Formularelor F3 (fisierul pdf V.3 din cadrul folderului V Liste de cant) rămân neschimbate”.

Prin urmare, autoritatea contractantă nu a introdus rețetele din Indicatoarele de deviz, ci a introdus rețete pentru articolele care nu sunt din Indicatoarele de norme de deviz.

În consecință, deși invocă faptul că a optat pentru utilizarea tezei 1 din norma de la pct. 1.4 din Ghidul privind elaborarea devizelor la nivel de categorie de lucrări, indicativ P91/1-22, citată mai sus, respectiv „devizele se întocmesc pe categorii de lucrări utilizându-se indicatoarele de norme de deviz recunoscute de organismele cu atribuţii în domeniu”, Consiliul constată că, așa cum rezultă din răspunsul la clarificări, în Formularele F3 publicate prin clarificări în data de 23.09.2019, autoritatea contractantă nu a folosit, de fapt, rețetele din Indicatoarele de norme de deviz, ci a folosit normele indicate de proiectant. În această situație, invocarea tezei I de la pct. 1.4 din Ordinul MLPAT nr. 1568/2002 este lipsită de sens, atâta vreme cât nu s-au utilizat normele/consumurile din Indicatoarele de deviz.

Ordinul 1568/2002 a fost adoptat tocmai în ideea că Indicatoarele de norme de deviz seria 1981 și indicatoarele de norme de deviz seria 1981, revizuite și completate după 1998 sunt sau pot fi, la un moment dat, depășite tehnologic, fiind corect și principial din punct de vedere al legislației achizițiilor ca un operator care dispune de tehnologii noi să beneficieze în competiție de beneficiile acesteia.

A impune aceleași consumuri înseamnă, implicit, a defavoriza pe respectivii ofertanți, care pot veni cu produse mai noi, mai competitive. Totodată, Consiliul reține că aplicarea ordinului respectiv nu este una facultativă fiind întrutotul în acord cu paragraful 74 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE, care stabilește că „Specificațiile tehnice stabilite de achizitorii publici trebuie să permită ca achizițiile publice să fie deschise concurenței și să îndeplinească obiectivele de sustenabilitate. În acest scop, ar trebui să fie posibilă prezentarea unor oferte care să reflecte diversitatea soluțiilor tehnice, a standardelor și a specificațiilor tehnice de pe piață, inclusiv a celor definite pe baza criteriilor de performanță legate de ciclul de viață și de sustenabilitatea procesului de producție a lucrărilor, a produselor și a serviciilor''. Deci, utilizarea unui utilaj care, înglobând tehnologie înaltă, este mai economic, reprezintă un avantaj pentru autoritatea contractantă, și nu un dezavantaj, care s-ar impune a fi sancționat.

Prin urmare, declararea unui consum mai mic de utilaje și manoperă, în sine, nu reprezintă o operațiune nelegală, atât timp cât se bazează pe folosirea unor tehnologii noi, mai eficiente decât cele din 1981 sau 1998, când au apărut Indicatoarelor de norme de deviz seria 1981 și Indicatoarelor de norme de deviz seria 1981, revizuite și completate după 1998.

La nivelul Consiliului și instanțelor este unanimă opinia potrivit căreia ofertanții au libertatea de a-și prevedea în ofertă propriile consumuri și tehnologii. O altă abordare înseamnă restrângerea acestei libertăți a ofertanților de a beneficia de tehnologii și utilaje moderne, fiind de natură a încălca și prevederile art. 2.2.2 din Ghid. De altfel, o asemenea abordare se întâlnește la cea mai mare majoritate din procedurile de atribuire, autoritățile contractante permițând ofertanților să-și prevadă în ofertă propriile consumuri, conform tehnologiilor pe care le vor folosi.

Pe de altă parte, fiind o procedură concurențială de ofertare, interesul autorității contractante este ca acest contract să revină acelui participant care dispune de o tehnologie modernă, capabilă să-i confere o productivitate ridicată în condiții de consumuri reduse de materiale și forță de muncă, și nu de a obliga toți participanții să oferteze aceleași consumuri, în condițiile în care utilajele de care dispune fiecare ofertant sunt diferite din punct de vedere al productivității, astfel că și deservenții acestora pot avea calificări profesionale diferite, forța de muncă mai slab calificată deservind utilaje mai puțin productive.

În conformitate cu prevederile art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016: *„Caietul de sarcini conţine, în mod obligatoriu, specificaţii tehnice care reprezintă cerinţe, prescripţii, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesităţii autorităţii contractante."* Ori autoritatea contractantă nu a motivat în niciun fel, nici în documentele achiziției și nici în punctul de vedere în ce mod

respectarea unor consumuri specifice corespund necesităților sale. În această situație nimic nu justifică decizia autorității contractante de a nu permite ofertanților să întocmească oferta în baza propriilor consumuri și tehnologii, evident cu respectarea cerinţelor cantitative şi calitative prevăzute în proiectul tehnic, în caietul de sarcini şi în alte acte normative în vigoare care reglementează execuţia lucrărilor, așa cum se specifică atât la art. 1.4 teza finală, cât și la art. 2.2.2 din Ghidul privind elaborarea devizelor la nivel de categorie de lucrări, indicativ P91/1-2, aprobat prin Ordinul MLPAT nr. 1568/2002.

Prin urmare, Consiliul consideră că decizia autorității contractante de a impune obligativitatea întocmirii ofertelor în baza rețetelor/consumurilor din Formularul F3, așa cum a fost publicat în 23.09.2019 este nelegală, încălcând prevederile art. 2.2.2 din Ghidul privind elaborarea devizelor la nivel de categorie de lucrări, indicativ P91/1-2, aprobat prin Ordinul MLPAT nr. 1568/2002.

În consecință, Consiliul va admite această critică, răspunsul autorității contractante criticat de către contestatoare fiind în mod evident restrictiv și nelegal, în condițiile în care încalcă prevederile ordinului citat.

Având în vedere că data limită de depunere a ofertelor a fost 07.10.2019, astfel că acestea au fost deschise deja și autoritatea contractantă a publicat lista participanților la procedură, la această etapă a procedurii nemaiputând fi dispune măsuri de remediere, în conformitate cu prevederile art. 26 alin. (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite contestația formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu COMUNA ... și dispune anularea procedurii, în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) și d) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispoziţiilor art. 26 alin. (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu COMUNA ..., în calitate de autoritate contractantă, și dispune anularea procedurii, în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) și d) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

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

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, potrivit art. 29 din Legea nr. 101/2016, în termen de 10 zile lucrătoare de la primire.

Redactată în 4 exemplare, conţine 38 (treizeci și opt) pagini.