CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 2879/22.05.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 20511/22.05.2018, depusă de SC ... SA, cu sediul în ..., având CIF ..., număr de înregistrare în Registrul Comerțului ..., privind procedura simplificată online, organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect ..., cod CPV 45233120-6 ..., contestatoarea a solicitat transmiterea cantităților de lucrări ce trebuie licitate, anularea procedurii de atribuire și completarea documentației postate în SICAP cu cantitățile ce trebuie supuse achiziției și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

Capătul de cerere privind suspendarea procedurii a fost respins ca nefondat prin Încheierea nr. ...

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ... SA solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea precizează că, prin notificarea prealabilă, a solicitat autorității contractante să pună la dispoziția operatorilor economici cantitățile de lucrări, pentru o evaluare unitară a ofertelor.

Prin adresa nr. 2933/21.05.2018, autoritatea contractantă i-a comunicat că nu adoptă măsuri de remediere.

Având în vedere prevederile cap. IV.4.2 - Modul de prezentare a propunerii tehnice, prin care se solicită prezentarea listelor de cantități de lucrări, inclusiv extrasele de resurse, din cuprinsul propunerii tehnice, contestatoarea precizează că, în data de 17.05.2018, a postat în SICAP o solicitare de clarificări, prin care a cerut autorității contractante punerea la dispoziție a cantităților de lucrări ce urmează a fi ofertate.

În data de 17.05.2018, autoritatea contractantă a răspuns menționând că procedura fiind de proiectare + execuție, nu se pot pune la dispoziție liste de cantități.

Contestatoarea subliniază că, din răspunsul autorității contractante reiese că aceasta impune operatorilor economici întocmirea proiectului tehnic (partea privind listele de cantități) în această fază, fapt interzis de legislația în vigoare.

Consideră că, prezentarea unor liste de cantități în această fază (atât timp cât autoritatea contractantă nu pune la dispoziție cantitățile astfel cum au fost ele prezentate la întocmirea SF-ului), presupune elaborarea unei părți importante din proiectul tehnic, fapt interzis de legislația in vigoare. Autoritatea contractantă nu are dreptul să impună participanților costuri, care nu fac obiectul achiziției, cum ar fi întocmirea unei părți importante din proiect, atât timp cât nu se știe cine va fi ofertantul declarat câștigător.

Cu privire la o procedură de achiziție care a avut ca obiect proiectare cu execuție, contestatoarea amintește că s-a pronunțat Consiliul prin decizia nr. …, în sensul că, pentru a putea fi evaluate unitar, ofertele trebuie să conțină aceleași elemente cantitative.

Prin adresa nr. 20634/1741/C9/23.05.2018, Consiliul a solicitat contestatoarei transmiterea unui punct de vedere referitor la excepția inadmisibilității contestației, raportat la prevederile art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, având în vedere că:

- anunțul de participare simplificat a fost publicat în SICAP în data de 04.05.2018;

- în răspunsul autorității contractante la solicitările de clarificări nr. 2864/09.05.2018, la întrebarea nr. 2, s-a răspuns: "Referitor la evaluările de cantități, având în vedere că procedura este de proiectare și execuție, fiecare operator are libertatea să-și întocmească propriile liste de cantități pe baza documentației tehnice publicate în SEAP.";

- prin răspunsul autorității contractante la solicitările de clarificări nr. 2476/17.05.2018, a fost reluat răspunsul nr. 2 din adresa nr. 2864/09.05.2018 și nu a fost modificat conținutul documentației de atribuire;

- notificarea prealabilă a fost depusă în data de 17.05.2018.

Prin adresa nr. 3014/23.05.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 20645/23.05.2018, ... a transmis punct de vedere referitor la contestația înaintată de SC ... SA.

Autoritatea contractantă precizează că a respectat prevederile art. 160 alin. (2) și (3) din Legea nr. 98/2016, răspunzând, în mod clar și complet, la solicitările de clarificări, publicând răspunsurile, însoțite de întrebările aferente, în SICAP, fără a dezvălui identitatea operatorilor economici care au solicitat clarificările, aducându-le astfel la cunoștința tuturor celor interesați și fără a modifica prevederile documentației de atribuire, publicată în SICAP în data de 04.05.2018, împreună cu anunțul de participare nr. ...

Or, în condițiile în care se constată că odată cu demararea procedurii de atribuire prin anunțul de participare nr. SCN1000966, a furnizat toate informațiile necesare pentru o informare corectă și completă a operatorilor economici, inclusiv în ceea ce privește determinarea listelor de cantități, cunoscând aceste informații încă din data de 04.05.2018, solicitarea de furnizare a cantităților de lucrări, formulată în cadrul solicitării de clarificări și notificării prealabile nr. 2779/17.05.2018 și implicit în cadrul contestației, este un demers tardiv, prin raportare la dispozițiile art. 6 alin. (3) din Legea nr. 101/ 2016. Astfel, luând în considerare valoarea estimată a contractului de achiziție publică în cauză (… lei), tipul acestuia (contract de lucrări), se constată că termenul pe care-l avea la dispoziție contestatoarea pentru a formula o notificare prealabilă, cu privire la conținutul documentației de atribuire, era de 5 zile, de la data de … (data publicării în SICAP), respectiv data de ...

Prin adresa nr. 2943/24.05.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 20723/24.05.2018, SC ... SA a răspuns opinând că a notificat autoritatea contractantă cu respectarea legislației, deoarece nu a fost mulțumită de răspunsul la solicitarea de clarificări transmis cu adresa nr. 2476/17.05.2018.

Contestatoarea apreciază că faptul că a mai răspuns la această solicitare și altor operatori economici nu înseamnă că nu mai pot fi formulate alte solicitări în același sens, mai ales că răspunsurile nu au fost publicate la secțiunea unde pot fi observate de toți operatorii economici interesați.

Autoritatea contractantă are obligația să răspundă tuturor operatorilor economici, iar cei care se consideră nemulțumiți de un răspuns al autorității contractante pot formula contestație în conformitate cu Legea nr. 101/2018.

Prin adresa nr. 3217/06.06.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 22283/06.06.2018, ... a transmis punct de vedere referitor la contestația înaintată de SC ... SA, prin care solicită respingerea acesteia ca nefondată.

După ce reia considerentele enunțate prin care solicită Consiliului admiterea excepției inadmisibilității contestației și, pe cale de consecință, respingerea acesteia ca atare, referitor la fondul contestației formulate, autoritatea contractantă subliniază netemeinicia acesteia.

Autoritatea contractantă precizează că obiectul contractului de lucrări aferent procedurii este Proiectare + Execuție, întrucât proiectul aprobat la finanțare prin PNDL II de către MDRAP are la bază documentația tehnică la faza DALI.

Drept urmare, având în vedere că obiectul contractului de lucrări este realizare serviciilor de proiectare tehnică pe baza HG nr. 907/2016 și execuția lucrărilor, cerințele referitoare la întocmirea propunerii tehnice și financiare sunt îndreptățite și nu contravin legislației în vigoare.

Autoritatea contractantă precizează că documentația de atribuire a fost aprobată de ANAP în întregime, cu toate cerințele din Fișa de date a achiziției, explicate și susținute în strategia de contractare.

... menționează că majoritatea procedurilor simplificate ce au ca obiect contract de lucrări: proiectare + execuție aflate în desfășurare în SEAP, în această perioadă, conțin aceleași cerințe.

Drept urmare, apreciază că se află sub incidența prevederilor legale și nu a încălcat legislația, contestatoarea privind procedura doar din punctul de vedere al execuției lucrărilor, când, fapt, aceasta este proiectare + execuție.

Procedurile de atribuire a contractelor de proiectare și execuție au ca particularitate necesitatea elaborării, încă din etapa de ofertare, a proiectului (nedefinitiv), a centralizatoarelor de cheltuieli și a listelor de cantități și prețuri unitare, pentru a se putea oferta un anumit preț pentru componenta de execuție a lucrării. Doar având prefigurate aceste devize se poate susține și oferta un preț real pentru investiția supusă licitației.

Ofertanții vor realiza propria evaluare privitoare la categoriile și cantitățile de lucrări necesare realizării investiției, întocmind în acest sens propriile liste de cantități, liste ce vor sta la baza realizării propunerii financiare. Listele de cantități realizate la faza DALI sunt orientative, cu excepția cazurilor în care se specifică altfel în caietul de sarcini.

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

... a inițiat procedura simplificată online, în vederea atribuirii contractului având ca obiect …, cod CPV … (Rev. 2), prin publicarea în SICAP a anunțului de participare simplificat nr. ... Data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru …, valoarea estimată a

contractului este de … lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *preţul cel mai scăzut*.

Nemulțumită de conținutul documentației de atribuire, pentru motivele evocate anterior, SC ... SA a depus la Consiliul contestația de față.

Trecând la analiza contestației, Consiliul constată că, prin adresa nr. 2476/17.05.2018, autoritatea contractantă la întrebarea: *Având în vedere evaluarea unitară și transparentă a ofertelor să rugăm să ne puneți la dispoziție listele de cantități care au stat la baza evaluării financiare*, a răspuns: *Având în vedere că procedura este proiectare și execuție fiecare operator are libertatea să-și întocmească propriile liste de cantități pe baza documentației tehnice publicate în SEAP.*

În urma primirii acestei adrese, societatea contestatoare a depus notificarea prealabilă nr. 2779/17.05.2018, la care achizitoarea a răspuns cu adresa nr. 2933/21.05.2018, menținând adresa amintită.

Vizavi de excepția inadmisibilității formulării contestației, invocată de autoritatea contractantă pe motivul depunerii tardive a notificării prealabile, raportat la data publicării documentației de atribuire, 04.05.2018, Consiliul reține că, deși, într-adevăr, astfel cum a susținut și aceasta, în cazul în care aprecia că documentația este incompletă, contestatoarea trebuia să critice aceste aspect în termenul legal raportat la data publicării documentației, se are în vedere faptul că, prin adresa din 17.05.2018, s-a adus la cunoștința operatorilor economici că au libertatea de a-și întocmi propriile liste de cantități.

Având în vedere că răspunsul este o explicitare a documentației de atribuire, în urma primirii acestei adrese contestatoarea cunoscând că nu sunt întocmite listele de cantități de către achizitoare și că urmează să le întocmească și să le depună în cadrul ofertei, Consiliul se va raporta la data de 17.05.2018, pentru calcularea termenului de formulare a notificării. Astfel, raportat la această dată, notificarea din 17.05.2018, este formulată cu respectarea termenului legal de 5 zile.

În ce privește excepția inadmisibilității contestației, invocată de Consiliul, raportat la data de 09.05.2018, dată la care a fost emisă adresa nr. 2864/09.05.2018, cuprinzând același răspuns ca cel preluat în adresa nr. 2779/17.05.2018, referitor la listele de cantități, se constată că adresa din 09.05.2018, a fost adusă la cunoștința operatorilor economici în data de 21.05.2018, prin publicarea ei în SEAP, astfel că societatea contestatoare nu a cunoscut conținutul acesteia, pentru a-l putea ataca.

Astfel fiind, se constată că data la care petenta a cunoscut faptul că are libertatea de a-și întocmi propriile liste de cantități a fost 17.05.2018, dată raportat la care atât notificarea prelabilă, cât și contestația sunt depuse în termenul legal.

În contextul celor de mai sus, va fi respinsă excepția inadmisibilității contestației.

Analizând fondul contestației, Consiliul constată că obiectul contestației vizează transmiterea cantităților de lucrări ce trebuie licitate, astfel încât ofertele să poată fi evaluate unitar.

După cum a susținut și autoritatea contractantă, obiectul contractului care urmează a se atribui privește atât serviciile de proiectare, cât și cele de execuție lucrări pentru proiectul "…".

Așadar, documentația tehnico-economică se află în faza existenței studiului geotehnic, pus la dispoziția tuturor operatorilor economici, urmând a se trece la fazele de proiectare și execuție, astfel că autoritatea contractantă nu deține listele de cantități de lucrări.

Pe baza informațiilor cunoscute, operatorii economici își vor întocmi oferta pentru ambele faze, fiind evident că, atâta vreme cât se ofertează și faza de execuție lucrări, ofertanții trebuie să cuprindă în ofertă listele cu cantități de lucrări, cerințe specifice fazei de execuție.

De altfel, autoritatea contractantă a pus la dispoziție planșe cu planurile de situație, încadrarea în zonă, studiul geotehnic, în care sunt cuprinse informații pentru întocmirea ofertei.

La momentul depunerii ofertei, operatorii economici au obligația prezentării listelor de cantități pentru a-și fundamenta oferta, astfel încât și comisia de evaluare să verifice corectitudinea acesteia, cu atât mai mult cu cât, prin documentele publicate în SEAP, au fost oferite informații care să permită prezentarea unei oferte corespunzătoare.

Faptul că, în cadrul procedurii, se achiziționează și serviciile de proiectare și că proiectul tehnic va fi întocmit ulterior semnării contractului nu poate constitui un motiv pentru întocmirea unei oferte incomplete, fără elementele care țin de partea de execuție.

În cazul unui astfel de contract (servicii de proiectare și execuție lucrări) se impune ca operatorii economici să prezinte un minim de documente (planșe), astfel încât să poată fi determinate cantitățile și lucrările care vor fi executate, prin urmare, implicit, listele cu cantități de lucrări.

Nicio ofertă nu poate fi declarată admisibilă dacă nu sunt prezentate justificări aferente prețului ofertat. Or, în situația în care s-ar admite interpretarea contestatoarei, în sensul de a nu fi prezentate listele de cantități, pe motiv că nu este elaborat proiectul tehnic, comisia de evaluare nu ar putea verifica modul de elaborare a ofertei, trebuind să atribuie contractul pe baza unor elemente necunoscute și a unor presupuneri. Conformitatea ofertei nu poate fi stabilită în lipsa unor informații ca cele solicitate prin documentația de atribuire, informații specifice fazei de execuție și care se regăsesc în documentațiile de atribuire care presupun încheierea unui contract de lucrări.

Societatea contestatoarea nu a indicat care ar fi acele elemente proprii fazei de execuție pe care le-ar putea prezenta și care ar permite analiza și determinarea conformității ofertei și, implicit, justificarea prețului ofertat.

Este adevărat că nu trebuie și nici nu s-ar putea prezenta de către ofertanți, până la data limită de depunere a ofertelor, întregul Proiect Tehnic (PT) – parte scrisă și parte desenată, însă nu trebuie omis că, în lipsa listelor de cantități de lucrări, nu se poate realiza o ofertă sustenabilă.

Oferta câștigătoare nu poate fi aleasă dintre cele care au determinat propunerea financiară pe bază de liste de cantități estimative.

Mai mult, trebuie avut în vedere că ofertele trebuie întocmite și prezentate astfel încât să asigure posibilitatea autorității contractante, eventual a Consiliului, a Curții de Apel și a altor instituții implicate în verificarea procedurii, a corectitudinii informațiilor prezentate de ofertanți.

Valoarea ofertată trebuie să fie realistă și sustenabilă, prin urmare trebuie să aibă la baza liste de cantități de lucrări realiste care să asigure îndeplinirea contractului în condițiile de calitate și cantitate impuse prin caietul de sarcini.

Or, o astfel de estimare nu se poate determina decât pe bază de liste de cantități de lucrări necesare pentru îndeplinirea contractului în cauză, cu atât mai mult cu cât propunerea financiară, astfel cum va fi prezentată, va deveni anexă la contract conform art. 147 alin. (1) lit. b) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

În sensul celor de mai sus s-a pronunțat și Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 65 din 14 ianuarie 2014, în care s-au reținut următoarele: Autoritatea contractantă a organizat procedura de atribuire a contractului având ca obiect ”…” Autoritatea a prevăzut în fișa de date, cap. IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice, cerința ca propunerea tehnică să conțină: listele cu cantitățile de lucrări pe categorii de lucrări; lista cuprinzând consumurile de resurse materiale; lista cuprinzând consumurile cu mâna de lucru; lista cuprinzând consumurile privind transporturile, cerință corect reținută de Consiliu.

Este adevărat că întocmirea proiectului tehnic reprezintă o parte componentă a obiectului contractului de achiziție publică ce urmează a se atribui în urma derulării procedurii în cauză, însă, așa cum a reținut și Consiliul, deși listele solicitate pot fi doar estimate înaintea proiectului tehnic, aceste estimări trebuie incluse în propunerea tehnică, pentru a se putea calcula justificat un preț al ofertei.

Prin urmare, cum prețul ofertei reprezintă factor de evaluare, corect a reținut Consiliul că orice ofertant trebuie să își întocmească o propunere proiect, iar această propunere de proiect se va finaliza în întocmirea listelor care stau la baza propunerii financiare.

(...)

Faptul că petenta afirmă că obligația de a prezenta în propunerea tehnică liste de cantități cu două zecimale la data depunerii ofertei, fără nicio garanție a succesului în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică este excesiv de oneroasă și extrem de împovărătoare pentru ofertant (din perspectiva costurilor care trebuie angajate), nu poate constitui temei pentru aprecierea ca restrictivă a cerinței autorității contractante, întrucât are o justificare obiectivă, stând la baza propunerii financiare, și respectă principiul proporționalității.

(...)

Informațiile solicitate trebuie incluse în propunerea tehnică pentru a se putea determina concordanța între propunerea tehnică și financiară făcută de către fiecare ofertant și seriozitatea ofertei (în cazul primei cerințe), respectiv pentru a se putea demonstra capacitatea ofertantului de a duce la îndeplinire contractul (în cazul celei de-a doua cerințe).

De asemenea, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 4666 din 5 iunie 2014, s-a pronunțat în sensul celor arătate, reținând în motivarea deciziei următoarele: Obiectul contractului aflat în procedura de atribuire îl constituie proiectare și execuție de lucrări aferente obiectivului "…" Prin urmare, pentru atribuirea contractului în discuție, operatorul economic trebuie să aibă o dublă calitate, și anume pe cea de proiectant și pe cea de executant. Or, în situația în care operatorilor economici li se solicită și realizarea serviciilor de proiectare aferente contractului suspus procedurii de atribuire, ofertanții au obligația de a întocmi proiectul tehnic în vederea elaborării ofertelor.

(...)

Susținerea petentei în sensul că solicitarea documentelor în discuție la acest moment este prematură și nejustificată nu poate fi primită față de împrejurarea că, așa cum s-a arătat anterior, pentru contracte al căror obiect îl constituie atât proiectarea, cât și executarea lucrărilor, operatorii economici au obligația ca, la data depunerii ofertelor, să prezinte acele informații absolut necesare din proiectul tehnic, fără de care nu poate întocmi o ofertă.

Lipsa acestor elemente ale proiectului tehnic (ce va fi definitivat ca urmare a atribuirii contractului) ar pune operatorii economici în situația de a nu putea întocmi o ofertă viabilă. De asemenea, fără prezentarea acestor documente, autoritatea contractantă nu ar putea să se asigure că au fost înțelese obiectivele urmărite prin derularea procedurii de atribuire și nici nu ar avea garanția că oferta declarată câștigătoare ar putea executa contractul în condiții corespunzătoare sub aspect tehnic și financiar.

Instanța are în vedere și faptul că, pentru informarea operatorilor economici, autoritatea contractantă a pus la dispoziția acestora, prin postare în SEAP, toate elementele componente ale studiului de fezabilitate, întocmit în conformitate cu Ordinul nr. 863/2008. Față de conținutul studiului de fezabilitate, astfel cum este definit prin respectivul ordin (documentația tehnico-economică prin care se stabilesc principalii indicatori tehnico-economici aferenți obiectivului de investiții pe baza necesității și oportunității realizării acestuia și care cuprinde soluțiile funcționale, tehnologice, constructive și economice ce urmează a fi suspuse aprobării), se observă că soluția tehnică este stabilită încă din etapa studiului de fezabilitate, proiectul tehnic fiind întocmit pe baza acestui studiu.

Pentru toate aceste considerente, reținând că documentele solicitate de autoritatea contractantă nu exced prevederilor legale în materia achizițiilor publice și respectă principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, Curtea va respinge plângerea, ca neîntemeiată.

În considerarea celor prezentate, constatându-se a fi neîntemeiate criticile contestatoarei, Consiliul urmează a respinge contestația ca nefondată.

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

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestația formulată de SC ... SA, în contradictoriu cu ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

Redactat în patru exemplare, conţine nouă pagini.