CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la CNSC sub nr. ..., formulată de ..., cu sediul în ..., având CUI ..., atribut fiscal RO, înregistrată la ONRC sub nr. ..., reprezentată legal de ... – Administrator, împotriva documentației de atribuire, elaborată de către ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii unui acord cadru de lucrări, având ca obiect ”ÎNTREȚINEREA CURENTĂ ȘI PERIODICĂ PE TIMP DE VARĂ A DRUMURILOR ȘI PODURILOR JUDEȚENE DIN JUDEȚUL ... (2017-2021)”, cod CPV 45233141-9, s-a solicitat obligarea autorității contractante la luarea măsurilor de remediere a încălcării legislației privind achizițiile publice, măsuri constând în eliminarea din fișa de date a achiziției a următoarelor mențiuni:

1. Pct. IV.4.1 din fișa de date a achiziției: ”În conformitate cu prevederile Art.186 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă impune cerința ca lucrările de remediere a defecțiunilor îmbrăcăminților rutiere, cu mixtura asfaltică să fie realizate, în mod direct, de către ofertant sau în cazul unei oferte depuse de o asociere, de către liderul acesteia. Aceste lucrări nu pot fi subcontractate și nici nu pot fi realizate ulterior de către un terț susținător. Ofertantul își va asuma răspunderea ca pe toată durata relației contractuale va realiza aceste lucrări cu resurse proprii, prezentând o declarație pe propria răspundere în acest sens";

2. Pct. Vl.3).2 din fișa de date a achiziției: „Însușirea tuturor clauzelor contractuale din acordul-cadru și contractul subsecvent reprezintă condiție de acceptare a ofertei. Clauzele contractuale se

pot însuși printr-o declarație pe propria răspundere de acceptare a propunerii contractuale (acord cadru și contract subsecvent), cu modificările intervenite în perioada de depunere a ofertelor (dacă este cazul). (...)";

3. Pct. VI.3).5 din fișa de date a achiziției: „Se vor oferta unul sau mai multe loturi la alegere, urmând ca atribuirea să fie limitată doar la un singur lot în funcție de prețul ofertei. Metoda de atribuire prin limitare este prezentată în secțiunea IV.2 Criterii de atribuire - factorul Preț. Metoda/Logica de limitare la atribuire a loturilor în funcție de prețul ofertei: Atribuirea se va limita la un singur lot din cele 6 posibil a fi ofertate. Se va urmări ca valoarea totală a achiziției (toate loturile) să fie cea mal scăzută, coroborat cu urmărirea atribuirii tuturor loturilor. Se va face un clasament al prețurilor pentru fiecare lot în parte. Dacă un ofertant iese câștigător pe mai mult de 1 lot, i se va atribui lotul unde diferența de preț între locul 1 (cel al ofertantului) și locul 2, este cea mai mare. Astfel, mergând pe această logică, locurile 2 și 3 în clasamentele individuale pe loturi, se vor atribui prin urmărirea prețului cel mai scăzut/lot. În cazul loturilor ofertate de către un singur ofertant, fiind de exemplu și același, acestuia i se va atribui lotul unde diferența dintre valoarea ofertei sale și valoarea estimată a lotului respectiv este cea mai mare. În cazul în care un ofertant ofertează mai multe loturi dintre care la unele are concurență, iar la altele nu, urmărind scopul principal al atribuirii tuturor loturilor, acestuia i se va atribui în primul rând unul din loturile unde nu are concurență, fiindu-i atribuit acel lot unde există diferența cea mai mare între oferta sa și valoarea estimată a lotului respectiv. Locurile 2 și 3 în cadrul clasamentelor/lot la alte loturi ofertate vor putea fi deținute de către ofertanții clasați pe locul 1 la singurul lot atribuit prin metoda limitării, aceștia având posibilitatea de a semna și alte acorduri-cadru pentru motivul alegerii încheierii acordurilor-cadru cu maxim 3 ofertanți/lot. În orice situație va apărea, se va urmări în primul rând posibilitatea atribuirii tuturor loturilor la un preț cumulat ca fiind varianta cu cea mai scăzută valoare per total achiziție".

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

Prin contestația depusă, ..., în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de licitație deschisă, organizată de către autoritatea contractantă ..., în vederea încheierii unui acord cadru de lucrări, având ca obiect ”ÎNTREȚINEREA CURENTĂ ȘI PERIODICĂ PE TIMP DE VARĂ A DRUMURILOR ȘI PODURILOR JUDEȚENE DIN JUDEȚUL ... (2017-2021)”, cod CPV 45233141-9, inițiată prin publicarea în sistemul electronic de achiziții

publice (SEAP) a anunțului de participare nr. ..., a solicitat cele menționate în partea introductivă.

Autoarea contestației arată că, fișa de date a achiziției conține prevederi ce încalcă normele legale și contravin principiilor de la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, dar și necesității utilizării eficiente a fondurilor publice.

În acest sens, evidențiază că interdicția de a subcontracta, întemeiată pe prevederile art. 186 din Legea nr. 98/2016, este nelegală, întrucât, impunând prin pct. IV.4.1 din fișa de date a achiziției cerința ca „lucrările de remediere a defecțiunilor îmbrăcăminților rutiere cu mixtura asfaltică să fie realizate, în mod direct, de ofertant", autoritatea contractantă a extins prevederile art. 186 din Legea nr.98/2016 practic la întregul contract, ce cuprinde și multe sarcini care nu sunt esențiale și care ar putea fi executate de alt operator economic decât ofertantul.

Totodată, apreciază că cerința nu este numai nelegală, ci și nejustificată, întrucât ofertantul ar trebui să își aloce resurse specializate pentru executarea unor anumite sarcini neesențiale.

De asemenea, autoarea contestației este de părere că condiția de acceptare a ofertei constând în însușirea tuturor clauzelor contractuale este nelegală, deoarece prin punctul VI.3)2 din fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă a instituit practic o interdicție impusă potențialilor ofertanți de a depune amendamente, ceea ce contravine legii. Din moment ce prima condiție este de acceptare a tuturor clauzelor contractuale, prevederile privind posibilitatea de a formula amendamente până la data deschiderii ofertelor rămân fără obiect, întrucât însușirea fără rezerve a clauzelor contractuale echivalează cu lipsa amendamentelor.

Contestatoarea apreciază că se impune eliminarea acestei cerințe, urmând a rămâne în ființă numai partea finală care acordă potențialilor ofertanți posibilitatea de a depune amendamente doar în perioada de depunere a ofertelor.

Referitor la limitarea atribuirii a cel mult unui lot către un ofertant, contestatoarea afirmă că aceasta este nelegală, nejustificată și nefundamentată, arătând că, prin pct.VI.3) 5, din fișa de date a achiziției, s-a stabilit ca unui operator economic îi poate fi atribuit cel mult un lot, chiar dacă a depus oferte și s-a clasat pe primul loc în clasamentul ofertelor admisibile la mai multe sau chiar la toate cele 6 loturi.

Față de acest aspect, ... consideră că limitarea atribuirii la un singur lot pentru un ofertant este de natură să favorizeze ofertanții care își au sediul în zona geografică în care urmează să se execute lucrările, întrucât aceștia pot oferi un preț mai bun per lot neavând costuri suplimentare cu mobilizarea în altă zonă, ceea ce reprezintă o evidentă discriminare și o încălcare a principiilor tratamentului egal și nediscriminării de la art. 2 din Legea nr.98/2016.

Autoarea contestației susține că o astfel de limitare contravine și intereselor legitime ale autorității contractante, dar și obligativității utilizării eficiente a fondurilor publice, întrucât poate conduce la apariția unor situații de fapt păgubitoare, respectiv la creșterea considerabilă a prețului serviciilor contractate și/sau la imposibilitatea atribuirii unuia sau mai multor loturi.

În concluzie, contestatoarea apreciază că se impune eliminarea limitării în această procedură, neexistând o temeinică analiză anterior întocmirii și publicării documentației de atribuire și nici o reglementare eficientă și cuprinzătoare în fișa de date a achiziției, corespunzătoare chiar cerințelor impuse prin Notificarea nr. 256/2016, invocată de autoritatea contractantă.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat autorității contractante să transmită copia dosarului achiziției, precum și punctul de vedere cu privire la contestație, inclusiv dovada comunicării acestuia către ....

Prin adresele înregistrate la Consiliu cu nr. ..., respectiv nr. ..., autoritatea contractantă a comunicat punctul de vedere cu privire la contestație, precum și documentele necesare soluționării cauzei.

... aduce argumente de natură a contrazice susținerile formulate de contestatoare, arătând că, condiția cu privire la executarea principalelor lucrări aferente contractului de către ofertant, în mod direct sau liderul unei asocieri, a fost impusă în conformitate cu dreptul autorității contractante prevăzut la art.186 din Legea nr. 98/2016, așa cum s-a specificat și în fișa de date a achiziției. Analizând „Listele de cantități" pentru fiecare lot în parte, aferente documentației de atribuire, se poate observa că lucrările aferente acordului-cadru sunt multiple. Astfel se poate identifica că aceste lucrări de remediere a defecțiunilor îmbrăcăminților rutiere cu mixtură asfaltică sunt cuprinse la "întreținerea îmbrăcăminților asfaltice".

Referitor la asumarea propunerii contractuale, autoritatea contractantă susține că, așa cum reiese și din cerința de la pct. VI.3) din fișa de date a achiziției, nu a interzis formularea de amendamente la propunerea contractuală, ci a limitat depunerea acestora doar la perioada de depunere a ofertelor, așa cum este normal, legal și echitabil pentru toți ofertanții care vor sa participe la o procedură.

... afirmă că limitarea atribuirii loturilor într-o licitație constituie dreptul autorității contractante prevăzut la art. 141 alin. (5) din Legea nr. 98/21016, metoda fiind reglementata legal de ANAP prin Notificarea nr. 256/decembrie 2016.

În ceea ce privește afirmația contestatoarei referitoare la prețul achiziției, autoritatea contractantă precizează că urmărește, prin aceasta metodă, obținerea celui mai scăzut preț total/achiziție și nu pe fiecare lot în parte, fiind imposibil de a obține cel mai scăzut preț/

lot în cazul în care se recurge la limitarea atribuirii loturilor; în același timp, urmărește și atribuirea tuturor loturilor.

Totodată, evidențiază că art. 141 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016, nu prevede un număr minim de loturi care pot fi atribuite în cazul limitării, ci lasă la latitudinea autorității contractante aceasta alegere, procedura de față fiind evaluată de ANAP înainte de publicare, obținând acordul pentru criteriul de atribuire.

În legătură cu condițiile aplicării metodei de limitare a loturilor la atribuire, impuse de Notificarea nr. 256/2016, autoritatea contractantă menționează că motivele au fost justificate prin Strategia de contractare nr. 7326/25.05 2017, ce a fost evaluată și aprobată de ANAP înainte de publicarea în SEAP a anunțului de participare la licitație.

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

Procedura de licitație deschisă, a fost inițiată de autoritatea contractantă ..., în vederea încheierii unui acord cadru de lucrări, având ca obiect ”ÎNTREȚINEREA CURENTĂ ȘI PERIODICĂ PE TIMP DE VARĂ A DRUMURILOR ȘI PODURILOR JUDEȚENE DIN JUDEȚUL ... (2017-2021)”, cod CPV 45233141-9, prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a anunțului de participare nr. .... Potrivit acestuia, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a contractului fiind cuprinsă între 22.904.310,4 și 44.211.937,96 lei, fără TVA.

Prin prezenta contestație, formulează critici cu privire la punctele IV.4.1, Vl.3).2 și VI.3).5 din fișa de date a achiziției, susținând că acestea restricționează, în mod nejustificat, participarea operatorilor economici la procedura de atribuire.

În ceea ce privește punctul IV.4.1 din fișa de date a achiziției, Consiliul constată netemeinicia criticilor formulate de către contestatoare, întrucât prevederile art. 186 din Legea nr. 98/2016, respectiv ”În cazul contractelor de achiziţie publică de lucrări sau de servicii şi al lucrărilor sau operaţiunilor de amplasare sau de instalare din cadrul unui contract de achiziţie publică de produse, autoritatea contractantă poate impune ca anumite sarcini esenţiale să fie realizate în mod direct de către ofertant sau, în cazul unei oferte depuse de o asociere de operatori economici, de un anumit membru al asocierii” dau dreptul autorității contractante de a formula o astfel de prevedere, reținut fiind și faptul că aceasta, în punctul de vedere, a detaliat lucrările pe care le-a avut în vedere și anume că lucrările de remediere a defecțiunilor îmbrăcăminților rutiere cu mixtură asfaltică sunt cele cuprinse la "întreținerea îmbrăcăminților asfaltice", clarificând astfel susținerea contestatoarei conform căreia ”autoritatea contractantă a extins prevederile art. 186 din Legea nr. 98/2016 practic la întregul contract”.

Referitor la punctul VI.3).2 din fișa de date a achiziției, Consiliul reține că, în fapt, nu este interzis dreptul operatorilor economici de a propune modificarea clauzelor contractuale, ci este limitat la perioada anterioară depunerii ofertelor, nefiind afectată participarea acestora la procedura de atribuire; această prevedere conduce la transparentizarea procedurii de atribuire, toți operatorii economici având astfel posibilitatea de a cunoaște forma finală a clauzelor contractuale și de a-și întocmi oferta în funcție de acestea, ca urmare criticile contestatoarei cu privire la această prevedere a documentației de atribuire vor fi respinse, ca nefondate.

Cu privire la VI.3).5 din fișa de date a achiziției, Consiliul reține că prevederile art. 141 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, respectiv ”Autoritatea contractantă are dreptul, chiar şi în cazul în care pot fi depuse oferte pentru mai multe sau pentru toate loturile, să limiteze numărul de loturi care pot fi atribuite aceluiaşi ofertant” permit autorității contractante limitarea numărului de loturi, însă autoritatea contractantă trebuie să aibă în vedere faptul că procedura în cauză se referă la încheierea unui acord-cadru cu 3 agenți economici, rezultând astfel că practic se poate considera că fiecare lot are 3 câștigători, că ofertanții situați pe locurile 2 și 3 pot avea un preț mai mic decât al celui situat pe locul 1, că s-ar putea să nu existe la toate loturile un număr suficient de ofertanți admisibili pentru ca să se situeze ofertanți diferiți pe primul loc, sau că, deși un lot are ofertanți admisibili, toți sunt deja câștigători pentru un alt lot.

Consiliul constată că formularea utilizată de autoritatea contractantă este neclară și incompletă, nefiind respectate prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016, respectiv ”Autoritatea contractantă are obligaţia de a elabora documentaţia de atribuire care conţine toate informaţiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă şi precisă cu privire la cerinţele achiziţiei, obiectul contractului şi modul de desfăşurare a procedurii de atribuire”, precum și principiul transparenței și al proporționalității, criticile contestatoarei urmând a fi admise, autoritatea contractantă având obligația de a reformula sau de a elimina această prevedere a fișei de date a achiziției.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să admită, în parte, contestația depusă de ..., în contradictoriu cu ..., va obliga autoritatea contractantă, în termen de 11 zile de la primirea prezentei decizii, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în considerente, la modificarea punctului VI.3).5 din fișa de date a achiziției.

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să respingă, ca nefondate, celelalte capete de cerere din contestația depusă de ..., în contradictoriu cu ....

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părți potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare potrivit prevederilor art. 29 alin. (1) și art. 32 din Legea nr. 101/2016.

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

Admite, în parte, contestația depusă de ..., în contradictoriu cu ..., obligă autoritatea contractantă, în termen de 11 zile de la primirea prezentei decizii, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în considerente, la modificarea punctului VI.3).5 din fișa de date a achiziției.

Respinge, ca nefondate, celelalte capete de cerere, din contestația depusă de ..., în contradictoriu cu ...

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 7 (șapte) pagini.