



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 SC SA, cu sediul în mun., str. .., jud., având CUI ..., fiind înregistrată la ONRC sub nr., reprezentată legal prin, împotriva solicitării de clarificări nr. 343/02.02....., emisă de către COMUNA, cu sediul în Loc., jud., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, având ca obiect „.....”, cod CPV 45233120-6, s-a solicitat anularea cererii de la punctul 1 din cadrul clarificării nr. 343/02.02.....

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. /, înregistrată la CNSC sub nr. /, formulată de SC SA, împotriva solicitării de clarificări nr. 343/02.02....., emisă de către COMUNA, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, având ca obiect „.....”, cod CPV 45233120-6, s-a solicitat anularea cererii de la punctul 1 din cadrul clarificării nr. 343/02.02.....

Contestatorul menționează că, la procedura de atribuire inițiată prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. /, a depus oferta în termen în data de 29.11.2016, în conformitate cu solicitările din Fișa de Date cap. IV.4.3 - Modul de prezentare a ofertei, online.

Prin adresa nr. 343/18.02....., a primit o solicitare de clarificare, prin care autoritatea contractantă în conformitate cu art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 a solicitat și clarificarea următorului aspect: justificarea cotei de cheltuieli indirecte în cuantum de 5%.

Contestatorul precizează că, în data de 08.02..... a formulat notificare prealabilă prin care a solicitat remedierea cerinței de la punctul 4, autoritatea contractantă comunicându-i că își menține solicitarea. Contestatorul consideră că, conform prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, prin clarificările solicitate, autoritatea contractantă nu are voie să determine apariția unui avantaj în favoarea vreunui ofertant, având totodată și obligația să precizeze capitolul din fișa de date la care face referire.

În acest sens contestatorul invocă practica CNSC, respectiv decizia nr. ...

Contestatorul consideră că, dacă s-ar respecta ce dorește autoritatea contractantă, respectiv să impună ofertanților cotele ce trebuie să le utilizeze în stabilirea prețurilor ofertelor, atunci nu ar fi respectat principiul liberei concurențe, fapt interzis de legislația în vigoare, deoarece fiecare ofertant are dreptul să își stabilească cotele pentru cheltuielile indirecte și profit specifice pentru fiecare lucrare, fără a putea fi impuse de autoritatea contractantă.

Prin adresa nr. 5643/..... /16.02....., Consiliul solicită autorității contractante dosarul achiziției și oferta financiară a contestatorului, în copie certificată în conformitate cu dispozițiile art. 18 și art. 20 din Legea nr. 101/2016 și art. 236 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 148 din HG nr. 395/2016, precum și dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016 în termen de 5 zile lucrătoare de la data comunicării prezentei sub sancțiunea reglementată de art. 20 alin. (5) din actul normativ antemenționat. De asemenea, în situația în care autoritatea contractantă a adoptat vreo măsură de remediere, Consiliul a solicitat transmiterea dovezii respectării prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Autoritatea contractantă răspunde solicitării și, prin adresa nr. 139/573/20.02....., înregistrată la CNSC cu nr. 6015/21.02....., transmite punctul de vedere față de contestație și dosarul achiziției și solicită respingerea acesteia.

În fapt, autoritatea contractantă arată că a inițiat procedura simplificată pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „..... CPV 45233120-6, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. /..... și a documentației de atribuire (fișa de date, caiet de sarcini, proiect tehnic), stabilind termen limită de

depunere a ofertelor data de 29.11.2016, ora 15:00 . Valoarea estimată a contractului de achiziție publică este de 3.573.706,65 Ron.

În cadrul prezentei proceduri au depus oferta următorii operatori economici:

- 1 SC .. SRL
- 2 SC SA
- 3 SC .. SRL
- 4 SC ..SRL
- 5 Asocierea .. SRL
- 6 SC .. SA

Autoritatea contractantă arată că a deschis ofertele depuse, verificând îndeplinirea criteriilor de calificare de către ofertanți/candidate, a evaluat propunerile tehnice ale ofertanților în conformitate cu cerințele fișei de date și caietului de sarcini, elaborând procese verbale aferente fiecărei ședințe de analiză/etape.

Astfel, în temeiul prevederilor art. 65 alin. (3) din HG nr. 395/2016 la data de 16.01....., s-a comunicat finalizarea etapei evaluării tehnice și trecerea la etapa evaluării propunerii financiare conform adreselor nr. 150/108/16.01....., 151/109/16.01....., 152/110/16.01....., 153/ 111/16.01....., 154/112/16.01....., 155/113/16.01..... și accesând SEAP-ul, comisia de evaluare constatând prețurile oferite.

În cadrul ședinței de analiză a propunerilor financiare din data de 01.02....., potrivit procesului verbal evidențiat sub nr. 341/116/01.02....., având în vedere prevederile art. 133 din HG nr. 395/2016 coroborat cu prevederile art. 134 din același act normative, autoritatea contractantă precizează că s-au solicitat clarificări, fiecărui ofertant, în ceea ce privește fundamentarea economică a modului de formare a prețului, respectiv adresa nr. 342/117/02.02..... ofertantului SC ... SRL, adresa nr. 343/118/02.02.2018 ofertantului SC SA, prin care i s-a cerut fundamentarea economică a modului de formare a prețului cu referire la:

1) Cota procentuală de 5% alocată cheltuielilor indirecte.

2) Prezentarea formularului C6-Lista cuprinzând consumurile de resurse materiale cumulat pe proiect și modul de fundamentare a prețului pentru următoarele material/produse:

Balast sortat (ne)spălat de râu 0-70 mm;

Emulsie de bitum rapidă;

Soluție de bitum;

Mixtură asfaltică BAI6

Mixtură asfaltică BAD25;

Piatra spartă -I5-25mm;

Piatra spartă 40-63mm;

3) Justificarea distanței de transport de 50 km și a tarifului de 15 lei/tonă/km pentru: TRA01A50 și TRA05A50 form. C9 poz. 2 și 4 (oferta de preț și documente justificative/relevante privind locația de unde se face aprovizionarea produselor respective), adresa nr. 344/119/02.02..... ofertantului SC .. SRL, adresa nr. 345/120/02.02..... ofertantului SC .. SRL, adresa nr. 346/121/02.02..... ofertantului SC SA, adresa nr. 347/122/02.02..... ofertantului SC SRL - SC SRL - SC ... SRL, toate cu termen de răspuns 08.02.....

Autoritatea contractantă precizează că, în data de 07.02....., SC SA a depus notificarea prealabilă solicitând renunțarea de clarificări privind justificarea cotei de cheltuieli indirecte, la care i s-a răspuns că se menține în totalitate. Având în vedere că s-au solicitat clarificări tuturor ofertanților, autoritatea contractantă consideră că nu s-au creat avantaje vreunui operator economic așa cum susține contestatorul.

Având în vedere cerința din fișa de date cap. IV.4.2. Modul de prezentare a propunerii financiare, autoritatea contractantă consideră că trebuie să se țină cont de toate prevederile în vigoare, neputându-se propune prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe sau care nu pot fi justificate în încercarea de a oferi un preț cât mai scăzut.

Cheltuielile indirecte au statut distinct în cadrul elaborării propunerii financiare, astfel cum rezultă din cuprinsul Ordinului nr. 863/2008 a MDLPL .

Observând variația alocată cheltuielilor indirecte, cunoscând în egală măsură structura cheltuielilor indirecte (cheltuielile cu retribuțiile personalului de conducere, tehnic, economic, administrativ - impozitul, contribuția la asigurările sociale și la fondul de șomaj, cheltuieli cu protecția muncii, cheltuieli cu protecția mediului, cheltuieli privind asigurarea lucrărilor, etc.), comisia de evaluare a apreciat ca fiind concludent și pertinent, în analiza prețurilor ofertelor, modul de fundamentare a prețului ofertat cu referire la cota procentuală alocată cheltuielilor indirecte de către fiecare ofertant/candidat.

Autoritatea contractantă nu a impus ofertanților o anumită cotă ce trebuie utilizată în stabilirea prețurilor ofertelor deoarece s-ar fi încălcat principiul liberei concurențe însă comisia de evaluare, în temeiul atribuțiilor conferite de legislația în vigoare, trebuie să determine caracterul real al ofertelor deoarece oferta depusă reprezintă angajamentul asumat de către ofertant în scopul realizării contractului.

Prețurile consemnate nu sunt elemente pur formale ale ofertei prezumate a fi valabile ci reprezintă elementul esențial al propunerii

financiare a cărui realitate trebuie să fie verificată de către comisia de evaluare.

În acest context, autoritatea contractantă invocă jurisprudența constantă a Consiliului National de Soluționare a Contestațiilor. Având în vedere și prevederile art. 127 alin. 1 lit. h) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă apreciază că este justificată solicitarea de clarificări adresată contestatorului privind fundamentarea economică a modului de formare a prețului cu referire la cota procentuală de 5% alocată cheltuielilor indirecte.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

COMUNA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de achiziție publică, în vederea atribuirii contractului având ca obiect: „....., cod CPV 45233120-6, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr./08.11....., elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă. Conform anunțului de participare, criteriul de atribuire stabilit este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului este 3.573.706,65 lei.

Ulterior descărcării, din SEAP, a propunerilor financiare, autoritatea contractantă a solicitat SC SA, prin adresa nr. 343/118/02.02..... (pagina 151 din dosarul achiziției, transmis de autoritatea contractantă la dosarul cauzei), o serie de clarificări astfel:

„în temeiul art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 (...), comisia de evaluare solicită ofertantului SC SA clarificări în ceea ce privește fundamentarea economică a modului de formare a prețului cu referire la:

- 1) *Cota procentuală de 5% alocată cheltuielilor indirecte;*
- 2) *Prezentarea formularului C6 – Lista cuprinzând consumurile de resurse materiale cumulat pe proiect și modul de fundamentare a prețului pentru următoarele materiale/produse: balast sortat (ne)spălat de râu 0-70mm; emulsie de bitum rapidă; soluție de bitum; mixtură asfaltică BA16; mixtură asfaltică BAD25; piatră spartă 15 – 25 mm; piatră spartă 40 – 63 mm;*
- 3) *Justificarea distanței de transport de 50 km și a tarifului de 15 lei/tonă/km pentru: TRA01A50 și TRA05A50 form. C9 poz. 2 și 4 (oferta de preț și documente justificative/relevante privind locația de unde se face aprovizionarea produselor respective)”.*

Prin adresa nr. 588/08.02..... (paginile 70 – 81 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei), SC SA a transmis autorității contractante o serie de informații referitoare la întrebările 2 și 3 din solicitarea de clarificări; referitor la întrebarea 1, SC SA a răspuns „referitor la cheltuielile indirecte (...) vă transmitem că v-am notificat și apoi vom contesta această cerință”.

Prin notificarea prealabilă nr. 572/07.02.2016 (paginile 42-44 din dosarul achiziției, transmis de autoritatea contractantă la dosarul cauzei),

SC SA a solicitat autorității contractante „anularea solicitării de la punctul nr. 1 din cadrul adresei sus menționate (n.n. solicitarea de clarificări nr. 343/118/02.02.....)”; autoritatea contractantă răspunzând ofertantului SC SA, prin adresa nr. 131/432/09.02..... că „se menține în totalitate solicitarea de clarificări a comisiei de evaluare a ofertelor, evidențiată sub nr. 343/02.02.....”.

Ulterior, SC SA a formulat contestația dedusă soluționării, criticând demersul autorității contractante, de a-i solicita justificarea cotei de cheltuieli indirecte în cuantum de 5%.

Față de cele de mai sus, Consiliul va soluționa contestația analizând modalitatea în care a elaborat autoritatea contractantă primul punct din solicitarea de justificare a prețului, luând în considerare prevederile documentației de atribuire, legislația incidentă din domeniul achizițiilor publice și susținerile părților.

Având în vedere criticile contestatorului cu privire la punctul 1 din solicitarea de fundamentare a economică a modului de formare a prețului, Consiliul reține că în speță sunt incidente următoarele prevederile legale:

- art. 210 din Legea nr. 98/2016: *„(1) În cazul unei oferte care are un preț sau cost aparent neobișnuit de scăzut în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru care urmează a fi atribuit/încheiat, autoritatea contractantă are obligația de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la prețul sau costul propus. (2) Clarificările prevăzute la alin. (1) se pot referi în special la: a) fundamentarea economică a modului de formare a prețului, prin raportare la procesul de producție, serviciile furnizate sau metodele de construcție utilizate; b) soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru furnizarea produselor sau a serviciilor ori executarea lucrărilor; c) originalitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor propuse de ofertant; d) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 51 alin. (1); e) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 218; f) posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat. (3) Autoritatea contractantă evaluează informațiile și documentele furnizate de ofertantul a căruia ofertă are un preț aparent neobișnuit de scăzut și respinge respectiva ofertă numai atunci când dovezile furnizate nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, ținând seama*

de elementele menționate la alin. (2). (4) Autoritatea contractantă respinge întotdeauna o ofertă atunci când constată că aceasta are un preț neobișnuit de scăzut deoarece nu respectă obligațiile prevăzute la art. 51 alin. (1). (5) Atunci când autoritatea contractantă constată că o ofertă are un preț neobișnuit de scăzut deoarece ofertantul beneficiază de un ajutor de stat, oferta respectivă poate fi respinsă doar din acest motiv numai dacă, în urma clarificărilor solicitate, ofertantul nu a putut demonstra, într-un termen corespunzător stabilit de autoritatea contractantă, că ajutorul de stat a fost acordat în mod legal. (6) În cazul în care autoritatea contractantă respinge o ofertă pentru motivul prevăzut la alin. (5), va informa Comisia Europeană după consultarea cu Consiliul Concurenței”;

- art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016: „comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia”.

Din formularea prevederilor art. 210 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 rezultă că enumerarea documentelor prevăzute la art. 210 alin. (2) lit. a) – f) nu este limitativă, ci exemplificativă, sintagma „clarificările (...) se pot referi în special la (...)” nefiind de natură a interzice autorității contractante solicitarea altor documente (cum ar fi justificarea cotei de cheltuieli indirecte), în măsura în care membrii comisiei de evaluare constată că acestea sunt necesare pentru evaluarea ofertelor.

Justificarea prețului ofertat înseamnă prezentarea de elemente concrete de formare a prețului și chiar documente care să conțină costurile avute în vedere pentru îndeplinirea contractului în cauză (inclusiv costuri de natura celor prevăzute cu titlu exemplificativ în anexa 6 - Structura și conținutul cheltuielilor indirecte din Ghidul privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice, indicativ P 91/1-02, aprobat prin Ordinul Ministrului Lucrărilor Publice, Transporturilor și Locuinței Nr. 1568 din 15.10.2002, publicat în Buletinul Construcțiilor nr. 10/2003) și care să permită, în final verificarea corectitudinii prețului ofertat.

În speță, răspunzând la punctele 2 și 3 din solicitarea de justificare a prețului, contestatorul admite tacit dreptul autorității contractante de a verifica modul de formare a prețului și, totodată, aplicabilitatea prevederilor art. 210 din Legea nr. 98/2016.

Referitor la solicitarea de a justifica cota de cheltuieli indirecte în cuantum de 5%, contestatorul a ales să nu prezinte nicio detaliere/descriere a componenței acestora, susținând, în notificarea prealabilă nr. 572/07.02..... și în contestația depusă, că „solicitările făcute de autoritatea contractantă la punctul 1 nu se regăsesc printre cerințele prezentate în cadrul fișei de date (...) autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin solicitările de clarificări formulate să modifice cerințele din fișa de date”.

Potrivit precizării nr. 3 din subsolul formularului F3 din Instrucțiunea de aplicare a unor prevederi din Hotărârea Guvernului nr. 28/2008 privind aprobarea conținutului-cadru al documentației tehnico-economice aferente investițiilor publice, precum și a structurii și metodologiei de elaborare a devizului general pentru obiective de investiții și lucrări de intervenții din 02.07.2008 aprobat prin Ordinul Ministrului dezvoltării, lucrărilor publice și locuințelor nr. 863/2008 (în vigoare la data inițierii procedurii, conform art. 15 din HG nr. 907/2016), *„cheltuielile indirecte reprezintă, în principal, cheltuieli proprii ale executantului, necesare pentru executarea lucrărilor de investiții/intervenții”*, nefiind, astfel, o valoare arbitrar aleasă, cum este profitul ci una bine determinată de structura organizatorică din cadrul entității ofertante.

Orice decizie a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei. Anterior finalizării evaluării ofertelor, autoritatea contractantă trebuie să stabilească cu exactitate dacă propunerile financiare depuse sunt reale și ferme.

Numai în urma obținerii și verificării detalierei prețurilor ofertate, autoritatea contractantă putea stabili realitatea și corectitudinea formării acestuia.

Consiliul reține faptul că operatorii economici, în elaborarea ofertei financiare trebuie să țină cont de toate prevederile legale în vigoare, astfel nu pot propune prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe sau care nu pot fi justificate. În încercarea de a oferi un preț cât mai scăzut, operatorii economici nu pot face reduceri de costuri având la bază simpla prezumție că urmare a declarării ca și câștigătoare a ofertei sale, va găsi o modalitate de a executa lucrările la prețurile ofertate.

Ofertanții nu trebuie să vicieze rezultatul procedurii, prin ofertarea unor prețuri fără suport legal, în baza unor supoziții proprii, fapt pentru care autoritatea contractantă are obligația de a evalua ofertele financiare

ținând seama de toate elementele avute în vedere la stabilirea prețului, pentru a se asigura de fezabilitatea și sustenabilitatea prețului propus în acest sens, astfel cum, a procedat autoritatea contractantă, solicitând contestatorului, printre altele, „fundamentarea economică a modului de formare a prețului cu referire la: Cota procentuală de 5% alocată cheltuielilor indirecte”.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a propunerilor financiare prezentate de ofertanți, inclusiv verificarea încadrării acestora în situația prevăzută la art. 210 din Legea nr. 98/2016 și elaborarea solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării ofertelor, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. h) și i) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare prevăzută la punctul 1 din adresa nr. 344/118/02.02..... întrunește condițiile de rigurozitate impuse de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea formulării punctului 1 din adresa de solicitare de justificare a prețului este nefondată, urmând să fie respinsă.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de către SC SA în contradictoriu cu COMUNA

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația depusă de SC SA în contradictoriu cu COMUNA

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare
.....

PREȘEDINTE
.....

Consilier de soluționare
.....

Redactat în 4(patru) exemplare originale, conține 9 (nouă) pagini.