



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) 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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 13430/12.04.2017, depusă de SC ...SA, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul București sub nr. ..., având CUI ..., împotriva documentației de atribuire elaborată de ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Retehnologizare Stația 220Kv Oțelărie ...”, s-a solicitat:

- *obligarea autorității contractante la anularea adresei nr. 3722/30.03.2017 - răspunsul la solicitarea de clarificări;*
- *obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire și stabilirea ofertei câștigătoare pe baza ofertelor admisibile și conforme, potrivit criteriului stabilit prin documentația de atribuire.*

De asemenea, s-a solicitat suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea fondului contestației. Prin Încheierea nr. 174/C4/1126 din 13.04.2017, Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea fondului contestației, pe care l-a respins, ca rămas fără obiect.

**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
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 ofertantul SC ...SA solicită anularea adresei nr. 3722/30.03.2017, reprezentând răspunsul autorității contractante la o solicitare de clarificări.

În fapt, un potențial ofertant a adresat entității contractante o solicitare de clarificare privind „acceptarea în cadrul propunerii tehnice a

unei opțiuni de furnizori pentru echipamente și respectiv executanți pentru lucrările de construcții montaj, pentru fiecare componentă care face obiectul lucrării, respectiv pentru produse (fiecare produs care este descris printr-o fișă tehnică poate fi propus în oferta tehnică doar de unul sau mai mulți furnizori, respectiv executanți)".

Prin adresa nr. 3722/30.03.2017, entitatea contractantă a răspuns în sensul că „ofertantul va prezenta în oferta sa un singur producător pentru fiecare poziție/specificație/categorie din listele de prețuri, respectiv caietele de sarcini. Totodată, în cazul în care intenționează să subcontracteze părți ale contractului (servicii/lucrări), va prezenta un singur subcontractant pentru respectivele poziții din listele de prețuri”.

Petenta consideră că răspunsul entității contractante modifică criteriile, regulile, informațiile necesare pentru a asigura ofertantului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

Cerința privind prezentarea ofertei cu un singur producător pentru fiecare poziție/specificație/categorie din listele de prețuri, respectiv caietele de sarcini și, totodată, subcontractarea părților contractului (servicii/lucrări) către un singur subcontractant, pentru respectivele poziții din listele de prețuri, trebuia să facă parte și să fie prevăzut în caietul de sarcini și fișa de date a achiziției și să se constate că precizările și clarificările transmise au condus la modificarea elementelor esențiale ale cerințelor stabilite în documentația de atribuire.

Astfel, contestatoarea consideră că s-a produs o încălcare a legislației privind achizițiile publice, în sensul în care solicitarea de depunere a unei oferte tehnice unitare, respectiv soluții de echipamente de la un singur producător, subcontractarea părților din contract către un singur subcontractant, transmisă prin răspunsul la clarificare, este diferită de cerințele din caietul de sarcini și de prevederile din fișa de date a achiziției.

În opinia sa, aceasta cerință conduce la modificarea elementelor esențiale ale procedurii de atribuire, inclusiv necesităților și cerințelor stabilite în anunțul de participare și documentația de atribuire și este susceptibilă de a denatura concurența, de a îngradi accesul egal al potențialilor ofertanți la procedura de atribuire, având ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici, potențiali ofertanți.

În susținere, contestatoarea arată ca este cunoscut faptul că procedura de evaluare a ofertelor în cadrul proiectelor complexe derulate de Translectrica este de durată și, în consecință, capacitatea economico-financiară și capacitatea tehnică a producătorului/subcontractantului în momentul derulării procedurii de achiziție și la data licitației este la un anumit nivel de performanță, iar capacitatea economico-financiară și tehnică a acestuia la data semnării contractului poate fi și la un nivel inferior de performanță. Or, în situația în care există posibilitatea prezentării unui număr de cel puțin doi producători/subcontractori sunt șanse mai mari de rezolvare a unei ipotetice situații privind imposibilitatea producătorului/subcontractorului de conformare și încadrare în condițiile de contract.

Astfel, nu apar întârzieri inutile sau decalări ale termenelor contractuale, în condițiile în care contractul poate fi demarat fără a solicita modificări pe marginea lui, apelând la produsele/serviciile/lucrările celui alt producător/subcontractor.

Este de notorietate faptul că, în susținerea obiectului său de activitate, un contractor pune foarte mare accent pe relațiile cu producătorii și subcontractorii, în special cu privire la acele clauze comerciale care pot aduce atingere independenței ofertantului față de politica sa comercială, și anume libertatea ofertantului de a-și constitui oferta tehnică cu un produs/echipament/lucrare care pot fi furnizate/executate de către mai mulți producători/furnizori.

Condiționarea transmiterii unei oferte tehnice unitare, respectiv soluții de echipamente de la un singur producător, subcontractarea părților din contract către un singur subcontractant, transmisă prin răspunsul la clarificare, limitează atingerea obiectivului urmărit de către contractor, acela de a obține un profit rezonabil în urma executării contractului ce face obiectul acestei proceduri de achiziție.

Mai mult decât atât, petenta arată că în draftul de Contract de lucrări privind „Retehnologizare Stația 220 Kv Oțelăria ...”, parte a documentației de atribuire, este prevăzută (în cadrul Clauzei 35 Subcontractanți/Terț susținător) și situația în care un subcontractant poate fi înlocuit și propus un nou subcontractant. În situația în care se va prezenta un singur subcontractant pentru executarea respectivelor părți din contract, clauza din contract își va găsi aplicabilitatea mult mai greu, implementarea sa întinzându-se pe o durată mai mare de timp, ceea ce poate conduce, în mod nedorit, la întreruperi și întârzieri în derularea proiectului. Și în această situație este de preferat să existe o opțiune pentru un alt producător/subcontractor în condițiile în care ofertantul va prezenta în oferta sa mai mulți producători/subcontractanți.

Prin urmare, răspunsul oferit de către entitate prin adresa nr. 3722/30.03.2017, nu corespunde cadrului inițial al documentației de atribuire, respectiv cerințelor din caietul de sarcini și prevederilor fișei de date a achiziției.

Prin adresa nr. 13764/1126-C4/13.04.2017, Consiliul a înștiințat autoritatea contractantă despre depunerea contestației de către SC ...SA, solicitând punctul de vedere cu privire la contestație și copia dosarului achiziției.

Autoritatea contractantă a transmis documentele solicitate și necesare în soluționarea prezentei contestații, atașate punctul său de vedere nr. 4366/13.04.2017, înregistrat la Consiliu cu nr. 14723 din 20.04.2017, prin care cere respingerea contestației ca nefondată.

În data de 28.03.2017, SC ...SA a solicitat un răspuns la clarificarea încărcată la Secțiunea Întrebări din SEAP, astfel: *„Vă rugăm să clarificați dacă în cadrul propunerii tehnice se acceptă opțiuni de furnizori pentru echipamente și respectiv executanți pentru lucrările de construcții montaj, pentru fiecare componentă care face obiectul lucrării, respectiv pentru produse (fiecare produs care este descris printr-o fișă tehnică poate fi propus în oferta tehnică doar de unul sau mai mulți furnizori respectiv executanți)”*.

Entitatea contractantă a formulat și încărcat răspunsul la Secțiunea întrebări din SEAP, prin adresa nr. 3722/30.03.2017: *„Ofertantul va prezenta în oferta sa un singur furnizor/producător/subcontractant pentru fiecare poziție/ specificație tehnică/categorie din listele de prețuri, respectiv caietele de sarcini. Totodată, în cazul în care intenționează să subcontracteze părți ale contractului (servicii/lucrări), va prezenta un singur subcontractant pentru respectivele poziții din listele de prețuri.”*

...SA face cunoscut faptul că nu a menționat în caietul de sarcini și nici în fișa de date numărul de furnizori/producători/subcontractanți pe care ofertanții pot să-i prezinte. În urma solicitării de clarificări, a analizat adresa transmisă și a considerat că nu limitează numărul de furnizori/producători/ subcontractanți, ci solicită doar să fie prezentată o ofertă fermă și clară, iar fiecare produs/serviciu/lucrare să fie oferat de către un singur producător/furnizor/subcontractant pentru fiecare poziție oferată și nu pentru întreaga ofertă.

Mai exact, entitatea contractantă nu impune ca un singur producător (și același) să furnizeze echipamente/să execute lucrări/etc. pentru întreg proiectul, ci doar să existe câte un singur producător pentru fiecare poziție/poziții din listele de cantități de produse/lucrări/servicii din caietul de sarcini.

Aceasta consideră că, în cazul în care un ofertant depune o propunere tehnică cu mai multe variante de furnizori/producători/subcontractanți, evaluarea acestora ar putea conduce, pentru fiecare produs a cărui fișă tehnică are un număr mai mare de furnizori/producători/subcontractanți, la o situație în care un număr mai mic de furnizori decât cei prezentați pentru produsul respectiv să fie admisibili, iar ceilalți respinși. În acest caz, oferta pentru acel produs ar fi parțial conformă. Comisia de evaluare, în urma analizei ofertelor trebuie să stabilească ofertele conforme și neconforme (pe care le va respinge) și nu o ofertă parțial conformă.

Mai mult decât atât, prezentarea mai multor producători în ofertă conduce la variante de oferte, ceea ce ar intra în contradicție cu faptul că ...Timișoara a bifat în documentația de atribuire (la Secțiunea II, punctul 11.1.9 din fișa de date) că nu sunt acceptate „variante”.

În cazul în care entitatea contractantă ar accepta mai multe opțiuni de furnizori/producători/subcontractanți, pentru fișele tehnice din caietul de sarcini, ar determina comisia de evaluare să se implice în selectarea furnizorilor/producătorilor/subcontractanților și, pe cale de consecință, în elaborarea propunerii financiare a ofertanților, ceea ce ar conduce la depășirea competențelor și atribuțiilor comisiei de evaluare și implicit la încălcarea dispozițiilor legale.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de achiziție având ca obiect „Retehnologizare Stația 220Kv Oțelărie ...”, ..., în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura licitație deschisă prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 173234/18.02.2017, odată cu care a postat și documentația de atribuire. Nemulțumită de răspunsul entității contractante la notificarea prealabilă (ce i-a fost comunicat prin adresa

nr. 4142/10.04.2017), SC ...SA a formulat prezenta contestație, solicitând obligarea entității contractante la anularea actului contestat – adresa nr. 3722/30.03.2017.

Criticile contestatoarei formulate împotriva refuzului entității contractante de a anula adresa de răspuns la solicitarea de clarificări a unui operator economic cu nr. 3722/30.03.2017, sunt considerate de Consiliu nefondate. În conformitate cu prevederile art. 164 din Legea nr. 99/2016, *Entitatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției sectoriale, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.*

Prin documentația de atribuire, componenta *Documentație economică - Listele cuprinzând cantitățile de lucrări pe categorii de lucrări, inclusiv utilaje și echipamente tehnologice*, entitatea contractantă a solicitat ca operatorii economici să precizeze producătorii pentru echipamentele/utilajele ce se vor oferta și subcontractanții pentru servicii și lucrări.

La solicitarea de clarificări a unui operator economic entitatea contractantă a emis adresa nr. 3722/30.03.2017 prin care a precizat:

Întrebare: „Vă rugăm să clarificați dacă în cadrul propunerii tehnice se acceptă opțiuni de furnizori pentru echipamente și respectiv executanți pentru lucrările de construcții montaj, pentru fiecare componentă care face obiectul lucrării respectiv pentru produse (fiecare produs care este descris printr-o fișă tehnică poate fi propus în oferta tehnică doar de unul sau mai mulți furnizor respectiv executanți.”

Răspuns: *Ofertantul va prezenta în oferta sa un singur producător pentru fiecare poziție/specificație/categorie din listele de prețuri, respectiv caietele de sarcini. Totodată în cazul în care intenționează să subcontracteze părți ale contractului (servicii/lucrări), va prezenta un singur subcontractant pentru respectivele poziții din listele de prețuri.*

Contestatoarea este nemulțumită că entitatea contractantă nu este de acord ca potențialii ofertanți să includă în propunerea tehnică (*Listele cuprinzând cantitățile de lucrări pe categorii de lucrări, inclusiv utilaje și echipamente tehnologice*) pentru fiecare produs/serviciu/lucrare ofertat mai mulți producători/furnizori/subcontractanți. Consideră că prin nominalizarea mai multor producători/furnizori/subcontractanți pentru același produs/serviciu/lucrare i se facilitează entității contractante procesul de evaluare a ofertelor. Astfel, în opinia sa entitatea contractantă poate alege producătorul/furnizorul/subcontractantul al cărui produs/serviciu/ lucrare corespunde cerințelor sale, eliminându-se perioadele în care entitatea contractantă ar trebui să solicite clarificări (înlocuirea subcontractantului).

În fapt, contestatoarea dorește ca entitatea contractantă să aleagă pentru ea, dintre mai mulți producători/furnizori/subcontractanți declarați care este acela care îndeplinește cerințele caietului de sarcini. În conformitate cu prevederile art. 129 alin. (1) din HG nr. 394/2016, *Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire....*

De asemenea, prevederile art. 130 alin. (1) și 133 alin. (1) lit. f) din aceeași hotărâre de guvern impun: *Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către entitatea contractantă și asumată de ofertant.*

Art. 133 alin. (1) lit. f): *Comisia de evaluare are următoare atribuții: verificarea conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini;*

Totodată, dispozițiile art. 183 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016, (1) *Entitatea contractantă are obligația de a verifica existența unei situații de excludere prevăzute la art. 177, 178 și 180 în legătură cu subcontractanții propuși.*

(2) *În cazul în care este identificată o situație de excludere, cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor art. 184, entitatea contractantă solicită ofertantului sau candidatului o singură dată să înlocuiască un subcontractant în legătură cu care a rezultat, în urma verificării, că se află în această situație.*

Responsabilitatea întocmirii ofertei aparține în totalitate operatorilor economici ce doresc să participe la procedura de atribuire, prin urmare alegerea producătorilor, furnizorilor, subcontractorilor este în sarcina lor, entitatea contractantă, prin comisia de evaluare având obligația de a verifica informațiile furnizate de ofertanți pentru a stabili dacă acestea corespund cerințelor documentației de atribuire. Operatorii economici nu pot pune în sarcina entității contractante alegerea producătorilor, furnizorilor, subcontractorilor pentru fiecare dintre aceștia, în condițiile în care oferta are caracter ferm pe toată perioada de valabilitate a ofertelor. Legislația prevede o singură excepție, respectiv aceea că un subcontractant/terț susținător poate fi schimbat doar o singură dată.

Prin urmare, neexistând în documentația de atribuire o prevedere conform căreia operatorii economici pot prezenta în cadrul ofertei pentru un produs, serviciu sau lucrare mai mulți producători/furnizori/subcontractanți nu se poate aprecia că prin răspunsul la solicitarea de clarificări s-a modificat documentația de atribuire, respective s-a restricționat participarea la procedură. Clarificarea postată în SEAP nu a făcut altceva decât să lămurească înțelegerea respectivului operator economic asupra modului de întocmire a ofertei.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ...SA în contradictoriu cu

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul 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 zece zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,
...

MEMBRU,
...

MEMBRU,
...

Redactată în patru exemplare, conține șapte pagini.