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 3104642 Fax. +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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ....
Data: ...

Prin contestația nr. 1985/20.08.2018, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și depusă la serviciul de curierat rapid Urgent Cargus în data de 20.08.2018 (Serie AWB: 852211526), înregistrată la Consiliu sub nr. 33738/21.08.2018, respectiv sub nr. 33864/21.08.2018, ...SRL, cu sediul în municipiul ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ...., având Cod de Identificare Fiscală ...., atribut fiscal RO, reprezentată convențional de Cabinet de ....", a contestat adresa nr. 8357 din data de 13.08.2018 privind răspunsul autorității contractante la solicitările de clarificări nr. 5, 9, 11 și 20 referitoare la documentația de atribuire întocmită în cadrul procedurii simplificate, într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție «Modernizare drumuri stradale în comuna ....» Număr de referință:7321/12.07.2018", cod CPV: 45233123-7 Lucrări de construcții de drumuri secundare (Rev.2), inițiată de COMUNA ...., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în comuna ...., str. ..., județul ....și a solicitat Consiliului să dispună:

- în principal, anularea adresei nr. 8357/13.08.2018 și a documentelor subsecvente acesteia și aplicarea măsurilor corective care se impun, în sensul refacerii documentației de atribuire prin înlăturarea cerințelor nelegale contestate;
- în subsidiar, anularea procedurii de achiziție publică.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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 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, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestația de față.

Prin contestația depusă, ...SRL, în calitate de ofertantă la procedura de atribuire „simplificată" într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, organizată de către autoritatea contractantă COMUNA ...., în vederea încheierii contractului de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție «Modernizare drumuri stradale în comuna ....» Număr de referință:7321/12.07.2018", cod CPV: 45233123-7 Lucrări de construcții de drumuri secundare (Rev.2), inițiată prin publicarea în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. ....din 06.08.2018, a solicitat Consiliului să dispună cele menționate în partea introductivă.

Contestatoarea arată că, în data de 13.08.2018 autoritatea contractantă a publicat adresa nr. 8357 prin care a răspuns unor solicitări de clarificări din partea unor potențiali operatori economici interesați de această procedură. Dintre acestea, ...SRL contestă răspunsul la solicitarea de clarificări de la întrebările nr. 5, 9,11 și 20.

Astfel, în ceea ce privește răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 5, 9 și 11 privind folosirea propriilor consumuri specifice pentru material, utilaj, respectiv manoperă, contestatoarea susține că, răspunsul autorității contractante nu satisface fondul întrebării, deoarece prin utilizarea propriilor consumuri specifice în cadrul rețetelor articolelor din listele de cantități nu rezultă modificarea specificațiilor și cantităților articolelor din listele de cantități și nu este *împiedicată „o evaluare uniformă și unitară a tuturor agenților economici ce vor participa la procedura inițiată de autoritatea contractantă".*

Autoarea contestației consideră că, răspunsul autorității contractante la solicitarea de clarificări nr. 5 este nefondat, întrucât:

-documentația de atribuire nu include un proiect tehnic, serviciile de proiectare urmând a fi efectuate după atribuirea contractului;

-documentația de atribuire nu precizează în mod transparent consumuri de resurse „date de proiectant" pentru fiecare articol în parte din cadrul listei de cantități, încât la stabilirea fiecărui preț unitar nu se poate ține seama de consumuri date de proiectant privind resursele componente fiecărui articol;

-această cerință vine în contradicție cu prevederile Ordinului MLPAT nr. 1568/15.10.2002 pentru aprobarea reglementărilor tehnice „Ghid pentru elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investițiile realizate din fondurile publice”, respectiv indicativ P9 1/1-2002 potrivit căruia „executanții au deplină 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 care reglementează execuția lucrărilor”.

- principiul tratamentului egal este aplicabil la ceea ce face obiectul contractului, respectiv Listele de cantități de lucrări F3, care trebuie prezentate în mod unitar de către ofertanți;

-principiul tratamentului egal nu este aplicabil consumurilor de resurse care sunt subiective, în funcție de dotările, particularitățile tehnice și competitivitatea fiecărui ofertant în parte, acestora din urmă fiindu-le aplicabile principiul nediscriminării;

-în situația în care cerința se referă la consumuri de resurse, nu poate fi îndeplinită simultan cu următoarea cerință cu care este în contradicție : "ofertantul va include , în cadrul propunerii financiare, orice costuri legate de:-execuția categoriilor de lucrări...." întrucât includerea oricăror altor costuri implică includerea oricăror altor resurse neprevăzute în listele de resurse cumulate publicate în documentația de atribuire,

În ceea ce privește solicitarea de clarificări nr. 9, autoarea contestației susține necesitatea precizării din partea autorității contractante a dispozițiilor legale care prevăd în sarcina ofertanților atribuții de verificare pentru „Orice neconcordanță între: documentațiile tehnice depuse pe SEAP, evaluări/liste de cantități și antemăsurători etc”, întrucât autoritatea contractantă este obligată să menționeze care este răspunderea ce revine ofertanților în ceea ce privește corectitudinea informațiilor asumate de către autoritatea contractantă prin publicarea lor în cadrul documentației de atribuire.

La această solicitare de clarificări autoritatea contractantă a răspuns: *„obligația fiecărui ofertant este de a verifica informațiile prezentate în documentele de achiziție, iar în cazul în care există neconcordanțe între acestea, conform legislației achizițiilor în vigoare ofertanții au posibilitatea clarificării acestor neconcordanțe în termenele stabilite. Astfel, dacă ofertanții nu solicită clarificări în termenul stabilit și depun oferta în cadrul procedurii își asumă în întregime prevederile documentației așa cum a fost ea publicată".*

În ceea ce privește solicitarea de clarificări nr. 11, autoarea contestației arată că, s-a solicitat autorității contractante să clarifice dacă ofertanții au libertatea de a include sau nu în ofertă cheltuieli aferente cap. 5.1.2 din devizul general, pentru cheltuieli conexe de

organizare de șantier, chiar și în cazul în care nu se impun cheltuieli aferente cap. 5.1.1. din devizul general, pentru lucrări de organizare de șantier, ținând cont că anumite cheltuieli conexe, respectiv transport muncitori, cheltuieli cu amortizare, chirii și transport pentru mobilizare, amplasare și reamplasare utilități mobile precum vestiare, pubele, toalete ecologice, etc., în diferite puncte de lucru, pot să intervină fără a implica un deviz de lucrări de organizare de șantier sau cheltuieli aferente cap. 5.1.1. din devizul general, pentru lucrări de organizare de șantier.

La această solicitare de clarificări autoritatea contractantă a răspuns: *„ofertanții au obligația prezentării propriei liste de cantități pentru organizarea de șantier, în consecință au obligația prezentării inclusiv a cheltuielilor conexe organizării de șantier".*

În consecință, autoarea contestației considerăm că cerințele de la punctele 5, 9 și 11 sunt nelegale și trebuie înlăturate întrucât conform legislației aplicabile procedurii, specificarea cerințelor tehnice pentru articolele de lucrări se poate face și prin referire la articole de indicatoare de deviz, ceea ce în nici un caz nu este echivalent cu obligativitatea întocmirii ofertei strict pe baza conținutului acestor articole de deviz la care se face referire.

În ceea ce privește răspunsul la solicitarea de clarificări de la întrebarea nr. 20, autoarea contestației arată că a solicitat autorității contractante să accepte utilizarea de coduri proprii pentru resursele care se regăsesc în aceste situații sau variante la articolele de deviz de bază, astfel încât să nu fie perturbate bazele de date ale ofertanților, întrucât resursele cu anumite coduri numerice nu pot fi generate în programul societății de calcul devize sau acele coduri au fost deja atribuie anterior altor resurse și nu pot fi modificate, autoritatea contractantă răspunzând că *„nu se acceptă folosirea altor coduri numerice, deoarece acest lucru poate perturba verificarea listelor de cantități de către comisia de evaluare". Contestatoarea consideră că* această cerință este nelegală întrucât potențialii ofertanți utilizează programe diferite de elaborare a ofertei sau acele coduri au fost deja atribuire altor resurse și nu mai pot fi modificate în program. În opinia contestatoarei, cerința privind utilizarea acelorași coduri numerice pentru unele dintre materiale reprezintă o cerința restrictivă ca încalcă prevederile art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă a transmis prin mijloace electronice (e-mail) Punctul de vedere nr. 8768/24.08.2018, corespondența fiind înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 34566 din data de 24.08.2018.

Prin punctul de vedere autoritatea contractantă a învederat faptul că în cadrul răspunsurilor la clarificări contestate de către

ofertant, doar a justificat motivul pentru care a prevăzut cerințele în cadrul documentației de atribuire.

În acest sens, autoritatea contractantă consideră că, ...SRL nu contestă răspunsurile la solicitările de clarificări ci contestă cerințele documentației de atribuire de care a avut cunoștința încă din data de 06.08.2018 (momentul publicării anunțului de participare simplificat).

Pe de altă parte, autoritatea contractantă consideră că respectiva contestație se poate împărți în două elemente, după cum urmează

1. răspunsurile 5 și 9 care sunt aferente respectării consumurilor de resurse utilizate (material, manoperă, utilaj și transport) și răspunsul 11 care face referire la organizarea de șantier, iar contestatarul nu a justificat in niciun fel de ce consideră răspunsul nelegal)
2. răspunsul la clarificarea 20 care privește codurile de material.

În acest context, autoritatea contractantă precizează că, doar răspunsul 20 vizează solicitările de clarificare asupra documentației formulate de contestatoare, răspunsurile 5, 9 si 11 fiind aferente solicitărilor de clarificare a celorlalți ofertanți interesați de a participa la prezenta procedură de achiziție publică.

În continuare, autoritatea contractantă prezintă, punctual, cele 4 răspunsuri care sunt contestate de către ofertant.

Referitor la cerința contestatoarei de la punctul 2, respectiv de anulare a procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a precizat că aceasta ar fi singura opțiune pe care ar putea să o adopte, în cazul în care Consiliul ar da curs solicitărilor contestatoarei, deoarece în data de 21.08.2018 au fost depuse ofertele în cadrul procedurii. Mai mult de atât, autoritatea contractantă a menționat că, „cu toate că a contestat utilizarea acelorași consumuri....SRL a depus ofertă în cadrul procedurii.

În final, autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației având în vedere prevederile art. 8 alin. (1) lit. b) coroborat cu art. 16 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, arătând că autoarea contestației „trebuia să transmită contestația în 5 zile de la publicarea anunțului de participare simplificat (06.08.2018) și în nici un caz în data de 20.08.2018 așa cum a procedat contestatorul”.

Ulterior, autoritatea contractantă a transmis, prin poștă, înregistrat de Consiliu sub nr. 34960/28.08.2018, documentele necesare soluționării contestației.

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

Procedura de atribuire „simplificată”, într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de

achiziție publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție «Modernizare drumuri stradale în comuna ....» Număr de referință:7321/12.07.2018”, cod CPV: 45233123-7 Lucrări de construcții de drumuri secundare (Rev.2), organizată de COMUNA ...., în calitate de autoritate contractantă, a fost inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. SCN1009623/06.08.2018. Potrivit acestuia, criteriul de atribuire aplicat a fost „cel mai bun raport calitate - preț”, valoarea estimată a contractului, fiind de 14.056.484,36 lei, fără TVA.

Consiliul constată că ....SRL a înaintat contestația de față, depunând în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 204831985/1 emisă de CEC Bank Sucursala Slobozia în data de 20.08.2018, prevăzută de art. 61^1 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în cuantum de 35.000 lei. Restituirea acestei cauțiuni se va face în condițiile art. 61^1 alin. (5) și următoarele din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Prin prezenta contestație, ...SRL formulează critici cu privire la punctele 5, 9, 11 și 20 din adresa de răspuns la clarificări la documentația de atribuire nr. 8357/13.08.2018 publicată în SEAP la aceeași dată.

Consiliu reține că ....SRL a luat la cunoștință asupra conținutului documentației de atribuire anterior datei postării în SEAP a actului atacat, lucru confirmat de faptul că în datele de 09.08.2018 și 10.08.2018 a formulat propriile solicitări de clarificări.

De asemenea, Consiliul reține că, în fapt, prin răspunsurile 5, 9, 11 și 20 autoritatea contractantă nu modifică documentația de atribuire ci detaliază elemente existente deja în aceasta, privind modul de întocmire a ofertei, legate de rețetele articolelor de deviz listele de cantități, de devizul de organizare de șantier, de obligația ofertanților de a sesiza autoritatea contractantă în cazul constatării unor inadvertențe în documentația de atribuire și de dreptul de a folosi alte coduri numerice decât cele existente în documentația de atribuire.

Urmare a celor de mai sus, Consiliul apreciază că, în fapt, contestatoarea, prin atacarea răspunsului la clarificări, încearcă să se repună în termen față de prevederile documentației de atribuire, mai ales în condițiile în care o parte din punctele atacate reprezintă răspunsuri la solicitările de clarificări formulate de alți operatori economici și consideră criticile acesteia ca fiind tardiv formulate, prin raportare la prevederile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv ” (1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la

adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii".

Consiliul constată că autoritatea contractantă a formulat răspunsul la clarificări în termen și clar, nefiind necesare măsuri de remediere a procedurii de atribuire, mai ales că solicitările contestatorului și nici ale operatorilor economici interesași nu au avut ca scop clarificarea cerinței, aceasta fiindu-le clară acestora, ci eliminarea ei, situație care nu se confundă cu solicitarea de clarificări reglementată de lege. Niciun text normativ în vigoare nu obligă autoritatea să își modifice/elimine cerințele după cum doresc operatorii interesați, aceștia având la îndemână posibilitatea legală de a contesta respectivele cerințe fie la Consiliu, fie în instanță, în perioada prevăzută de lege, în scopul obținerii modificării/eliminării pe care o doresc.

De altminteri, legislația nu prevede nici obligația autorității de a își justifica în fața operatorilor economici cerințele din fișă sau de a preciza rațiunea pentru care au fost impuse. Cum s-a arătat mai sus, conform art. 160 din Legea nr. 98/2016, orice operator economic interesat are dreptul de a solicita *„clarificări*", iar autoritatea contractantă are obligația de a răspunde, în mod clar, complet.

Văzând susținerile autoarei contestației, Consiliul reține faptul că aceasta nu indică actele autorității contractante emise cu încălcarea prevederilor legale aplicabile domeniului achizițiilor publice și nu arată care sunt motivele de fapt și de drept pentru care consideră nelegală activitatea autorității contractante și pentru care Consiliul ar trebui să decidă anularea întregii proceduri de atribuire.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, 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 nefondată, contestația depusă de ....SRL, în contradictoriu cu COMUNA .....

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părți potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ....SRL, în contradictoriu cu COMUNA .....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE, MEMBRU, MEMBRU,

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 8 (opt) pagini.