

D E C I Z I E
BO2012_0637
Data: ■.2012

Prin contestația nr. ■/20.04.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/20.04.2012, depusă de SC ■ SRL, cu sediul în ■, având număr de înregistrare la ORC ■ și CIF ■, împotriva documentației de atribuire, elaborată de ■, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ■, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „Modernizare drum județean DJ ■, km 0+000-km 18+860, inclusiv poduri și podețe cod CPV 45233120-6”, s-a solicitat anularea procedurii de atribuire.

În baza documentelor depuse de părți, CNSC

DECIDE:

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

Dispune continuarea procedurii de achiziție publică.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

S.C. ■ S.R.L. a formulat contestație împotriva documentației de atribuire, elaborată de ■, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „Modernizare drum județean DJ ■, km 0+000-km 18+860, inclusiv poduri și podețe”, solicitând anularea procedurii de atribuire.

Contestatorul precizează că din adresa nr. ■/11.04.2012, postată pe SEAP în 12.04.2012 ora 12:11, rezultă că autoritatea contractantă a răspuns numai la prima întrebare din cele trei probleme ridicate de operatorii economici cu privire la clarificarea modului de efectuare a calculelor de cantități de lucrări, fără să indice numărul plângerilor la care se regăsesc sectoarele cu parte carosabilă de 2,5 m, respectivele sectoare nefiind situate în planul postat pe SEAP.

Operatorul economic menționează că a solicitat, la întrebarea nr. 9, clarificarea situației privind modul de abordare a zonelor de alunecare de teren, evidențiate în expertiza tehnică și ale căror modalități de tratare nu se regăsesc în documentele studiului de fezabilitate, însă răspunsul autorității este inadecvat, implicând riscuri imposibil de calculat pentru ofertanți, astfel: „După realizarea lucrărilor proiectate, dacă aceste fenomene de alunecări de teren vor afecta drumul se vor lua măsurile necesare”.

În continuare, SC ■ SRL susține că la întrebarea nr. 12, prin care a solicitat precizări clare, dacă se poate conta pe stratul de balast și piatră spartă existent în grosime de 24 sau 30 cm, la care se face referire în documentația de atribuire postată pe SEAP privind sistemul rutier, autoritatea contractantă a răspuns „în principiu se poate conta (...)”.

În acest sens, ofertantul contestator este de părere că, în situația în care se va conta pe zestrea existentă, iar la efectuarea calculului de dimensionare sau de verificare la îngheț-dezghet, va rezulta că structura necesită suplimentarea cu un strat de agregate, cantitatea respectivă ar duce la cheltuieli suplimentare foarte mari, care nu poate fi prevăzută la etapa de ofertare.

Având în vedere răspunsul nr. 1 din adresa nr. ■/18.04.2012, postată pe SEAP la 18.04.2012 ora 15:41, prin care autoritatea contractantă precizează că nu se vor aloca fonduri suplimentare pentru lucrări suplimentare, câștigătorul fiind obligat să se încadreze în valoarea ofertată, contestatorul apreciază informațiile și documentele furnizate pe SEAP drept contradictorii și evazive.

Referindu-se la întrebarea nr. 16, contestatorul afirmă că autoritatea sugerează efectuarea de foraje geotehnice la faza PTh, deși studiile de teren se efectuează, conform legislației în vigoare privind proiectarea, la faza SF, în forma definitivă.

Față de întrebarea nr. 18, la care autoritatea răspunde că la faza de proiectare PT se va introduce cantitatea aferentă stratului de bază din anrobat bituminos AB2, contestatorul susține că, dacă această cantitate nu este cuprinsă în calculele de la studiul de fezabilitate, însă va trebui avut în vedere la PT, va rezulta o creștere a costurilor de execuție.

De asemenea, contestatorul învederează că la întrebările nr. 1, nr. 13 și nr. 18 autoritatea contractantă precizează că oferta va conține și costul studiilor de teren, aspect care modifică documentația de atribuire, prin faptul că se solicită servicii suplimentare față de ceea ce s-a publicat prin anunțul de participare.

Pe de altă parte, autoritatea solicită ca ofertele să fie întocmite fără a se respecta listele de cantități, urmând ca fiecare ofertant să

propună propriile liste, ceea ce ar conduce în opinia contestatorului la o evaluare subiectivă a cantităților de lucrări ofertate de operatorii economici și, implicit nu ar exista un criteriu de comparație obiectiv al ofertelor.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. ■/26.04.2012, înregistrată la CNSC sub nr. ■/02.05.2012, ■, în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației ca netemeinică.

Față de solicitarea contestatorului de anulare a procedurii de atribuire, deoarece apreciază că autoritatea nu a răspuns solicitărilor de clarificări, nu a publicat o valoare estimată corectă a investiției și se aduc modificări esențiale documentației de atribuire, ■ precizează că a răspuns la toate clarificările formulate de operatorii economici, fapt ce se poate proba prin analiza documentelor postate pe SEAP, valoarea estimată este cea publicată pentru fiecare lot în parte și este aceea calculată pe baza devizului de lucrări.

Față de critica potrivit căreia se aduc modificări esențiale documentației de atribuire, autoritatea face mențiunea că nu a modificat deloc documentația de atribuire, nu s-a modificat nici o cerință minimă de calificare care a fost publicată în fișa de date a achiziției ori caietul de sarcini.

În opinia autorității, contestatorul nu înțelege că prin răspunsul la solicitările de clarificări nu s-a încercat modificarea conținutului, ci s-a procedat la lămurirea, în detaliu, a unor aspecte ale documentației de atribuire astfel încât să nu existe interpretări diferite și operatorii economici implicați în procedură să poată prezenta oferta într-un mod unitar.

Față de punctul A1 din contestație, autoritatea susține că, prin răspunsul dat ofertanții au fost îndreptați spre planurile de situație ale documentației, pentru a se evidenția faptul că sectorul la care face referire se va realiza conform prezentării planurilor, iar planul de situație este explicitat prin profilele transversale tip care se regăsesc în caietul de sarcini de pe SEAP.

Referitor la punctul A2 din contestație, ■ face mențiunea că în răspunsul la clarificări se explică faptul că alunecările de teren produse se datorează scurgerii deficitare a apelor pluviale, considerate minore și se vor rezolva odată cu refacerea scurgerii lor.

Cu referire la criticile aduse la punctele A3 și A4 din contestație, autoritatea contractantă precizează că documentația de atribuire este realizată în baza HG 28/2008 unde sunt enumerate ce studii trebuie făcute la faza SF, fără a face vreo remarcă conform

căreia studiile preliminare nu se pot face la faza realizării proiectului tehnic.

În ce privește valoarea de estimare pe care o contestă operatorul economic contestator, autoritatea contractantă susține că aceasta este corect întocmită, iar ca un argument în plus, subliniază că la ședința de deschidere a ofertelor s-au depus 7 oferte (având în vedere că s-au depus oferte numai de asocieri de ofertanți, rezultă un număr de 15 operatori economici implicați), iar oferta financiară cu prețul cel mai scăzut a fost de ■ lei fără T.V.A. și cea mai mare a fost de ■ lei fără T.V.A.

Astfel, întrucât valoarea estimată pentru acest lot a fost de ■ RON fără T.V.A., rezultă că toate ofertele s-au încadrat în valoarea de estimare și nu s-au înregistrat oferte care să aibă o valoare financiară mai mare decât cea estimată.

În lumina celor expuse, autoritatea contractantă consideră că și-a îndeplinit întocmai și cu bună-credință toate obligațiile legale în ce privește procedura de achiziție publică în cauză, motiv pentru care solicită respingerea contestației.

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

■, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „licitație deschisă”, pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Modernizare drum județean DJ ■, km 0+000-km 18+860, inclusiv poduri și podețe”. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP în data de ■.03.2012 anunțul de participare nr. ■, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Criticile contestatorului privind clarificările postate în SEAP la data de ■.04.2012 sunt tardiv formulate, deoarece:

Potrivit prevederilor art. 256² al. 1 lit. b din OUG 34/2006, *„persoana vătămată poate sesiza Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în vederea anulării actului și/sau recunoașterii dreptului pretins ori a interesului legitim, în termen de 5 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, (...) despre un act al autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea contractului care urmează să fie atribuit, estimată conform prevederilor art. 23 și ale cap. II secțiunea a 2-a, este mai mică decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 al. (2)”*.

Valoarea estimată (lotul 1), fără TVA, a contractului de achiziție publică de lucrări care face obiectul contestației, este, potrivit fișei de date, publicată în SEAP în 07.03.2012, de ■ RON, prin urmare mai mică decât valoarea prevăzută la art. 55 al. 2 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare. Deci, termenul în care contestația poate fi depusă, conform art. 256² al. 1

din aceeași ordonanță, coroborat cu prevederile art. 2 din Regulamentul nr. 1251/2011 (Regulament care, potrivit art. 288 din Tratatul CEE, se aplică direct în legislația internă, excluzând orice măsură de receptare națională sau tot ceea ce ar putea disimula natura și efectele sale), este de 5 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință de către contestator de un act al autorității contractante pe care acesta îl consideră nelegal.

Luând în considerare data de 20.04.2012, data depunerii contestației la Consiliu, și ținând cont de data postării clarificării în SEAP, respectiv data de 12.04.2012, și calculând termenul legal în care contestatorul putea înainta contestația, Consiliul reține că sunt incidente următoarele prevederi legale:

- art. 256² al. 1 din OUG 34/2006 antemenționat;

- art. 5 din OUG 76/2010 pentru modificarea și completarea OUG 34/2006, prin care se modifică cuprinsul art. 3 lit. z din OUG 34/2006, care definește noțiunea de termen și modalitatea de calcul a acestuia în cadrul domeniului achizițiilor publice, în sensul că *„termenul exprimat în zile începe să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului; ziua în cursul căreia a avut loc un eveniment sau s-a realizat un act al autorității contractante nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi de sărbătoare legală, o duminică sau o sâmbătă, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare”* și care constituie norma specială de calculare a termenului în domeniul achizițiilor publice;

- principiul de drept *„ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”* potrivit căruia unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă, în sensul că în cadrul ordonanței nu s-a prevăzut nicio normă derogatorie de la definiția dată *„termenului”* și de la modalitatea de calcul a acestuia;

- principiile de drept *„specialia generalibus derogant”* potrivit căruia legea specială derogă de la legea generală, *„exceptio est strictissimae interpretationis et applicationis”* potrivit căruia excepțiile sunt de strictă interpretare și aplicare, și *„nemo ignorare legem censetur”* potrivit căruia nimeni nu se poate apăra invocând necunoașterea legii;

- art. 3 al. 2 lit. b din Regulamentul (CEE, EURATOM) nr. 1182/71 al Consiliului din 3 iunie 1971 privind stabilirea regulilor care se aplică termenelor, datelor și expirării termenelor care dispune că *„un termen exprimat în zile începe să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului”*.

SC ■ SRL a investit Consiliul prin contestația nr. ■/20.04.2012, transmisă Consiliului în 20.04.2012, prin care solicită anularea procedurii de atribuire.

Ca aspect preliminar, Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință despre clarificările contestate la data de 12.04.2012.

Conform art. 256² al. 2 din ordonanță, în cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire publicată în SEAP, data luării la cunoștință este data publicării ei, în speță ■.04.2012, reieșind așadar că legiuitorul prezumă absolut luarea la cunoștință despre documentație la data publicării ei (a clarificării, în cazul de față), orice dovadă contrară neputând fi primită.

Ținând cont de dispozițiile art. 256² din OUG 34/2006 și cele ale art. 3 lit. z din OUG 34/2006, rezultă așadar, că data de ■.04.2012 reprezintă data la care se va raporta termenul legal de depunere a contestației împotriva clarificării documentației de atribuire, termen care este depășit la data depunerii contestației, respectiv la data de 20.04.2012.

Prin urmare, data de la care curge termenul de decădere, în baza art. 103 al. 1 Cod procedură civilă, pentru reclamarea la Consiliu a modificării documentației, este 12.04.2012, iar calculând termenul pentru contestare conform dispozițiilor procedurale aplicabile se constată că acesta era depășit la 20.04.2012, a depunerii contestației la Consiliu și la autoritatea contractantă. În atari condiții, este evidentă tardivitatea contestării modificării documentației de atribuire postată în SEAP de autoritatea contractantă.

Operatorul economic cunoștea aspectele reclamate de la data publicării clarificărilor în SEAP – ■.04.2012 - și trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal clarificările în discuție, dacă dorea înlăturarea lor.

Așadar, raportat la normele art. 278 al. 1 din ordonanță și la cele ale art. 137 C. proc. civ., este incidentă tardivitatea reclamării modificării documentației de atribuire la ■.04.2012.

Dacă contestatorul ar fi fost diligent și prudent, ar fi putut din vreme să-și conserve dreptul la contestație, astfel încât să permită apoi jurisdicției Consiliului să poată analiza pe fond cererile ce fac obiectul contestației.

Criticile contestatorului privind modificarea documentației de atribuire prin clarificările postate în SEAP la ■.04.2012, sunt nefondate, deoarece:

- aceste critici au în vedere răspunsurile autorității contractante la întrebarea 1, 13 și 18, din adresa nr. ■/18.04.2012, respectiv:

Răspuns: Propunerea financiară se va întocmi fără a se ține cont de listele de cantități din cadrul studiului de fezabilitate. Astfel fiecare ofertant va prezenta oferta financiară care va cuprinde anexat costul proiectului tehnic, studiilor, al detaliilor de execuție și costul lucrărilor de execuție. În cadrul proiectării și al execuției se va ține cont de soluția propusă în studiul de fezabilitate și de toate actele normative aflate în vigoare care fac referire la parametri de proiectare și execuție a unui astfel de obiectiv de investiții. Fiecare ofertant va ține cont în cadrul realizării proiectului tehnic să cuprindă toate cantitățile de lucrări necesare realizării execuției fără ca pe parcursul lucrărilor să fie nevoie de lucrări suplimentare. Ofertantul este pe deplin răspunzător în cazul apariției de lucrări suplimentare, acesta având obligativitatea realizării obiectivului de investiții în valoarea ofertei financiare oferite fără costuri suplimentare din partea beneficiarului.

Prin răspunsul 13 autoritatea contractantă precizează că studiul geotehnic se va realiza de către ofertant.

Prin răspunsul 18 autoritatea contractantă precizează:
Valoarea estimată pentru serviciile de proiectare tehnică - faza PTh + DDE + DTAC precum și verificarea proiectului și reactualizarea studiilor este de ■ lei fără TVA.

- conform Ordin nr. 863/2008 pentru aprobarea instrucțiunilor de aplicare a unor prevederi din HG 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:

Proiectul tehnic se elaborează pe baza studiului de fezabilitate/documentației de avizare, etapă în care s-au aprobat indicatorii tehnico-economici, elementele și soluțiile principale ale lucrării și în care au fost obținute toate avizele și acordurile de principiu, în conformitate cu prevederile legale.

Conținutul-cadru al proiectului tehnic este următorul:

A. Părțile scrise

1. Date generale

2. Descrierea generală a lucrărilor

3. Caietele de sarcini

4. Listele cu cantitățile de lucrări

5. Graficul general de realizare a investiției publice (formularul F6).

- documentația de atribuire cuprinde o listă cu cantități de lucrări pentru lotul 1, care cuprinde cantitățile aferente capitolelor de lucrări. Informațiile sunt orientative, deoarece autoritatea contractantă a dat posibilitatea ofertanților să-și estimeze lucrarea folosind asistența proiectantului pe care îl va folosi la faza PT,

experiența și cunoștințele acestuia pentru a face o ofertă cât mai corectă.

- documentația tehnică actuală, care a fost publicată pe SEAP, trasează lucrări precizate și estimează lucrarea în sine, nu se impun cantități exacte și lucrări calculate exact, doar estimate.

- codurile CPV sunt trecute în cadrul anunțului de participare cât și în cadrul fișei de date, ele făcând referire la lucrările de execuție drumuri și servicii de realizare a proiectului tehnic.

- autoritatea contractantă nu se află în situația menționată în contestație (oferțele să nu poată fi comparate datorită modului neuniform de abordare a soluțiilor tehnice), întrucât pentru a fi declarată conformă oferta tehnică trebuie să îndeplinească cerințele minime din caietul de sarcini. Oferțele tehnice sunt comparate și apreciate numai în cazul în care criteriul de atribuire stabilit de către autoritatea contractantă este oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, ceea ce nu este cazul în procedura contestată, criteriul de atribuire stabilit fiind prețul cel mai scăzut. Contestatorul recunoaște că soluțiile și cantitățile din proiectul tehnic diferă față de cele din SF, fapt ce nu conduce la o evaluare subiectivă a ofertelor, deoarece se compară doar prețul acestora.

- studiul geotehnic s-a întocmit la situația existentă și a fost publicat pe SEAP, detalierea acestuia urmând să se facă de către ofertanți în funcție de legislația actuală. Studiile de teren au fost realizate pentru documentația actuală care a fost publicată pe SEAP, o detaliere a acestora sau realizarea lor mai detaliată și mai complexă se va realiza la faza de proiect tehnic. Cerința autorității contractante a fost ca aceste studii să se realizeze de către ofertanți, astfel încât la realizarea proiectului tehnic și ulterior a realizării execuției să nu poată exista neconformități între documentația actuală, pusă la dispoziție de către autoritatea contractantă, și cea care urmează a se realiza.

- în urma realizării studiilor și a proiectului tehnic rezultă cantitățile de lucrări necesare, cantitățile de lucrări nu puteau rezulta în baza documentației actuale, la acest moment fiind prezentată doar o soluție de execuție care trebuie detaliată ulterior în faza de proiectare.

- proiectul tehnic trebuie să fie executat în așa fel încât să respecte normele și normativele în vigoare dar să nu se depășească lucrările prezente, iar dacă acestea se depășesc vor fi suportate de constructor. În cazul în care cantitățile de lucrări din proiectul tehnic sunt insuficiente pentru execuție acestea sunt greșeli de proiectare și nu vor face obiectul unor plăți suplimentare, fiind suportate de către ofertant.

- depunerea unui număr de 7 oferte demonstrează că prin clarificările postate în SEAP la ■.04.2012 nu se modifică esențial documentația de atribuire și că se pot întocmi oferte clare și ferme.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 al. 5 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de către SC ■ SRL în contradictoriu cu ■ și va dispune continuarea procedurii de atribuire.

PREȘEDINTE COMPLET

■

MEMBRU

■

MEMBRU

■

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 9 (noua) file