



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 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. 2 din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... formulată de către ... cu sediul în jud. ... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ... având CIF RO ... reprezentată legal prin director general ... și convențional prin avocat ... împotriva rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr. 32563/17.12.2014, emisă de către ... cu sediul în jud. în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă on-line, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „CL 18 - Extindere sisteme alimentare cu apa ..., aductiune apa ... si ... coduri CPV 45000000-7 - Lucrări de construcții (Rev.2), 45231300-8 - Lucrări de construcții de conducte de apă și de canalizare a apelor reziduale la mare distanță (Rev.2), 45232150-8 - Lucrări pentru conducte de alimentare cu apă (Rev.2), se solicită următoarele:

-anularea, ca nelegală, a notificării rezultatului procedurii, transmisă prin adresa nr. 32563/17.12.2014, conform căreia oferta depusă de ... fost respinsă, ca neconformă;

-obligarea autorității contractante la continuarea procedurii prin reevaluarea ofertelor, cu respectarea deciziei care va fi pronunțată de Consiliu cu privire la această contestație;

-suspendarea procedurii de achiziție publică până la soluționarea fondului cauzei, conform prevederilor art. 275¹ din O.U.G. nr. 34/2006.

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

În baza legii și a documentelor depuse de părți,

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația formulată de către ... cu sediul în jud. ... în contradictoriu cu ... cu sediul în jud.

Anulează raportul procedurii nr. 32573/17.12.2014 și toate actele subsecvente acestuia.

Obligă ... ca, în termen de cel mult 10 zile de la data primirii prezentei decizii, să reia procedura de atribuire de la etapa de evaluare a ofertelor, pentru considerentele din motivare.

Obligatorie.

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:

Prin contestația fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. critică rezultatul procedurii, comunicat prin adresa nr. 32563/17.12.2014, emisă de către ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă on-line, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „CL 18 - Extindere sisteme alimentare cu apa ..., aducțiune apa ... si ... solicitând următoarele:

-anularea, ca nelegală, a notificării rezultatului procedurii, transmisă prin adresa nr. 32563/17.12.2014, conform căreia oferta depusă de ... fost respinsă, ca neconformă;

-obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertelor, cu respectarea deciziei care va fi pronunțată de Consiliu cu privire la această contestație;

-suspendarea procedurii de achiziție publică până la soluționarea fondului cauzei, conform prevederilor art. 275¹ din O.U.G. nr. 34/2006.

În motivare, contestatorul arată că, prin adresa nr. 29866/17.11.2014, autoritatea contractantă i-a solicitat justificarea prețurilor ofertate, în temeiul art. 202 alin. 1 din O.U.G. 34/2006, având în vedere că propunerea sa financiară intră sub incidența prevederilor art. 202 din O.U.G. nr. 34/2006, prezentând un preț neobișnuit de scăzut, respectiv 9.320.612,15 lei fără TVA, precum și clarificări privind modul de calcul al cheltuielilor diverse și neprevăzute, de 443.838,67 lei, la care ... răspuns, în termen, prin adresa nr. 29866/17.11.2014, răspunsul cu privire la justificarea prețului fiind considerat satisfăcător de către autoritatea contractantă, care nu a mai insistat asupra acestui subiect.

În ceea ce privește modul de calcul al cheltuielilor diverse și neprevăzute, contestatorul precizează că în răspunsul său a arătat că acestea au fost calculate conform cerințelor rezultate din Formularul nr. 11 – oferta, aplicând procentul de 5% la valoarea propunerii financiare (fără diverse și neprevăzute), așa cum s-a prevăzut la punctul II.2.1 din fișa de date a achiziției.

Contestatorul menționează că, prin adresa nr. 32563/17.12.2014, autoritatea contractantă i-a comunicat că oferta sa a fost respinsă, ca neconformă, din considerente care vizează metoda de calcul al cheltuielilor diverse și neprevăzute, decizie despre care contestatorul susține că este nelegală și netemeinică.

... precizează că a formulat contestația în termenul prevăzut la art. 256² alin. 1 lit. b) din O.U.G. nr. 34/2006, având în vedere valoarea estimată a contractului, de 16.710.954,37 lei fără TVA, deci mai mică decât echivalentul în lei al sumei de „5.000.000 euro”, prevăzut la art. 55 alin. 2 lit. c) din O.U.G. nr. 34/2006.

În contestație se critică faptul că în comunicarea privind rezultatul procedurii, a fost indicat un termen eronat de 6 zile pentru formularea contestației, deși legea nu prevede un astfel de termen, ci doar termenul de 10 zile sau de 5 zile calculat potrivit prevederilor mai sus indicate.

Față de cele menționate, contestatorul arată că a formulat contestația în termenul legal.

... susține că, în mod nelegal, oferta sa a fost respinsă, ca neconformă:

1. Contestatorul susține, în primul rând, că în speța de față nu sunt incidente prevederile art. 79 alin. 1 din H.G. nr. 925/2006, invocate în actul de comunicare a rezultatului procedurii, având în vedere că ... răspuns solicitării de clarificări în termenul legal, iar răspunsul său a fost cât se poate de concludent, motiv pentru care oferta sa nu putea fi respinsă în temeiul invocat de autoritatea contractantă.

În al doilea rând, contestatorul învederează că modificarea modalității de calcul ar fi însemnat modificarea ofertei financiare, ceea ce nu este permis și ar fi atras respingerea ofertei, ca neconformă.

În contestație se concluzionează că oferta depusă de ... nu putea fi respinsă, ca neconformă, în temeiul prevederilor art. 79 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006, subliniindu-se că situațiile în care o ofertă poate fi respinsă, ca neconformă, sunt reglementate la art. 36 alin. 2 din H.G. nr. 925/2006, însă, în speță nu este incidentă niciuna dintre ipotezele acestui text de lege, situația de fapt sancționată de către autoritatea contractantă neputând fi considerată nici abatere de la cerințele caietului de sarcini, nici propunere de modificare a clauzelor contractuale stabilite de

autoritatea contractantă și nici un preț nejustificat în sensul lit. c din textul legal indicat mai sus.

În opinia contestatorului, comunicarea rezultatului procedurii apare ca fiind nemotivată în fapt și în drept, având în vedere că situația criticată nu se încadrează în niciuna dintre ipotezele în care o anumită ofertă să poată fi declarată neconformă.

2. ... susține că a procedat în mod legal și temeinic la calcularea procentului de cheltuieli diverse și neprevăzute.

Invocând prevederile art. 29 din O.U.G. nr. 34/2006, contestatorul arată că devizul general al lucrării întocmit de proiectant nu este un document public, care să fi fost pus la dispoziția ofertanților în documentația de atribuire, ci doar la nota 1 de la cap. IV.4.2 „Modul de prezentare a ofertei financiare” din fișa de date a achiziției se specifică astfel:

„Ofertantul va respecta cerințele impuse în documentația de atribuire privind modul de prezentare a propunerii financiare.

Propunerea financiară totală prezentată de fiecare operator economic trebuie să conțină, ca element distinct constitutiv, valoarea rezultată în urma aplicării procentului de diverse și neprevăzute la propunerea financiară (fără diverse și neprevăzute).”

3. În contestație se susține că ... calculat în mod legal valoarea cheltuielilor diverse și neprevăzute, cu deplina respectare a prevederilor punctul II.2.1 din fișa de date a achiziției, conform cărora această valoare rezultă prin aplicarea procentului de 5% „raportat la valoarea estimată a contractului”, conform Formularului nr. 11 - Oferta.

Contestatorul învederează că în același sens a fost elaborat și modul de prezentare a ofertei financiare de la cap. IV.4.2 Nota 1 din fișa de date a achiziției, conform căruia aceasta trebuie să cuprindă și „valoarea rezultată în urma aplicării procentului de diverse și neprevăzute la propunerea financiară (fără diverse și neprevăzute)”.

... precizează că a întocmit propunerea financiară în baza unui formular standardizat - Formularul 11, întocmit chiar de către autoritatea contractantă, care trebuia completat întocmai de către ofertanți, sub sancțiunea respingerii ofertelor.

Se subliniază că din acest formular rezultă următoarele:

- la pct. 1 s-a completat întocmai valoarea ofertată - 8.876.773,48 lei, fiind expresă mențiunea că suma aceasta nu cuprinde valoarea ofertei pentru cheltuieli diverse și neprevăzute;

- la pct. 2 - textul prestabilit al formularului este următorul: „valoarea ofertei pentru cheltuieli diverse și neprevăzute, rezultată din aplicarea procentului de _____ la suma mai sus menționată este de _____.” (spațiile libere urmând a fi completate de ofertanți).

Contestatorul învederează că tocmai prin modul de întocmire a formularului standard pentru prezentarea ofertei financiare, autoritatea contractantă însăși a stabilit că procentul de 5% va fi aplicat la „valoarea mai sus menționată”, așadar la valoarea contractului.

În opinia contestatorului, dacă autoritatea contractantă ar fi apreciat că este necesar un alt mod de calcul, ar fi trebuit să specifice aceasta în mod expres în documentația de atribuire.

4. Contestatorul susține că în mod nelegal autoritatea contractantă a apreciat că în speță nu au fost respectate prevederile art. 5.3 din H.G. 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.

În acest sens, se subliniază că aceste prevederi legale au fost indicate pentru prima dată de autoritatea contractantă în comunicarea rezultatului procedurii și nicidecum în fișa de date a achiziției, iar dacă se considera că trebuie avute în vedere la modul de calcul al cheltuielilor diverse și neprevăzute trebuia indicat în mod expres, la pct. IV.4.2 din fișa de date a achiziției, situație care ar fi făcut posibilă chiar contestarea documentației de atribuire, întrucât cerințele autorității contractante ar fi fost adăugate într-un mod nepermis la lege.

În contestație se menționează că în motivarea respingerii ofertei depusă de ... s-a specificat că, înainte de aplicarea procentului de 5% din valoarea ofertată înscrisă în formularul de ofertă, ar fi trebuit să fie scăzute sumele reprezentând „preliminariii” și „cantități previzionate”, astfel că, în opinia autorității contractante, metoda de calcul ar fi trebuit să fie următoarea: $5\% \times (8.876.773,48 - 23.200 - 60.000) = 439.678,67$, valoare care este diferită de 443.838,67.

Admițând incidența în speță a prevederilor art. 5.3 din H.G. nr. 28/2008, contestatorul învederează că în cuprinsul acestora nu se prevede o astfel de formulă de calcul și nu se face referire la cheltuielile preliminariei și la valoarea cantităților previzionate.

Contestatorul arată că sumele pentru cheltuielile preliminariei și cantitățile previzionate sunt elemente constitutive ale prețului total al ofertei, așa cum rezultă „Lista de cantități - anexa la oferta financiară” din documentația de atribuire: cheltuieli preliminariei (23.200 lei), care reprezintă sumele necesare pentru organizarea de șantier și cantități previzionate (60.000 lei), reprezentând o sumă prestabilită de autoritatea contractantă, pentru alimentarea cu energie, pentru bransamente la utilități, etc.

În opinia contestatorului nu există nicio rațiune, și în niciun caz din perspectiva aplicării art. 5.3 din H.G. nr. 28/2008, pentru ca

aceste cheltuieli, care în mod evident fac parte integrantă din prețul total al lucrării, să fie eliminate la calculul procentului de cheltuieli diverse și neprevăzute.

Se învederează că, așa cum rezultă din metoda de calcul aplicată de autoritatea contractantă, oferta contestatorului nu a fost diminuată decât cu suma de 4.160 lei, ceea ce nu ar schimba clasamentul ofertanților, motiv pentru care contestatorul prezumă că singura intenție a autorității contractante a fost de a-l elimina în mod abuziv din procedură.

5. În contestație se opinează că autoritatea contractantă ar fi putut face aplicarea prevederilor art. 80 alin. 3 din O.U.G. nr. 34/2006.

Invocând prevederile art. 79 alin. 3 și art. 80 din O.U.G. nr. 34/2006, contestatorul învederează că nu ar fi putut proceda la un alt mod de calcul al cheltuielilor neprevăzute, întrucât ar fi însemnat să modifice oferta sa financiară, ceea ce nu este permis.

Cu toate acestea, dacă s-ar aprecia că formula indicată de autoritatea contractantă ar fi cea corectă din punct de vedere legal, contestatorul arată că în speță s-ar impune aplicarea prevederilor art. 80 alin. 3 din O.U.G. nr. 34/2006, corectarea ofertei impunându-se prin raportare la specificul situației și la neclaritatea cerințelor cuprinse în fișa de date achiziției, fapt susținut în mod neechivoc de sensul și conținutul formularului de ofertă impus chiar de autoritatea contractantă.

Susținând că s-a conformat întocmai cerințelor cuprinse în fișa de date a achiziției și în formularul de ofertă Formularul 11, contestatorul învederează că în situația în care s-ar admite poziția autorității contractante, ar trebuie să se admită și existența unei simple erori referitoare la modul de calcul al cheltuielilor diverse și neprevăzute, sens în care s-ar fi impus să se facă aplicarea prevederilor art. 80 alin. 1 din O.U.G. nr. 34/2006, respectiv:

- autoritatea contractantă să transmită o solicitare a acceptului ... în sensul modificării erorii;

- cu acceptul ... eroarea trebuia și putea fi modificată;

- această modificare ar fi avut un simplu rol de clarificare/confirmare;

- corectarea erorii nu era de natură să producă un avantaj nejustificat celorlalți participanți la procedură.

6. Contestatorul susține că soluția autorității contractante este nelegală având în vedere conduita acesteia în proceduri similare.

În acest sens, se arată că într-o altă procedură, respectiv „Extindere sisteme alimentare cu apă ...”, organizată în aceeași perioadă de aceeași autoritate contractantă, situația cheltuielilor diverse și neprevăzute nu a făcut obiectul unei solicitări de clarificări, deși acestea au fost calculate în mod similar de către ...

iar în respectiva procedură nu s-a apreciat că această ofertă este neconformă din această perspectivă.

Având în vedere că este vorba despre proceduri similare ca obiect, organizate de aceeași autoritate contractantă, contestatorul învederează că aceasta a dat dovadă de o atitudine abuzivă, într-una dintre proceduri acceptând o modalitate de calcul a cheltuielilor diverse și neprevăzute, iar în procedura de față, exact în aceleași condiții, a respins oferta depusă de ... ca neconformă.

În contestație se concluzionează că autoritatea contractantă a procedat în mod abuziv în cadrul acestei proceduri, încercând să creeze în mod artificial un motiv pentru care să poată respinge oferta depusă de ... ca neconformă.

În probațiune, au fost depuse, în copie, înscrisuri.

Cu adresa nr. 33314/30.12.2014, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 32937/30.12.2014, ... a formulat, în temeiul art. 274 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, punctul său de vedere la contestația depusă de ... prin care solicită respingerea, ca nefondată, a acesteia, menținerea adresei nr. 32563/17.12.2014, a raportului procedurii de atribuire nr. 32573/17.12.2014 și a actelor subsecvente și conexe acestuia, inclusiv a comunicării privind rezultatul procedurii către contestator, precum și continuarea procedurii de atribuire.

1. Referitor la respingerea, ca neconformă, a ofertei contestatorului, autoritatea contractantă arată că, în urma analizării documentelor de calificare și a propunerilor tehnice, au fost declarate conforme un număr de 9 oferte, printre care și cea a contestatorului.

În punctul de vedere se menționează că ... prezentat următoarele documente:

a) formularul de ofertă (Formular nr. 11), semnat de ... legal ..., care conține următoarele:

- preț ofertă: 8.876.773,48 lei fără TVA, care nu corespunde cu prețul criptat în SEAP, de 9.320.612,15 lei; se menționează că suma nu cuprinde valoarea ofertei pentru cheltuieli diverse și neprevăzute.

- valoare cheltuieli diverse și neprevăzute (5% din valoarea de 8.876.773,48 lei): 443.838,67 lei fără TVA;

- perioada de execuție a lucrărilor: 10 luni;

- perioada de valabilitate a ofertei: 120 zile, respectiv până la data de 24.11.2014.

Autoritatea contractantă subliniază că din analiza ofertei financiare a contestatorului rezultă că totalul propunerii financiare este 9.320.612,15 lei fără TVA.

b) anexa la ofertă, care este semnată de ...ul legal, este completată corespunzător și respectă cerințele caietului de sarcini;

c) listele de cantități, prezentate în format pdf și în format editabil, excel și conțin prețuri unitare.

Se menționează că listele de cantități în format editabil corespund cu cele în format pdf, neexistând diferențe cantitative față de documentația de atribuire și neconținând erori aritmetice.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că, prin adresa nr. 30042/19.11.2014, a solicitat contestatorului prelungirea valabilității ofertei și a garanției de participare până la 31.12.2014, la care ... răspuns, în termen, cu adresa nr. 1690/24.11.2014, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 30465/24.11.2014, la care a anexat amendamentul nr. 001 la Polița de Asigurare nr. 0088802-0071214 cu valabilitate până la 31.12.2014.

În punctul de vedere se arată că autoritatea contractantă a verificat toate propunerile financiare din punctul de vedere al corectitudinii întocmirii acestora și al prevederilor art. 202 alin. 1 și alin. 1¹ din O.U.G. nr. 34/2006, iar în urma acestei verificări a transmis solicitarea de clarificare nr. 29866/17.11.2014, cu privire la justificarea prețului neobișnuit de scăzut, în temeiul art. 202 din O.U.G. nr. 34/2006, și la metoda de calcul a cheltuielilor diverse și neprevăzute, la care contestatorul a răspuns, în termen, cu adresa înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 30201/20.11.2014, răspuns postat și în SEAP în data de 20.11.2014, ora 10⁰⁹, justificând prețul neobișnuit de scăzut prin prezentarea fundamentării economice a modului de formare a prețului și prezentând modul de calcul al cheltuielilor diverse și neprevăzute, prin aplicarea procentului de 5% la prețul ofertei din cadrul Formularului nr. 11, respectiv la suma de 8.876.773,48, sumă ce include cheltuielile „preliminarii” și „cantități provizionate”.

Autoritatea contractantă susține că, în conformitate cu prevederile art. 5.3 din H.G. nr. 28/2008, cheltuielile diverse și neprevăzute se calculează prin aplicarea procentului de 5% la valoarea lucrărilor de bază obținută prin scăderea sumelor pentru cheltuieli „preliminarii” și „cantități provizionate” din valoarea ofertată înscrisă în formularul de ofertă, respectiv: $5\% \times (8.876.773,48 - 23.200 - 60.000) = 439.678,67$, valoare care este diferită de 443.838,67, din oferta contestatorului, astfel că răspunsul la solicitarea de clarificare privind calculul cheltuielilor diverse și neprevăzute a fost considerat neconcludent, iar oferta depusă de ... fost declarată neconformă, în temeiul prevederilor art. 79 alin. 1 din H.G. nr. 925/2006.

Autoritatea contractantă subliniază că la cap. III 1.5 din fișa de date a achiziției se găsește lista legislației aplicabile, în care figurează și H.G. nr. 28/2008, în conformitate cu care se elaborează devizului general pentru obiective de investiții și lucrări de intervenții. Autoritatea contractantă precizează că la cap. 5.3 „Cheltuieli diverse și neprevăzute” din acest act normativ, este

prezentată metodologia privind estimarea cheltuielilor diverse și neprevăzute, respectiv procentul din valoarea cheltuielilor prevăzute la capitolele/subcapitolele 1.2, 1.3, 2, 3 și 4 ale devizului general.

Autoritatea contractantă susține că cheltuielile privind organizarea de șantier, lucrările de construcții și instalații aferente organizării de șantier și cheltuielile conexe organizării de șantier nu sunt cheltuieli care să intre în componența formulei de calcul pentru procentul definit pentru estimarea cheltuielilor diverse și neprevăzute.

Subliniind că o parte dintre ofertanți au calculat corect valoarea cheltuielilor diverse și neprevăzute, autoritatea contractantă concluzionează că nerespectarea cerințelor documentației de atribuire rezultă din interpretarea eronată a legislației în vigoare.

Referitor la criticile privind comunicarea rezultatului procedurii, autoritatea contractantă susține că a respectat întocmai prevederile art. 206 și art. 207 din O.U.G. nr. 34/2006, menționând în mod clar motivul care a stat la baza respingerii ofertei și declararea acesteia ca fiind neconformă.

În ceea ce privește critica legată de faptul că în două proceduri similare, desfășurate în aceeași perioadă, autoritatea contractantă a aplicat două metode de calcul diferite pentru cheltuielile diverse și neprevăzute, în punctul de vedere se arată că a fost vorba de proceduri de atribuire diferite, pentru care au fost numite două comisii de evaluare diferite. Autoritatea contractantă menționează că în ceea ce privește calculul valorii aferente cheltuielilor diverse și neprevăzute nu a fost încălcat principiul tratamentului egal, iar o anulare a procedurii de atribuire ar duce la întârzieri în procesul de contractare și implementare a contractelor aferente, ceea ce ar avea ca efect scurtarea perioadei disponibile de realizare a activităților contractului și, implicit, dificultatea în decontarea acestora din instrumentele structurale nerambursabile puse la dispoziție de Uniunea Europeană prin Fondul de Coeziune sau ar putea duce la dezangajarea fondurilor alocate, având în vedere că etapa I este finanțată din Fondul de Coeziune în cadrul Axei 1 a POS Mediu 2007-2013.

Întrucât o parte din ofertanți au calculat corect cheltuielile diverse și neprevăzute, respectiv conform legislației aplicabile, prevăzută și în fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă opinează că acceptarea tuturor ofertelor, în condițiile în care calculul nu a fost făcut corespunzător ar fi însemnat încălcarea principiului tratamentului egal.

Autoritatea contractantă învederează că, fiind vorba de proceduri diferite, la procedura de atribuire prezentă nu s-ar putea accepta o modalitatea de calcul eronată, în condițiile în care o parte

din ofertanți au făcut calculul corect, în conformitate prevederile de la cap. III 1.5 din fișa de date a achiziției, care impune în lista legislației aplicabile respectarea prevederilor H.G. nr. 28/2008.

În punctul de vedere se subliniază că, în conformitate cu prevederile cap. II.2) „Cantitatea sau domeniul contractului” din fișa de date a achiziției, cuantumul aferent procentului de diverse și neprevăzute este de 783.378,75 lei, ceea ce reprezintă 4,69% din valoarea estimată de 16.710.954,37 lei și nu 835.547,70 lei, așa cum a calculat contestatorul fără a ține seama de prevederile legale din fișa de date a achiziției.

Autoritatea contractantă precizează că a comunicat tuturor participanților la procedură termenul de contestare de 6 zile având în vedere prevederile art. 205 alin. 1 lit. b din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Cu adresa nr. 15/05.01.2015, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 96/06.01.2015, ... a depus, în copie conformă cu originalul, documentele înregistrate la dosarul achiziției publice împreună cu oferta contestatorului.

Cu adresa fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 366/12.01.2015, ... formulat „concluzii scrise”, în care reiterează cea mai mare parte a aspectelor criticate în contestație, subliniind că își menține toate susținerile formulate în cadrul contestației.

Contestatorul reiterează susținerea conform căreia, în mod nelegal autoritatea contractantă i-a respins oferta, ca neconformă, din considerente care vizează metoda de calcul a cheltuielilor diverse și neprevăzute, însă în speță nu sunt incidente prevederile art. 79 alin. 1 din H.G. nr. 925/2006

Invocând din jurisprudența Consiliului, contestatorul arată că pactica acestuia este constantă în a aprecia că, în virtutea prevederilor art. 170 din O.U.G. nr. 34/2006, ofertanții au obligația de a elabora ofertele strict „în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire”, astfel că, și în prezenta speță, autoritatea contractantă nu se poate abate de la modul de calcul indicat în fișa de date a achiziției, care este obligatoriu.

Având în vedere că, în conformitate cu prevederile art. 170 din O.U.G. nr. 34/2006, ofertanții aveau obligația de a elabora oferta strict în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire, contestatorul învederează că, în situația în care autoritatea contractantă ar fi considerat că, pentru calcularea procentului de cheltuieli diverse și neprevăzute, se impune eliminarea din valoarea totală a ofertei a cheltuielilor preliminare și a cantităților previzionate, aceasta ar fi trebuit să fie expres specificată în documentația de atribuire, și nu să se deducă în urma efectuării unor calcule, așa cum se sugerează în punctul de vedere al autorității contractante.

Contestatorul susține că sunt în totală contradicție cu principiul transparenței susținerile autorității contractante, conform cărora faptul că procentul de diverse și neprevăzute prevăzut cap. II.2 din fișa de date a achiziției, de 783.375,75 lei, reprezintă 4,69 % din valoarea estimată și nu 5 % din aceasta, echivalează cu o mențiune expresă, în sensul că procentul de 5 % nu se aplică la întreaga valoare ofertată, ci la valoarea ofertată din care s-au scăzut cheltuielile preliminarilor și cantitățile previzionate, întrucât nu se poate pretinde ofertanților să facă astfel de calcule pentru a descoperi ceea ce nu rezultă, în mod clar, prin cuvinte, din documentația de atribuire.

În opinia contestatorului, și în situația în care ar fi făcut respectivele calcule, nu exista niciun motiv pentru ca ofertanții să deducă, în mod cert, că diferența dintre de 835.547,70 lei (cât reprezenta 5 % din valoarea estimată a contractului) și 783.378,75 lei (cât era calculat în fișa de date a achiziției ca exemplu) era cauzată de faptul că procentul de 5% s-a aplicat la valoarea estimată a contractului, din care s-au scăzut preliminarile și cantitățile previzionate.

Contestatorul susține că, în mod nelegal, autoritatea contractantă a apreciat că oferta sa nu a respectat prevederile art. 5.3. din H.G. nr. 28/2008.

În acest sens, contestatorul arată că în documentația de atribuire nu se face referire la o metodă de calcul bazată pe prevederile H.G. nr. 28/2008, aceste prevederi fiind indicate, pentru prima dată, în comunicarea rezultatului procedurii, fiind menționate și în raportul procedurii, în partea referitoare la evaluarea ofertelor financiare. În opinia contestatorului, această conduită a autorității contractante reprezintă o modalitate ocolită și abuzivă de a acoperi faptul că în documentația de atribuire nu a fost specificată această metodă de calculare a cuantumului cheltuielilor diverse și neprevăzute, respectiv prin raportare la H.G. nr. 28/2008.

Invocând prevederile fișei de date a achiziției, respectiv: „cuantumul aferent procentului de diverse și neprevăzute de 783.378,76 lei, astfel cum au fost definite de proiectant în devizul general, în conformitate cu art. 29 alineatul (2.1) din O.U.G. 34/2006, reprezentând un procent de 5% raportat la valoarea estimată a contractului”, contestatorul învederează că în fișa de date a achiziției nu se specifică modul de calcul al cheltuielilor diverse și neprevăzute, iar în solicitarea de clarificări autoritatea contractantă a specificat cu privire la modul de calcul al cheltuielilor diverse și neprevăzute următoarele: „Având în vedere prevederile fișei de date cuantumul aferent procentului de cheltuieli diverse și neprevăzute reprezintă un procent de 5% raportat la valoarea estimată a contractului, astfel cum au fost definite de proiectant în

devizul general. Acestea au fost calculate de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile art. 29 alin. 21 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, și cu prevederile H.G. 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”.

Contestatorul subliniază că pasajul „și cu prevederile H.G. 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” nu apare în fișa de date a achiziției.

... opinează că atâta timp cât autoritatea contractantă nu a depus o erată până la data limită de depunere a ofertelor, singura metodă corectă de calcul pentru diverse și neprevăzute este cea din fișa de date a achiziției, și anume „cuantumul aferent procentului de diverse și neprevăzute de 783.378,76 lei, astfel cum au fost definite de proiectant în devizul general, în conformitate cu art. 29 aliniatul (2.1) din O.U.G. nr. 34/2006, reprezentând un procent de 5% raportat la valoarea estimată a contractului”.

În „concluzii scrise” se menționează că în fișa de date a achiziției s-a operat, cu privire la oferta financiară, cu două noțiuni: valoarea estimată a contractului și cuantumul aferent cheltuielilor diverse și neprevăzute, fără a specifica că din valoarea totală a ofertei (fără diverse și neprevăzute) ar trebui să se elimine valoarea preliminarilor și valoarea cheltuielilor previzionate și abia apoi să se aplice procentul stabilit de 5% la valoarea rămasă.

În susținerea opiniei sale, conform căreia ... respectat întocmai atât prevederile legale incidente cât și indicațiile din fișa de date privind calculul cheltuielilor diverse și neprevăzute, contestatorul invocă decizii anterioare ale Consiliului, prin care s-a stabilit că atâta timp cât autoritatea contractantă nu a transmis prin fișa de date a achiziției metoda de calcul invocată în motivația respingerii ofertei, valoarea cheltuielilor diverse și neprevăzute se va calcula prin aplicarea procentului de 5% la valoarea estimată a contractului (fără diverse și neprevăzute).

Contestatorul consideră ca fiind principial corectă concepția autorității contractante cu privire la aplicarea principiului tratamentului egal, însă aceasta trebuie să plece de la premisa unui calcul corect care să fie realizat conform documentației de atribuire, care nu prevede modalitatea de calcul folosită de unii dintre ofertanți, iar faptul că aceștia au aplicat respectiva modalitate de calcul crează suspiciuni privind existența unei conivențe cu autoritatea contractantă.

În opinia contestatorului, singura modalitate de calcul care poate fi acceptată este cea prevăzută în documentația de atribuire, fără adăugiri la aceasta, așa cum a procedat autoritatea contractantă în această speță pentru a favoriza anumiți participanți.

De asemenea, contestatorul susține că autoritatea contractantă nu a respectat nici principiul tratamentului egal, fapt care reiese din procesul-verbal nr. 11/27.11.2014 de evaluare a documentelor privind propunerea financiară (aspect reluat și în cuprinsul raportului procedurii), unde prețul ofertat de ... este de 9.242.253,45 lei fără TVA (sumă ce nu cuprinde valoarea ofertei pentru cheltuieli diverse și neprevăzute), iar valoarea cheltuielilor diverse și neprevăzute, din formularul de ofertă este de 444.814,01 lei fără TVA, calculată prin aplicarea procentului de 5% la suma de 9.242.253,45 lei. Contestatorul învederează că, aplicând procentul de 5% la suma de 9.242.253,45 lei, așa cum a indicat autoritatea contractantă, rezultă o valoare a cheltuielilor diverse și neprevăzute de 462.112,67 lei, valoarea care este diferită de cea din Formularul 11 - Oferta, deci nici ... nu a respectat procentul de 5% pentru valoarea cheltuielilor diverse și neprevăzute.

Contestatorul precizează că în urma solicitării de clarificări transmise de autoritatea contractantă privind modul de calcul al cheltuielilor diverse și neprevăzute, ... a transmis că valoarea cheltuielilor diverse și neprevăzute, de 444.814,01 lei, prezentată în Formularul 11 - Oferta, a rezultat prin aplicarea procentului de 5% la valoarea de 8.896.280,29 lei, valoare care nu se regăsește însă în Formularul 11-Oferta.

Contestatorul concluzionează că ... nu a respectat procentul de 5%, ci a aplicat un procent de 4,8128% la valoarea ofertei fără diverse și neprevăzute de 9.242.253,45 lei.

Prezentând un tabel comparativ cu defalcarea prețurilor ofertate de ... și de ..., contestatorul învederează că oferta sa este mai mică decât oferta ... la toate cele 3 capitole, inclusiv valoarea cheltuielilor diverse și neprevăzute, iar dacă modul de calcul pentru stabilirea valorii cheltuielilor diverse și neprevăzute ale ofertei depusă de ... s-ar face conform indicațiilor autorității contractante, va rezulta o valoare a acestora mai mică cu numai 4.160 lei.

Contestatorul arată că, în virtutea principiului tratamentului egal, este de acord să se scadă valoarea cheltuielilor diverse și neprevăzute cu 4.160 lei și, implicit, din valoarea ofertei, având în vedere că această recalculare nu ar produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire, clasamentul nesuferind vreo modificare. Se specifică faptul că apariția unor lucrări suplimentare suportate din valoarea cheltuielilor diverse și neprevăzute nu este o certitudine, astfel de cheltuieli apărând doar în mod excepțional pe parcursul derulării contractului.

Contestatorul subliniază că decizia de respingere a ofertei sale, pentru o diferență de 4160 lei, pentru cheltuieli a căror angajare nu este o certitudine și care nu fac parte din propunerea financiară, este formalistă, excesivă și, implicit, eronată, încălcând principiile proporționalității, tratamentului egal și utilizării eficiente a fondurilor, prevăzute la art. 2 alin. 2 din O.U.G. nr. 34/2006, cu atât mai mult cu cât oferta depusă de ... avut cel mai mic preț dintre cele 9 oferte depuse, cu 366.455,31 lei mai puțin decât oferta de pe locul 2.

În acest sens, se invocă din jurisprudența Consiliului.

Contestatorul susține că referirile autorității contractante la urgența procedurii sunt neîntemeiate și solicită respingerea acestora ca atare.

În acest sens, se invocă etapele și perioadele desfășurării acestei proceduri:

- data publicării anunțului de participare - 10.06.2014;
- termenul limită de depunere a ofertelor - 16.07.2014;
- valabilitatea ofertelor - 120 zile;
- decalarea termenului de depunere a ofertelor pentru data de 25.07.2014, cu un termen de valabilitate a ofertei până la data de 24.11.2014;
- prin adresa nr. 300342/19.11.2014, autoritatea contractantă a solicitat ... prelungirea valabilității ofertei și a scrisorii de participare până la data de 31.12.2014.

... subliniază că este prima și singura societate care a reușit să recepționeze în termenul din contract lucrarea „CL4-Halda de nămol la Stația de Epurare ... beneficiar ... finanțată prin Fondul de Coeziune, Etapa I din cadrul Axei 1 a POS Mediu 2007-2013, ca și această procedură, ceilalți constructori având întârzieri foarte mari.

Pentru toate aceste considerente se reieterează solicitările din contestație.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură de atribuire, prin licitație deschisă on-line, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „CL 18 - Extindere sisteme alimentare cu apă ..., aducțiune apă ... și ... coduri CPV 45000000-7 - Lucrări de construcții (Rev.2), 45231300-8 - Lucrări de construcții de conducte de apă și de canalizare a apelor reziduale la mare distanță (Rev.2), 45232150-8 - Lucrări pentru conducte de alimentare cu apă (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 141401/10.06.2014.

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului este de 16.710.954,37 lei fără TVA.

În termen, au fost depuse în SEAP un număr de 10 oferte, printre care și cea a contestatorului.

Conform raportului procedurii nr. 32573/17.12.2014, a fost declarată câștigătoare a procedurii de atribuire oferta depusă de ..., având prețul de 9.242.253,45 lei fără TVA (fără cheltuieli diverse și neprevăzute), respectiv 9687.067,46 lei fără TVA (incluzând valoarea cheltuielilor diverse și neprevăzute de 444.814,01 lei fără TVA).

Oferta depusă de ... având prețul de 8.876.773,48 lei fără TVA (fără cheltuieli diverse și neprevăzute) a fost declarată neconformă, în temeiul prevederilor art. 79 alin. 1 din H.G. nr. 925/2006, împotriva acestui rezultat fiind formulată prezenta contestație, prin care se aduc critici legate de netemeinicia deciziei autorității contractante, de respingere a ofertei sale, în condițiile în care societatea sa a calculat procentul de cheltuieli diverse și neprevăzute conform prevederilor din documentația de atribuire.

Verificând susținerile contestatorului ... Consiliul are în vedere un prim aspect legat de temeiul de drept invocat de autoritatea contractantă în decizia de respingere a ofertei contestatorului, și anume prevederile art. 79 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006.

Sub acest aspect, fără a intra în analiza temeiniciei și legalității deciziei luată de autoritatea contractantă cu privire la oferta depusă de ... invocarea de către autoritatea contractantă a prevederilor legale citate anterior are legătură cu faptul că, în opinia acesteia, răspunsurile date de ofertantul în cauză la solicitările de clarificări nu au fost concludente, astfel nefiind vorba despre aspecte de neconformitate a ofertei, cum eronat susține contestatorul.

În altă ordine de idei, procedând la verificarea temeiniciei și legalității deciziei luată de autoritatea contractantă cu privire la oferta depusă de ... prin raportare la prevederile documentației de atribuire, Consiliul are în vedere că în documentația de atribuire, fișa de date a achiziției, cap. IV.4.2 „Modul de prezentare a ofertei financiare” din fișa de date a achiziției s-a prevăzut că „Ofertantul va respecta cerințele impuse în documentația de atribuire privind modul de prezentare a propunerii financiare.

Propunerea financiară totală prezentată de fiecare operator economic trebuie să conțină, ca element distinct constitutiv, valoarea rezultată în urma aplicării procentului de diverse și neprevăzute la propunerea financiară (fără diverse și neprevăzute). (Nota 1)”.

De asemenea, se reține că la punctul II.2.1 din fișa de date a achiziției, s-a menționat că stabilirea cuantumului aferent procentului de diverse și neprevăzute, rezultă prin aplicarea procentului de 5% „raportat la valoarea estimată a contractului”, conform Formularului nr. 11 - Oferta.

În soluționare se are în vedere că la secțiunea „Formulare” se regăsește formularul standardizat - Formularul 11, pus la dispoziția ofertanților de către autoritatea contractantă, formular a cărui formă și conținut a fost respectat de către ofertantul ...

Verificând oferta depusă de către ... Consiliul constată că ofertantul contestator a calculat procentul cheltuielilor diverse și neprevăzute cu respectarea prevederilor documentației de atribuire, aplicând procentul de 5% la valoarea de 8.876.773,48 lei ofertată.

Într-adevăr, în documentația de atribuire s-a menționat și legislația aplicabilă, fiind menționat, printre alte acte normative, și HG 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, însă această mențiune nu poate conduce la respingerea unei oferte, în elaborarea căreia s-a respectat inclusiv cerința expresă din fișa de date a achiziției referitoare la modul de calcul al cheltuielilor diverse și neprevăzute.

Cu toate acestea, în condițiile în care se constată că prin documentația de atribuire autoritatea contractantă a stabilit, în mod expres, modul de determinare a acestui procent, dispoziție respectată de către ... devin incidente în cauză dispozițiile art. 170 din O.U.G. nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, care stabilesc în sarcina ofertanților obligația de a elabora oferta “în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire”.

În condițiile în care considera că modul de determinare a acestui procent al cheltuielilor diverse și neprevăzute nu era în concordanță cu dispozițiile legislației specifice, în speță cu dispozițiile HG 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, autoritatea contractantă ar fi trebuit să-și adapteze conținutul documentației de atribuire cu actul normativ invocat anterior.

Or, în lipsa acestei mențiuni exprese, simpla notă din documentația de atribuire nu poate conduce la respingerea unei oferte, în elaborarea căreia s-a respectat inclusiv cerința din fișa de date a achiziției referitoare la modul de calcul al cheltuielilor diverse și neprevăzute, autoritatea contractantă era obligată să evalueze ofertele prin raportare la prevederile documentației de atribuire, în conformitate cu dispozițiile art. 33 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Chiar și în situația în care modalitatea de calcul a cheltuielilor diverse și neprevăzute ar fi diferită dar s-ar respecta procentul impus de autoritate, practica Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor este în sensul obligării autorităților contractante de a

accepta o ofertă, argumentul fiind acela că, în fapt, aceste cheltuieli diverse și neprevăzute reprezintă, conform prevederilor H.G. nr. 28/2008, sume ce acoperă, după caz, cheltuielile rezultate în urma modificărilor de soluții tehnice, cantități suplimentare de lucrări, utilaje sau dotări ce se impun pe parcursul derulării investiției, precum și cheltuielile de conservare pe parcursul întreruperii execuției din cauze independente de autoritatea contractantă, sumele oferite pentru aceste cheltuieli de diverse și neprevăzute rămânând la dispoziția autorității contractante, putând fi utilizate doar în măsura în care acest tip de cheltuială va fi necesară pentru acoperirea lucrărilor suplimentare.

În consecință, Consiliul reține ca întemeiate argumentele aduse de ... referitoare la netemeinicia deciziei autorității contractante în ceea ce privește stabilirea cuantumului aferent procentului de diverse și neprevăzute, în soluționare neputând fi reținute, ca fiind pertinente, susținerile autorității contractante conform cărora ... nu a respectat prevederile HG nr. 28/2008, în condițiile în care, așa cum s-a menționat anterior în motivare, ofertantul contestator a elaborat oferta și a determinat cuantumul aferent procentului de diverse și neprevăzute prin raportare la prevederile documentației de atribuire, urmând a fi reținută în soluționare afirmația contestatorului conform căreia, dacă autoritatea contractantă ar fi apreciat că este necesar un alt mod de calcul, ar fi trebuit să specifice aceasta în mod expres în documentația de atribuire.

Pentru aceste considerente, se impune anularea raportului procedurii nr. 32573/17.12.2014 și a tuturor actelor subsecvente acestuia și obligarea autorității contractante ... ca, în termen de cel mult 10 zile de la data primirii prezentei decizii, să reia procedura de atribuire de la etapa de evaluare a ofertelor, cu luarea în considerare a celor menționate anterior în motivare și cu verificarea cuantumului aferent procentului de diverse și neprevăzute propus de ... în oferta sa prin raportare la prevederile documentației de atribuire.

În ceea ce privește criticile aduse de către ... prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 366/12.01.2015, intitulată „concluzii scrise”, legate de oferta depusă de către ..., Consiliul constată că prin adresa sus-amintită, contestatorul aduce critici noi, critici ce vor fi respinse, ca inadmisibile, neputând fi analizate în condițiile în care practica constantă a Consiliului, menținută de deciziile Curților de Apel, a avut în vedere că, după expirarea termenului de contestare a rezultatului unei proceduri de atribuire, nu pot fi primite motive noi de contestare, acestea constituind, practic, *o nouă motivare în fapt și în drept a contestațiilor*, demers aflat în totală contradicție cu dispozițiile legale în materia achizițiilor publice care obligă persoana

vătămată să sesizeze Consiliul într-un termen anume dat, cu o contestație care trebuie să cuprindă obligatoriu motivarea în fapt și în drept a ei, completarea contestației cu noi critici, în afara termenului legal de contestare a actului vătămător, fiind incompatibilă cu dispozițiile normative în vigoare(a se vedea Decizia nr. 226/CA din 25 iunie 2013, a Curții de Apel Constanța, Decizia civilă nr. 1570 din 24 august 2011, a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, referitoare la completarea contestației cu noi motive în urma studierii dosarului cauzei).

În consecință, pentru toate aceste considerente, în baza artt. 278 alin. (2), (4) și (6) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul admite contestația formulată de către ... în contradictoriu cu ... și anulează raportul procedurii nr. 32573/17.12.2014 și toate actele subsecvente acestuia.

Obligă ... ca, în termen de cel mult 10 zile de la data primirii prezentei decizii, să reia procedura de atribuire de la etapa de evaluare a ofertelor, pentru considerentele anterioare din motivare.

Decizia este obligatorie potrivit dispozițiilor art. 280 alin. 1 și 3 din ordonanța de urgență.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU

...

MEMBRU

...

Redactată în 4 exemplare originale, conține 19 (nouăsprezece) pagini