Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 272/25.05.2017, transmisă, inițial, prin mijloace electronice (e-mail) la data de 26.05.2017, iar, ulterior, în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 20912/26.05.2017, respectiv sub nr. 21178/30.05.2017, SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de ..., a contestat „Clarificarea nr. 57”, publicată în SEAP la data de 10.05.2017, înregistrată sub nr. 24336/10.05.2017, precum și răspunsul autorității contractante nr. 26238/19.05.2017 la notificarea prealabilă, documentele întocmite în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Elaborare Studiu de Fezabilitate, Elaborare Proiect Tehnic și DTAC pentru obiectivul «Alternativa Techirghiol»”, coduri CPV 71322500-6, 71356200-0 și 79314000-8 (Rev.2), inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ... și a solicitat *„obligarea autorității contractante la menținerea prevederilor Caietul de Sarcini, cap. 4.1.3.5 - Activități de proiectare, Evaluarea de impact asupra siguranței rutiere - auditul de siguranță și pe cale de consecinţă, la anularea Clarificării nr. 57 și a oricărei alte clarificări privind auditul de siguranță emisă anterior datei de 10.05.2017”,* precum și *„suspendarea procedurii de atribuire în conformitate cu prevederile art. 22 din Legea nr. 101/2016 (...)”.*

Cererea de suspendare a procedurii de atribuire a fost admisă de către Consiliu, prin Încheierea nr. 290/C5/1776/30.05.2017.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația nr. 272/25.05.2017, transmisă, inițial prin mijloace electronice (e-mail) la data de 26.05.2017, iar ulterior în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 20912/26.05.2017, respectiv sub nr. 21178/30.05.2017, formulată de SC ... SRL, contestatoarea arată că în data de 17.05.2017, a transmis notificare prealabilă autorității contractante, prin care i-a solicitat adoptarea unor măsuri de remediere, în sensul anulării Clarificării nr. 57, pentru a elimina caracterul abuziv și nelegal al prevederilor acesteia și aplicarea corectă a procedurii de atribuire, însă autoritatea contractantă nu a adoptat nicio măsură.

Față de acest aspect, contestatoarea învederează faptul că, autoritatea contractantă, prin Clarificarea nr. 57, a modificat prevederile caietului de sarcini, conform cărora evaluarea de impact asupra siguranței și auditului de siguranță, este în sarcina investitorului, și a solicitat ofertanților să estimeze/să includă în propunerile financiare costurile aferente acestor activități, iar pe cale de consecință să realizeze auditul de siguranță, încălcând prevederile art. 11 alin. (1), art. 12 alin. (1) și art. 13 alin. (1) din Legea nr. 265/2008. Contestatoarea precizează că aceste aspecte se regăsesc chiar și în denumirea Ordinului nr. 673/25.05.2015. De asemenea, contestatoarea invocă și prevederile art. 2 alin. (2) din OG nr. 6/2010.

Autoarea contestației apreciază că din modificările aduse Legii nr. 265/2008, reiese clar că autoritatea contractantă - investitorul, poate mandata proiectantul să îl reprezinte în relația cu Autoritatea Rutieră Română, doar în cazul proiectelor de infrastructură rutieră aflate în derulare în baza unui contract al cărui model se aprobă prin ordinul Ministrului Transportului, model care, până în prezent, nu a fost publicat în Monitorul Oficial al României, ceea ce nu se aplică în speță.

SC ... SRL concluzionează că solicitarea autorității contractante de a se include în propunerile financiare prezentate de către potențialii ofertanți cheltuielile aferente realizării auditului de siguranță, este complet abuzivă și nelegală, și, totodată, încalcă principiile tratamentului egal și al transparenței.

O ultimă mențiune a contestatoarei se referă la faptul că structura propunerilor financiare impusă de către autoritatea contractantă, nu prevede o linie bugetară aferentă auditului de siguranță, ceea ce conduce încă o dată la concluzia că sarcina realizării evaluării de impact asupra siguranței rutiere - auditul de siguranță, este a autorității contractante, așa cum s-a prevăzut în caietul de sarcini.

În probațiune, contestatoarea SC ... SRL a depus, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 21145/1776 C5/29.05.2017, Consiliul a solicitat autorității contractante documentele necesare soluționării contestației formulată de SC ... SRL.

Autoritatea contractantă a transmis, inițial prin mijloace electronice (e-mail) și fax, punctul de vedere nr. 28576/06.06.2017, înregistrat la Consiliu sub nr. 21894/06.06.2017 și respectiv sub nr. 21898/06.06.2017.

Ulterior, autoritatea contractantă, prin adresa de înaintare nr. 28578/06.06.2017, a transmis, în original, punctul de vedere nr.

28576/06.06.2017, împreună cu o copie conformă cu originalul a documentelor necesare soluționării contestației formulată de SC ... SRL, corespondența fiind înregistrată la Consiliu sub nr. 22135/07.06.2017.

În partea introductivă a punctului de vedere, autoritatea contractantă prezintă un istoric al derulării procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă arată că, în data de 06.04.2017, un operator economic a publicat, în SEAP, următoarea solicitare de clarificări: „Având în vedere specificația din Caietul de sarcini: «*Evaluarea de impact asupra siguranței rutiere şi auditul de siguranță se va realiza în conformitate cu prevederile Legii 265/2008, cu completările şi modificările ulterioare şi este în sarcina investitorului*», vă rugăm să confirmați că cheltuielile pentru elaborarea auditului de siguranță rutieră nu vor fi estimate, nici incluse în oferta financiară a Ofertantului, acestea fiind în sarcina investitorului”. Autoritatea contractantă a răspuns prin Clarificarea nr. 57, prin faptul că *„Nu. La elaborarea și prezentarea ofertelor financiare, ofertanții vor ține cont de aceste cheltuieli*”.

Ulterior, după cum precizează autoritatea contractantă, a primit, în data de 17.05.2017, din partea SC ... SRL, notificarea prealabilă nr. 244/16.05.2017, la care a fost formulat răspunsul, prin adresa nr. 24336/10.05.2017, prin care a informat că nu adoptă măsuri de remediere.

În ceea ce privește prezenta contestație, autoritatea contractantă apreciază că față de faza în care se află procedura de atribuire, nu se poate vorbi de un drum existent sau de o documentație tehnică elaborată și aprobată conform prevederilor legale, respectiv Legea nr. 500/2002 privind finanțele publice, astfel încât, investitorul să aibă la dispoziție toate detaliile necesare efectuării auditului privind siguranța circulației, iar angajarea altor cheltuieli bugetare până la aprobarea documentației conform prevederilor legislative menționate, nu este permisă. În consecinţă, elaborarea acestui studiu nu poate fi realizată de investitor, în cazul de față această responsabilitate revenind ofertantului câștigător, auditul privind siguranța circulației urmând a se efectua pentru documentația tehnică ce urmează a fi elaborată de ofertantul câștigător, în baza unei împuterniciri emisă de beneficiar.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

Autoritatea ... a inițiat procedura de atribuire prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Elaborare Studiu de Fezabilitate, Elaborare Proiect Tehnic și DTAC pentru obiectivul «Alternativa Techirghiol»”, coduri CPV 71322500-6, 71356200-0 și 79314000-8 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../22.12.2016, stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor la 31.01.2017, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” și valoarea estimată, fără TVA, de 8.923.751,93 lei.

Ulterior, prin anunțurile de tip erată nr. 99646/26.01.2017, nr. 100364/08.02.2017, nr. 101332/25.02.2017, nr. 102123/15.03.2017, nr. 104978/11.05.2017 și nr. 105471/20.05.2017, publicate în SEAP, autoritatea contractantă a modificat data limită pentru primirea ofertelor

la 15.02.2017, 03.03.2017, 17.03.2017, 30.03.2017, 25.05.2017 și respectiv la 21.06.2017.

Cererea de suspendare a procedurii de atribuire, a fost admisă de către Consiliu, prin Încheierea nr. 290/C5/1776/30.05.2017.

Consiliul constată că în cadrul procedurii de atribuire, au fost formulate contestații de către S.C. ... S.R.L. și S.C. ... S.R.L., asupra cărora Consiliul s-a pronunțat prin Decizia nr. 877/C5/864/1018/24.04.2017, astfel:

„Admite contestația formulată de S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu ..., și anulează, în parte, adresa nr. 12354/07.03.2017, respectiv răspunsul nr. 1 din conținutul acesteia, şi obligă autoritatea contractantă, ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să continue procedura de atribuire.

Respinge, ca nefondată, contestaţia formulată de S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu ...".

În ceea ce privește contestația care formează obiectul prezentului dosar, Consiliul constată respectarea de către contestatoare a dispozițiilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, în sensul că S.C. ... S.R.L. a depus la autoritatea contractantă notificare prealabilă nr. 244/16.05.2017 prin care solicită măsuri de remediere în sensul anulării Clarificării nr. 57 *„precum și orice altă clarificare privind auditul de siguranță emisă anterior datei de 10.05.2017".*

Cu adresa nr. 26238/19.05.2017, autoritatea contractantă a răspuns notificării prealabile comunicând contestatoarei faptul că *„În urma verificării temeiniciei și legalității celor solicitate în Notificarea prealabilă, Autoritatea contractantă a hotărât să nu adopte măsuri de remediere a pretinsei încălcări a prevederilor legii speciale a achizițiilor publice".*

Analizând contestația, Consiliul constată că este criticată Clarificarea nr. 57 postată în SEAP de către autoritatea contractantă în data de 10.05.2017, a cărei anulare se solicită, solicitând în același timp și anularea *„oricărei alte clarificări privind auditul de siguranță emisă anterior datei de 10.05.2017"* și menținerea prevederilor caietul de sarcini Cap. 4.1.3.5. – Activități de proiectare, Evaluarea de impact asupra siguranței rutiere – auditul de siguranța.

Contestatoarea critică faptul că prin Clarificarea nr. 57, autoritatea contractantă modifică prevederile caietului de sarcini, potrivit cărora evaluarea de impact asupra siguranței și auditului de siguranță este în sarcina investitorului și solicită ofertanților să estimeze/să includă în propunerile financiare costurile aferente acestor activități cu încălcarea dispozițiilor art. 11 alin. (1), art. 12 alin. (1) și art. 13 alin. (1) din Legea nr. 265/2008 privind gestionarea siguranței circulației pe infrastructură rutieră, cu modificările și completările ulterioare.

Contestatorul susține că din modificările aduse Legii nr. 265/2008 rezultă că autoritatea contractantă (investitorul) poate mandata proiectantul să îl reprezinte în relația cu Autoritatea Rutieră Română doar în cazul proiectelor de infrastructură rutieră aflate în derulare, în baza unui contract a cărui model nu a fost încă publicat în Monitorul Oficial.

Este criticat, astfel, faptul că solicitarea autorității contractante de a se include cheltuielilor aferente realizării auditului de siguranță în valoarea propunerilor financiare prezentate de către potențialii ofertanți, este complet abuzivă și nelegală, și totodată, încalcă principiile care stau la baza contractelor de achiziție publică, respectiv tratamentul egal și transparența.

Printr-un ultim aspect invocat în susținerea criticilor, contestatoarea arată că în structura propunerilor financiare impuse de către autoritatea contractantă nu se prevede o linie bugetară aferentă auditului de siguranță, situație care conduce, în opinia sa, la concluzia că sarcina realizării evaluării de impact asupra siguranței rutiere – auditul de siguranță – este a autorității contractante, așa cum s-a prevăzut în caietul de sarcini.

Analizând contestația, Consiliul constată este criticat un singur aspect, în susținerea căruia contestatoarea invocă două argumente, respectiv încălcarea dispozițiilor Legii nr. 265/2008 și lipsa în propunerea financiară a cheltuielilor aferente realizării auditului de siguranță.

În caietul de sarcini autoritatea contractantă a stabilit următoarele prevederi referitoare la aspectul criticat:

„4.1.3.5. ACTIVITĂȚI DE PROIECTARE

(...)

Evaluarea de impact asupra siguranței rutiere – auditul de siguranță rutieră. Risc neobținerea avizului.

Evaluarea de impact asupra siguranței rutiere și auditul de siguranță rutieră se va realiza în conformitate cu prevederile Legii 265/2008, cu completările și modificările ulterioare și este în sarcina Investitorului.

Prestatorul va asigura asistența de specialitate investitorului (va furniza documente solicitate de către auditor) în vederea realizării evaluării de impact asupra siguranței rutiere și a auditului de siguranță rutieră, având în vedere că acestea se realizează după finalizarea Studiului de fezabilitate și sunt părți componente ale acestuia.

Evaluarea de impact asupra siguranței rutiere este parte integrantă a studiului de fezabilitate al unui proiect de infrastructură rutieră, care se construiește sau se modifică substanțial, se realizează potrivit prevederilor Legii 265/2008, privind auditul de siguranță rutieră, cu completările și modificările ulterioare.

Evaluarea de impact asupra siguranței rutiere presupune o analiză comparativă a impactului asupra gradului de siguranță a rețelei rutiere în cazul unui proiect al unei noi căi rutiere.

Auditul de siguranță rutieră presupune o verificare detaliată, tehnică și sistematică, independentă, din punctul de vedere al siguranței, a caracteristicilor de proiectare proprii unui proiect de infrastructură rutieră în toate etapele, de la planificare până la începutul exploatării.

Evaluarea de impact asupra siguranței rutiere și auditului de siguranță rutieră se realizează de un auditor sau de o echipă de auditori, după caz, în funcție de complexitate lucrării”.

Din Clarificarea nr. 57 (înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 24336/10.05.2017) rezultă că un operator economic a formulat

următoarea întrebare: *„Având în vedere specificația din Caietul de sarcini: «Evaluarea de impact asupra siguranței rutiere și auditul de siguranță se va realiza în conformitate cu prevederile Legii 265/2008, cu completările și modificările ulterioare și este în sarcina investitorului», vă rugăm să confirmați că cheltuielile pentru elaborarea auditului de siguranță rutieră nu vor fi estimate, nici incluse în oferta financiară a Ofertantului, acestea fiind în sarcina Investitorului”*, răspunsul autorității contractante fiind *„Nu. La elaborarea și prezentarea ofertelor financiare, ofertanții vor ține cont de aceste cheltuieli”.*

Însă, Consiliul constată că un răspuns similar celui de mai sus, a oferit autoritatea contractantă prin Clarificarea nr. 19, postată în SEAP în data de **01.02.2017**, cu adresa nr. 5643/01.02.2017, prin care a clarificat chiar aspectul criticat prin prezenta contestație.

Astfel, din Clarificarea nr. 19 rezultă că la următoarea întrebare adresată de un operator economic interesat *„**Întrebare nr. 26**: Referitor la prevederile Caietului de sarcini, dorim să menționăm că a fost identificată activitatea privind realizarea auditului de siguranță rutieră. Vă rugăm să clarificați cine va plăti auditul de siguranță rutieră”* a fost formulat următorul *„**Răspuns 26**: Ofertanții vor ține cont de aceste cheltuieli la elaborarea și prezentarea ofertei financiare”.*

Astfel, încă din data de 01.02.2017, ca urmare a publicării în SEAP a Clarificării nr. 19, contestatoarea a cunoscut faptul că autoritatea contractantă a precizat în mod explicit faptul că în cadrul propunerii financiare ofertanții trebuie să țină cont de cheltuielile pentru elaborarea auditului de siguranță rutieră ocazie cu care trebuia să formuleze critici cu privire la acestea, așa cum a procedat în cazul Clarificării nr. 57, ce face obiectul prezentei cauze, când autoritatea contractantă, pentru a doua oară, a clarificat (a comunicat în SEAP) acest aspect.

În acest context, Consiliul constată că autoarea contestaţiei cunoştea aspectele reclamate referitoare la obligația impusă de către autoritatea contractantă în sarcina ofertanților de a oferta inclusiv pentru *„Evaluarea de impact asupra siguranței rutiere – auditul de siguranță rutieră”* încă din data de 01.02.2017 (data publicării în SEAP a Clarificării nr. 19) şi trebuia să manifeste o minimă diligenţă şi să atace în termenul legal clarificarea intervenită dacă considera, după cum susține prin prezenta contestație, că prin acestea au fost încălcate prevederile Legii nr. 265/2008 cât și faptul că pentru această activitate *„structura ofertelor financiare (...) nu prevede o linie bugetară”*, neputând fi reţinut niciun motiv legal pentru depăşirea termenelor impuse de legislația în vigoare la art. 6 și 8 din Legea nr. 101/2016. Altfel, aceste termene legale ar ajunge să fie lipsite de orice fel de efect şi, în acest fel, deturnat textul legii, dacă, sub acoperirea unei noi adrese de solicitare de clarificări și răspunsul la aceasta (Clarificarea nr. 57/10.05.2017), operatorul economic ar putea să conteste ulterior clarificării anterioare, respectiv Clarificarea nr. 19/01.02.2017, invocând curgerea termenului de la publicarea celei de-a doua clarificări, respectiv Clarificarea nr. 57/10.05.2017 care conține un răspuns similar celui din Clarificarea 19 *(„Ofertanții vor ține cont de aceste cheltuieli la elaborarea și prezentarea ofertei financiare”).*

În consecinţă, Consiliul constată că răspunsul autorității contractante din cadrul Clarificării nr. 57, prin conţinutul său, nu constituie un document de natură să repună contestatoarea în termenul de a informații despre care a luat cunoștință prin Clarificarea nr. 19 din 01.02.2017.

Publicarea în SEAP de către autoritatea contractantă a unei noi clarificări cu același conținut (Clarificarea nr. 57 postată în SEAP în data de 01.02.2017) nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestaţiei împotriva clarificării anterioare (Clarificarea nr. 19 postată în SEAP în data de 10.05.2017) sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta. Dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări duce la prelungirea termenului de atac al unui răspuns anterior la o solicitare de clarificări adresată de un operator economic interesat, s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiuitor.

Astfel, Consiliul constată că în actualul stadiu al procedurii de atribuire, criticarea informațiilor cuprinse în cadrul Clarificării nr. 57 postată în SEAP în data de 10.05.2017 și anume răspunsul *„La elaborarea și prezentarea ofertelor financiare, ofertanții vor ține cont de aceste cheltuieli”* apare ca tardivă în condițiile în care informații similare cu privire la cheltuielile pentru elaborarea auditului de siguranță rutieră au fost publicate de către autoritatea contractantă în SEAP prin Clarificarea nr. 19/01.02.2017 și anume *„Ofertanții vor ține cont de aceste cheltuieli la elaborarea și prezentarea ofertei financiare”* .

În acest context, Consiliul constată că, deşi din punct de vedere formal autoarea contestaţiei a atacat răspunsul autorității contractante din cadrul clarificării nr. 57, în condițiile în care același răspuns a fost publicat în SEAP în data de 01.02.2017, (Clarificarea nr. 19, răspunsul nr. 26) în realitate urmăreşte modificarea acesteia din urmă și menținerea prevederilor din caietului de sarcini, punctul 4.1.3.5 „Evaluarea de impact asupra siguranței rutiere – auditul de siguranță rutieră. Risc neobținerea avizului”, demers pe care trebuia, însă, să îl facă în termenul legal de notificare și contestare față de data de 01.02.2017, data publicării acestuia în SEAP.

Prin urmare, așa cum s-a reținut și anterior, în situația în care autoarea contestației aprecia că la întocmirea răspunsului nr. 26 din Clarificarea 19 autoritatea contractantă a încălcat prevederile din Legea nr. 265/2008 și nu a prevăzut în formularele de propunere financiară rubrică pentru cheltuielile aferente auditului de siguranță rutieră, trebuia să respecte termenele stipulate la art. 6 și 8 din Legea nr. 101/2016, care se calculau luând ca moment de referință inițial data publicării în SEAP a Clarificării nr. 19, respectiv 01.02.2017.

Astfel, 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 ... SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Pentru aceste motive,

în baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

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

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

PREŞEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**

...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 8 (opt) pagini.