CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleus 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. 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, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., înmatriculată în Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată convențional prin ...., împotriva documentației de atribuire, elaborată de către ..... SA, cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Proiectare și execuție autostrada Sibiu-Pitești, Secțiunea 1 Sibiu – Boita, km. 0+000 - km. 14+150 – Lot 1 km. 0+000 – km. 13+170”, cod CPV 45233100-0, 45221111-3, 71322500-6, s-a solicitat: „eliminarea din întreaga documentație de atribuire a cerinței evidențierii de către ofertanți de către ofertanți, în mod distinct, a sumelor alocate fiecărei categorii de cheltuieli în lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare a proiectelor; obligarea autorității contractante să evidențieze în mod distinct sumele alocate fiecărei categorii de cheltuieli, categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare a proiectelor; prelungirea termenului de depunere a ofertelor, cu cel puțin 30 de zile.”

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, împotriva documentației de atribuire, elaborată de către ..... SA, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Proiectare și execuție autostrada Sibiu-Pitești, Secțiunea 1 Sibiu – Boita, km. 0+000 - km. 14+150 – Lot 1

km. 0+000 – km. 13+170”, cod CPV 45233100-0, 45221111-3, 71322500-6, s-a solicitat: „eliminarea din întreaga documentație de atribuire a cerinței evidențierii de către ofertanți de către ofertanți, în mod distinct, a sumelor alocate fiecărei categorii de cheltuieli în lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare a proiectelor; obligarea autorității contractante să evidențieze în mod distinct sumele alocate fiecărei categorii de cheltuieli, categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare a proiectelor; prelungirea termenului de depunere a ofertelor, cu cel puțin 30 de zile.”

Contestatorul precizează că a formulat notificarea prealabilă înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 74629/02.10....., aceasta răspunzând prin adresa nr. 74629/02.10....., menționând că va adopta măsuri de remediere doar parțial cu privire la documentația de atribuire.

În fapt, contestatorul arată că la data de 22.09....., autoritatea contractantă a publicat în SEAP clarificarea nr. 5 la documentația de atribuire; prin răspunsul nr. 19, conținut în clarificarea nr. 5, s-a stabilit că: „(...) autoritatea contractantă nu a inclus în cadrul contractului sume provizionate asupra cărora să se aplice procentul de ajustare de 5% prevăzut în Anexa la oferta, ci rezerve de implementare în conformitate cu OUG nr. 83/2016, pentru care nu se va aplica nici o ajustare de preț, așa cum rezultă din metodologia de utilizare a acestora – Anexa I la Acordul contractual, respectiv „nu se va aplica indexarea / actualizarea / ajustarea prețurilor pentru corelarea informațiilor , în Graficul de Plăți și în Graficul de Prețuri, linia „Suma provizionată – rezerve de implementare conform OUG nr. 83/2016”, se revizuiește și va avea următorul conținut: „rezervele de implementare conform OUG n. 83/2016”. A se vedea Graficul de plăți și Graficul de prețuri revizuite în Anexa I la prezenta clarificare”. Or, contestatorul arată că, la data de 07.09....., autoritatea contractantă a publicat în SEAP clarificarea I la documentația de atribuire, potrivit căreia: „În virtutea art XI. alin. (3) din OUG nr. 83/2016, privind unele măsuri de eficientizare a implementării proiectelor de infrastructură de transport, unele măsuri în domeniul transporturilor, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative, autoritatea contractantă publică, în cadrul Anexei I la Acordul Contractual, Metodologia de utilizare a rezervelor de implementare prevăzute în Graficul de plăți aferent prezentului contract. A se vedea în acest sens Anexa I la prezenta. În consecință, Graficul de plăți se completează cu Anexa „Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare”, care va fi completată în mod obligatoriu de ofertanți și va fi inclusă în propunerea financiară a acestora. A se vedea în acest sens Anexa 2 la prezenta”.

În opinia contestatorului, în forma actuală, documentația de atribuire impune obligația ofertanților de a evidenția distinct sumele

alocate fiecărei categorii de cheltuieli în lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare a proiectelor. Contestatorul consideră că obligarea ofertanților să evidențieze distinct sumele alocate fiecărei categorii de cheltuieli în lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare a proiectelor este nelegală, contravenind dispozițiilor imperative ale art. XI alin. (2) și alin. (4) din OUG nr. 83/2016.

În consecință, contestatorul solicită eliminarea din întreaga documentație de atribuire a cerinței evidențierii de către ofertanți în mod distinct a sumelor alocate fiecărei categorii de cheltuieli în lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare a proiectelor, și obligarea autorității contractante să evidențieze ea însăși, în mod distinct sumele alocate fiecărei categorii de cheltuieli în lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare a proiectelor, în conformitate cu prevederile art. XI alin. (2) și alin. (4) din OUG nr. 83/2016.

De asemenea, contestatorul solicită prelungirea termenului de depunere a ofertelor, invocând în acest sens, prevederile art. 152 alin. (1) din legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. 79835/18.10....., înregistrată la CNSC sub nr. 43918/18.10....., autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice.

Ulterior, prin adresa nr. 81153/....., înregistrată la CNSC sub nr. 44305/....., autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, precizând următoarele aspecte:

- la momentul publicării Clarificării nr. 1, nu s-a modificat informația existentă încă de la momentul publicării documentației de atribuire;
- astfel, atât în documentația de atribuire publicată inițial, cât și urmare publicării clarificării nr. 1, suma aferentă rezervelor de implementare nu a fost modificată, operatorii economici luând la cunoștință de existența acestor sume încă de la data publicării anunțului de participare, respectiv .....;
- raportat la momentul publicării Clarificării nr. 1, cuprinzând anexele Metodologia de utilizare a rezervelor de implementare prevăzute în Graficul de Plați aferent prezentului contract și Graficul de Plăți - Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare, respectiv 09.10....., atât Notificarea Prealabilă (02.10.....), cât și implicit contestația (.....) formulate de SC ..... SRL sunt în mod evident tardive, motiv pentru care, solicită Consiliului respingerea ca inadmisibilă a contestației (tardiv introdusă), invocând în acest sens, prevederile art. 6 alin. (1), lit. a), alin. (10), art. 8, alin. (1), lit. a) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016;
- SC ..... SRL solicită prin contestație modificarea unor prevederi ale documentației de atribuire, detaliate în cadrul Clarificării nr. 1, deși nu a formulat notificare prealabilă în termenul legal de 10 zile de la publicarea

în SEAP a documentației de atribuire sau a Clarificării nr. 1, consolidându-se astfel forța obligatorie a documentației de atribuire și a clarificării nr. 1, atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 44835/24.10....., autoritatea contractantă transmite dovada primirii de către SC ..... SRL a punctului de vedere.

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

..... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: „Proiectare și execuție autostrada Sibiu-Pitești, Secțiunea 1 Sibiu – Boita, km. 0+000 - km. 14+150 – Lot 1 km. 0+000 – km. 13+170", cod CPV 45233100-0, 45221111-3, 71322500-6. Documentația de atribuire a fost postată pe SEAP în anexa anunțului de participare nr. ..... la data de .....

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepției invocată de către autoritatea contractantă în punctul de vedere cu privire la contestație.

În opinia autorității contractante, excepția invocată este justificată prin faptul că „în forma actuală, documentația de atribuire impune obligația ofertanților de a evidenția distinct sumele alocate fiecărei categorii de cheltuieli în lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare a proiectelor însă această obligație nu a intervenit odată cu publicarea clarificării nr. 5 la documentația de atribuire ci încă de la momentul publicării în SEAP a clarificării nr. 1 (07.09.....). Prin urmare, formularea unei notificări prealabile și ulterior a unei contestații cu privire la răspunsul nr. 19 din clarificarea nr. 5 este (...) tardivă prin prisma faptului că, în situația în care contestatorul era nemulțumit de obligația instaurată prin clarificarea nr. 1 la documentația de atribuire, acesta putea formula notificare prealabilă/ contestație față de această clarificare cu respectarea termenelor prevăzute de Legea nr. 101/2016, și nu la distanță de peste 1 lună de la publicarea Rezervelor de Implementare".

Din contestația formulată de SC ..... SRL, Consiliul va reține că acest operator economic critică cerința autorității contractante privind obligația ofertanților de a evidenția în ofertele depuse, distinct, sumele alocate fiecărei categorii de cheltuieli în lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare a proiectelor.

Din verificarea SEAP, Consiliul va reține că, ulterior publicării anunțului de participare prin care a fost inițiată prezenta procedură, autoritatea contractantă a publicat în data de 07.09....., în SEAP, sub identificatorul „[CN176985/093] Clarificarea nr. 1.rar.p7s", documentul „clarificarea nr. 1 la documentația de atribuire" în care a precizat

următoarele: „(...) În virtutea art. XI. alin. (3) din OUG nr. 83/2016, privind unele măsuri de eficientizare a implementării proiectelor de infrastructură de transport, unele măsuri în domeniul transporturilor, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative, autoritatea contractantă publică, în cadrul Anexei I la Acordul Contractual, Metodologia de utilizare a rezervelor de implementare prevăzute în Graficul de plăți aferent prezentului contract. A se vedea în acest sens Anexa I la prezenta. În consecință, Graficul de plăți se completează cu Anexa „Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare", care va fi completată în mod obligatoriu de ofertanți și va fi inclusă în propunerea financiară a acestora. A se vedea în acest sens Anexa 2 la prezenta".

În arhiva de mai sus, *„[CN176985/093] Clarificarea nr. 1.rar.p7s"* se regăsesc înscrisurile *„anexa 1 la acordul contractual metodologia de utilizare a rezervelor de implementare*" și *„anexa 2 - anexa la graficul de plati.docx*".

Ulterior, în data de 22.09....., autoritatea contractantă a răspuns la solicitarea de clarificare formulată de un operator economic, astfel:

„Întrebare 19: Vă solicităm să ne confirmați faptul că dacă modificările impuse prin Acordul de Mediu final vor conduce la costuri suplimentare pentru Antreprenor, acestea vor fi suportate din capitolul „rezerve de implementare", sumă ce este provizionată în cuprinsul Graficului de Plăți/Graficului de Preturi.

Răspuns 19: Vă rugăm să aveți în vedere că autoritatea contractantă nu a inclus în cadrul contractului sume provizionate asupra cărora să se aplice procentul de ajustare de 5% prevăzut în Anexa la Oferta, ci Rezerve de implementare în conformitate cu OUG 83/2016, pentru care nu se va aplica nicio ajustare de preț, așa cum rezultă din Metodologia de utilizare a acestora - Anexa 1 la Acordul Contractual, respectiv „Nu se va aplica indexarea/ actualizarea/ ajustarea preturilor pentru categoriile de lucrări/servicii finanțate din rezervele de implementare." Astfel, pentru corelarea informațiilor, în Graficul de Plăti și în Graficul de Prețuri, linia „Suma provizionată - Rezerve de implementare conform OUG 83/2016" se revizuiește și va avea următorul conținut: „Rezerve de implementare conform OUG 83/2016". A se vedea Graficul de plăți și Graficul de Prețuri revizuite în Anexa 1 la prezenta clarificare. Precizăm că utilizarea rezervelor de implementare se va realiza doar în condițiile prevăzute în Metodologia de utilizare a acestora - Anexa 1 la Acordul Contractual. Astfel, în situația descrisă de dvs., se vor analiza circumstanțele care au condus la apariția unor eventuale costuri suplimentare, acestea urmând a fi tratate prin prisma clauzelor contractuale privind utilizarea rezervelor de implementare sau, după caz, privind modificarea contractului. Reiterăm faptul că orice modificare a contractului se va realiza cu respectarea prevederilor art.

221 din Legea nr. 98/2016 și a prevederilor capitolului 13 [Modificări și Actualizări] din Condițiile Generale de Contract, așa cum acestea sunt completate și modificate prin Condițiile Speciale ale Contractului și prin Acordul Contractual. Reiterăm faptul că modificarea contractului de achiziție publică nu trebuie să conducă în niciun caz la alterarea rezultatului procedurii de atribuire, prin anularea sau diminuarea avantajului competitiv pe baza căruia Antreprenorul a fost declarat câștigător în urma finalizării procedurii de atribuire. De asemenea, subliniem că modificările substanțiale așa cum sunt acestea definite la art. 221 alin. (7) din Legea nr. 98/2016 se realizează prin organizarea unei noi proceduri de atribuire, în conformitate cu dispozițiile Legii nr. 98/2016. În situația nerespectării acestor prevederi, Beneficiarul are dreptul de a denunța unilateral contractul de achiziție publică inițial". Clarificarea a fost publicată în SEAP, la data de 22.09..... sub identificatorul: „Clarificarea nr. 5 ([CN176985/097] Clarificarea nr. 5.rar.p7s)".

Ca aspect preliminar, Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință despre obligația de a evidenția în ofertă sumele alocate fiecărei categorii de cheltuieli în lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare a proiectelor la momentul publicării Clarificării nr. 1, respectiv la data de 07.09.....

Potrivit prevederilor Legii nr. 101/2016, pentru formularea unei contestații împotriva unui act al autorității contractante emis cu privire la o procedură de atribuire, legiuitorul a stabilit îndeplinirea unor condiții de admisibilitate a contestației.

Din redactarea prevederilor art. 6 alin. (1) și (10) din Legea nr. 101/2016 rezultă că procedura prealabilă în fața autorității contractante, respectiv notificarea acesteia reprezintă o condiție de admisibilitate a depunerii contestației la Consiliu, contestatorul fiind ținut ca, anterior promovării unei contestații pe cale administrativ-jurisdicțională în fața CNSC, să solicite autorității publice emitente a actului contestat, în termen de 5 sau 10 zile de la data luării la cunoștință a acestuia, remedierea în tot sau în parte a acestuia.

În aceste condiții, Consiliul va verifica cu precădere îndeplinirea condiției prevăzute de dispozițiile legale antemenționate deoarece, dacă nu sunt îndeplinite condițiile de admisibilitate, de notificare prealabilă a autorității contractante în termenul legal și de așteptare a răspunsului la acesta, transmis de către autoritatea contractantă, Consiliul va respinge contestația pe calea excepției, fără să cerceteze pe fond motivele acesteia.

Prin urmare, notificarea prealabilă a autorității contractante într-un anumit termen constituie o condiție de admisibilitate pentru sesizarea Consiliului, dovada depunerii acesteia la autoritatea contractantă trebuind să fie atașată la contestație împreună cu copia răspunsului autorității contractante, dacă acesta există.

În cazul în care Consiliul învestit cu o contestație, constată neîndeplinirea obligației stabilită în sarcina sa, de a notifica prealabil autoritatea contractantă în termenul legal, va respinge contestația ca inadmisibilă potrivit art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Având în vedere faptul că SC ..... SRL a investit Consiliul cu soluționarea contestației înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., notificarea autorității contractante fiind formulată la data de 02.10..... prin care solicită eliminarea cerinței evidențierii de către ofertanți în mod distinct a sumelor alocate fiecărei categorii de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare a proiectelor și evidențierea de către autoritatea contractantă a acestora, cerință care a fost publicată în SEAP la data de 07.09....., Consiliul constată că acesta nu a respectat termenul legal de formulare a notificării prealabile care privește conținutul documentației de atribuire, termen care începe să curgă de la data publicării acestora în SEAP.

Având în vedere data depunerii contestației, respectiv data de ....., Consiliul reține că în speță sunt incidente următoarele:

- principiul de drept *„nemo ignorare legem censetur*" potrivit căruia nimeni nu se poate apăra invocând necunoașterea legii;

- 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 legii nu s-a prevăzut nicio normă derogatorie de la obligația notificării prealabile a autorității contractante.

Față de aceste aspecte, se constată că, în speță, notificarea prealabilă a autorității contractante a fost transmisă de către contestator, fără a fi respectat termenul legal reglementat de art. 6 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 coroborat cu prevederile art. 5 alin. (1) din același act normativ.

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.

Operatorul economic cunoștea aspectele reclamate încă de la data publicării modificărilor la documentația de atribuire prin clarificarea nr. 1 – 07.09..... și trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal cerințele în discuție, dacă dorea completarea / modificarea/ înlăturarea lor. Altfel, acest termen legal ar ajunge să fie golit de orice fel de efect și, în acest fel, deturnat textul legii, dacă sub acoperirea unei solicitări de clarificări formulată de operatorul economic, acesta ar putea să notifice (după 25 zile de la luarea la cunoștință a modificării documentației de atribuire) și ulterior să conteste faptul că documentația de atribuire este incompletă/restrictivă/nelegală, invocând curgerea termenului de la răspunsul primit la clarificare.

Raportarea contestatorului la răspunsul nr. 19 la clarificarea nr. 5, postată în SEAP la data de 22.09....., nu are ca efect prelungirea perioadei legale de notificare a autorității contractante cu privire la clarificarea nr. 1 publicată în data de 07.09..... sau decalarea datei de la care începe să curgă perioada legală de notificare, prin această clarificare autoritatea contractantă nu a modificat cerința privind obligația ofertanților de a evidenția în ofertă sumele alocate fiecărei categorii de cheltuieli în lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare a proiectelor, ci doar a reformulat linia „Suma provizionată - Rezerve de implementare conform OUG 83/2016" astfel: „Rezerve de implementare conform OUG 83/2016".

Legiuitorul nu dispune în mod expres faptul că o solicitare de clarificări în temeiul art. 160 din Legea nr. 98/2016, întrerupe termenul de depunere a notificării prealabile, potrivit principiului de drept principiul *„ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*".

Față de aceste aspecte, rezultă faptul că CNSC nu poate lua în considerare un alt termen de la care să curgă dreptul persoanei care se consideră vătămată de a notifica prealabil autoritatea contractantă cu privire la clarificarea nr. 1 din 07.09....., cum ar fi spre exemplu data răspunsului la solicitările de clarificări prin care nu au fost aduse modificări documentației de atribuire, deoarece legiuitorul nu dispune în mod expres că solicitările de clarificări cu privire la documentația de atribuire întrerup și nici nu suspendă termenul de depunere a notificării prealabile privind conținutul documentației. Astfel raportarea la un răspuns al autorității contractante la clarificări ulterioare, nu poate conduce la o repunere în dreptul de a formula notificare prealabilă cu privire la clarificarea nr. 1.

Având în vedere prevederile art. 6 din Legea nr. 101/2016 raportat la art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, prin raportarea la răspunsul la clarificări din data de 22.09..... prin care nu s-a modificat obligația ofertanților de a evidenția în ofertă sumele alocate fiecărei categorii de cheltuieli în lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare a proiectelor, nu se poate „masca" o repunere în termen pentru formularea unei notificări prealabile și ulterior a unei contestații cu privire la clarificarea din 07.09..... prin care s-a instituit obligația ofertanților de a evidenția în ofertă sumele alocate fiecărei categorii de cheltuieli în lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare a proiectelor.

Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări duce la prelungirea termenului de atac al actului contestat, s-ar ajunge la eludarea termenului de notificare și ulterior de contestare impus de legiuitor.

Așadar, raportat la normele art. 6 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, este incidentă tardivitatea notificării prealabile a autorității contractante cu privire la clarificarea nr. 1 din 07.09.....

De bună seamă că autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa sau favoriza participarea anumitor operatori economici la procedura de atribuire prin intermediul cerințelor impuse sau prin punerea la dispoziție a unor informații incomplete, însă, dacă existau obiecțiuni de nelegalitate în privința respectivei clarificări la documentația de atribuire, operatorul economic trebuia să efectueze demersurile premergătoare contestării înainte de expirarea termenelor legale, iar nu să aștepte împlinirea lor.

Având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) și (6) coroborat cu art. 6 alin. (1) și alin. (10) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca inadmisibilă contestația depusă de SC ..... SRL, fără a mai proceda la analiza pe fond a cauzei.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca inadmisibilă contestația depusă de SC ..... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..... SA.

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 9 (nouă) pagini.