În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr....
Data:...

Prin contestația nr...., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr...., depusă de... - în insolvență, cu se**d**iul în..., cartier Băile 1 Mai nr....,..., înmatriculată la... sub nr...., CUI..., reprezentată prin administrator judiciar..., prin administrator special... - Ioan, privind procedura simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect Proiectare și Execuție lucrări în cadrul obiectivului de investiții "..." care stabileşte obligativitatea vizitării amplasamentului şi a *prezentării în cadrul propunerilor tehnice a procesului-verbal de vizitare amplasament, ca act nelegal emis cu încălcarea principiilor care guvernează achiziţiile* publice; obligarea autorităţii contractante la adoptarea măsurilor de remediere, prin: modificarea documentaţiei de atribuire în sensul eliminării obligativităţii vizitării amplasamentului ca şi condiţie de confomitate a ofertei statuată în urma comunicării adresei nr..... - răspuns consolidat la solicitările de clarificări și la publicarea unei erate în SEAP; obligarea autorităţii contractante la prelungirea..., astfel încât operatorii economici să beneficieze de un termen rezonabil pentru elaborarea ofertelor în condiţii de legalitate şi transparenţă; suspendarea procedurii de atribuire, în temeiul art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, până la soluţionarea contestaţiei; în subsidiar, în măsura în care Consiliul va aprecia că măsurile de remediere solicitate la punctele 3 şi 4 nu sunt apte să restabilească caracterul legal şi concurenţial al procedurii de atribuire, anularea procedurii de atribuire şi reluarea acesteia cu respectarea dispoziţiilor legale.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care... critică răspunsul consolidat la clarificări din data de..., solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea arată că, în cadrul documentaţiei de atribuire publicate iniţial, autoritatea contractantă a prevăzut, în documentul „Instrucţiuni pentru ofertanţi", în mod expres, faptul că vizitarea amplasamentului este facultativă, operatorii economici interesaţi având posibilitatea de a transmite o solicitare în acest sens, fără ca această etapă să fie impusă ca o condiție obligatorie pentru participarea la procedură.

Ulterior, prin adresa nr..... reprezentând răspunsul consolidat la solicitările de clarificări, autoritatea contractantă a revenit asupra acestei chestiuni, calificând în mod explicit vizitarea amplasamentului ca fiind obligatorie şi instituind reguli procedurale suplimentare. Astfel, s-a stabilit că operatorii economici aveau obligaţia de a transmite solicitarea de participare la vizitarea amplasamentului cu 12 zile înainte de termenul limită de depunere a ofertelor, că accesul la vizită este permis exclusiv operatorilor economici care au respectat acest termen şi că vizita urma să fie organizată la o dată stabilită de autoritatea contractantă, ulterior fiind întocmit un proces-verbal care urma să fie inclus în propunerea tehnică.

În aplicarea acestor prevederi, autoritatea contractantă a stabilit efectuarea vizitei în data de..., respectiv cu doar 4 zile înainte de termenul limită de depunere a ofertelor.

Or, raportat la termenul limită de depunere a ofertelor... - rezultă că termenul de 12 zile anterior pentru formularea solicitării de participare la vizitare expira aproximativ în..., aşadar anterior emiterii răspunsului consolidat din data de....

În aceste condiţii, operatorii economici care au acţionat cu bună-credinţă şi s-au raportat la prevederile iniţiale ale documentaţiei de atribuire, care calificau vizitarea amplasamentului ca fiind facultativă, s-au aflat în imposibilitatea obiectivă de a respecta cerinţa ulterior calificată ca fiind obligatorie, neavând posibilitatea reală de a formula solicitarea în termenul impus de autoritatea contractantă (12 zile înainte de dala limită de depunere a ofertelor).

Prezintă motivarea în susținerea interesului formulării contestației.

De asemenea, susține că a formulat în termenul legal prevăzut de Legea nr. 101/2016 contestația, fiind îndreptată împotriva adresei nr..... - răspuns consolidat la solicitările de clarificări, act administrativ emis ulterior publicării documentaţiei de atribuire şi care produce efecte juridice distincte în cadrul procedurii.

În acest sens, subliniază că obiectul contestaţiei nu îl reprezintă în mod exclusiv prevederile iniţiale ale documentaţiei de atribuire, ci în mod esenţial modul în care autoritatea contractantă a înţeles să le interpreteze, să le completeze şi, în fapt, să le modifice prin răspunsul consolidat la solicitările de clarificări din data de....

Or, potrivit practicii constante a Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, precum şi a principiilor care guvernează materia

achiziţiilor publice, răspunsurile la solicitările de clarificări constituie acte administrative distincte, susceptibile de a fi contestate în măsura în care acestea aduc modificări substanţiale documentaţiei de atribuire sau instituie obligaţii noi în sarcina operatorilor cconomici.

În speţă, prin adresa nr....., autoritatea contractantă nu s-a limitat la a clarifica prevederi existente, ci a procedat la modificarea efectivă a regimului juridic al cerinţei privind vizitarea amplasamentului, transformând o ecrinţă iniţială facultativă într-una explicit obligatorie şi instituind, totodată, condiţii suplimentare de participare, respectiv: obligativitatea transmiterii unei solicitări de participare la vizitare cu 12 zile înainte de termenul limită de depunere a ofertelor; limitarea accesului la vizitarea amplasamentului exclusiv la operatorii economici care au respectat acest termen; condiţionarea conformităţii ofertei de existenţa procesului-verbal de vizitare.

Mai mult, aceste noi condiţii au fost comunicate operatorilor economici la data de..., într-un moment în care termenul stabilit chiar de autoritatea contractantă pentru formularea solicitării de participare la vizitare (respectiv 12 zile înainte de data limită de depunere a ofertelor) era deja depăşit, ceea ce confirmă caracterul profund viciat al modificării operate.

În consecinţă, apreciază că dreptul său de a formula contestaţie s-a născut la data luării la cunoştinţă a acestui act, respectiv..., moment de la care începe să curgă termenul legal de contestare, iar nu de la data publicării documentaţiei iniţiale.

Susține în continuare nelegalitatea modificării documentației de atribuire prin adresa nr....., precum și faptul că modificarea este esențială și tardivă.

Menționează că, prin adresa amintită, autoritatea contractantă nu s-a limitat la a furniza simple clarificări cu privire la documentaţia de atribuire, ci a procedat, în mod evident, la modificarea substanţială a condiţiilor de participare la procedură, cu încălcarea dispoziţiilor legale aplicabile.

Astfel, în timp ce rolul răspunsurilor la solicitările de clarificări este acela de a lămuri conţinutul documentaţiei existente, fără a altera structura sau natura cerinţelor stabilite iniţial, în speţă, autoritatea contractantă a transformat o cerinţă iniţială într-una explicit obligatorie, schimbând în mod direct regulile de participare la procedură.

Invocă încălcarea principiilor transparenței, tratamentului egal și nediscriminării.

Motivarea integrală a contestației se regăsește în fișierul ”[SCN1... /...52] Contestatie proiect Extindere canalizare-semnata.pdf”, postat de autoritate în SEAP, în data de..., în cadrul documentelor asociate anunțului de participare simplificat nr.....

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr..... (...) formulează punctul său de vedere asupra contestației, prin care

solicită Consiliului să respingă contestația ca nefondată cererea de suspendare a procedurii; să respingă contestaţia, ca inadmisibilă, pentru lipsa interesului legitim al contestatoarei, conform art. 3 alin. (1) lit. f) raportat la alin. (3) şi la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 - contestatoarea nefiind înscrisă în lista operatorilor economici participanţi la procedura de atribuire SCN1..., nu îndeplineşte condiţia cumulativă a „interesului în legătură cu o procedură de atribuire", care constituie premisă legală a calităţii procesuale active; să respingă contestaţia, ca tardivă, conform art. 8 alin. (1) lit. b) raportat la alin. (2), art. 16 alin. (1) şi art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016; în subsidiar, în măsura în care Consiliul va trece peste excepţiile procedurale invocate, să respingă contestaţia ca neîntemeiată și să menţină integral procedura de atribuire în parametrii publicaţi.

Prezintă istoricul procedurii și arată că, la data de..., a procedat la înregistrarea oficială a contestației și la publicarea acesteia în SEAP.

La aceeaşi dată... -a verificat în SEAP lista operatorilor economici participanţi la procedura de atribuire SCN1... (secţiunea „Lista de participanţi"). Din consultarea oficială SEAP rezultă că la procedura de atribuire s-au înscris următorii 6 operatori economici.... (CIF...) NU figurează pe lista operatorilor economici înscrişi la procedura de atribuire SCN1... - nici ca ofertant individual, nici ca membru al vreunei asocieri, nici ca subcontractant declarat sau terţ susţinător. Atașează captura de ecran din SEAP pentru confirmarea acestei stări de fapt.

Enumeră dispozițiile legale aplicabile și invocă excepția tardivității formulării contestației.

Susține că obiectul real al contestației este continutul documentaţiei de atribuire. Astfel, contestatoarea formal atacă adresa nr....., însă motivele invocate vizează, în realitate, conţinutul documentaţiei de atribuire publicate la..., respectiv: obligativitatea procesului-verbal de vizitare ca document al ofertei (pct. 7 din....); termenul de 12 zile pentru transmiterea solicitării de vizitare (....); accesul la vizită limitat la operatorii economici care au solicitat în termen (....); obligaţia de întocmire a procesului-verbal semnat de toate părţile implicate (....).

Toate aceste elemente se regăsesc literalmente în fișa de date IV.... publicată la.... Răspunsul consolidat nr.... se limitează la a cita textul fișei de date, fără a introduce cerinţe noi.

În aceste condiţii, contestaţia vizează, în substanţă, conţinutul DA, atrăgând aplicarea art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 - text expres, imperativ - care stabileşte că „data luării la cunoştinţă este data publicării documentaţiei de atribuire."

Contestaţia a fost depusă la..., ora 16: 20 - respectiv cu 7 zile peste termenul legal.

Contestatoarea încearcă să evite tardivitatea susţinând că adresa nr..... ar fi introdus cerinţe noi, data luării la cunoştinţă fiind

astfel.... Acest raţionament consideră că este eronat pentru următoarele motive: adresa nr..... nu introduce cerinţe noi - preia literal textul fișei de date a achiziției IV.... publicat la.... Confruntarea textuală realizată la Secţiunea VII.3 demonstrează identitate practic totală între cele două texte. Jurisprudenţa Consiliului, chiar cea invocată de contestatoare (Decizia nr..../C1/... din...) stabileşte că răspunsurile la solicitările de clarificări sunt acte administrative distincte contestabile DOAR atunci când „aduc modificări substanţiale documentaţiei de atribuire sau instituie obligaţii noi." În prezenta cauză, niciuna dintre aceste condiţii nu este îndeplinită.

În consecinţă, data luării la cunoştinţă rămâne... (publicare documentație), iar termenul de contestare a expirat la....

În privința excepției lipsei de interes a ofertantei în formularea contestației, arată că societatea contestatoarea nu figurează ca ofertant individual - nu a depus ofertă, nu s-a înscris la procedură, nu a accesat formularele de ofertă prin SEAP; ca membru al unei asocieri de operatori economici - nu apare în structura vreunei asocieri înregistrate; ca subcontractant declarat de vreun ofertant înscris; ca terţ susţinător al capacităţilor tehnice, profesionale sau economice pentru vreun ofertant înscris.

În întregul curs al procedurii, de la publicarea documentației la... până la data punctului de vedere (..., cu 30 de minute înainte de expirarea termenului de depunere a ofertelor), singura manifestare procesuală a contestatoarei este depunerea tardivă a contestaţiei nr...., fără ca aceasta să fi exprimat anterior vreo formă de interes concret pentru obţinerea contractului.

Cu privire la cererea de suspendare a procedurii, apreciază că niciuna dintre condițiile prevăzute la art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 nu este îndeplinită de cererea....

Pe fondul contestației, redă prevederile documentaţiei care impun obligativitatea vizitării amplasamentului și consideră că societatea contestatoarea se bazează pe o unică frază din documentul suplimentar „Formulare şi instrucţiuni pentru ofertanţi", pag. 47, inserată în secţiunea privind transmiterea solicitărilor de clarificări: „Vizitarea amplasamentului este facultativa. Operatorii economici interesaţi vor transmite o solicitare prin care îşi manifesta dorinta de a vizita amplasamentul."

Această frază constituie o eroare materială, caracterizată prin: izolare - nu se regăseşte în niciun alt loc al documentaţiei de atribuire.

Aplicând principiul *singula enumeratio exclusio alterius* (enumerarea singulară exclude pluralul), caracterul izolat al menţiunii confirmă natura sa de excepţie aparentă, nu de regulă generală; context procedural neadecvat - fraza apare la secţiunea solicitări de clarificări (referitoare la modalitatea de adresare către autoritate), nu la secţiunea reglementării

vizitei (reglementată detaliat în fișa de date a achiziției, cap. IV....); contradicţie manifestă cu ansamblul documentației - fișa de date a achiziției, cap. IV.... și IV.... pct. 11, procedura detaliată a vizitei - toate impun obligativitatea; interpretare alternativă coerentă - fraza poate fi interpretată în sensul că se referă la dreptul operatorilor economici de a alege să se implice sau nu în procedură (facultativitate a participării în sine), nu la caracterul facultativ al procesului-verbal de vizitare ca document al ofertei. Aceasta este interpretarea care reconciliază fraza cu ansamblul DA.

Fişa de date a achiziţiei este actul oficial publicat în SEAP (document cu antetul „... de Achiziţii Publice"), având valoare normativă principală în procedura de atribuire.

Documentul suplimentar „Formulare şi instrucţiuni" (889 KB, 189 pagini) este un document instrumental, care conţine formularele ofertei şi detalii explicative. În ipoteza unei aparente contradicţii între cele două, fișa de date prevalează.

Pentru toate considerentele de fapt și de drept expuse, consideră contestația neîntemeiată.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect Proiectare *și Execuție lucrări în cadrul obiectivului de investiții "...", cod... - Lucrări de construcții de conducte de apă și de canalizare a apelor reziduale la mare dista*nță (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr...., data limită de depunere a ofertelor fiind stabilită pentru..., ora.... Valoarea estimată a contractului de lucrări este..., fără TVA.

Nemulțumită de răspunsul consolidat la solicitările de clarificări... a înaintat contestația înregistrată la Consiliu cu nr...., solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea a constituit cauțiunea în sumă de..., conform art. 611 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr...., eliberată de..., la data de....

Trecând la soluționarea contestației, Consiliul constată că, prin aceasta, este criticată adresa nr....., reprezentând răspuns consolidat la solicitări de clarificări.

Se reține că, în cadrul documentului ”[SCN1... /...16] RASPUNS CONSOLIDAT SOLICITARI DE CLARIFICARI.pdf.p7s”, publicat în SEAP în data de..., a fost inserată ”Notificare vizitare amplasament” cu următorul conținut:

*In conformitate cu cerintele Fisei de Date a Achizitiei, **vizitarea amplasamentului este obligatorie**, cap. IV.... Modul de prezentare al propunerii tehnice, pct. 13. Anexe obligatorii la... Proces verbal vizita amplasament...*

Conform cap. IV.... Modul de prezentare al ofertei, se precizeaza: „[...] In vederea vizitarii amplasamentului, operatorii economici vor transmite o solicitare de clarificare prin care isi manifesta intentia de a vizita amplasamentul, respectand conditiile de forma si de fond descrise anterior cu privire la solicitarile de clarificari, cu 12 zile inainte de data limita de depunere a ofertelor.

AC va publica o notificare in SEAP cu privire la data si ora stabilita pentru vizitarea amplasamentului, cu minim 6 zile inaintea datei limita de depunere a ofertelor.

Accesul la vizitarea amplasamentului se va face doar cu operatorii economici care si-au exprimat intentia de a participa, conform regulilor de mai sus.

Ulterior se va intocmi un proces verbal de vizita a amplasamentului, semnat de toate partile implicate.

Drept urmare, invitam operatorii economici care au solicitat in termenul prevazut in FDA vizitarea amplasamentului, la sediul primariei Tarcaia, joi..., ora 9:.... Dupa intalnire, la ora 9: 15 se va trece efectiv la vizitarea amplasamentului in teren, si se va intocmi procesul verbal de vizitarea al amplasamentului, care va fi parte integranta a propunerii tehnice.

În fișa de date a achiziției publicată în SEAP în data de..., în cadrul documentelor asociate anunțului de participare simplificat nr...., s-a prevăzut:

IV.... Modul de prezentare al ofertei

Documentele solicitate de la potențialii Ofertanți sunt:

[...]

*7)... - formular pus la dispoziție de autoritatea contractanta si procesul verb**al de vizitare al amplasamentului;***

[...]

*In vederea vizitarii amplasamentului, operatorii economici **vor transmite o solicitare de clarificare** prin care isi manifesta intentia de a vizita amplasamentul, respectand conditiile de forma si de fond descrise anterior cu privire la solicitarile de clarificari, cu 12 zile inainte de data limita de depunere a ofertelor.*

AC va publica o notificare in SEAP cu privire la data si ora stabilita pentru vizitarea amplasamentului, cu minim 6 zile inaintea datei limita de depunere a ofertelor.

Accesul la vizitarea amplasamentului se va face doar cu operatorii economici care si-au exprimat intentia de a participa, conform regulilor de mai sus.

Ulterior se va intocmi un proces verbal de vizita a amplasamentului, semnat de toate partile implicate.

La pag. 63 din 87 din documentul ”Modele de formulare si Instructiuni pentru ofertanti” s-a prevăzut: *Vizitarea amplasamentului **este facultativa**. Operatorii economici interesati **vor***

transmite o solicitare *prin care isi manifesta dorinta de a vizita amplasamentul.*

Procedând cu prioritate, potrivit art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, la analiza excepției tardivității formulării contestației, invocată de autoritatea contractantă în punctul său de vedere, Consiliul constată că diferendul dintre părți, vizavi de termenul pentru înaintarea contestației, privește *actul atacat*, în sensul în care achizitoarea se raportează la data publicării în SEAP a documentației de atribuire, în timp ce petenta... la data publicării în SEAP a răspunsului consolidat la solicitările de clarificări.

Pentru pronunțarea asupra excepției este necesară analiza conținutului celor două documente sub aspectul informațiilor vizând vizitarea amplasamentului.

Astfel, analizând documentele atașate anunțului de participare simplificat nr...., se constată, astfel cum s-a reținut mai sus, că, la data de..., au fost publicate, între altele, documentele ”Instrucțiuni pentru ofertanți_Fișa de date” și ”Formulare și Instrucțiuni pentru ofertanți”, cu conținutul anterior redat în privința vizitării amplasamentului.

În primul rând, trebuie subliniat că, la pag. 63 din 87 din documentul ”Modele de formulare si Instructiuni pentru ofertanti” s-a prevăzut expres că *Vizitarea amplasamentului* ***este facultativa****.*

Faptul că, în fișa de date a achiziției, s-au prevăzut o serie de detalii referitoare la modul în care se va realiza vizitarea amplasamentului nu atrage, contrar susținerilor achizitoarei, concluzia obligativității vizitării amplasamentului. Într-adevăr, și în fișa de date a achiziției publicată la data de... existau informațiile despre procedura vizitării amplasamentului, însă respectivele informații nu determinau caracterul facultativ sau obligatoriu al vizitării.

Astfel, pentru situația în care apreciau că este necesară în elaborarea ofertei vizitarea amplasamentului, operatorii economici urmau să adreseze ***o solicitare de clarificare*** *prin care isi manifesta intentia de a vizita amplasamentul, respectand conditiile de forma si de fond descrise anterior cu privire la solicitarile de clarificari, cu 12 zile inainte de data limita de depunere a ofertelor;* autoritatea contractantă urmând a publica *o notificare in SEAP cu privire la data si ora stabilita pentru vizitarea amplasamentului, cu minim 6 zile inaintea datei limita de depunere a ofertelor,* neînsemnând că această solicitare era obligatorie.

De asemenea, faptul că, în cadrul propunerii tehnice urma a fi prezentat procesul-verbal de vizitare a amplasamentului nu determina anularea prevederilor din documentul ”Instrucțiuni pentru ofertanți”, referitoare la c*aracterul facultativ al vizitării amplasamentului.*

Nu pot fi reținute a fi pertinente nici susținerile achizitoarei că prevalau prevederile fișei de date a achiziției, câtă vreme acestea cuprindeau o procedură de vizitare, informația cu privire la caracterul

facultativ al vizitei fiind prevăzută expres în documentul ”Formulare și Instrucțiuni pentru ofertanți”.

Contestatoarea nu avea obligația formulării unei solicitări de înlăturare a unor neconcordanțe din cele două documente, câtă vreme respectiva procedură prevăzută în fișa de date a achiziției nu anula prevederile exprese din celelalte documente.

Mai mult decât atât, este cunoscută practica instanțelor și a Consiliului, în sensul considerării facultative a vizitării amplasamentului, fiind în sarcina și riscul operatorului economic întocmirea ofertei fără a efectua respectiva vizită.

În raportat de cele de mai sus și de conținutul contestației este evident că... nu este nemulțumită de documentația de atribuire, ci de modificarea operată de autoritatea contractantă prin intermediul răspunsului la clarificări, modificarea esențială care a transformat caracterul facultativ al vizitării amplasamentului în obligație, în răspunsul la clarificări menționându-se expres: In conformitate *cu cerintele Fisei de Date a Achizitiei, vizitarea amplasamentului este obligatori**e.***

În aceste condiții și în lipsa adresării unei intenții de a vizita amplasamentul în cadrul termenului stabilit prin documentație, operatorul economic era în imposibilitatea depunerii unei oferte conforme, fiind în imposibilitatea vizitării amplasamentul ulterior stabilirii caracterului obligatoriu al cerinței.

În răspunsul la clarificări s-a indicat expres că *Accesul la vizitarea amplasamentului se va face doar cu operatorii economici care si-au exprimat intentia de a participa, conform regulilor* impuse în fișa de date*,* or... nu adresase o astfel de solicitare.

La momentul luării la cunoștință de documentația de atribuire... nu s-a considerat persoană vătămată, întrucât vizitarea amplasamentului era facultativă și nu a apreciat că este necesar să își manifeste intenția sa de a efectua respectiva vizită.

Ulterior publicării răspunsului consolidat, prin modificarea esențială adusă de autoritatea contractantă, era în imposibilitatea de a depune o ofertă conformă, întrucât nu mai putea avea acces la vizitarea amplasamentului și, implicit, nu mai putea depune procesul-verbal de vizitare a amplasamentului.

Rezultă astfel că termenul pentru depunerea contestației se calculează de la data publicării răspunsului consolidat, respectiv..., ultima zi pentru depunerea în termen a contestației, raportat la prevederile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, fiind.... Contestația a fost transmisă prin e-mail în data de..., cu respectarea dispozițiilor legale amintite.

Astfel fiind, Consiliul va... excepția tardivității formulării contestației, invocată de autoritatea contractantă în punctul său de vedere.

În ceea ce privește excepția lipsei interesului în depunerea contestației pe motivul lipsei participării la procedură, Consiliul reține a fi relevante prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 potrivit cărora ”Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorităţi contractante sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.”, și ale art. 3 alin. (1) lit. f) din același act normativ potrivit cărora persoană care se consideră vătămată reprezintă orice operator economic care îndeplineşte cumulativ următoarele condiţii:
(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; şi
(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecinţă a unui act al autorităţii contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluţionării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

Contrar susținerilor achizitoarei, interesul operatorului economic este dat tocmai de împiedicarea sa în participarea la procedură prin modificările efectuate asupra documentației. Or, câtă vreme ceea ce reclamă contestatoarea este limitare nejustificală a dreptului de participare la procedura de atribuire, întrucât, în lipsa procesului-verbal de vizitare a amplasamentului, oferta subscrisei ar urma să fie respinsă ca neconformă, deşi imposibilitatea de a obţine acest document nu este imputabilă operatorului economic, ci rezultă exclusiv din modul nelegal şi contradictoriu prin care autoritatea contractantă a modificat ulterior documentaţia de atribuire, nu se poate vorbi despre o lipsă a interesului.

Prin urmare, interesul său este unul actual, legitim şi direct, fiind determinat de necesitatea înlăturării unor prevederi nelegale care afectează în mod real şi concret posibilitatea de participare la procedură, precum şi șansele de a deveni ofertant declarat câștigător.

Prin modul în care a modificat documentația de atribuire, achizitoarea a creat un obstacol de neînlăturat pentru contestatoare de a participa la procedură, câtă vreme aceasta din urmă era în imposibilitatea de a mai avea acces la vizitarea amplasamentului și, astfel, la depunerea unei oferte conforme.

Or, în condițiile în care tocmai ceea ce constituie baza formulării contestației este imposibilitatea participării la procedură cu o ofertă conformă, nu se poate susține că abordarea de către... a conduite de a nu participa la procedură conduce la constatarea lipsei interesului în formularea contestației.

Vizavi de situația specială a contestatoarei aflată în insolvență, este de reținut că autoritatea contractantă a invocat prevederile art.... alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora (1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele

situaţii: b) se află în procedura insolvenţei sau în lichidare, în supraveghere judiciară sau în încetarea activităţii; și prevederile alin. (2) al aceluiași articol potrivit cărora

(2) Prin excepţie de la dispoziţiile alin. (1) lit. b), autoritatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvenţă atunci când, pe baza informaţiilor şi/sau documentelor prezentate de operatorul economic în cauză, stabileşte că acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziţie publică/acordul-cadru. Aceasta presupune că respectivul operator economic se află fie în faza de observaţie şi a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activităţii curente, fie este în cadrul fazei de reorganizare judiciară şi respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanţă. Or, contrar susținerilor achizitoarei, situația operatorului economic urma a fi analizată la momentul evaluării ofertei, neexistând obligația petentei de a proba încadrarea în excepția prevăzută la alin. (2) la momentul formulării contestației.

Astfel fiind, va fi respinsă excepția lipsei de interes invocată de autoritatea contractantă în punctul său de vedere.

Fiind respinse excepțiile se va trece la soluționarea fondului contestației.

În analiza sa, Consiliul are în vedere situația mai sus prezentată, respectiv faptul că, luând în considerare dispozițiile publicate în documentația de atribuire, orice operator economic putea opta pentru adresarea unei adrese în care să își manifeste intenția de a vizita amplasamentul sau putea opta pentru depunerea unei oferte elaborate exclusiv pe baza documentației, fără a vizita amplasamentul, fiind expres prevăzut *caracterul facultativ* al vizitării amplasamentului.

Ulterior, prin adresa nr....., răspuns consolidat la solicitările de clarificări, documentația este modificată esențial și vizitarea amplasamentului devine obli*gatorie.*

În aceste condiții, acei operatori economic care s-au raportat la caracterul facultativ al cerinței au fost în imposibilitatea îndeplinirii acestei cerințe devenite obligatorii, întrucât accesul era asigurat doar pentru acei operatori care au transmis ***o solicitare de clarificare*** *prin care isi manifestau intentia de a vizita amplasamentul cu 12 zile inainte de data limita de depunere a ofertelor.* Or, la data de..., când a fost modificată cerința era depășit termenul pentru transmiterea solicitării.

Așadar, pornind de la caracterul facultativ al cerinței, operatorul economic nu a adresat intenția sa de a vizita amplasamentul, iar ulterior, a fost în imposibilitatea vizitării lui, întrucât termenul pentru transmiterea intenției sale expirase, iar cerința de vizitare a devenit obligatorie.

De altfel, se poate observa din informațiile din... de... că, pentru procedura în cauză, deși au fost înscriși 6 operatori economici, un singur operator a depus ofertă.

Prin modul de a proceda al autorității contractante s-a restricționat accesul egal la procedură al operatorilor economici, fiind încălcate principiile transparenței și tratamentului egal, fiind necesară dispunere de măsuri de remediere care să asigure accesul inclusiv al contestatoarei la procedură.

Ținând seama că procedura nu a fost suspendată și a fost depusă o ofertă în cadrul procedurii, măsurile de remediere nu mai pot fi dispuse fără încălcarea principiilor transparenței și tratamentului egal, astfel că va fi anulată procedura de atribuire, fiind rămase fără obiect capetele de cerere vizând anularea în parte a adresei nr..... și obligarea autorității contractante la prelungirea....

Fiind pronunțată decizia, va fi respinsă, ca rămasă fără obiect, cererea de suspendare a procedurii până la soluționarea contestației.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (7) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite, în parte, contestația... - în insolvență, în contradictoriu cu..., și anulează procedura simplificată organizată pentru atribuirea contractului având ca obiect Proiectare și Execuție lucr*ări în cadrul obiectivului de investiții "...", inițiată prin anunțul de participare simplificat SCN1... /....*

În temeiul art. 26 alin. (6) din lege..., ca rămase fără obiect, capetele de cerere vizând anularea în parte a adresei nr..... și obligarea autorității contractante la prelungirea....

..., ca rămasă fără obiect, cererea de suspendare a procedurii de atribuire până la soluționarea contestației.

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

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,	MEMBRU,	MEMBRU,
...	...	...
...	...	...

Redactat practicaua deciziei
...