

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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 în datată , înregistrată la Consiliu sub nr. , depusă de SRL, cu sediul social în înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul București sub nr., având CUI , reprezentată convențional prin avocat Iuliana Negoită, având adresa de comunicare a actelor procedurii în privind procedura de licitație deschisă, online, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Servicii proiectare, asistență tehnică din partea proiectantului, inclusiv verificarea tehnică a proiectului tehnic și execuție lucrări în cadrul proiectului cu titlul «REABILITAREA SI MODERNIZAREA INFRASTRUCTURII AEROPORTUARE», cod CPV 45213331-2, de către, cu sediul în, Șos.- nr. 9,5, jud., în calitate de entitate contractantă, s-a solicitat:

1. Remedierea cerințelor documentației de atribuire în ceea ce privește obligarea aplicării unei formule de ajustare a prețului contractului,

2. Suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a contestației, în temeiul art. 22 și urm. din Legea nr. 101/2016.

Prin Încheierea nr. , Consiliul s-a pronunțat asupra cererii de suspendare a procedurii din cuprinsul contestației formulate de SRL, pe care a respins-o. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

**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 SRL reclamă documentația de atribuire de mai sus, considerând-o nelegală.

În fapt, contestatorul prezintă un scurt istoric al procedurii și arată că, ..., în calitate de Entitate Contractantă, a publicat în SEAP Anunțul de participare nr. , prin intermediul căruia a făcut publică procedura pentru atribuirea contractului sectorial având ca obiect Servicii proiectare, asistență tehnică din partea proiectantului, inclusiv verificarea tehnică a proiectului tehnic și execuție lucrări în cadrul proiectului cu titlul „REABILITAREA SI MODERNIZAREA INFRASTRUCTURII AEROPORTUARE” („Procedura de Atribuire”), sens în care, s-a înscris în procedură ca operator economic interesat de depunerea unei oferte, data limită pentru depunerea ofertelor fiind , orele 15.00.

Contestatorul precizează că, Modelul de contract inclus în documentația de atribuire nu prevede posibilitatea ajustării prețului contractului deși durata contractului depășește 6 luni, condiții în care, în opinia sa, se impune remedierea documentației de atribuire în sensul aplicării în mod obligatoriu a unei formule de ajustare a prețului contractului în conformitate cu art. 158 alin. (9) din HG nr. 394/2016:

„Entitatea contractantă este obligată să includă clauze de ajustare/revizuire a prețului, în conformitate cu prevederile alin. (3), pentru contractele de servicii sau furnizare care se derulează pe o perioadă ce depășește 24 de luni și pentru contractele de lucrări care se derulează pe o perioadă ce depășește 6 luni.”

2.Considerații generale

Redând dispozițiile art. 164 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale: *„Entitatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției sectoriale, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”,* precum și pe cele ale art. 22 alin. (2) din HG nr. 394/2016: *„(2) Documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire”,* contestatorul arată că, înțelesul noțiunii de „documentație de atribuire” este definit prin art. 3 alin. (1) lit. s) din Legea nr. 99/2016 ca fiind *„documentul achiziției care cuprinde cerințele, criteriile, regulile și alte informații necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și explicită cu privire la cerințe sau elemente ale achiziției sectoriale, obiectul contractului sectorial și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, inclusiv specificațiile tehnice sau documentul descriptiv, condițiile contractuale propuse, formatele de prezentare a documentelor de către candidați și ofertanți, informațiile privind obligațiile generale aplicabile”.*

Astfel, contestatorul consideră că, documentația de atribuire conține prevederi nelegale, ceea ce conduce la încălcarea flagrantă a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, iar singura remediere posibilă trebuie să constea în publicarea unei documentații corecte, complete și clare astfel încât operatorii economici interesați să fie în măsură să evalueze în mod corect premisele pe care își vor forma ofertele. În același timp, contestatorul apreciază că se impune ca aceștia

să beneficieze și de un interval de timp corespunzător pentru pregătirea ofertelor în baza unei documentații de atribuire completate.

În subsidiar, date fiind abaterile de la cadrul legal în vigoare și considerând totodată consecințele depunerii unor oferte în condițiile actuale ale documentației de atribuire, contestatorul apreciază că Entitatea Contractantă trebuie să anuleze procedura de atribuire și numai după remedierea abaterilor, să reia procedura în condiții de perfectă legalitate.

3. Motivele contestației. Obligarea entității contractante la adoptarea măsurilor de remediere privind prevederile nelegale ale documentației de atribuire referitoare la ajustarea prețului contractului

Contestatorul arată că, conform Fișei de date a achiziției - secțiunea 11.3 „Ajustarea prețului contractului” - publicată în SEAP:

„Contractul va fi ajustat după următoarea metoda: Se vor respecta explicit prevederile HG 1/2018 cu modificările și completările ulterioare, precum și cele din instrucțiunile cu privire la ajustarea prețului emise de către ANAP.

Formula de ajustare este:

$An = av + (1 - av) * In / Io$, unde:

- *"An" este coeficientul de ajustare care urmează a fi aplicat valorii de contract estimate pentru lucrările realizate în luna "n" (sumele aferente punctului (a) din subclauza 50.1 [Situația de Lucrări], exclusiv lucrările evaluate pe baza costului sau a prețurilor curente);*

- *"av" este valoarea procentuală a plății în avans față de prețul contractului;*

- *"In" este indicele de cost în construcții - total publicat de Institutul Național de Statistică în Buletinul Statistic de Prețurii, la tabelul 15, aplicabil la data cu 60 de zile înainte de ultima zi a lunii "n". Ajustarea prețului se va face după primele 12 luni ale contractului, pentru fiecare situație de lucrări în funcție de indicii INS.*

- *"Io" este indicele de cost în construcții - total, aplicabil la Data de Referință.*

Pe parcursul îndeplinirii contractului orice alta ajustare/actualizare a prețului contractului se va realiza în conformitate cu legislația în vigoare."

Dată fiind prevederea din Fișa de date a achiziției (Anexa 1) conform căreia ajustarea prețului se va face după primele 12 luni ale contractului, pentru fiecare situație de lucrări în funcție de indicii INS, contestatorul arată că a solicitat clarificări după cum urmează:

„Va rugăm să aveți în vedere ca aplicarea formulei de ajustare a prețurilor este aplicabilă la fiecare certificat de plată, începând cu primul certificat de plată. Conform sub-clauzei 50.1 [Situația de Lucrări], Antreprenorul transmite Supervisorului, lunar, situația de lucrări care va cuprinde, inter alia, sume de adăugat sau de scăzut pentru ajustarea prețurilor în conformitate cu prevederile clauzei 48 [Ajustarea prețurilor].

De asemenea, sub-clauza 48.3 nu stabilește regula ca aplicarea ajustării prețurilor să se realizeze după 12 luni de la semnarea contractului. Sub-clauza 48.3 doar stabilește ca se aplica ajustarea

preturilor atunci cand Durata de Execuție la semnarea Contractului este mai mare de 365 de zile.

Prin urmare, ajustarea prețului se va aplica lunar, odata cu întocmirea fiecărei Situații de Lucrări.

De asemenea, va rugam sa considerați ca o modificare a sub-clauzei 48.5 din Condițiile Generale oricum nu este permisa si nici legala. Astfel, conform HG 1/2018, Beneficiarii sunt îndreptățiți să elaboreze Condiții Speciale numai cu privire la subclauzele si numai în legătură cu subiectele listate în tabelul de mai jos. Orice altă Condiție Specială este nulă. Subiectul referitor la formula de ajustare a Prețului Contractului nu este enumerata intre subiectele cu privire la care pot fi elaborate Condiții Speciale. Prin urmare, modificarea introdusa in sensul aplicarii ajustarii dupa primele 12 luni ale contractului este o modificare nelegala a unei clauze din condițiile generale.

Astfel, solicitam eliminarea precizării din Fișa de date conform careia ajustarea prețului contractului se va face dupa primele 12 luni ale contractului. De asemenea, vă rugăm să confirmați în mod expres că ajustarea va fi aplicabilă la fiecare solicitare de plată, începând cu prima situație de lucrări."

Prin Răspunsul de clarificări consolidat nr. (publicat în SEAP în data de 30.09.2022 - extras în Anexa 2), Entitatea Contractantă a răspuns astfel:

„Se păstrează formularea, nu se modifică; ofertanții au posibilitatea de a construi oferta financiară luând în calcul orice riscuri ce pot apărea în următoarele 12 luni."

Așadar, în ciuda argumentelor privind nelegalitatea cerinței, Entitatea Contractantă a înțeles să mențină cerința inițială referitoare la aplicabilitatea formulei de ajustare doar după primele 12 luni din durata contractului.

Pe de altă parte, contestatorul precizează că, prin Anunțul de tip erată (Anexa 3), publicat în SEAP în data de , Entitatea Contractantă a modificat durata contractului, precizând că aceasta este de 12 luni (în loc de 17 luni).

În aceste condiții revizuite privind durata contractului, contestatorul susține că operatorii economici interesați de participarea la procedura de atribuire trebuie să considere că nu se va aplica nicio ajustare a prețului contractului având în vedere că sub-clauza 48.3 din condițiile generale prevede astfel:

„Cu excepția cazului în care este prevăzut altfel în Acordul Contractual, dacă Durata de Execuție la semnarea Contractului este mai mare de 365 de zile, se va considera că prețurile din Oferta Antreprenorului au fost stabilite în baza condițiilor de preturi și piață în vigoare la Data de Referință și sumele plătibile Antreprenorului vor fi ajustate pentru creșterea/diminuarea indicilor de preț pentru elemente constitutive ale Ofertei, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat Prețul Contractului. Nu se va aplica nicio ajustare la lucrările evaluate pe baza Costului (cum ar fi cele aferente Sumelor Provizionate) sau a prețurilor curente. Această ajustare

va fi determinată prin aplicarea formulei prevăzute în această clauză." În speță, contestatorul arată că Acordul Contractual publicat în SEAP avea în vedere aplicarea unei formule de ajustare a prețului numai dacă durata contractului depășea 365 de zile.

Cu toate acestea, contestatorul subliniază faptul că, ajustarea prețului contractului este obligatorie și aplicabilă din prima lună a contractului având în vedere prevederile art. 158 alin. (9) din HG nr. 394/2016, conform cărora:

„Entitatea contractantă este obligată să includă clauze de ajustare/revizuire a prețului, în conformitate cu prevederile alin. (3), pentru contractele de servicii sau furnizare care se derulează pe o perioadă ce depășește 24 de luni și pentru contractele de lucrări care se derulează pe o perioadă ce depășește 6 luni."

Mai mult decât atât, contestatorul precizează faptul că, conform art. 4 din HG nr. 1/2018 pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice:

„Prezentele prevederi, inclusiv cele din anexele nr. 1 și 2, se aplică cu respectarea întocmai a Legii nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, Legii nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare, și a Legii 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, cu modificările și completările ulterioare, precum și a legislației în vigoare incidente, inclusiv în domeniul disciplinei și calității în construcții, care sunt prioritare."

Așadar, chiar dacă condițiile de contract aplicabile contractului care face obiectul procedurii de atribuire prevăd, în mod nelegal, faptul că nu se aplică ajustarea prețului contractului, contestatorul susține că o astfel de prevedere nu produce niciun efect. În concret, chiar și în prezența unei prevederi exprese în cadrul documentației de atribuire în sensul neaplicării ajustării prețului contractului, contestatorul susține că o astfel de prevedere este nelegală și inaplicabilă, urmând a se aplica prevederile legale în vigoare referitoare la obligația includerii unei clauze de revizuire a prețului dată fiind durata contractului care depășește 6 luni.

Prin urmare, contestatorul solicită Consiliului să oblige Entitatea Contractantă să prevadă în mod expres posibilitatea revizuirii prețului contractului prin aplicarea unei formule de ajustare a prețului.

În concluzie, contestatorul solicită Consiliului ca prin decizia ce o va pronunța să dispună remedierea cerințelor documentației de atribuire în ceea ce privește obligativitatea aplicării unei formule de ajustare a prețului contractului.

În drept, se invocă dispozițiile art. 8 și urm. din Legea nr. 101/2016, dispozițiile Legii nr. 99/2016 și dispozițiile H.G. nr. 394/2016.

În probațiune: înscrisuri - documentele anexate prezentei și cele din dosarul achiziției publice, precum și orice alte probe a căror necesitate ar rezulta în cursul soluționării prezentei contestații.

Cu adresa nr. , înregistrată la CNSC cu nr. , entitatea contractantă a formulat punct de vedere cu privire la contestația formulată de SRL, solicitând, în principal:

-respingerea, ca tardivă;

-în subsidiar, respingerea ca nefondată și pe cale de consecință, menținerea în totalitate a deciziilor adoptate de către entitatea contractantă raportat la cerințele documentației de atribuire publicate în SEAP, pentru următoarele motive:

I. În principal, entitatea înțelege să invoce excepția tardivității introducerii contestației formulate de către SRL, raportat la prevederile art. 5 alin. 1 din Legea nr. 101/2016 pentru următoarele considerente:

La data de , Entitatea Contractantă a publicat anunțul de participare nr. , împreună cu documentația de atribuire cu privire la procedura de licitație deschisă având ca obiect „Servicii proiectare, asistență tehnică din partea proiectantului, inclusiv verificarea tehnică a proiectului tehnic și execuție lucrări în cadrul proiectului cu titlul „REABILITAREA ȘI MODERNIZAREA INFRASTRUCTURII AEROPORTUARE”, încadrate în următoarele Cod-uri CPV: 45213331-2 Lucrări de construcții de clădiri aeroportuare (Rev.2), 71322500-6 Servicii de proiectare tehnică pentru infrastructura de transport (Rev.2), 71356200-0 Servicii de asistență tehnică (Rev.2)". La această dată, toți operatorii economici interesați a depune o ofertă ca răspuns la anunțul de participare au luat cunoștință de conținutul documentației de atribuire în integralitatea acesteia. Uzând de prevederile art. 172 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, mai mulți operatori economici au adresat solicitări de clarificări privind conținutul documentației de atribuire, în termenul legal pentru adresarea acestor solicitări. Ca urmare a primirii acestor solicitări de clarificări, Entitatea Contractantă a publicat un răspuns consolidat prin care a răspuns tuturor acestor clarificări, la data de , ora: 17:51, cu nr. . Prin răspunsul la clarificare nu s-au adus modificări documentației de atribuire publicată în SEAP în data de în ceea ce privește clauza privind ajustarea prețului, clauză ce face obiectul contestației.

Astfel, conform art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

Cu toate acestea, entitatea precizează, astfel cum va arăta în cele ce urmează, faptul că contestatorul atacă de fapt documentația de atribuire publicată în SEAP în data de și solicită entității contractante modificarea acesteia. Astfel, contestația depusă nu nerespectă termenul legal de 10 zile prevăzut de art. 8 alin. 1 lit. a) din Legea nr. 101/2016, întrucât data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire din data de așa cum este precizat în art. 8 alin. (2) Legea nr. 101/2016. Cu atât mai mult, contestația depusă nu nerespectă termenul legal de 10 zile dacă luăm în considerare data publicării răspunsului consolidat cu nr. 3227 din 30.09.2022 (unul dintre documente la care contestatorul face referire), unde au fost formulate răspunsuri de către Entitatea Contractantă la întrebările privind ajustarea de preț: întrebarea nr. 48, întrebarea nr. 100 și întrebarea nr. 101 (conform documentelor edificatoare).

Orice eventuale susțineri ale contestatoarei în sensul că nu a contestat documentația de atribuire, ci răspunsul la clarificări privind prevederi ale modelului de contract, iar în raport de data primirii acestuia, contestația nu a fost formulată în termen (răspunsul consolidat a fost publicat în data de , iar contestația a fost depusă în data de), entitatea contractantă consideră că nu pot fi reținute ca întemeiate, întrucât răspunsul la clarificări nu constituie un act al Entității Contractante, ci reprezintă modalitatea prin care aceasta, în conformitate cu prevederile art. 172 alin. 3 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, își îndeplinește obligația de a răspunde la orice clarificare solicitată privind documentația de atribuire, care constituie, așadar, actul ce poate fi contestat în condițiile art. 8 alin. 1 lit. a) din Legea nr. 101/2016. De altfel, faptul că prin contestația depusă Contestadoarea atacă, în realitate, documentația de atribuire, este, în opinia entității, recunoscut și acceptat chiar de către aceasta.

Purtarea corespondenței cu Entitatea Contractantă (i.e. solicitările de clarificări și răspunsurile la acestea) nu are ca efect, astfel cum corect s-a invocat de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor în repetate rânduri (a se vedea în acest sens Decizia CNSC nr. din data de 06.08.2010), prelungirea perioadei legale de formulare a contestației împotriva documentației de atribuire sau decalarea datei de la care începe să curgă termenul pentru formularea contestației, întrucât dispozițiile legale nu prevăd în mod expres faptul că o solicitare de clarificări făcută în temeiul art. 172 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale întrerupe ori suspendă termenul de depunere a contestației. Cu alte cuvinte, entitatea contractantă susține că, solicitarea de clarificări înaintată nu are ca efect suspendarea termenului de 10 zile menționat la art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016. Entitatea precizează că, Decizia CNSC în această cauză a fost confirmată și de către instanța de apel (*Secția de contencios administrativ și fiscal – Decizia nr. 1518/CA/08.09.2010*). Mai mult, se arată că, în același sens, s-au pronunțat și alte instanțe de judecată (Curtea de Apel Brașov, dec. Civ. nr. 647/2010 din 13 iulie 2010), instanța a considerat că adresarea unei solicitări de clarificare prin care un operator economic solicită modificarea

documentației de atribuire nu-l îndreptățesc pe acesta să nu respecte termenul de contestare al documentației de atribuire care curge de la data publicării documentației de atribuire în SEAP. În speță, entitatea contractantă arată că, deși contestatorul a atacat răspunsul la respectiva solicitare de clarificare, în realitate, prin invocarea nerespectării dispozițiilor legale în caietul de sarcini, acesta a atacat documentația de atribuire cu depășirea termenului legal. *„Răspunsul autorității contractante adresat contestatoarei (actul atacat), nu o repune pe aceasta în termenul de contestare a dispozițiilor documentației de atribuire (caietului de sarcini) ce nu au fost modificate (cele criticate) și de care a luat la cunoștință la momentul publicării ei în SEAP, respectiv la 11.03.2010.”*

Într-adevăr, în conformitate cu prevederile art. 172 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, operatorul economic interesat are dreptul de a solicita clarificări privind documentația de atribuire, însă prin cererea de clarificări nu se poate forța o repunere în termen pentru formularea unei contestații cu privire la unele cerințe din documentația de atribuire. Astfel, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice explicație privind documentația de atribuire/răspuns la solicitările de clarificări adresate de operatorii economici duce la prelungirea termenului de contestare a documentației de atribuire, entitatea consideră că s-ar ajunge la eludarea și golirea de conținut juridic a termenului de 10 zile impus de legiuitor prin art. 8 alin. 1 lit. a) din Legea nr. 101/2016, ceea ce, în opinia sa, este de neacceptat.

Astfel, în cazul de față, Contestatorul se consideră că a luat cunoștință despre actul Entității Contractante care face obiectul contestației la data publicării anunțului de participare, respectiv la data de 19.08.2022 și nu la data transmiterii Răspunsului consolidat formulat în relație cu solicitările de clarificări cu privire la documentația de atribuire a contractului - „Servicii proiectare, asistență tehnică din partea proiectantului, inclusiv verificarea tehnică a proiectului tehnic și execuție lucrări în cadrul proiectului cu titlul „REABILITAREA ȘI MODERNIZAREA INFRASTRUCTURII AEROPORTUARE”. Prin urmare, entitatea contractantă susține că contestația a fost depusă cu nerespectarea termenului de 10 zile prevăzut de art. 8 alin. 1 lit. a) din Legea nr. 101/2016, ceea ce impune respingerea acesteia ca fiind tardiv introdusă.

Raportat la „acuzația” contestatorului privind modificarea duratei contractului din 17 luni în 12 luni prin Anunțul de tip erată publicat în SEAP în data de 20.10.2022, entitatea Contractantă precizează faptul că acea modificare a apărut datorită semnării contractului de finanțare a proiectului, ulterior datei de lansare a procedurii de atribuire. Entitatea contractantă a precizat în documentația de atribuire încă de la începutul publicării procedurii, aducând la cunoștință tuturor operatorilor economici interesați că la baza demarării acesteia stă obiectivul investiției „REABILITAREA ȘI MODERNIZAREA INFRASTRUCTURII AEROPORTUARE” prin finanțare nerambursabilă din Programul Operațional al Infrastructurii Mari, în urma depunerii cererii de finanțare, motiv pentru care procedura de atribuire a fost demarată cu clauză suspensivă astfel cum rezultă din

Anunțul de participare nr. , precum și din Fișa de date cu prevederi regăsite în cadrul: secțiunii II.2.14. „Informații suplimentare”, precum și secțiunea III.2.2). Executarea contractului este supusă altor condiții speciale, prin se aduc la cunoștință informații suplimentare referitor la durata contractului de la secțiunea 11.2.7) Durata în luni: 17, ce reprezintă : „maxim 90 zile (3 luni) pentru proiectare (Realizarea documentației tehnico- economice pentru fazele DTAC + DTOE + PT + DDE +CS) si verificare proiect tehnic + asistenta tehnica din partea proiectantului pe toata durata contractului; maxim 9 luni pentru lucrările de execuție, dar nu mai târziu de 22.12.2023 și 5 luni conform datelor prevăzute de clauza suspensivă. În situația fazării programului de finanțare, durata contractului va putea fi prelungită numai cu acordului beneficiarului și fără ca aceasta să depășească termenul limită al fazării.”

Având în vedere că între momentul lansării procedurii și până la data limită de depunere a ofertelor, Entitatea contractantă a semnat în calitate de beneficiar contractul de finanțare nr. 175/16.09.2022, aceasta a formulat răspunsuri, clarificări și erate cu privire la acest aspect pentru a fi adus la cunoștința operatorilor economici interesați, încă din timp, astfel:

- Răspunsul consolidat nr. 3227/30.09.2022 publicat în 30.09.2022 (întrebare 129 și nr.83) a fost adus la cunoștință faptul că „ ...operatorii economici vor elabora oferta fără să țină cont de toate prevederile care au fost raportate la perioada clauzei suspensive, de maxim 5 luni. (valabilitatea ofertelor, garanției de participare, durata contractului, etc.)”;

- Clarificarea din oficiu nr. 3386/11.10.2022 - este precizat faptul că urmează să fie publicate erate pentru a revizui datele anunțului de participare, ca urmare a excluderii clauzei suspensive;

- Prima erată vizibilă la nivel național (EN1040295) a fost publicată în SEAP la data de 13.10.2022 și cuprinde eliminarea clauzei suspensive;

- Același conținut privind eliminarea clauzei suspensive (de 5 luni) apare în eratele publicate (EN 1040341, EN 1040484, EN 1040539) cu scopul asigurării transparenței inclusiv la nivel european, republicate cu același conținut pentru a asigura forma acceptată pentru publicare la nivel european în JOUE (prin Erata EN 1040539).

Entitatea contractantă precizează că are dovada răspunsului dat de către operatorul SEAP comunicat prin sistem că eratele publicate la nivel național, cu toate că nu respectă forma cerută pentru a fi publicate în JOUE, nu pot fi anulate, de unde rezultă că operatorii economici interesați au luat la cunoștință despre informațiile din eratele la Anunțul de participare, încă din data de 13.10.2022, data publicării primei erate. Din acest motiv, entitatea contractantă susține că, contestația formulată este tardiv introdusă inclusiv pe acest aspect, chiar dacă contestatorul face referire doar la erata EN 1040484 din 20.10.2022, care este la fel vizibilă la nivel național ca și cea din 13.10.2022, dorind și pe această cale să susțină că nu contestă documentația de atribuire.

II. În subsidiar, în cazul în care se va considera înaintarea Contestației ca fiind în termenul legal, entitatea contractantă solicită

respingerea contestației formulate ca nefondată, având în vedere următoarele considerente:

1. Modelul de contract respectă prevederile legale în vigoare, respectiv Hotărârea de Guvern nr. 1/2018 pentru aprobarea condițiilor generale și specifice pentru anumite categorii de contracte de achiziție aferente obiectivelor de investiții finanțate din fonduri publice Anexa 1 SUBCAPITOLUL V: Clauza 48 Ajustarea prețurilor „Art. 2: 48.2 Cu excepția cazului în care este prevăzut altfel în Acordul Contractual, dacă Durata de Execuție la semnarea Contractului este mai mică sau egală cu 365 de zile, prețurile din Contract vor fi considerate ca fiind ferme și nu vor fi ajustate decât în cazul prevăzut la subclauza 48.8.

Art. 3: 48.3 Cu excepția cazului în care este prevăzut altfel în Acordul Contractual, dacă Durata de Execuție la semnarea Contractului este mai mare de 365 de zile, se va considera că prețurile din Oferta Antreprenorului au fost stabilite în baza condițiilor de prețuri și piață în vigoare la Data de Referință și sumele plătibile Antreprenorului vor fi ajustate pentru creșterea/diminuarea indicilor de preț pentru elemente constitutive ale Ofertei, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat

Prețul Contractului. Nu se va aplica nicio ajustare la lucrările evaluate pe baza Costului (cum ar fi cele aferente Sumelor Provizionate) sau a prețurilor curente. Această ajustare va fi determinată prin aplicarea formulei prevăzute în această clauză.”

2. Modelul de contract este în concordanță cu INSTRUCȚIUNEA ANAP nr. 1/2021 privind modificarea contractului de achiziție publică/contractului de achiziție sectorială/acordului cadru prevăzut la art. 12 (1) Autoritatea/ entitatea contractantă are obligația de a introduce în contractul din documentația de atribuire o clauză de revizuire a prețului contractului, cât mai bine adaptată la complexitatea contractului și la elementele componente ale prețului ofertat, atunci când durata contractului depășește 24 de luni, dacă nu există o altă prevedere legală care să stabilească o perioadă mai scurtă de 24 luni.

3. Pentru aplicarea formulei de ajustare în documentația de atribuire, entitatea contractantă s-a prevalat și de următoarele:

- prevederile instrucțiunilor date de către Direcția Generală OIT din cadrul Ministerul Transporturilor și Infrastructurii nr. 2/18.01.2022;

- prevederile legale prevăzute la art. Articolul 243¹ alin. (9) și alin . (3) din Legea nr. 99/2016 prin care:

„(9)Entitatea contractantă este obligată să includă clauze de ajustare/ revizuire a prețului, în conformitate cu prevederile alin. (3), pentru contractele de servicii sau furnizare care se derulează pe o perioadă ce depășește 24 de luni și pentru contractele de lucrări care se derulează pe o perioadă ce depășește 6 luni.”

„(3)Entitatea contractantă precizează atât în documentația de atribuire, cât și în contractul de achiziție sectorială/acordul-cadru modul concret de ajustare a prețului, indicii care vor fi utilizați, precum și sursa informațiilor cu privire la evoluția acestora, cum ar fi buletine statistice sau cotații cile burselor de mărfuri.”

Entitatea contractantă arată că, a ales formula de ajustare în documentația de atribuire de la punctul 48.5, întrucât valorile estimate din procedură și cele date de către ofertant sunt sume forfetare și doar la faza de proiectare ofertantul stabilește exact toate prețurile care vor fi plătite la nivelul ofertei financiare prezentate la ofertare. Formula de ajustare se aplică doar dacă perioada de derulare a contractului depășește 12 luni (în cazul fazării proiectului - precizare din documentația de atribuire) astfel cum este legiferat prin HG nr. 1/2018.

Față de solicitarea Contestatorului, entitatea contractantă precizează că în documentație a fost prevăzută formulă de ajustare preț conform prevederilor legale, astfel, neimpunându-se măsuri de remediere.

4.Contractul de lucrări este finanțat prin Programul Operațional Infrastructura Mare 2014- 2020, în baza Contractului de Finanțare nr. 175 din data de 16.09.2022. Astfel, conform art. 2 alin. (2) din Contractul de Finanțare, „Perioada de implementare a Proiectului este de 30 luni, respectiv între data 01.07.2021 și 31.12.2023 la care se adaugă, dacă este cazul, și perioada de desfășurare a activităților proiectului înainte de semnarea Contractului de Finanțare, conform regulilor de eligibilitate a cheltuielilor”.

5.Cererea de finanțare, anexă a contractului de finanțare, prevede la pag. 71:„Graficul de rambursare: Graficul de depunere a cererilor de prefinantare/plata/rambursare a cheltuielilor - Data începere proiect: 09-06-2021, Data încheiere proiect: 31-12-2023, Data încheiere efectiva proiect: 31-12-2023”.

Prin urmare, durata de execuție a contractului fiind mai mică de 365 de zile, entitatea susține că nu se impune posibilitatea ajustării prețului pentru aceasta perioadă. Cu toate acestea, în anunțul de participare și în răspunsul consolidat, entitatea contractantă a precizat că „Pe parcursul îndeplinirii contractului orice altă ajustare/actualizare a prețului contractului se va realiza în conformitate cu legislația în vigoare”, iar în cazul fazării proiectului, cu majorarea duratei de execuție, există formulă de ajustare a prețului, potrivit prevederilor legale în vigoare.

Față de aspecte mai sus invocate, entitatea contractantă apreciază că, în cazul în care nu se va respinge contestația formulată de către contestatoare, ca tardiv introdusă, se impune a fi respinsă ca nefondată.

Criticile formulate privesc elemente ce țin de documentația de atribuire, față de care o eventuală contestație trebuia depusă în termen de 10 zile de la luarea la cunoștință, respectiv de la data publicării anunțului de participare.

Față de cele menționate, entitatea contractantă solicită să se constate că derularea procedurii de licitație deschisă organizată pentru atribuirea contractului sectorial având ca obiect „Servicii proiectare, asistență tehnică din partea proiectantului, inclusiv verificarea tehnică a proiectului tehnic și execuție lucrări în cadrul proiectului cu titlul „REABILITAREA ȘI MODERNIZAREA INFRASTRUCTURII AEROPORTUARE” s-a făcut cu respectarea legislației în vigoare privind achizițiile sectoriale, că susținerile contestatorului S.C. S.R.L. sunt nefondate, netemeinice, urmând a se respinge contestația formulată.

Prin adresa fn datată 09.11.2022, înregistrată la CNSC cu nr., ... a răspuns față de punctul de vedere nr. transmis de către prin care este invocată excepția tardivității contestației, sens în care a depus „Note scrise”, prin care a solicitat respingerea ca neîntemeiată a excepției tardivității contestației, pentru următoarele motive:

Actul Entității Contractante atacat prin contestație este Anunțul de tip erată EN1040484/20.10.2022 (Anexa 3 la contestație) care a fost publicat în SEAP la data de 20.10.2022.

Astfel, contestatorul arată că nu a atacat prin contestație documentația de atribuire, sens în care solicită Consiliului să observe că „numai după publicarea Anunțului de tip erată EN1040484/20.10.2022, a luat cunoștință de faptul că Entitatea Contractantă a modificat durata contractului, precizând că aceasta este de 12 luni (în loc de 17 luni), iar, în contextul Răspunsului de clarificări consolidat nr. 3227/30.09.2022 (publicat în SEAP în data de 30.09.2022 - extras în Anexa 2 la contestație), prin care Entitatea a menținut cerința inițială referitoare la aplicabilitatea formulei de ajustare doar după primele 12 luni din durata contractului, a devenit obligatorie ajustarea prețului contractului și aplicabilă din prima lună a contractului având în vedere prevederile art. 158 alin. (9) din HG nr. 394/2016.”

În consecință, contestatorul susține că termenul pentru formularea contestației (i.e. 10 zile calculate începând cu data de 20.10.2022 la care a fost publicat Anunțul de tip erată EN1040484) expiră la data de 31.10.2022, dată la care a comunicat prin poștă, cât și poștă electronică contestația către CNSC și către entitatea Contractantă.

Pe cale de consecință, contestatorul solicită respingerea excepției tardivității contestației, formularea acesteia având loc în termenul legal.

Contestatorul a constituit, conform art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, cauțiunea în sumă de ron, fiind depusă recipisa de consemnare nr. 1 din 01.11.2022, emisă de , la data de 03.11.2022.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Servicii proiectare, asistență tehnică din partea proiectantului, inclusiv verificarea tehnică a proiectului tehnic și execuție lucrări în cadrul proiectului cu titlul «REABILITAREA SI MODERNIZAREA INFRASTRUCTURII AEROPORTUARE»”, cod CPV 45213331-2. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. , criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”, termenul limită pentru depunerea ofertelor fiind inițial 04.10.2022, ora 15:00, ce a fost modificat ulterior.

Prin Erata EN1040172/08.10.2022 la anunțul nr. , data limită pentru depunerea ofertelor a fost stabilită pentru data de 31.10.2022, ora 15:00.

Împotriva prevederilor documentației de atribuire, ... SRL a formulat contestația care formează obiectul dosarului nr.

Prin Încheierea nr. , Consiliul s-a pronunțat asupra cererii de suspendare a procedurii din cuprinsul contestației formulate de SRL, pe care a respins-o.

În data de 31.10.2022, în SICAP, a avut loc depunerea ofertelor în cadrul prezentei proceduri de achiziție publică. Astfel, în SEAP, în cadrul anunțului de participare nr. , procedura apare în desfășurare, iar la secțiunea „LISTA PROCESE VERBALE, RAPOARTE INTERMEDIARE ȘI FINALE”, entitate contractantă a încărcat în data de 07.11.2022 documentul intitulat „DECLARAȚIE DE PARTICIPARE”, conținând denumirea și datele de identificare ale ofertanților care au depus ofertă, contestatorul depunând ofertă.

Conform prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul procedează cu întâietate la analizarea excepției tardivității contestației, invocată de entitatea contractantă.

În soluționare, se reține că SRL, nemulțumit de cerințele documentației de atribuire publicată în SICAP în data de 19.08.2022 (având data limită pentru depunerea ofertelor 31.10.2022, ora 15:00), a transmis la data de 31.10.2021, ora 16:34, prin e-mail (poșta electronică), contestația la Consiliului și la entitatea contractantă, iar ulterior prin poștă, în aceeași dată.

Analizând contestația formulată prin prisma actului atacat, Consiliul reține că atât aspectele criticate de către contestator cât și răspunsul de clarificări al entității contractante, postate în SEAP la data de 30.09.2022, precum și anunțul de tip erată EN1040484/20.10.2022, publicat în SEAP la data de 20.10.2022, se referă la neclarități ce privesc documentația de atribuire postată de Autoritate în SICAP la data de 19.08.2022.

Prin urmare singurul act administrativ în măsură să producă efecte juridice de natură să lezeze interesele contestatorului este, în cazul de față, documentația de atribuire, act de care SRL a luat la cunoștință în data de 19.08.2022, data publicării acesteia în SEAP.

În aceste condiții, nu are nicio relevanță faptul că SRL susține în mod formal contestarea răspunsului la clarificări, respectiv a Eratei EN1040484/20.10.2022, întrucât prevederile pretins nelegale sunt cuprinse în documentația de atribuire și nu în actul mai sus menționat.

Astfel, Consiliul reține că operatorul economic cunoștea cerințele, pe care acum le apreciază ca fiind nelegale, încă de la data publicării documentației – 19.08.2022 - și trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal cerințele respective, dacă dorea eliminarea, completarea sau schimbarea lor, neputând fi reținut niciun motiv legal pentru depășirea termenului impus de legiuitor. Purtarea unei corespondențe de clarificare a documentației de atribuire cu autoritatea contractantă (prin care aceasta din urmă își menține cerințele impuse) nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta. Acest termen legal ar ajunge să fie golit de orice fel de efect și, în acest fel, deturnat textul legii, dacă sub acoperirea unei adrese de solicitare de clarificări/modificări operatorul economic ar putea să conteste ulterior clauzele din documentație, invocând curgerea termenului de la răspunsul primit.

Potrivit prevederile art. 172 al Legii nr. 99/2016:

Art. 172. - (1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, cu respectarea termenului-limită stabilit de entitatea contractantă în anunțul de participare/simplificat/de concurs.

(2) Entitatea contractantă stabilește prin anunțul de participare/simplificat/de concurs unul sau două termene-limită în care va răspunde în mod clar și complet tuturor solicitărilor de clarificare/informațiilor suplimentare, conform prevederilor normelor metodologice de aplicare a prevederilor prezentei legi.

(3) Entitatea contractantă are obligația de a publica răspunsurile însoțite de întrebările aferente la adresa de internet la care sunt disponibile documentele achiziției, indicată potrivit dispozițiilor art. 160 alin. (3), luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea operatorului economic care a solicitat clarificările sau informațiile suplimentare respective.

(4) Dispozițiile art. 160 alin. (4) - (7) sunt aplicabile în mod corespunzător în ceea ce privește răspunsurile la solicitările de clarificare sau informații suplimentare."

Așa cum se observă din textele citate, orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, legiuitorul stabilind în sarcina autorității contractante să răspundă în mod clar și complet acestora.

Însă, parcurgând conținutul documentului Răspuns de clarificări nr. 3227/30.09.2022, se observă că, în fapt, solicitările operatorului economic nu au avut ca scop clarificarea cerințelor caietului de sarcini, ci modificarea/eliminarea lor, situație care nu se confundă cu solicitarea de clarificări reglementată de lege.

Niciun text normativ în vigoare nu obligă autoritatea să își modifice/elimine cerințele după cum doresc operatorii interesați, aceștia având la îndemână posibilitatea legală de a contesta respectivele cerințe, fie la Consiliu, fie în instanță, în perioada prevăzută de lege, în scopul obținerii modificării/eliminării pe care o doresc.

În aceste condiții, ținând cont de data luării la cunoștință a prevederilor considerate nelegale, raportat la data formulării contestației, Consiliul reține următoarele:

În conformitate cu dispozițiile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, așa cum a fost modificată și completată: „(1) Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare."

Conform prevederilor art. 8 alin. (1) lit. a) și alin. (2) din același act normativ:

„(1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorială sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

(2) În cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire”.

Potrivit anunțului de participare nr. publicat în SEAP, valoarea estimată, fără TVA, a contractului de achiziție publică de servicii care face obiectul contestației este de 262.159.398,20 lei, prin urmare mai mare decât pragurile valorice, prevăzute la art. 12 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016, în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice.

Astfel, având în vedere cele anterior menționate și ținând cont de faptul că a luat la cunoștință despre conținutul documentației de atribuire în data de 19.08.2022 (data publicării acesteia în SEAP), rezultă că acesta trebuia să transmită contestația, atât către CNSC cât și către entitatea contractantă, până la data de 29.08.2022 inclusiv, sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă (iar raportat la data publicării răspunsului de clarificări nr. 3227/30.09.2022, trebuia să transmită până la data de 10.10.2022 inclusiv).

Prin urmare, transmiterea contestației la CNSC și entitatea contractantă în data de 31.10.2022 reprezintă un demers tardiv al, în cauză devenind incidente prevederile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, anterior citate.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite excepția invocată de entitatea contractantă și respinge ca tardivă contestația formulată de SRL în contradictoriu cu

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, admite excepția invocată de entitatea contractantă și respinge ca tardivă contestația formulată de SRL în contradictoriu cu

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

plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

.....