CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

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 datată ....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., înaintată de ..... SRL, cu sediul în ....., …., sector …, CUI RO ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., reprezentată legal de dl. …, prin avocat …, împotriva procedurii de licitație deschisă, organizată ....., cu sediul în ....., ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție .....”, coduri CPV: 45233120-6 Lucrări de construcții de drumuri (Rev. 2); 45221111-3 Lucrări de construcții de poduri rutiere (Rev. 2); 71322500-6 Servicii de proiectare tehnică pentru infrastructura de transport (Rev. 2), inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..... din data de ....., s-a solicitat:

(1) Eliminarea din întreaga documentaţie a procedurii de atribuire (documentația de atribuire) a cerinţei evidenţierii 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;

(2) Obligarea autorității contractante să evidenţieze în mod distinct sumele alocate fiecărei categorii de cheltuieli în lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare a proiectelor;

(3) Eliminarea din documentația de atribuire a cerinței privind includerea de către ofertanți în oferta cheltuielilor aferente corectării erorilor de proiectare survenite în faza elaborării studiului de fezabilitate;

(4) În subsidiar față de solicitarea de la punctul (3) de mai sus, în cazul în care se apreciază solicitarea de la punctul (3) ca fiind neîntemeiată, solicită obligarea autorității contractante să menţioneze sursa de finanțare pentru modificările (altele decât cele menționate în

Anexa 3 - Anexa Grafic de Plăţi *Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare*) care pot conduce la o majorare a Valorii de Contract Acceptată conform Clauzei 13 [Modificări si Actualizări];

(5) Prelungirea termenului de depunere a ofertelor cu cel puțin 30 zile;

(6) Suspendarea procedurii de atribuire în conformitate cu dispoziţiile art. 22 din Legea nr. 101/2016.

Cererea de suspendare a procedurii a fost soluționată prin Încheierea nr. 525/...../..... din 06.10....., în sensul respingerii ei ca nefondată.

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 atacă răspunsul la notificarea prealabilă, transmis cu adresa nr. 73540/26.09....., emisă de ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii mai sus amintite, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea învederează Consiliului faptul că solicitările formulate prin contestație au fost adresate autorității contractante, în temeiul dispozițiilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, pe calea notificării prealabile.

Autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 73540/ 26.09....., comunicând că nu va adopta măsuri de remediere cu privire la documentația de atribuire.

Referitor la evidențierea de către autoritatea contractantă (și nu 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, contestatoarea, după ce citează punctul I.I.4.10 din Condițiile Generale Contractuale – Prevederi Generale - Definiții, punctul 13.5 din Condițiile Speciale Contractuale, Anexa nr. 1 și Anexa nr. 2 la Formularul 8, concluzionează că, în accepțiunea autorității contractante, Sumele Provizionate constau în Rezervele de Implementare. În acea formă, mecanismul ajustării Sumei Provizionate cu 5% avea un sens clar, procentul fiind aplicabil unui cuantum cunoscut, respectiv cuantumului Rezervelor de Implementare (între acestea și Sumele Provizionate fiind pus semnul egal).

Însă ulterior, prin clarificarea nr. 8 și răspunsul la Notificarea prealabilă, autoritatea contractantă diferențiază în mod clar Sumele Provizionate de Rezervele de Implementare, menționând expres că *„Rezervele de Implementare, ca și categorie de cheltuieli prevăzute în contract sunt diferite de Sumele Provizionate"* și că *„Pentru categoria de cheltuieli cuprinse în Sumele Provizionate, Autoritatea Contractantă a*

prevăzut posibilitatea ajustării acestora cu un procent de 5%, așa cum reiese din Anexa la oferta - Anexa I la Formularul nr. 8”.

Or, în opinia sa, autoritatea contractantă nu a inclus în niciun document o valoare aferentă Sumei Provizionate și a stabilit prin clarificarea nr. 8 și răspunsul la notificarea prealabilă și faptul că valoarea Sumei Provizionate este diferită față de Rezervele de Implementare, așadar, în acest moment nu mai există nicio referinţă în ceea ce privește Suma Provizionată.

În lipsa stabilirii de către autoritatea contractantă a unei valori aferente Sumei Provizionate, mecanismul ajustării acesteia cu 5% prezintă redundanță, fiind lipsit de orice aplicabilitate.

Pentru remedierea acestei redundanțe, contestatoarea solicită:

— *fie eliminarea din Anexa la ofertă - Anexa I la Formularul nr. 8 a procentului de 5% stabilit pentru ajustarea Sumei Provizionate (Condiţiile Speciale - Sub-clauza I.3.5.b);*

— *fie obligarea autorității contractante să completeze documentaţia de atribuire cu valoarea concretă a Sumei Provizionate.*

În oricare dintre cele două cazuri, obligarea autorității Contractante la publicarea documentelor modificate în SEAP.

În continuare, referindu-se la Clarificarea nr. 2 la documentația de atribuire, publicată în SEAP la data de 07.09....., precum și la conţinutul Anexei 3 - Anexa Grafic de Plăți, conținând Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare, contestatoarea susține 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.

Sunt citate dispozițiile art. XI alin. (2) și (4) din OUG nr. 83/2016, invocate chiar de către autoritatea contractantă prin Clarificarea nr. 2 și se susține că, în opinia sa, obligarea ofertanţilor să evidenţieze distinct sumele alocate fiecărei categorii de cheltuieli în lista categoriilor de cheltuieli care se finanţează din rezervele de implementare a proiectelor este nelegală, contravenind dispozițiilor amintite.

În concluzie, contestatoarea solicită Consiliului să dispună *eliminarea din întreaga Documentaţie de Atribuire a cerinţei evidenţierii 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 evidenţieze 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*.

În ceea ce privește cheltuielile aferente corectării erorilor de proiectare survenite în faza elaborării Studiului de Fezabilitate, invocând pozițiile 6, 11 și 13 din Anexa 3 – Anexa Grafic de Plăți, precum și Clarificarea nr. 3/12.09..... la documentația de atribuire, răspunsurile 4, 5, 8 și 14, contestatoarea subliniază că, cel puțin prin răspunsurile 5 și 14, autoritatea contractantă arată că Studiul de Fezabilitate este incorect încă din anul 2007, nefiind elaborat în conformitate cu standardele, parametrii și normele în vigoare.

Referitor la acest aspect, susține că o consecință directă a acestei împrejurări este aceea că valoarea proiectului a fost estimată în mod incorect, baza de calcul nefiind valabilă, lucru care a condus în mod evident la obţinerea unei valori eronate pentru bugetul pe care autoritatea contractantă l-a publicat pentru acest proiect.

În plus, arată și faptul că planurile elaborate în faza de Studiu de Fezabilitate, în care apar secțiunile de accelerare/decelerare și secțiunile de pătrundere/ieșire în/din flux ale bretelelor nodurilor rutiere, parcărilor de scurtă durată cât și ale spațiilor de parcare, arată lungimi pentru banda de accelerare/decelerare de aproximativ 50m.

Studiul de Fezabilitate fiind elaborat în baza normativului PD 162-2002 *„Normativ privind proiectarea autostrăzilor extraurbane”*, se constată faptul că, în unele cazuri, lungimile benzilor de accelerare/ decelerare au lungimi de peste 300 m.

În concluzie, consideră că documentația tehnică elaborată în faza Studiului de Fezabilitate nu a respectat Normativul PD 162-2002, având implicaţii financiare majore în estimarea valorii acestui proiect.

Invocând Condiţiile Speciale, Sub-Clauza 5.3. [Obligaţiile Asumate de către Antreprenor], al treilea paragraf, contestatoarea arată că a solicitat autorității contractante fie eliminarea din documentația de atribuire a cerinței privind includerea de către ofertanți în ofertă a cheltuielilor aferente corectării erorilor de proiectare survenite în faza elaborării Studiului de Fezabilitate, fie includerea în Anexa 3 - Anexa Grafic de Plăți *„Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare"* a tuturor cheltuielilor generate de modificările care rezultă din corectarea erorilor tehnice din documentația pusă la dispoziție de către autoritatea contractantă (implicit, cu modificarea corespunzătoare a valorii Sumei Provizionate).

Contestatoarea solicită Consiliului să dispună completarea paragrafului 4 al Sub-Clauzei 13.3 [Procedura de Modificare] din Condiţiile Speciale ale Contractului cu un nou sub-punct, care să stipuleze urmatoarele: *„m) erori/omisiuni/neconformități/necorelări din cadrul Studiului de Fezabilitate și care nu au fost remediate prin Cerinţele Beneficiarului*".

De asemenea, pentru remedierea problemei privind regimul contractual neclar al cheltuielilor afarente corectării erorilor de proiectare survenite în faza elaborării Studiului de Fezabilitate, contestatoarea solicită „fie eliminarea din documentaţia de atribuire a cerinţei privind includerea de către ofertanți în ofertă a cheltuielilor aferente corectării

erorilor de proiectare survenite în faza elaborării Studiului de Fezabilitate, fie obligarea autorității contractante să menţioneze sursa de finanţare pentru modificările (altele decât cele menționate în Anexa 3 - Anexa Grafic de Plaţi „Lista categoriile de cheltuieli care se finantează din rezervele de implementare") care pot conduce la o majorare a Valorii de Contract Acceptată conform Clauzei 13 [Modificări și Actualizări]”.

Referitor la solicitarea de prelungire a termenului de depunere a ofertelor, contestatoarea, după ce subliniază că autoritatea contractantă a răspuns notificării prealabile abia în data de 26.09....., apreciază că analizarea și implementarea în ofertă a prevederilor răspunsului emis tardiv determină în mod evident și necesitatea prelungirii termenului de depunere a ofertelor.

Astfel, cum a arătat la punctele precedente, contestatoarea opinează că studiul de fezabilitate privind proiectul a fost elaborat în mod incorect, acest aspect impactând în mod semnificativ negativ capacitatea ofertanților de a întocmi calculele și previziunile necesare formulării ofertelor.

Pentru aceste motive, ... SRL solicită Consiliului să dispună prelungirea termenului de depunere a ofertelor cu cel puțin 30 zile.

Prin adresele nr. 42018/.....-...../05.10..... și 42068/.....-...../06.10....., Consiliul a pus în discuția părților excepția inadmisibilității contestației, prin raportare la prevederile art. 6 alin. (1) și (3) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 42188/06.10....., ... SRL a transmis punct de vedere, răspunzând astfel solicitării Consiliului, arătând că, prin Clarificarea nr. 2, invocată atât în contestație, cât și în notificarea prealabilă, se stipulează la punctul „Clarificare din Oficiu I”: „În virtutea art. XI, alin. (3) din OUG nr. 83/2016, 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 3 la prezenta. Autoritatea contractantă a revizuit acordul contractual în consecință. A se vedea în acest sens Anexa 4 la prezenta: Acordul contractual revizuit și Anexa 1 la acordul contractual revizuit: Metodologia de utilizare a rezervelor de implementare, prevăzute în Graficul de plăți aferent prezentului contract”.

Așadar, în opinia sa, documentația de atribuire a fost modificată, graficul de plăți fiind completat cu anexa *"Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare",* Acordul Contractual fiind și el modificat împreună cu Anexa I a acestuia.

Mai mult, prin clarificarea nr. 8, însăși autoritatea contractantă recunoaște faptul că, prin clarificarea nr. 2, invocată în contestație, s-a modificat documentația de atribuire.

Suplimentar, deși prin clarificarea nr. 3, publicată în SEAP în data de 12.09....., nu s-au adus modificări la documentația de atribuire,

răspunsurile autorității contractamte formulate prin acea notificare au impus o anumită interpretare a clauzelor contractuale.

Luând în considerare faptul că, în data de 07.09....., a fost publicată în SEAP Clarificarea nr. 2, rezultă că a formulat notificarea prealabilă luni, 18.09....., în termenul legal, conform dispoziţiilor art. 6 alin. (1) lit. (a) și (3) din Legea nr. 101/2016.

Contestatoarea apreciază că nu se poate pune semnul egal între momentul ....., când documentația de atribuire a fost publicată în SEAP (și când interpretarea prevederilor contractuale pertinente chestiunilor menționate în Notificarea prealabilă și în contestație putea fi supusă discuțiilor) și momentul 12.09....., când prin Clarificarea nr. 3, autoritatea contractantă a impus o anumită interpretare a acelor prevederi contractuale. Impunerea unei anumite interpretări a clauzelor contractuale reprezintă indubitabil impunerea unei conduite a antreprenorului, adiţională față de clauzele contractuale. În opinia sa, aceasta impunere a interpretării clauzelor contractuale trebuie să fie susceptibilă de a fi supusă unui control de legalitate, care nu poate fi exercitat decât ulterior luării la cunoștință de către ofertanți a respectivei impuneri, procedura controlului de legalitate raportându-se așadar la momentul luării la cunoștință sus-menționat.

În caz contrar, în situația în care Consiliul ar concluziona că demersul său este inadmisibil din moment ce Clarificarea nr. 3 nu modifică în mod expres documentația de atribuire, ar însemna că, prin absurd, se poate ajunge la situația în care o autoritate contractantă publică în SEAP o documentație de atribuire care, fără a fi vagă sau ambiguă, lasă loc de discuții privind interpretarea clauzelor contractuale (acest caracter discutabil fiind, firește, luat în calcul de către ofertanți în momentul în care aceștia elaborează ofertele), urmând ca ulterior, după expirarea termenului de formulare a unei notificări prealabile calculat de la data publicării documentației de atribuire în SEAP, autoritatea contractantă să publice o serie de clarificări din oficiu prin care să impună în mod uniltaral interpretarea documentaţiei de atribuire în favoarea sa, fără ca ofertanții să aibă la dispoziție un mecanism de supunere a acestor interpretări unui control de legalitate din moment ce autoritatea s-ar adăposti în spatele excepției de inadmisiblitate, raportat la nemodificarea expresă a documentației de atribuire.

Contestatoarea apreciază că o astfel de împrejurare ar fi în mod vădit contrară, atât legii comune, cât și principiilor speciale care guvernează materia achizițiilor publice, pe cale de consecinţă raționamentul este în mod evident greșit.

Așadar, consideră că demersurile sale, care au făcut obiectul notificării prealabile și al contestației, să fie apreciate, prin prisma art. 6 alin. (1) lit. (a) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016, raportat la data publicării în SEAP a Clarificării nr. 2, respectiv 07.09....., și a Clarificării nr. 3, respectiv 12.09....., și nu raportat la data publicării documentației de atribuire în SEAP.

Prin adresa nr. 92/77282/06.10....., înregistrată la Consiliu cu nr. 42185/06.10....., ... a transmis punctul său de vedere referitor la inadmisibilitatea contestației înaintate de ..... SRL, solicitând respingerea acesteia ca inadmisibilă, în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, având în vedere obiectul ei și data la care a fost formulată.

În susținerea acestei excepții, arată că, în data de ....., a publicat în SEAP anunţul de participare nr. ....., împreună cu documentația de atribuire. În cadrul acestei documentații, au fost prevăzute, în Graficul de plăți și Graficului de prețuri, valorile aferente Rezervelor de implementare prevăzute în conformitate cu OUG nr. 83/2016, respectiv 42.700.000 lei, fără TVA.

În documentaţia de atribuire, valorile aferente *Rezervelor de implementare,* menţionate anterior, nu au fost defalcate pe categorii de cheltuieli, fiind prezentate ca valori globale. Față de această modalitate de prezentare a *Rezervelor de implementare*, niciun operator economic, inclusiv contestatoarea, nu a formulat contestație și nu a solicitat modificări, în termenul prevăzut de art. 6 și respectiv art. 8 din Legea nr. 101/2016.

De asemenea, precizează că a publicat din oficiu, în cadrul Clarificării nr. 2/07.09....., Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din Rezervele de implementare a proiectului, neaducând nicio modificare asupra valorii globale publicate iniţial pentru Rezervele de implementare, elementul de noutate constând doar în prezentarea categoriilor de cheltuieli și în metodologia de utilizare a acestora.

Drept urmare, la momentul publicării Clarificării nr. 2, autoritatea contractantă subliniază nu a modificat informaţia existentă încă de la momentul publicării documentaţiei de atribuire. Astfel, atât în documentaţia de atribuire publicată inițial, cât și urmare publicării Clarificării nr. 3, suma aferentă Rezervelor de implementare nu a fost defalcată de autoritatea contractantă, operatorii economici luând la cunoştinţă de acest aspect încă de la data anunţului de participare, respectiv .....

În ceea ce privește solicitarea de eliminare a cerinţei privind includerea de către ofertanți în ofertă a cheltuielilor aferente corectării erorilor de proiectare survenite în faza elaborării Studiului de Fezabilitate și, în subsidiar, obligarea autorității contractante de a menționa sursa de finanțare pentru modificări (altele decât cele menționate în Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare), autoritatea contractantă precizează că aceste cerinţe au fost prevăzute în documentaţia de atribuire iniţial publicată și, prin urmare, notificarea și respectiv contestarea la peste 2 luni după publicarea anunţului de participare sunt în mod evident tardive.

Având în vedere cele de mai sus, autoritatea contractantă apreciază că notificarea prealabilă formulată de ..... SRL în data de 18.09..... și, implicit, contestația formulată în data de ..... sunt mod evident tardive.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

În vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție .....”, coduri CPV: 45233120-6 Lucrări de construcții de drumuri (Rev. 2); 45221111-3 Lucrări de construcții de poduri rutiere (Rev. 2); 71322500-6 Servicii de proiectare tehnică pentru infrastructura de transport (Rev. 2), ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ...../....., odată cu care a postat și documentația de atribuire. Criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”, valoarea estimată fiind de 909.669.122,09 lei, fără TVA.

Analizând contestația formulată de SC ..... SRL, prin prisma capetelor de cerere formulate, respectiv:

(1) Eliminarea din întreaga documentaţie a procedurii de atribuire (documentația de atribuire) a cerinţei evidenţierii 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;

(2) Obligarea autorității contractante să evidenţieze în mod distinct sumele alocate fiecărei categorii de cheltuieli în lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare a proiectelor;

(3) Eliminarea din documentația de atribuire a cerinței privind includerea de către ofertanți în oferta cheltuielilor aferente corectării erorilor de proiectare survenite în faza elaborării studiului de fezabilitate;

(4) În subsidiar față de solicitarea de la punctul (3) de mai sus, în cazul în care se apreciază solicitarea de la punctul (3) ca fiind neîntemeiată, solicită obligarea autorității contractante să menţioneze sursa de finanțare pentru modificările (altele decât cele menționate în Anexa 3 - Anexa Grafic de Plăţi *Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare*) care pot conduce la o majorare a Valorii de Contract Acceptată conform Clauzei 13 [Modificări si Actualizări]; se poate constata că nemulțumirea acesteia vizează conținutul documentației de atribuire.

Având în vedere excepţia inadmisibilităţii contestaţiei SC ..... SRL, invocată din oficiu și susținută de autoritatea contractantă, Consiliul va analiza, cu prioritate, această excepţie, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: „Consiliul se pronunţă mai întâi asupra excepţiilor de procedură şi de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”.

Procedând la verificarea respectării termenului de formulare a notificării prealabile, se constată că societatea contestatoare a luat cunoştinţă de documentaţia de atribuire la data de ....., data publicării în SEAP a acesteia, ataşată anunţului de participare nr. ...../.....

Conform dispoziţiilor art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 Sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă, care poate fi invocată şi din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanţei de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligaţia să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislaţiei privind achiziţiile publice sau concesiunile, în termen de: a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică

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 anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii;

De asemenea, conform art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum şi oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorităţii contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: a) 10 zile, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică, achiziţie 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 anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii, după caz; (...).

Așadar, luând la cunoștință de conținutul documentației de atribuire la data de ....., ultima zi pentru depunerea notificării prealabile împotriva documentației de atribuire era 18.07.....

Depunerea notificării prealabile la 18.09....., după două luni de la data publicării documentației de atribuire, s-a efectuat cu depășirea termenului legal prevăzut.

Publicarea unor clarificări din oficiu sau ca răspuns la solicitările operatorilor economici nu poate avea ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a notificării prelalabile și, ulterior, a contestaţiei sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta. Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice clarificare privind documentaţia de atribuire duce la prelungirea termenului de atac al documentaţiei, s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare impus de legiuitor.

Operatorul economic cunoştea aspectele reclamate din cuprinsul documentației de la data publicării ei – ....., motiv pentru care trebuia să manifeste o minimă diligenţă şi să atace în termenul legal aspectele în discuţie, dacă dorea eliminarea lor, neputând fi reţinut niciun motiv legal pentru depăşirea termenului impus de ordonanţă. Altfel, acest termen legal ar ajunge să fie golit de orice fel de efect şi, în acest mod, deturnat textul legii, dacă în contextul publicării unor adrese de clarificări/modificări, operatorii economici ar putea să conteste ulterior cerinţe din documentaţie, invocând curgerea termenului de la publicarea clarificărilor.

Aşadar, raportat la normele art. 6 și 8 din lege, Consiliul reţine incidenţa tardivităţii reclamării cerinţelor din documentaţia de atribuire.

Se reține că societatea contestatoare a formulat capete de cerere în referire strict la documentația de atribuire, solicitând fie eliminarea anumitor cerințe din aceasta, fie completarea ei cu evidențierea în mod distinct a sumelor alocate fiecărei categorii de cheltuieli și a sursei de finanțare.

În contextul invocării excepției inadmisibilității contestației, societatea contestatoare a solicitat Consiliului raportarea datei formulării contestației la data publicării clarificărilor nr. 2 și 3, publicate în SEAP în datele de 07.09....., respectiv 12.09.....

Verificând respectarea termenului legal de depunere a contestaţiei faţă de clarificările amintite, Consiliul reţine că, faţă de acestea, notificarea prealabilă este formulată în termenul legal, fiind depusă la data de 18.09.....

Prin clarificarea nr. 2, s-a adus la cunoștința ofertanților, între altele, că In virtutea art. XI, alin (3) din OUG 83/2016, Graficul de plati se completeaza cu Anexa "Lista categoriilor de cheltuieli care se finanteaza din rezervele de implementare", care va fi completata in mod obligatoriu de ofertanti si va fi inclusa in Propunerea Financiara a acestora. A se vedea in acest sens Anexa 2 la prezenta. Autoritatea Contractanta a revizuit Acordul Contractual, in consecinta. A se vedea in acest sens Anexa 3 la prezenta: Acordul Contractual revizuit si Anexa 1 la Acordul Contractual revizuit: Metodologia de utilizare a rezervelor de implementare, prevazute in Graficul de plati aferent prezentului contract.

Prin anexa în discuție, autoritatea contractantă a pus la dispoziția operatorilor economici *Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare*, însă față de solicitarea contestatoarei de *eliminare 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,* publicarea listei amintite nu are vreo relevanță.

Societatea ..... SRL a cunoscut Anexa nr. 2 la Formularul nr. 8 – Grafic de plăți, conținută de documentația de atribuire, prin care autoritatea contractantă a atras atenția operatorilor economici interesați să participe la procedură că au obligația de a respecta Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 83/2016, conform rubricii: „Suma provizionată – Rezerve de implementare conform OUG nr. 83/2016: 42.7000.000 lei”, rezultând astfel că și, în lipsa clarificării din oficiu, ofertanții aveau cunoștință de aplicarea actului normativ amintit.

De asemenea, se reține că, astfel cum a invocat și autoritatea contractantă, în cadrul Clarificării nr. 2/07.09....., a publicat din oficiu Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din Rezervele de implementare a proiectului, neaducând nicio modificare asupra valorii globale publicate inițial pentru Rezervele de implementare, elementul de noutate constând doar în prezentarea categoriilor de cheltuieli și în metodologia de utilizare a acestora.

Astfel, atât în documentaţia de atribuire publicată inițial, cât și urmare publicării Clarificării nr. 3, suma aferentă Rezervelor de implementare nu a fost defalcată de autoritatea contractantă, operatorii economici luând la cunoştinţă de acest aspect încă de la data anunţului de participare, respectiv .....

Încă de la data publicării documentației de atribuire, operatorii economici cunoșteau că trebuie să defalce suma aferentă Rezervelor de

implementare, acest aspect nefiind un element de noutate adus prin clarificări.

Demersul societății contestatoare de a cere, ulterior postării clarificării din oficiu, eliminarea din întreaga documentație de atribuire a evidențierii, în mod distinct, a sumelor alocate fiecărei categorii de cheltuieli (...), când aceste informații au fost cunoscute încă de la data publicării documentației de atribuire și, implicit, prin norma legală de mai sus (Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 83/2016), este în mod evident tardiv.

Aplicând același raționament, Consiliul constată că sunt tardive și solicitările de la punctele 3 și 4 din contestație, referitoare la eliminarea cerinței privind includerea, de către ofertanți, în ofertă a cheltuielilor aferente corectării erorilor de proiectare survenite în faza elaborării Studiului de Fezabilitate și, în subsidiar, de obligare a autorității contractante de a menționa sursa de finanțare pentru modificări (altele decât cele menționate în Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare), întrucât aceste aspecte au fost cunoscute încă de la momentul publicării documentației de atribuire (.....).

De altfel, în ce privește clarificarea nr. 3, însăși societatea contestatoare a recunoscut că aceasta nu a modificat documentația de atribuire.

Societatea contestatoare a adus în discuție impunerea, prin această clarificare, a unei anumite interpretări a clauzelor contractuale care, la momentul publicării documentației, ”puteau fi suspuse discuțiilor”. Or, nu se poate considera că răspunsurile invocate în contestație (4, 5, 8 și 14) din clarificarea amintită au avut vreo influență asupra capetelor de cerere formulate de contestatoare la punctele 3 și 4 din contestație, care au privit strict documentația de atribuire.

Cum s-a arătat mai sus, operatorul economic cunoștea aspectele reclamate din documentație, inclusiv trimiterea la Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 83/2016, încă de la data publicării ei și trebuia să manifeste o minimă diligență pentru a le notifica și ataca în termenul legal.

Totodată, analizând capetele de cerere formulate în contestație, se observă cu ușurință că nu se identifică nicio cerere asupra *clarificărilor* publicate de autoritatea contractantă, doleanțele contestatoarei îndreptându-se exclusiv asupra documentației de atribuire. Nimic nu a oprit societatea contestatoare să ceară autorității contractante, prin notificarea prealabilă pe care a transmis-o, anularea clarificărilor în discuție, ca măsură de remediere.

În concluzie, în speță, se vădește a fi întemeiată excepția tardivității notificării prealabile, invocată și de autoritatea contractantă, tardivitate pe care art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 o sancționează prin respingerea contestației ca inadmisibilă, referitor la documentația de atribuire.

În ce privește capătul de cerere privind prelungirea termenului de depunere a ofertelor, Consiliu are în vedere, pe de o parte, că între data publicării documentației de atribuire (.....) și cea de depunere inițială a ofertelor (12.10.....) a existat un interval mai mare de trei luni, iar pe de altă parte, că autoritatea contractantă, după postarea Clarificării nr. 2 din 07.09..... și a Clarificării nr. 3 din 12.09....., a decalat termenul de depunere a ofertelor până la data de 24.10....., astfel că o prelungire a termenului nu se impunea.

În considerarea celor prezentate, Consiliul respinge, ca inadmisibilă, contestaţia formulată de ..... SRL.

Fără pronunțare asupra altor excepții și a fondul contestaţiei.

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

În temeiul art. 6 alin. (1) și art. 26 alin. (6) 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, respinge, ca inadmisibilă, contestaţia formulată de ..... SRL, în contradictoriu cu .....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
..... **.....** **.....**

Redactată în 4 exemplare, conţine 12 pagini