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 nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de doamna ....., privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de servicii de elaborare studiu de fezabilitate și proiect tehnic pentru drumul expres Legătura A3 - Aeroport Henri Coandă, coduri CPV 71241000-9 și 71322500-6, cu data-limită de depunere a ofertelor 19.06....., organizată de ..... SA, cu sediul în ....., ..., ..., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de domnul ... – director general, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat ..... Prin încheierea nr. 207/...../...../02.05....., Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, respingându-l ca nefondat. Pe rol, în prezent, se află celălalt capăt de cerere.

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliu cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu datele de identificare menționate anterior, privind aceeași procedură de licitație deschisă organizată de autoritatea contractantă ..... SA, contestatoarea a solicitat obligarea acesteia la remedierea caietului de sarcini, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației. Prin încheierea nr. 265/ ...../...../19.05....., Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire,

respingându-l ca nefondat. Pe rol, în prezent, se află celălalt capăt de cerere.

Pentru soluționarea unitară a contestațiilor, având în vedere că acestea au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a procedat la conexarea lor, în conformitate cu dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzelor 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 nr. ...../....., prin care operatorul economic SC ..... SRL reclamă clarificarea nr. 16 a anexei nr. 4 la propunerea financiară, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că a formulat, la 22.02....., o solicitare de clarificare referitoare la respectiva anexă, care limitează adâncimea de investigare prin foraje geotehnice la 25 m (potențialii ofertanți nu pot prevedea prețuri pentru forajele de adâncimi mai mari; prețul per metru liniar de foraj crește proporțional cu adâncimea, condiție obiectiv impusă de caracteristicile utilajului, manopera, echipamente auxiliare etc; în ipoteza în care ofertantul declarant câștigător va efectua, din necesitate și în interesul proiectului, investigații la adâncimi mai mari, s-ar putea ajunge în situația în care acesta să nu mai acopere costurile ofertate), solicitare la care autoritatea a răspuns după cum urmează:

„1. Prin modalitatea de decontare propusă de Beneficiar, adâncimea de investigare prin foraje geotehnice nu a fost limitată la 25 m. Această adâncime este estimativă. De asemenea, a se vedea propunerile pentru investigații aferente zonelor de debleu și zonelor cu potențial de instabilitate din tabelele Anexei 4.

Considerentele de ordin geomorfologic ale ariilor ce vor fi străbătute indică valorile de adâncime pe categoriile de lucrări prezentate în Anexa 4 a Propunerii Financiare. Uzual, prețul per metru linear se calculează în conformitate cu notele de subsol ale acesteia și nu pe baza unor posibile practici curente care să impună creșterea prețului per metru liniar de foraj proporțional cu adâncimea.

Bunele practici din activitatea de foraj impun alegerea cu atenție a instalațiilor și a tuturor echipamentelor care vor fi folosite, astfel încât să fie atins un grad optim al operațiilor și evitarea producerii de costuri inutile care ar putea apărea în urma utilizării unei logistici neadecvate. În cazurile în care unele situații vor implica suplimentarea costurilor, aceste situații vor fi justificate

tehnic, prin prezentarea clară și concretă a situației care impune modificările. Aceste situații, care nu pot fi prevăzute, se manifestă local și nu pe tot amplasamentul proiectului - decontarea eventualelor activități complementare, executate în urma obținerii acordului CNAIR SA, în cazul forajelor va fi efectuată pe metri liniari real executați, utilizându-se același cost de foraj (lei/metru) stabilit de ofertant în Propunerea financiară. Pe cale de consecință, Autoritatea Contractantă va deconta adâncimi de foraj mai mari sau mai mici decât cele precizate în Anexa 4, în funcție de cantitățile real executate și la costul de foraj lei/metru liniar stabilit în Propunerea financiară."

Din punct de vedere tehnic și operațional, răspunsul autorității contractante nu poate fi reținut ca fiind corespunzător, întrucât nu ține seama de operațiunile propriu-zis implicate în activitatea de elaborare a unui studiu geotehnic. Mai mult, prin răspunsul furnizat nu se ține seama nici de prevederile caietului de sarcini. Autoritatea motivează faptul că adâncimea estimativă de 25 m a fost stabilită din perspectiva „considerentelor de ordin geomorfologic ale ariilor ce vor fi străbătute"; în fapt, procedura de atribuire corespunde elaborării unui studiu de fezabilitate și a unui proiect tehnic pe baza acestuia. Pe cale de consecință, cunoașterea „considerentelor de ordin geomorfologic ale ariilor ce vor fi străbătute" nu este posibilă la data depunerii ofertelor, aceasta constituind, de fapt, una dintre atribuțiile viitorului prestator.

Viitorul prestator are obligația de a prezenta autorității trei alternative pentru traseul obiectivului de investiții, iar autoritatea își rezervă dreptul de a îi impune studierea a încă trei variante de traseu. Astfel, prestatorul va studia între 3 și 6 alternative de traseu, pentru care „considerentele de ordin geomorfologic ale ariilor ce vor fi străbătute" vor fi diferite. Ariile străbătute de potențialele trasee sunt studiate pe parcursul derulării contractului, la nivel de analiză multicriterială, nu în etapa de ofertă.

La pag. 7 din contestație, autoarea acesteia solicită modificarea răspunsului de clarificare furnizat de organizatoare, ținând seama de faptul că variația prețului per metru liniar cu adâncimea nu reprezintă un aspect aflat sub controlul ofertanților. Obligarea potențialilor ofertanți la furnizarea unui preț mediu, care să includă atât costurile cu forajul, cât pe cele ale activităților de laborator este o abordare de natură să conducă la blocaje în activitate și la imposibilitatea decontării lucrărilor executate în conformitate cu realitatea.

În ceea ce privește obligația ofertanților de a include în cadrul prețului per metru liniar de foraj investigațiile de laborator, nu se pot estima, la momentul întocmirii ofertelor, numărul de probe care vor fi testate în laborator și nici tipul acestora. Necesitățile punctuale ale

proiectării nu pot fi estimate fără cunoașterea terenului din amplasament. Totodată, ofertanții sunt descurajați să prevadă încercări complexe, ale căror costuri sunt proporționale cu calitatea și multitudinea informațiilor pe care le pot oferi. Descurajantă este și impunerea de către autoritatea contractantă a tipurilor de investigații (foraje, geofizice, seismice), deoarece efectuarea altor tipuri de investigații, care ar fi necesare conform normativelor sau specificului proiectului, nu vor putea fi decontate în lipsa unui preț corespunzător în cadrul propunerii financiare.

Răspunsul primit: *„Autoritatea contractantă a impus foraje și tipuri de investigații minimale (geofizice, seismice) conform NP 074/2014. În condițiile în care Prestatorii doresc să efectueze și alte tipuri de investigații decât cele minim solicitate prin Caietul de sarcini și prin reglementările și normativele tehnice aplicabile, acestea pot fi prețuite în cadrul „cost foraj/metru liniar" din Anexa 4."*, nu este justificat de prevederile niciunui standard în vigoare, cu atât mai puțin de NP 074/2014. Încercările de teren recomandate de NP 074/2014 nu se regăsesc în anexa nr. 4 furnizată de autoritate. Obligația prevederii costurilor cu aceste tipuri de încercări în cadrul costului per metru liniar de foraj nu poate fi reținută decât ca metodă sigură de a se crea blocaje în decontarea lucrărilor. Specificul acestor tipuri de încercări este diferit față de cel al activității de forare.

NP 074/2014 prevede următoarele tipuri de încercări, în funcție de categoria geotehnică a terenului din amplasament:

- pentru categoria geotehnică 1
    - granulozitate
    - greutate volumică
    - umiditate
    - limite de plasticitate
    - edometru pe probe la umiditatea naturală și pe probe inundate
- pentru categoria geotehnică 2
    - aceleași ca la categoria geotehnică 1
    - caracteristici de compactare (Proctor)
    - coeficientul de permeabilitate
    - modulul de deformație edometric
    - parametrii rezistenței la forfecare
    - conținutul în CaC03
    - parametrii rezistenței la forfecare pe probe inundate
    - conținutul în materii organice
    - coeficientul de consolidare primară
- pentru categoria geotehnică 3
    - aceleași ca la categoria geotehnică 2
    - compoziția mineralogică și gradul de alterare
    - parametrii rezistenței la forfecare pe probe aduse la umiditatea naturală
    - rezistența la lichefiere
    - modulul dinamic de deformație transversal, G și fracțiunea din amortizarea critică
    - presiunea de preconsolidare
    - parametrii rezistenței la forfecare, exprimați în funcție de eforturile efective și eforturile totale

- coeficientul presiunii în stare de repaus
- umflarea liberă
- presiunea de umflare
- indicele de compresiune
- coeficientul de consolidare secundară

În mod obiectiv, nu se poate realiza o estimare a necesarului de încercări de laborator și nici a tipului lor. Ele depind de:

- tipul de lucrare (e.g. rambleu, debleu, viaduct, zid de sprijin), care se stabilește după alegerea traseului optim și a lucrărilor;

- tipul de pământ întâlnit în foraj;

- necesitățile proiectantului lucrării - metoda de calcul pe care fiecare proiectant o poate alege pentru întocmirea corespunzătoare a calculelor structurale (e.g. în cazul podurilor, fundațiile pe piloți se pot calcula folosind exclusiv caracteristicile fizice și parametrii seismici ai terenului, ceea ce implică faptul că în laborator vor fi necesare numai încercări fizice sau folosind caracteristicile fizice și mecanice ale terenului din foraj, care în care este necesară efectuarea întregului set de încercări fizice și mecanice).

Prin urmare, trebuie modificat răspunsului de clarificare dat de autoritatea contractantă.

Contestația secundă a SC ..... SRL este îndreptată împotriva clarificării nr. 17, postată de autoritate în SEAP la ..... Se solicită obligarea autorității contractante la adoptarea de masuri de remediere a anumitor cerințe din caietul de sarcini, după cum urmează:

1. Eliminarea studiului pedologic din caietului de sarcini sau clarificarea considerentelor pentru care acesta este necesar, având în vedere implicațiile din punct de vedere al costurilor și potențialului de a genera întârzieri.

În lumina Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 7/2016, pentru a obține autorizația de construire nu mai este necesară urmărirea procedurii pentru scoaterea din circuitul agricol. Menținerea cerinței studiului pedologic contravine scopului ordonanței - accelerarea proiectelor transeuropene de transport. De asemenea, autoritatea remunerează un serviciu de care nu are nevoie pentru a implementa proiectul de infrastructură.

2. La pct. 2.4 - Obiectul serviciilor, Descrierea proiectului, din caietul de sarcini, să se renunțe la sintagma „și alte asemenea” sau autoritatea să precizeze că, în eventualitatea în care aceste studii vor fi solicitate de instituțiile competente, funcție de specificul solicitării, se va analiza posibilitatea de aplicare a procedurii de modificare a contractului în conformitate cu art. 20.

„Întrebare 14: În Caietul de Sarcini la punctul 2.4 Obiectul serviciilor - Descrierea proiectului precizați următoarele: Ca și completare, pentru toate suprafețele de teren agricol este necesară angajarea unui Prestator pentru realizarea Studiilor Pedologice și

alte asemenea și obținerea aprobărilor necesare din partea autorităților competente, pentru scoaterea acestor suprafețe din circuitul agricol și/sau forestier. Vă rugam să precizați clar ce alte studii vor fi necesare pe parcursul implementării și derulării contractului, pentru ca ofertantul să poată evalua în mod corect oferta financiară și în vederea minimizării riscului apariției unor costuri suplimentare ce l-ar putea prejudicia pe acesta.

Răspuns 14: Pe parcursul derulării contractului, pot interveni solicitări suplimentare din partea autorităților în domeniu, însă acestea nu pot fi anticipate și cuantificate la momentul realizării prezentei documentații."

Înseamnă că autoritatea solicită potențialilor ofertanți să preconizeze „alte asemenea" studii și să le introducă în propunerea financiară, deși tot ea recunoaște că „nu pot fi anticipate și cuantificate la momentul realizării prezentei documentații". Într-o asemenea situație, potențialii ofertanți pot cuantifica diferit studiile.

3. La pct. 4.1.3.8. din caietul de sarcini să se renunțe la sintagma „sau orice alt domeniu" sau autoritatea să precizeze că, în eventualitatea în care aceste studii vor fi solicitate de autoritățile competente, funcție de specificul solicitării, se va analiza posibilitatea de aplicare a procedurii de modificare a contractului în conformitate cu art. 20 din modelul de contract.

Autoritatea a menționat:

„Întrebare 15: În Caietul de Sarcini la punctul 4.1.3.8. – Autorizații, avize și acorduri precizați următoarele: De asemenea, în cazul în care în vederea obținerii unor avize de specialitate (studii de arheologie, studii legate de resurse minerale, muniții sau orice alt domeniu), acestea vor fi suportate de către Prestator și costul lor va fi evaluat și estimat în propunerea financiara. Va rugăm să precizați clar ce alte studii vor fi necesare pe parcursul implementării și derulării contractului, pentru ca ofertantul să poată evalua în mod corect oferta financiară și în vederea minimizării riscului apariției unor costuri suplimentare ce l-ar putea prejudicia pe acesta.

Răspuns 15: Pe parcursul derulării contractului, pot interveni solicitări suplimentare din partea autorităților în domeniu, însă acestea nu pot fi anticipate și cuantificate la momentul realizării prezentei documentații. Vă rugam să aveți în vedere și modificările operate de autoritatea contractantă prin Clarificarea din oficiu 1 din Clarificarea nr. 15 asupra paragrafului invocat de dvs., precum și precizările cu privire la modalitatea de bugetare a costurilor din cadrul aceluiași răspuns."

Practic, autoritatea solicită operatorilor să preconizeze studiile din „orice alt domeniu" și să le introducă în propunerea financiară, deși recunoaște că „nu pot fi anticipate și cuantificate la momentul

realizării prezentei documentații". Într-o asemenea situație, potențialii ofertanți pot cuantifica diferit aceste studii.

4. La pct. 4.2 - Scopul serviciilor pentru susținerea aplicației de finanțare, din caietul de sarcini, să se renunțe la sintagma „orice altă asistență în funcție de particularitățile sursei de finanțare sau a unor necesități de asistență specifică identificată" sau autoritatea contractantă să precizeze că, în eventualitatea în care aceste studii vor fi solicitate de autoritățile competente, funcție de specificul solicitării, se va analiza posibilitatea de aplicare a procedurii de modificare a contractului conform art. 20.

Autoritatea a postat în SEAP următoarele:

„Întrebare 16: în Caietul de Sarcini la punctul 4.2 Scopul serviciilor pentru susținerea aplicației de finanțare precizați următoarele: Prestatorul va asigura asistența Beneficiarului în elaborarea și evaluarea Cererii de finanțare până la emiterea deciziei de finanțare de către AM și Comisia Europeana (după caz), constând în următoarele servicii de asistență, dar care nu se vor limita la: ... orice altă asistență în funcție de particularitățile sursei de finanțare sau a unor necesități de asistență specifică identificată. Vă rugăm să precizați clar ce alte servicii vor fi necesare pe parcursul implementării și derulării contractului pentru a reuși să le cuantificăm în propunerea financiară.

Răspuns 16: Având în vedere diversitatea și schimbările permanente ale cerințelor în vederea obținerii Cererii de Finanțare, autoritatea contractantă nu poate oferi o lista exhaustivă a cerințelor ce pot apărea în procesul de întocmire a cererii de finanțare."

Așadar, autoritatea solicită potențialilor ofertanți să preconizeze „orice altă asistență în funcție de particularitățile sursei de finanțare sau a unor necesități de asistență specifică identificată" și să o/le introducă în propunerea financiară, deși recunoaște că nu poate furniza o listă exhaustivă a cerințelor ce pot apărea în procesul de întocmire a cererii de finanțare. Într-o asemenea situație, potențialii ofertanți pot cuantifica diferit aceste servicii.

5. La pct. 4.3. - Scopul serviciilor pentru pregătirea documentației de atribuire a contractului pentru proiect, din caietul de sarcini, să se renunțe la sintagma „alte servicii la solicitarea Beneficiarului în vederea susținerii procedurilor de achiziție publică derulate de Beneficiar", sau autoritatea contractantă sa menționeze, în mod clar, că în eventualitatea în care aceste studii vor fi solicitate de autoritățile competente, funcție de specificul solicitării, se va analiza posibilitatea de aplicare a procedurii de modificare a contractului în conformitate cu art. 20.

SC ..... SRL contestă clarificarea nr. 17, răspunsul nr. 17, publicată în SEAP în data de ....., aceasta fiind emisă cu greșita

stabilire și valorizare a situației de fapt căreia i se aplica prevederile legii speciale a achizițiilor publice. Întrebarea și răspunsul nr. 17 au următorul conținut:

„Întrebare 17: În Caietul de Sarcini la punctul 4.3. Scopul serviciilor pentru pregătirea documentației de atribuire a contractului pentru Proiect și asistență acordată Beneficiarului pe durata desfășurării procedurii de achiziție publică precizați următoarele: Prestatorul va pregăti documentația de atribuire a contractului și va acorda asistență Beneficiarului până la atribuirea definitivă a contractului de către Beneficiar, constând în principal a următoarele servicii de asistență: ... alte servicii la solicitarea Beneficiarului în vederea susținerii procedurilor de achiziție publică derulate de Beneficiar. Vă rugăm să precizați clar ce alte servicii vor fi necesare pe parcursul implementării și derulării contractului pentru a reuși să le cuantificam în propunerea financiară.

Răspuns 17: Având în vedere complexitatea procedurilor de achiziție publică în ceea ce privește emiterea de puncte de vedere tehnice și/sau răspunsuri la solicitările de clarificare pe parcursul procedurii de atribuire a contractului de execuție și/sau furnizarea de informații și documente suplimentare solicitate de ofertanți în scopul clarificării aspectelor prezentate în cadrul Documentației de atribuire și/sau participarea ca experți cooptați în comisia de evaluare și/sau formularea răspunsurilor la solicitările de date și informații ale CNSC, ANAP, alte autorități relevante, autoritatea contractantă nu poate oferi o lista exhaustivă a cerințelor ce pot apărea în etapa de acordare a asistenței acordate Beneficiarului cu privire la aceste aspecte."

Autoritatea solicită potențialilor ofertanți să preconizeze „alte servicii la solicitarea Beneficiarului în vederea susținerii procedurilor de achiziție publică derulate de Beneficiar" și să le introducă în propunerea financiară, deși recunoaște că „nu poate oferi o listă exhaustivă a cerințelor ce pot apărea în etapa de acordare a asistenței acordate Beneficiarului cu privire la aceste aspecte". Într-o asemenea situație, potențialii ofertanți pot cuantifica diferit aceste servicii.

Autoritatea avea obligația de a asigura operatorilor economici o informare completă și precisă în ceea ce privește cerințele procedurii de achiziție publică, în conformitate cu art. 154, 155 alin. (6) și art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016. Răspunsurile primite sunt neconcludente și incomplete și nu respectă principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică.

În punctul său de vedere nr. 92/35798/22.05....., înregistrat la Consiliu cu nr. 20112/22.05....., asupra primei contestații, autoritatea invocă, în apărare, fișa de date a achiziției,

pct. IV.4.2 - Modul de prezentare a propunerii financiare, conform căruia:

„Documentele de fundamentare a valorii Propunerii Financiare care vor fi prezentate în cadrul ofertei sunt:

a) Formularul nr. 10 „Propunerea Financiară", în conformitate cu modelul prezentai în Secțiunea „Formulare" a Documentației de Atribuire;

b) Declarația ofertantului (Anexa 5 la Formularul nr. 10), în conformitate cu modelul prezentat în Secțiunea „Formulare" a Documentației de Atribuire;

c) Bugetul detaliat al contractului (Anexele 1-4 la Formularul nr. 10), în conformitate cu modelul prezentat în Secțiunea „Formulare" a Documentației de Atribuire."

În cuprinsul anexei nr. 4 la formularul nr. 10 - Studiul geotehnic, s-a menționat:

„Anexa 4 la Propunerea Financiară - Studiul Geotehnic cuprinde, în afara prezentului formular CENTRALIZATOR, 5 anexe detaliate atașate numai în format electronic (Excel) la Formularul de Propunere Financiară.

Ofertanții vor completa TOATE cele 6 fișiere (inclusiv fișierul CENTRALIZATOR) prezentate în format electronic incluse în Anexa 4 la Propunerea Financiară - Studiul Geotehnic și le vor transmite atât în Excel cât și scanat purtând semnătura reprezentantului legal și ștampila operatorului economic.

Valorile din cadrul formularului/fișierului CENTRALIZATOR al Studiului Geotehnic rezultă din anexele detaliate în format Excel care sunt puse la dispoziție în format electronic în documentația de atribuire sub denumirea de anexe propunere financiară."

Anexa nr. 4 reprezintă, de fapt, un fișier in format Excel, cu următoarele foi: 1) Podețe, 2) Poduri, 3) Drum, 4) Consolidări, 5) Studiul geotehnic, 6) Anexa nr. 4 (centralizatorul foilor mai sus menționate). În foile 1-5 se face mențiunea: *„Costul forajului va fi estimat în metru liniar de foraj și va cuprinde toate analizele de laborator (încercări fizice uzuale, încercări fizice + mecanice pentru probe r. moi coezive și necoezive și probe r. tari) în conformitate cu NP 074/2014, normele în vigoare și cerințele din Caietul de Sarcini"*. Totodată, în foaia 6 se precizează: *„Adâncimea forajelor (adâncime invest/H invest/adâncime) din cadrul rubricilor „Execuție foraje" (podețe, poduri, consolidări) și „Foraje" (drum) este estimativă pentru a avea termene de comparație egale între oferte. Execuția forajelor (adâncime invest/H invest/adâncime) se va realiza în conformitate cu prevederile Caietului de Sarcini, decontarea forajelor, pe fiecare categorie de lucrări, se va realiza pentru cantitatea real executată (ml)."*

Anexa nr. 4 a fost publicată la data anunțului de participare și structura ei nu a suferit modificări. Prin clarificarea nr. 16 nu s-au adus modificări în structura anexei și nici s-au modificat cerințele solicitate de la data publicării documentației. Astfel, încă de la momentul publicării documentației de atribuire, toți ofertanții au știut că:

- costul forajului va fi estimat în metru liniar de foraj;
- în costul forajului vor fi incluse analizele de laborator (încercări fizice uzuale, încercări fizice + mecanice pentru probe „r." moi coezive și necoezive și probe „r." tari) în conformitate cu NP 074/2014, normele în vigoare și cerințele din caietul de sarcini;
- adâncimea forajelor este estimativă;
- execuția forajelor (adâncime invest/H invest/adâncime) se va realiza în conformitate cu prevederile caietului de sarcini;
- decontarea forajelor se va realiza pentru cantitatea real executată (ml).

Aceste elemente au fost cunoscute de la momentul publicării documentației de atribuire (noiembrie 2016) și au fost menținute prin clarificarea nr. 16, motiv pentru care contestarea cerințelor documentației de atribuire este tardivă.

Mai mult decât atât, în conformitate cu anexa nr. 1 la formularul nr. 10 - Centralizator, structura propunerii financiare este:

Nr. crt.	Denumire poziție	Cheltuieli (lei, fără TVA)
1	Studiu de fezabilitate	
2	Proiect tehnic	
3	**Suma provizionată (5% din 1+2)**	
4	Buget publicitate	5,000.00
5	TOTAL, fără TVA	

Suma provizionată va fi utilizată inclusiv pentru decontarea cantităților real executate în cadrul studiului geotehnic.

Prin urmare, s-a menținut structura anexei nr. 4, cum a fost publicată, structură prin care s-a dorit crearea condițiilor egale de ofertare pentru toți operatorii economici.

Activitățile cuprinse în anexa nr. 4 pentru realizarea studiului geotehnic reprezintă un minim de studii/investigații pe baza cărora s-a determinat valoarea estimată a contractului.

Pentru a nu limita și îngrădi niciun operator economic la întocmirea ofertelor financiare, compania beneficiară subliniază că, pentru orice alte studii/activități decât cele prevăzute în cadrul anexei nr. 4, pe care prestatorul le consideră necesare în realizarea unui studiu geotehnic de calitate, acesta are posibilitatea de a cuprinde costul lor în anexa nr. 4.

În ceea ce privește cazul în care este necesară realizarea de investigații cu adâncimi mai mari de 25 de metri, prestatorul poate ajunge în situația în care va depăși costurile ofertate, iar costurile

reieșite din diferențele de adâncime vor fi decontate, după argumentarea tehnică justificativă a prestatorului. Decontarea se va realiza din suma provizionată prevăzută în cadrul anexei nr. 1 la propunerea financiară, la prețul pe metru liniar ofertat de către prestator în cadrul propriei propuneri financiare.

Situația prezentată de către operatorul economic în contestație demonstrează că acesta nu are capacitatea de a evalua necesarul de activități și studii pentru a realiza un livrabil, în speță studiul geotehnic, care să respecte cerințele din caietul de sarcini și legislația în vigoare.

Având în vedere cele expuse, autoritatea consideră că solicitarea de modificare a documentației de atribuire este tardivă și neîntemeiată, motiv pentru care solicită respingerea contestației.

În punctul său de vedere nr. 92/35803/22.05....., înregistrat la Consiliu cu nr. 20180/23.05....., asupra contestației secunde, autoritatea contractantă afirmă că a adoptat următoarele măsuri de remediere, pe care le-a postat în SEAP:

- a eliminat din caietul de sarcini cerința privind realizarea studiilor pedologice;

- la cap. 4.1.3.8 - Autorizații, avize și acorduri, din caietul de sarcini, paragraful: *„De asemenea, în cazul în care în vederea obținerii unor avize de specialitate este necesară elaborarea unor studii de arheologie, studii legate de resurse minerale, muniții sau studii aferente oricăror alte domenii, costul acestor studii va fi suportat de către Prestator și va fi inclus în cadrul Propunerii Financiare.”*, modificat anterior prin clarificarea din oficiu nr. 3/14, se reformulează după cum urmează: *„De asemenea, în cazul în care în vederea obținerii unor avize de specialitate este necesară elaborarea unor studii de arheologie, studii legate de resurse minerale, muniții, costul acestor studii va fi suportat de către Prestator și va fi inclus în cadrul Propunerii Financiare.”*

Având în vedere măsura de remediere adoptată și publicată, autoritatea consideră că al treilea capăt de cerere din contestație a rămas fără obiect, putând deveni aplicabile prevederile art. 9 alin (3) din Legea nr. 101/2016;

- la cap. 4.3 - *Scopul serviciilor pentru pregătirea documentației de atribuire a contractului pentru proiect și asistență acordată beneficiarului pe durata desfășurării procedurii de achiziție publică*, se elimină *„alte servicii la solicitarea Beneficiarului în vederea susținerii procedurilor de achiziție publică derulate de Beneficiar*”, situație în care capătul de cerere a rămas fără obiect.

În ceea ce privește pct. 4 din contestație, autoritatea menține răspunsul nr. 16 din clarificarea nr. 17, având în vedere că, la cap. 4.2 - *Scopul serviciilor pentru susținerea aplicației de finanțare*, s-au prevăzut în sarcina prestatorului următoarele activități:

„- asistența în formularea răspunsurilor la clarificările solicitate de către Beneficiar, Jaspers, AM, CE, Banci, alte autorități române până la obținerea finanțării;

- ajustarea, revizuirea, modificarea documentelor specifice din cadrul Studiului de fezabilitate ori de cate ori este nevoie până la obținerea finanțării;

- asistență la întâlnirile Beneficiarului cu potențiali finanțatori sau cu autoritățile/entitățile care verifică aplicația de finanțare;

- asistența Beneficiarului în procesul de avizare conform legislației în vigoare pentru obținerea aprobărilor indicatorilor tehnico-economici sau a reaprobării acestora daca este cazul;

- orice altă asistență în funcție de particularitățile sursei de finanțare sau a unor necesități de asistență specifică identificată."

activități care sunt cunoscute de toți operatorii economici de la momentul publicării documentației de atribuire. Răspunsul de clarificare nu a adus nicio modificare conținutului și sensului cerințelor.

În acest context, „orice altă asistență în funcție de particularitățile sursei de finanțare sau a unor necesități de asistență specifică identificată" nu se poate referi decât la asistența acordată beneficiarului pe parcursul evaluării cererii de finanțare, în eventualitatea în care instituțiile implicate (Jaspers, AM, CE) solicită explicații suplimentare cu privire la documentele deja elaborate de prestator pentru susținerea aplicației de finanțare. Din acest punct de vedere, cerința nu ar putea să implice resurse financiare considerabile pentru prestator, dorințele acestor instituții neputându-se referi decât la documente care au fost elaborate chiar de prestator și doar în legătură cu proiectul.

În concluzie, nu se impune eliminarea activității din cuprinsul caietului de sarcini care face obiectul contestației.

În ceea ce privește aplicabilitatea art. 20 - *Modificarea contractului de servicii*, eventualele modificări ale contractului se vor realiza în conformitate cu prevederile Legii nr. 98/2016, ale Hotărârii Guvernului nr. 395/2016 și ale contractului, fără a afecta caracterul general al contractului.

Având în vedere măsurile de remediere adoptate, precum și motivele expuse, autoritatea solicită respingerea contestației.

În replică la punctul de vedere nr. 92/35798/22.05..... formulat de organizatoarea licitației, SC ..... SRL a depus adresa nr. 287/08.06....., în care prezintă succesiunea întrebărilor și răspunsurilor pe marginea anexei nr. 4, concluzionând că aceasta trebuie revizuită, pentru a asigura necesarul de informații operatorilor economici. Totodată, este combătută excepția tardivității ridicată de autoritate.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzelor conexate, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ....., autoritatea contractantă ..... SA a inițiat o procedură de licitație deschisă online în vederea achiziționării de servicii de elaborare studiu de fezabilitate și proiect tehnic pentru drumul expres Legătura A3 - Aeroport Henri Coandă, lungime tronson de drum 9,30 km, servicii estimate valoric la maximum 3.817.724 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de participare. Ulterior consultării acestei documentații, clarificată pe parcurs, considerând că anumite condiții sunt în continuare neclare, insuficiente, restrictive ori contrare dispozițiilor legale din alte motive, operatorii economici au adresat companiei organizatoare solicitări de clarificare, de decalare a datei de depunere a ofertelor sau notificări prealabile.

La 06.03....., 17.03..... și 20.03....., SC ... SRL, SC ...SRL și SC ..... SRL au atacat la Consiliu diverse acte ale autorității pe baza cărora urmează a fi elaborate și depuse ofertele, iar în soluționarea celor trei contestații a fost pronunțată decizia nr. 813/...../619/762/...../13.04....., cu următoarea soluție:

„Admite, în parte, contestațiile formulate de SC ... SRL și SC ..... SRL, în contradictoriu cu ..... SA, pe care o obligă la elaborarea măsurilor de remediere a procedurii la care s-a angajat prin punctul de vedere referitor la contestația SC ... SRL și să răspundă tuturor solicitărilor de clarificare adresate de SC ..... SRL la 22.02....., măsuri și răspunsuri care vor fi publicate în SEAP în termen de 20 zile de la data primirii deciziei.

Obligă autoritatea contractantă la stabilirea unui termen de depunere a ofertelor în acord cu dispozițiile art. 152 alin. (1) și art. 161 din Legea nr. 98/2016.

Respinge, ca inadmisibile, criticile SC ... SRL referitoare la răspunsurile din cadrul clarificărilor nr. 1/27.01..... și nr. 3/31.01.....

Respinge, ca rămase fără obiect, criticile SC ... SRL și SC ..... SRL cu privire la lipsa răspunsurilor la solicitările de clarificare la care autoritatea contractantă a răspuns deja în SEAP.

Respinge, ca inadmisibilă, contestația SC ...SRL, în contradictoriu cu ..... SA.”

Împotriva deciziei Consiliului, SC ... SRL a formulat plângerea înregistrată la Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, cu nr. 3253/2/27.04..... Prin decizia civilă

nr. 2316 din 23 mai ....., instanța de judecată a respins plângerea, ca nefondată.

Ulterior postării în SEAP – la 13.04..... – a clarificării nr. 16 la documentația de atribuire, SC ..... SRL s-a plâns companiei achizitoare de nelegalitatea clarificării, prin notificarea prealabilă nr. 190/20.04....., demers la care compania nu a înaintat niciun răspuns petentei, împrejurare în care aceasta a reacționat prin formularea contestației la Consiliu, la data de ....., contestație ce formează obiectul prezentei cauzei nr. ...../..... La aceasta a fost conexată contestația nr. ...../..... (dosar nr. ...../.....), aparținând aceleiași societăți comerciale.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a contestației prime, în contextul invocării excepției tardivității depunerii ei, raportat la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și art. 248 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul este ținut să analizeze cu precădere excepția.

În legătură cu prezentarea contestației în termenul legal, sunt relevante următoarele dispoziții ale Legii nr. 101/2016, în vigoare la data la care a fost formulată și depusă contestația:

Art. 5. - (1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului.

(2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare.

Art. 6. - (1) Sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, care poate fi invocată și din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanței de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, 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 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;

(3) În cazul în care notificarea prealabilă 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.

(4) În termen de 3 zile, calculat începând cu ziua următoare primirii notificării prealabile, autoritatea contractantă transmite un răspuns prin care comunică dacă urmează sau nu să adopte măsuri de remediere a pretinsei încălcări.

Art. 8. - (1) 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 și oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă 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, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică, achiziție 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, după caz;

(2) Termenul de contestare prevăzut la alin. (1) se calculează după cum urmează: [...]

b) începând cu ziua următoare împlinirii termenului prevăzut la art. 6 alin. (4), când autoritatea contractantă nu a transmis un răspuns; [...]

Art. 16. - (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.

Consiliul ia act că, în pofida redactării interpretabile a petitului principal al acțiunii („Obligarea Autoritatii Contractante la adoptarea de masuri de remediere complete si neechivoce privind Anexa 4 la propunerea financiara care a făcut subiectul Clarificării nr. 17, in sensul asigurarii specificațiilor necesare intocmirii unei oferte financiare corecte si corespunzătoare, care sa nu conducă la blocaje in activitatea viitorului Prestator, precum si la imposibilitatea decontării lucrărilor real executate."), în realitate, SC ..... SRL este nemulțumită și se plânge de răspunsul clarificator nr. 16, primit de la autoritate prin intermediul SEAP la 13.04....., iar nu de anexa nr. 4 regăsită în secțiunea de formulare a documentației de atribuire publicată de autoritate încă de anul trecut. Astfel fiind, nu se poate socoti că demersul reclamantei ar fi trebuit inițiat de la momentul postării pe Internet a anexei nr. 4, parte integrantă a documentației de atribuire; actul împotriva căruia este formulată contestația este clarificarea nr. 16 (nu 17), după cum însăși contestatoarea precizează expres la începutul cererii („Împotriva actului emis de către Autoritatea Contractanta, respectiv Clarificarea nr. 16 publicata in SEAP in data de 13.04....., aceasta fiind emisa in opinia noastra cu greșita stabilire si valorizare a situației de fapt careia i se aplica prevederile legii speciale a achizițiilor publice.")

Drept urmare, nu se poate recurge la calcularea termenului de contestare prin prisma art. 6 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 („În cazul în care notificarea prealabilă 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."), deoarece discuția se poartă nu asupra atacării documentației, ci a clarificării nr. 16 din 13.04....., dată de la care începea să fie calculat termenul procedural de notificare impus de art. 6 alin. (3).

În speță, actul atacat este cel de clarificare din 13.04....., iar nu documentația de atribuire sau alte clarificări la aceasta postate anterior de autoritate în SEAP. Termenul procedural de notificare a actului pretins nelegal, de zece zile, calculat potrivit dispozițiilor normative reproduse mai sus, a fost respectat de SC ..... SRL. Astfel fiind, teza tardivității contestației, promovată

de autoritatea achizitoare, nu este întemeiată, împrejurare care atrage respingerea ca atare a acestei excepții.

Pe fondul cauzei, Consiliul remarcă faptul că actul reclamat vizează răspunsul pe care îl conține:

Întrebare 1

Facem referire la procedurile de atribuire desfasurate in prezent, mai exact la Anexa 4 la Propunerea Financiara si intrucat:

1. Modalitatea de decontare impusa de Beneficiar limiteaza adancimea de investigare prin foraje geotehnice la 25.00m. Astfel, potentialii ofertanti nu pot prevedea preturi pentru eventualitatea in care, pe parcursul implementarii contractului vor fi necesare foraje de adancimi mai mari. Conform practicii curente in domeniu, pretul per metru liniar de foraj creste proportional cu adancimea, conditie obiectiv impusa de caracteristicile utilajului, manopera, echipamente auxiliare etc. Prin urmare, in ipoteza in care ofertantul declarant castigator va efectua, din necesitate si in interesul proiectului, investigatii la adancimi mai mari, s-ar putea ajunge in situatia in care acesta sa nu mai acopere costurile ofertate.

2. Nu se pot estima la momentul intocmirii ofertelor numarul de probe ce vor fi testate in laborator si nici tipul acestora. Fiind in situatia in care nu se poate estima numarul de incercari fizice sau numarul de incercari mecanice, iar pretul per metru liniar de foraj furnizat in cadrul Anexei 4 ar trebui sa curpinda si incercarile de laborator, rezultatul anexei 4 va denatura realitatea ce va fi intalnita pe amplasament, punand ulterior ofertantul declarant castigator in situatia de a nu putea deconta lucrarile real executate sau a le deconta la preturi mult mai mici. Acest lucru se datoreaza necesitatilor punctuale din punct de vedere al proiectarii, ce nu pot fi estimate fara cunoasterea terenului din amplasament. Cu titlu de exemplu, pentru aceeasi proba se poate efectua in scopul determinarii parametrilor rezistentei la forfecare fie o incercare de forfecare directa, fie o incercare de compresiune triaxiala, diferenta dintre acestea putand fi de ordinul a 500%. In scopul formularii unui pret cat mai bun, prin formatul impus pentru Anexa 4, ofertantii sunt descurajati sa prevada in ofertele lor incercari complexe, ale caror costuri sunt proportionale cu calitatea si multitudinea informatiilor pe care le pot oferi.

3. Impunerea de catre Autoritatea Contractanta a tipurilor de investigatii (foraje, geofizice, seismice) este de natura a descuraja efectuarea altor tipuri de investigatii care sunt necesare conform normativelor in vigoare sau specificului proiectului (ex. CPT, Lugeon, LeFranc, presiometru etc.), dar care nu vor putea fi decontate in lipsa unui pret corespunzator in cadrul ofertei financiare.

4. Neprecizarea prin oferta financiara a preturilor unitare pentru incercari de laborator este de natura a crea dificultati in cazul decontarii serviciilor intrucat testele de laborator se efectueaza: functie de natura terenului, functie de tipul lucrarii, functie de corelarea cu alte incercari executate in acelasi strat etc, lucruri care nu pot fi cunoscute la momentul intocmirii ofertei.

In acest sens, pentru a putea vorbi despre tratament egal in cazul tuturor ofertantilor si posibilitatea evitarii unor situatii ce pot conduce ulterior operatorii economici la dificultati financiare, de natura sa puna in pericol desfasurarea proiectelor, va rugam sa creati premisele pentru urmatoarele:

1. Prezentarea, inca de la etapa de oferta, a preturilor unitare pentru fiecare categorie de adancime de foraj si pentru toate tipurile de investigatii de teren pe care operatorii economici le pot intrevedea in mod obiectiv ca fiind necesare pentru implementarea proiectului si furnizarea catre Autoritatea Contractanta a unui studiu geotehnic care sa indeplineasca cerintele NP074-2014. In acest fel se pot evita problemele referitoare la decontarea cantitatilor real executate.

2. Prezentarea, inca de la etapa de oferta, a preturilor unitare pentru fiecare tip de analiza de laborator pe care operatorii economici le pot intrevedea in mod obiectiv ca fiind necesare pentru implementarea proiectului si furnizarea catre Autoritatea Contractanta a unui studiu geotehnic care sa indeplineasca cerintele NP074-2014. In acest fel se pot evita problemele referitoare la decontarea cantitatilor real executate.

3. Specificarea in mod explicit in cadrul documentatiei de atribuire a felului in care vor fi decontate investigatiile de teren si de laborator pentru care nu este prevazut un pret in cadrul anexei 4 la Propunerea Financiara

Avand in vedere cele de mai sus, va solicitam respectuos sa transpuneti cele mentionate in cuprinsul documentatiei de atribuire.

Răspuns 1

1. Prin modalitatea de decontare propusa de Beneficiar, adancimea de investigare prin foraje geotehnice nu a fost limitata la 25m. Aceasta adancime este estimativa. De asemenea, a se vedea propunerile pentru investigatii aferente zonelor de debleu si zonelor cu potential de instabilitate din tabelele Anexei 4.

Considerentele de ordin geomorfologic ale ariilor ce vor fi strabatute indica valorile de adancime pe categoriile de lucrari prezentate in Anexa 4 a Propunerii Financiare. Uzual, pretul per metru linear se calculeaza in conformitate cu notele de subsol ale acesteia si nu pe baza unor posibile practici curente care sa impuna cresterea pretului per metru linear de foraj proportional cu adancimea.

Bunele practici din activitatea de foraj impun alegerea cu atentie a instalatiilor si a tuturor echipamentelor care vor fi folosite, astfel incat sa fie atins un grad optim al operatiilor si evitarea producerii de costuri inutile care ar putea aparea in urma utilizarii unei logistici neadecvate.

In cazurile in care unele situatii vor implica suplimentarea costurilor, aceste situatii vor fi justificate tehnic, prin prezentarea clara si concreta a situatiei care impune modificarile. Aceste situatii, care nu pot fi prevazute, se manifesta local si nu pe tot amplasamentul proiectului - decontarea eventualelor activitati complementare, executate in urma obtinerii acordului CNAIR SA, in cazul forajelor va fi efectuata pe metri liniari real executati, utilizandu-se acelasi cost de foraj (lei/metru) stabilit de ofertant in Propunerea Financiara.

Pe cale de consecinta, Autoritatea Contractanta va deconta adancimi de foraj mai mari sau mai mici decat cele precizate in Anexa 4, in functie de cantitatile real executate si la costul de foraj lei/metru liniar stabilit in Propunerea Financiara.

2. Asa cum s-a mentionat in Notele din cuprinsul Anexei 4, analizele de laborator aferente fiecarui foraj sunt incluse in "cost foraj/metru liniar". Aceste analize de laborator pot fi de tipul incercari fizice uzuale, incercari fizice+mecanice pentru probe r. moi coezive si necoezive si probe r. tari, si indiferent de gradul de dificultate al acestora, toate analizele de laborator trebuie sa respecte normele in vigoare, NP 074/2014 si cerintele Caietului de Sarcini.

Mentionam ca pentru aceasta procedura, criteriul de atribuire este cel mai bun raport calitate-pret, prin urmare oferta va reflecta inclusiv calitatea forajelor executate si a analizelor de laborator efectuate, pretul avand o pondere de doar 30%.

3. Autoritatea Contractanta a impus foraje si tipuri de investigatii minimale (geofizice, seismice) conform NP 074/2014. In conditiile in care Prestatorii doresc sa efectueze si alte tipuri de investigatii decat cele minim solicitate prin Caietul de sarcini si prin reglementarile si normativele tehnice aplicabile, acestea pot fi pretuite in cadrul "cost foraj/metru liniar" din Anexa 4.

4. A se vedea Raspunsul de la pct. 2 de mai sus.

Orice activitate aferenta Studiului geotehnic care poate conduce la depasiri de cantitati va fi justificata si prezentata Beneficiarului, care le va analiza si, daca va fi cazul, le va aproba inainte ca acestea sa fie demarate si se vor plati din Suma Provizionata.

Dacă aprecia că structura anexei nr. 4 era incompletă, respectiv nelegală, SC ..... SRL avea datoria să o reclame în termen legal, începând cu momentul aflării ei din documentația de atribuire. Termenul nu curge de la aflarea răspunsului din clarificarea nr. 16, ci chiar de la data postării documentației („data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire”). Însă, după cum a fost subliniat mai sus, presupusa vătămare a societății provine din clarificarea nr. 16, act asupra legalității și

temeiniciei căruia urmează a se pronunța organul administrativ-jurisdicțional.

Asupra acestui act, trebuie ținut seama că dispozițiile art. 160 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele analoage ale art. 103 alin. (1) și (2) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 (ce pot fi extrapolate la licitația deschisă), prescriu că orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, iar autoritatea contractantă are obligația de a răspunde în mod clar și complet, cât mai repede posibil, la orice solicitare de clarificări sau informații suplimentare. Niciunde în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea fișei de date, a formularelor sau a caietului de sarcini (documentației de atribuire) și, nici atât, obligația autorității contractante de a remedia documentația de atribuire astfel cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită. Astfel fiind, autoritatea contractantă nu avea nicio obligație legală de a modifica documentația de atribuire după voința operatorului economic care a adresat întrebările. Opțiunea modificării cerințelor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al autorității, iar nu o obligație, iar Consiliul nu poate sancționa autoritatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări cerințelor financiare, tehnice ori altor prevederi ale documentației. Singura obligație legală a autorității contractante este aceea de a răspunde operativ, în mod clar, complet și fără ambiguități la solicitarea de clarificări, iar cercetarea Consiliului va privi doar respectarea acestei obligații, iar nu legalitatea anexei nr. 4 regăsită în secțiunea de formulare din documentația de atribuire, pe care operatorul economic putea să o notifice/conteste înainte de expirarea termenului legal. Consiliul nu se poate pronunța asupra legalității sau nelegalității clauzelor documentației de atribuire, fiind ținut de excepția inadmisibilității contestării lor, care împiedică o analiză pe fond a acestora.

Chiar dacă, în speță, Consiliul ar dispune anularea și refacerea răspunsului clarificator nr. 16, nu i s-ar putea dispune autorității să schimbe informațiile cuprinse în anexa nr. 4, în sensul completării ei cu tarife pentru foraje peste 25 m (metri liniari real executați) ori schimbarea modalității de tarifare în funcție de tipul de foraj sau investigațiile de laborator, deoarece, la acest moment, este inadmisibilă orice critică vizând informațiile din documentația de atribuire.

În același sens este și practica judiciară, relevante fiind spre pildă decizia civilă nr. 6598 din 13 septembrie 2012 a Curții de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

deciziile nr. 1150/CA din 21 octombrie 2009 și nr. 1449/CA din 16 decembrie 2009 pronunțate de Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal; deciziile civile nr. 1425 din 29 martie 2012 și nr. 1639 din 15 iunie 2009 pronunțate de Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal; deciziile civile nr. 70 și 71 din 22 ianuarie 2009, în care Curtea de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal, a statuat că solicitarea unor clarificări cu depășirea termenului legal de formulare a eventualelor contestații nu poate avea ca efect repunerea în termen ori considerarea ca fiind formulată în termen contestația. Fostul Ordin al președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. 171/2012 cu privire la clarificările ce vizează conținutul documentației de atribuire dispune în aceeași direcție.

Art. 160 al Legii nr. 98/2016 prescrie:

(1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire.

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a răspunde în mod clar și complet, cât mai repede posibil, la orice solicitare de clarificări sau informații suplimentare, într-o perioadă care nu trebuie să depășească, de regulă, 3 zile lucrătoare de la primirea unei astfel de solicitări din partea unui operator economic.

(3) Autoritatea 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. 150 alin. (2), luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea operatorului economic care a solicitat clarificările sau informațiile suplimentare respective.

(4) Dispozițiile art. 150 alin. (3)-(6) sunt aplicabile în mod corespunzător în ceea ce privește răspunsurile la solicitări de clarificări sau informații suplimentare.

În speță, Consiliul apreciază că răspunsului clarificator în discuție – „[CN171764/040] Clarificarea nr. 16.pdf.p7s” – nu aduce cu nimic atingere art. 160 precitat, acoperind în mod corespunzător întrebările adresate organizatoarei. ..... SA a explicat că adâncimea de investigare prin foraje geotehnice nu este limitată la 25 m, că va deconta și foraje mai adânci, precum și că ofertanții pot propune și alte tipuri de investigații. De asemenea: „Orice activitate aferenta Studiului geotehnic care poate conduce la depasiri de cantitati va fi justificata si prezentata Beneficiarului, care le va analiza si, daca va fi cazul, le va aproba inainte ca acestea sa fie demarate si se vor plati din Suma Provizionata.”, adăugire din care reiese disponibilitatea companiei de a plăti prestatorului și alte investigații, suplimentare celor minimale.

Prin răspunsul acordat, autoritatea nu a restricționat în vreun fel accesul operatorilor interesați la licitație și a confirmat că va acoperi eventualele costuri pentru activități (studii/investigații) necesare neprevăzute inițial. Suma provizionată este de 5% din costurile studiului de fezabilitate și proiectului tehnic.

De asemenea, nimic nu oprește contestatoarea să includă în costul forajelor (tariful per metru liniar) nu doar costurile efective, ci și

costurile analizelor de laborator și ale altor tipuri de analize obligatorii din perspectiva sa, dacă are îndoieli că acestea din urmă nu vor fi decontate de autoritate. Așadar, soluții se pot identifica, astfel încât să fie evitate acele „dificultati financiare incompatibile cu posibilitatea executării corespunzătoare a atribuțiilor". După cum însăși contestatoarea recunoaște, nici ea și nici autoritatea nu pot prevedea, la acest moment, toate situațiile posibil să apară în implementarea contractului, „nu se poate face o estimare a necesarului de incercari de laborator, precum nu se poate face nici o estimare a tipului acestora". Pe de altă parte, executarea corespunzătoare a obligațiilor contractuale nu ține de etapa de ofertare.

Contestatoarea susține că solicitarea ei către autoritate a fost „de a se crea un mecanism care să nu creeze probleme în implementarea contractului", dar un asemenea mecanism este dificil, dacă nu chiar imposibil de conturat în această etapă, după cum contestatoarea însăși recunoaște.

În această direcție vine chiar Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță al Comunităților Europene din 10 decembrie 2009, cauza T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV împotriva Comisiei Europene, pct. 50 și 51: *„Mai mult, chiar dacă o autoritate contractantă este obligată să redacteze în mod precis și clar condițiile unei cereri de ofertă, aceasta nu este obligată să aibă în vedere toate situațiile posibile, oricât de rare ar fi acestea, susceptibile să apară în practică (Ordonanța Curții din 20 aprilie 2007, TEA- CEGOS și STG/Comisia, C- 189/06 P, Rep., p. I- 62, punctul 30). O condiție prevăzută în caietul de sarcini trebuie interpretată în funcție de obiectul său, de sistemul și de modul său de formulare (a se vedea în acest sens Ordonanța TEA- CEGOS și STG/Comisia, punctul 50 de mai sus, punctul 46). În caz de îndoială, autoritatea contractantă vizată poate să evalueze aplicabilitatea unei astfel de condiții prin realizarea unei examinări pentru fiecare caz în parte, ținând cont de*

toate elementele pertinente (a se vedea în acest sens Ordonanța TEA- CEGOS și STG/Comisia, punctul 50 de mai sus, punctul 31).”

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că nu există motive pentru infirmarea totală sau parțială a clarificării nr. 16 din 13.04..... În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația SC ..... SRL nr. ...../....., în contradictoriu cu ..... SA.

Analiza actului atacat al autorității contractante, din punctul de vedere al legalității și temeiniciei, s-a efectuat prin prisma motivelor invocate de societatea contestatoare, în acord cu principiul disponibilității care guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului [art. 9 alin. (2) C. proc. civ. - obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților].

Relativ la contestația secundă, Consiliul notează că autoritatea achizitoare a adoptat o serie de măsuri de remediere:

- a eliminat cerința realizării studiilor pedologice;
- a eliminat sintagma *„și alte asemenea*” de la pct. 2.4 din caietul de sarcini;
- a eliminat sintagma *„sau orice alt domeniu*” de la pct. 4.1.3.8 din caietul de sarcini;
- a eliminat sintagma *„orice altă asistență în funcție de particularitățile sursei de finanțare sau a unor necesități de asistență specifică identificată*” de la pct. 4.2 din caietul de sarcini,

remedieri care atrag respingerea, ca rămase fără obiect, a capetelor de cerere nr. 2, 3, 4 și 6 din contestație, context factual în care se va face aplicarea art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 față de respectivele capete de cerere. Până la acest moment, reclamanta nu a contestat niciuna dintre măsurile de remediere adoptate. La pct. 1 din contestație, reclamanta solicită admiterea contestației, solicitare care nu poate fi tratată drept capăt de cerere (obiect al vreunei contestații), deoarece este subînțeles că orice contestație este formulată pentru a fi admisă, nu respinsă, raportat la un act vătămător al autorității contractante.

În legătură cu capătul de cerere nr. 5 (să se renunțe la sintagma „alte servicii la solicitarea Beneficiarului în vederea susținerii procedurilor de achiziție publică derulate de Beneficiar” de la pct. 4.3. - Scopul serviciilor pentru pregătirea documentației de atribuire a contractului pentru proiect, din caietul de sarcini, sau autoritatea contractantă să menționeze, în mod clar, că în eventualitatea în care aceste studii vor fi solicitate de autoritățile competente, funcție de specificul solicitării, se va analiza posibilitatea de aplicare a procedurii de modificare a contractului în

conformitate cu art. 20), Consiliul găsește că răspunsul de clarificare oferit de ..... SA ([CN171764/043]Clarificare17.rar.p7s) este unul lămuritor și în limitele cadrului legal (art. 160 din Legea nr. 98/ 2016).

Întrebare 17

In Caietul de Sarcini la punctul4.3. Scopul serviciilor pentru pregatirea documentației de atribuire a contractului pentru Proiect si asistenta acordata Beneficiarului pe durata desfasurarii procedurii de achiziție publica precizati urmatoarele: „Prestatorul va pregăti documentația de atribuire a contractului si va acorda asistenta Beneficiarului pana la atribuirea definitiva a contractului de către Beneficiar, constând in principal a urmatoarele servicii de asistenta: ...

- alte servicii la solicitarea Beneficiarului in vederea susținerii procedurilor de achiziție publica derulate de Beneficiar"

Va rugam sa precizati clar ce alte servicii vor fi necesare pe parcursul implementarii si derularii contractului pentru a reusi sa le cuantificam in propunerea financiara.

Răspuns 17

Avand in vedere complexitatea procedurilor de achizitie publica in ceea ce priveste emiterea de puncte de vedere tehnice si/sau raspunsuri la solicitarile de clarificare pe parcursul procedurii de atribuire a contractului de executie si/sau furnizarea de informatii si documente suplimentare solicitate de ofertanti in scopul clarificarii aspectelor prezentate in cadrul Documentatiei de atribuire si/sau participarea ca experti cooptati in comisia de evaluare si/sau formularea raspunsurilor la solicitarile de date si informatii ale CNSC, ANAP, alte autoritati relevante, Autoritatea Contractanta nu poate oferi o lista exhaustiva a cerintelor ce pot aparea in etapa de acordare a asistentei acordate Beneficiarului cu privire la aceste aspecte.

Considerentele evocate cu prilejul analizării contestației prime rămân valabile, *mutatis mutandis*, și în cazul examinării acestui capăt de cerere.

Compania achizitoare a explicat la ce anume servicii adiționale s-a referit, precizând că nu poate oferi o listă exhaustivă a cerințelor care pot apărea în etapa de acordare a asistenței. Acest răspuns nu afectează procesul de elaborare a ofertelor sau accesul la licitație. Pe de altă parte, compania nu a negat că va deconta eventualele servicii adiționale ori că va proceda la modificarea contractului în ipoteza necesității prestării lor, cu respectarea normelor legale aplicabile, dimpotrivă, și-a arătat disponibilitatea în acest sens. Teama reclamantei că ofertanții pot cuantifica diferit serviciile nu este de natură a dovedi caracterul nelegal al răspunsului reprodus mai sus.

În circumstanțele expuse și în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge și contestația secundă aparținând SC ..... SRL.

Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 statuează că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci și a regulilor de elaborare a documentației de atribuire și a clarificărilor la aceasta.

Pentru aceste motive,

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația SC ..... SRL nr. ...../....., ca nefondată, iar contestația nr. ...../..... a aceleiași societăți, ca rămasă fără obiect la capetele de cerere 2, 3, 4 și 6 și ca nefondată în rest, în contradictoriu cu ..... SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere de către părțile cauzei, în termen de zece zile de la comunicare.

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

Redactată în patru exemplare, conține douăzeci și două de pagini.