



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, București, România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 ; +4 021 8900745 www.cnsc.ro

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

DECIZIE

Nr. / /,

Data:

Prin contestația nr. /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. /, formulată de SC SRL, cu sediul în, B-dul,, înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI RO, împotriva documentației de atribuire, elaborată de către SA, cu sediul, cod poștal 010873, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având drept obiect: „.....”, cod CPV: 71322500-6, 71241000-9, s-a solicitat: „furnizarea răspunsurilor din partea autorității contractante la solicitările de clarificări din data de 02.02....., 06.02....., 09.02....., 22.02....., în vederea obținerii unei situații mai clare și mai precise a prevederilor cuprinse în procedură”.

Prin contestația nr. /, înregistrată la CNSC sub nr. /, formulată de SC SRL, împotriva documentației de atribuire, elaborată de către SA, în cadrul aceleiași proceduri, s-a solicitat: „revenirea la cerințele inițiale din cadrul contractului de servicii art. 20 - Modificările contractului care conține deja un mecanism privind modificările pe schimbări legislative; amânarea procedurii cu un termen de depunere realist”.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. / și nr. /, au fost conexate pentru a se pronunța o soluție unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

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

SC SRL formulează contestația nr./....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr./....., împotriva documentației de atribuire, elaborată de către SA, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având drept obiect: „.....”, cod CPV: 71322500-6, 71241000-9, s-a solicitat: „furnizarea răspunsurilor din partea autorității contractante la solicitările de clarificări din data de 02.02....., 06.02....., 09.02....., 22.02....., în vederea obținerii unei situații mai clare și mai precise a prevederilor cuprinse în procedură; suspendarea procedurii”.

SC SRL contestă faptul că autoritatea contractantă nu a răspuns la solicitările de clarificări aferente documentației de atribuire, transmise în data de: 02.02....., 06.02....., 09.02....., precum și 22.02.....

Cu privire la solicitările de clarificări adresate autorității contractante, contestatorul precizează că acestea sunt următoarele:

1. Solicitare de clarificări din data de 02.02.....: „Potrivit caietului de sarcini, expertul topo trebuie să întocmească Studiul privind ocuparea terenurilor și să presteze următoarele activități: Obținerea de informații / date (achiziția coordonatelor STEREO 1970) și planuri cadastrale de la O.C.P.I./A.N.C.P.; Întocmirea planului cu amplasamentul lucrării prin suprapunerea ridicării topografice, a soluției tehnice și a planurilor parcelare avizate de către O.C.P.I. sau, după caz, aflate în evidențele acestuia și marcarea pe plan a imobilelor expropriabile; Avizarea coridorului de expropriere al lucrării de către O.C.P.I./A.N.C.P.I.; Întocmirea listelor cu titularii dreptului de proprietate sau a altor titulari de drepturi reale, ai imobilelor care constituie coridorul de expropriere, identificați pe baza evidentelor de la A.N.C.P.I. și/sau ale unităților administrativ teritoriale, care constituie, conform legii, anexa la raportul de evaluare. Față de obiectul specific al serviciilor prestate de către expertul topo (indicate mai sus) și față de rezultatul acestor servicii, vă rugăm să ne confirmați faptul că îndeplinește cerințele din caietul de sarcini și un expert topo care a mai prestat servicii identice celor prevăzute în caietul de sarcini, în sensul că a mai întocmit documente topo cadastrale necesare promovării unor HG-uri de declanșare a procedurilor de expropriere pentru autostrăzi, în cadrul a minim două contracte”;
2. Solicitare clarificări din data de 06.02.....: „Ținând cont de răspunsul dvs. nr. 20 din cadrul Clarificării nr. 3 la Documentația de atribuire, pentru ca autoritatea contractantă să poată emite un răspuns clar și complet în sensul prevederilor art. 160 alin (2) din

Legea 98/2016, reformulam solicitarea de clarificare astfel: Referitor la pct. II 1.2.2), Capacitate tehnică - Cerința 1 din fișa de date prin care se solicita: „Ofertantul trebuie să facă dovada ca a prestat în ultimii 3 ani servicii de Elaborare și/sau Revizuire de Studii de Fezabilitate și/sau Proiecte tehnice și/sau [Proiecte Tehnice și Detalii de Execuție] pentru construcție nouă și/sau modernizare de drumuri expres și/sau drumuri naționale și/sau autostrăzi. Vă rugăm să confirmați faptul că în îndeplinirea cerinței se pot lua în considerare servicii de Elaborare și/sau Revizuire de Studii de Fezabilitate și/sau Proiecte tehnice și/sau [Proiecte Tehnice și Detalii de Execuție] prestate în cadrul unui proiect de infrastructură rutieră având ca obiect realizarea unui pod care face parte dintr-un drum expres și/sau drum național și/sau autostradă. Întemeiem aceasta solicitare în baza prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 43/1997, art. 2, alin. (1), (2) și (3) (...)”;

3. Solicitare clarificări din data de 09.02.....: „Având în vedere numărul mare de proceduri derulate de către dvs. în paralel, precum și multitudinea de Răspunsuri la clarificări postate simultan în SEAP în ultimele zile, pentru ca potențialii ofertanți să poată elabora o oferta corectă și competitivă, vă rugăm să decalati termenul de depunere al ofertelor cu 14 zile calendaristice față de ultimul termen stabilit de dvs.”;
4. Solicitare clarificări din data de 22.02.....:

A. Facem referire la procedurile de atribuire desfășurate în prezent, mai exact la Anexa 4 la Propunerea Financiară și întrucât:

- Modalitatea de decontare impusa de Beneficiar limitează adâncimea de investigare prin foraje geotehnice la 25.00m. Astfel, potențialii ofertanți nu pot prevedea preturi pentru eventualitatea în care, pe parcursul implementării contractului vor fi necesare foraje de adâncimi mai mari. Conform practicii curente în domeniu, prețul per metru liniar de foraj crește proporțional cu adâncimea, condiție obiectiv impusă de caracteristicile utilajului, manopera, echipamente auxiliare etc. Prin urmare, în ipoteza în care ofertantul declarant câștigător va efectua, din necesitate și în interesul proiectului, investigată la adâncimi mai mari, s-ar putea ajunge în situația în care acesta să nu mai acopere costurile ofertate;
- Nu se pot estima la momentul întocmirii ofertelor numărul de probe ce vor fi testate în laborator și nici tipul acestora. Fiind în situația în care nu se poate estima numărul de încercări fizice sau numărul de încercări mecanice, iar prețul per metru liniar de foraj furnizat în cadrul Anexei 4 ar trebui să cuprindă și încercările de laborator, rezultatul anexei 4 va denatura realitatea ce va fi întâlnită pe amplasament, punând ulterior ofertantul declarat câștigător în situația de a nu putea deconta lucrările real executate sau a le deconta la prețuri

mult mai mici. Acest lucru se datorează necesităților punctuale din punct de vedere al proiectării, ce nu pot fi estimate fără cunoașterea terenului din amplasament. Cu titlu de exemplu, pentru aceeași proba se poate efectua în scopul determinării parametrilor rezistenței la forfecare fie o încercare de forfecare directă, fie o încercare de compresiune triaxială, diferența dintre acestea putând fi de ordinul a 500%. În scopul formulării unui preț cât mai bun, prin formatul impus pentru Anexa 4, ofertanții sunt descurajați să prevadă în ofertele lor încercări complexe, ale căror costuri sunt proporționale cu calitatea și multitudinea informațiilor pe care le pot oferi;

- impunerea de către autoritatea contractantă a tipurilor de investigații (foraje, geofizice, seismice) este de natură a descuraja efectuarea altor tipuri de investigații care sunt necesare conform normativelor în vigoare sau specificului proiectului (ex. CPT, Lugeon, LeFranc, presiometru etc.), dar care nu vor putea fi decontate în lipsa unui preț corespunzător în cadrul ofertei financiare;
- neprecizarea prin oferta financiară a prețurilor unitare pentru încercări de laborator este de natură a crea dificultăți în cazul decontării serviciilor întrucât testele de laborator se efectuează: funcție de natura terenului, funcție de tipul lucrării, funcție de corelarea cu alte încercări executate în același strat etc, lucruri care nu pot fi cunoscute la momentul întocmirii ofertei.

În acest sens, pentru a putea vorbi despre tratament egal în cazul tuturor ofertanților și posibilitatea evitării unor situații ce pot conduce ulterior operatorii economici la dificultăți financiare, de natura să pună în pericol desfășurarea proiectelor, vă rugăm să creați premisele pentru următoarele:

1. Prezentarea, încă de la etapa de oferta, a prețurilor unitare pentru fiecare categorie de adâncime de foraj și pentru toate tipurile de investigații de teren pe care operatorii economici le pot întreprinde în mod obiectiv ca fiind necesare pentru implementarea proiectului și furnizarea către autoritatea contractantă a unui studiu geotehnic care să îndeplinească cerințele NP074-2014. În acest fel se pot evita problemele referitoare la decontarea cantităților real executate;
2. Prezentarea, încă de la etapa de oferta, a prețurilor unitare pentru fiecare tip de analiză de laborator pe care operatorii economici le pot întreprinde în mod obiectiv ca fiind necesare pentru implementarea proiectului și furnizarea către autoritatea contractantă a unui studiu geotehnic care să îndeplinească cerințele NP074-2014. În acest fel se pot evita problemele referitoare la decontarea cantităților real executate.

3. Specificarea în mod explicit în cadrul documentației de atribuire a felului în care vor fi decontate investigațiile de teren și de laborator pentru care nu este prevăzut un preț în cadrul anexei 4 la propunerea financiară.

Având în vedere cele de mai sus, vă solicităm respectuos să transpuneți cele menționate în cuprinsul documentației de atribuire.

B. De asemenea, având în vedere volumul foarte mare de clarificări furnizate de autoritatea contractantă și de asemenea, completările/revenirile la răspunsurile formulate anterior de către aceeași autoritate, în scopul parcurgerii acestora cu atenția cuvenită întocmirii unei oferte corecte, complete și conforme, precum și faptul că încă nu s-a răspuns la toate solicitările de clarificare, vă solicităm decalarea termenului de depunere a ofertelor cu 14 zile calendaristice”.

5. Solicitare clarificări din data de 22.02..... - „Referitor la modalitatea de completare a DUAЕ, vă rog să clarificați dacă în cazul în care o asocierie intenționează să subcontracteze o parte din servicii, subcontractantul va fi menționat în DUAЕ completat de fiecare dintre membrii asocierii sau este suficient să fie menționat în DUAЕ completat de către liderul asocierii.”

Întrucât autoritatea contractantă nu a răspuns la solicitările de clarificări mai sus menționate, contestatorul precizează că a făcut o revenire la acestea în data de 22.02..... De asemenea, contestatorul consideră că răspunsurile la solicitările de clarificări presupun transmiterea unor informații complexe care au impact semnificativ în elaborarea ofertelor pentru procedura de achiziție publică, în cauză.

Contestatorul apreciază că autoritatea contractantă a încălcat dispozițiile art. 160 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În vederea soluționării contestației în cauză, prin adresa nr. 9725/.....-...../21.03....., în temeiul art. 20 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, Consiliul solicită contestatorului, să transmită următoarele:

- actul contestat și dovada datei la care a luat cunoștință de acesta;

- răspunsul la notificarea prealabilă;

- dovada depunerii contestației la autoritatea contractantă și dovada primirii contestației de către autoritatea contractantă; certificată prin număr și dată de înregistrare la acesta, conform art.-184 CPC coroborat cu art. 68 și 11 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 138/24.03....., înregistrată la CNSC sub nr. 10422/ 24.03....., SC SRL precizează următoarele aspecte:

- actul contestat: faptul că autoritatea contractantă nu a răspuns solicitărilor de clarificări din data de: 02.02....., 06.02....., 09.02....., precum și 22.02.....;

- autoritatea contractantă nu a răspuns la notificarea prealabilă;

- contestatorul face dovada depunerii contestației la autoritatea contractantă.

În vederea soluționării contestației în cauză, prin adresa nr. 9726/.....-/21.03....., Consiliul solicită autorității contractante, potrivit dispozițiilor art. 18 și 20 din Legea nr. 101/2016 în termen de 5 zile lucrătoare de la data primirii prezentei sub sancțiunea reglementată de art. 20 alin. (5) din actul normativ antemenționat, următoarele:

- dosarul achiziției, în copie certificată, în conformitate cu dispozițiile art. 150 coroborat cu art. 206 cpc și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborat cu art. 236 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 148 din HG nr. 395/2016;

- dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016

- în situația în care a adoptat vreo măsură de remediere după primirea contestației trimiterea dovezii respectării prevederilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 19790/24.03....., înregistrată la CNSC sub nr. 10331/24.03....., autoritatea contractantă transmite următoarele documente: planul anual al achizițiilor publice pentru anul 2016; referatul de necesitate nr. 15/3152/22.11.2016; Strategia de contractare nr. 14/6990/23.11.2016.

Prin adresa nr. 19971/27.03....., înregistrată la CNSC sub nr. 10606/27.03....., autoritatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

În ceea ce privește refuzul de a transmite un răspuns la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă precizează că atât la momentul notificării prealabile, cât și la momentul contestației avea în lucru un număr foarte mare de răspunsuri la clarificări. Totodată, precizează că ulterior notificării prealabile din data de 08.03....., autoritatea contractantă a procedat la prelungirea termenului de primire oferte până la data de 30.03....., prin anunțul de tip erată nr. 101935/10.03....., prelungire justificată de numărul mare de clarificări adresate de operatorii economici și de volumul de informații și lămuriri furnizate cu privire la documentația de atribuire.

În ceea ce privește fondul cauzei, autoritatea contractantă precizează că au fost publicate răspunsuri în cadrul celor 11 clarificări încărcate în SEAP până la data prezentei, inclusiv pentru o parte dintre răspunsurile adresate de contestator.

Cu privire la solicitările de clarificări invocate de contestator, autoritatea contractantă menționează că a publicat în SEAP următoarele răspunsuri:

1. Pentru întrebarea din solicitarea de clarificări din data de 06.02....., ora 16:24, s-a răspuns în cadrul clarificării nr. 11 postată în SEAP în data de 23.03....., rezultă astfel că acest capăt de cerere este rămas fără obiect;
2. Pentru solicitarea de prelungire a termenului de depunere a ofertelor postată de contestator în data de 09.02....., prin Erata

nr. 100530/11.02....., s-a prelungit termenul de depunere a ofertelor cu 2 săptămâni, respectiv data de primire a ofertelor a devenit din 16.02..... - 02.03....., prin urmare, contestatorul nu poate pretinde că nu s-a emis un răspuns în acest sens; rezultă astfel că acest capăt de cerere este rămas fără obiect;

3. În ceea ce privește solicitarea postată în SEAP în data de 22.02....., ora 14:07, de prelungire a datei de depunere a ofertelor, prin erata nr. 101105/23.02..... s-a prelungit termenul de primire a ofertelor cu încă două săptămâni (respectiv: 16.03.....), astfel și acest capăt de cerere a rămas fără obiect; mai mult decât atât termenul de depunere a ofertelor a fost ulterior prelungit încă o dată prin anunțul de tip erată nr. 101935/10.03....., până la data de 30.03.....; totodată, s-au făcut demersurile prelungirii termenului de depunere a ofertelor, până la data de 12.04....., anunțul de tip erată fiind publicat în SEAP la data de 25.03.....;
4. Cu privire la cele trei solicitări de clarificări adresate în data de 02.02....., 22.02..... ora 14:07 și 22.02..... ora 16:47, autoritatea menționează că va răspunde în cel mai scurt timp posibil.

Autoritatea contractantă menționează că va respecta obligația de a răspunde tuturor solicitărilor de clarificare adresate de către toți operatorii economici, asigurând în acest sens, o perioadă suficientă și adecvată pentru elaborarea ofertelor, fără încă, ca acest demers să conducă la defavorizarea altor operatori economici care au solicitat clarificări anterior operatorului economic contestator, sau în același timp cu acesta.

SC SRL a formulat contestația nr./....., înregistrată la CNSC sub nr./, împotriva documentației de atribuire, elaborată de către SA, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având drept obiect: „.....”, cod CPV: 71322500-6, 71241000-9.

În fapt, contestatorul menționează că, autoritatea contractantă a publicat în cadrul Clarificării nr. 3, întrebarea și răspunsul nr. 9, care se precizau următoarele:

„Întrebare 9: Cu referire la caietul de sarcini, cap. 3.2 Riscuri, se menționează: «Prestatorul își va asuma riscurile generale identificate de Beneficiar prin participarea sa la procedura de achiziție publică precum și prin semnarea contractului și nu va avea nicio pretenție în cazul acestora, cu excepția cazurilor în care culpa se datorează unor terțe părți sau unor motive neimputabile acestuia. Lipsa culpei va trebui să fie dovedită de către Prestator.» Având în vedere riscurile identificate de către autoritatea contractantă, vă rugăm să clarificați următoarele:

i. Schimbări legislative. Prestatorul va reproiecta, dacă este cazul, atunci când există reglementări tehnice care s-au revizuit după depunerea ofertelor, la solicitarea Beneficiarului.

Vă rugăm să confirmați faptul că în aceste circumstanțe, Beneficiarul va acționa conform contractului prin aplicarea mecanismului de modificare așa cum este acesta descris în cadrul modelului de contract, Art. 20, (4) a, c, d (5), (6), în măsura în care modificarea legislației nu poate fi reținută ca fiind sub controlul sau responsabilitatea Prestatorului.

Răspuns 9: i. Se vor respecta prevederile caietului de sarcini și se vor aplica Clauzele Contractuale."

Față de Clarificării nr. 3, întrebarea și răspunsul nr. 9 citate mai sus, contestatorul face trimitere la prevederile contractului de servicii, respectiv la „*Articolul 20 Modificarea Contractului de Servicii*”.

Contestatorul arată că, în Clarificarea nr. 11, răspunsul nr. 1, autoritatea contractantă revine asupra celor clarificate:

„Întrebare 1: În cadrul documentației de atribuire, Beneficiarul a identificat următorul risc: «Schimbări legislative. Prestatorul va reproiecta, dacă este cazul, atunci când există reglementări tehnice care s-au revizuit după depunerea ofertelor, la solicitarea Beneficiarului». Vă rugăm să clarificați condițiile în care se va realiza reproiectarea, respectiv:

- se face referire la perioada «după depunerea ofertelor» și anume perioada de desfășurare a contractului de elaborare Studiu de Fezabilitate și Proiect Tehnic sau la perioada după elaborarea Studiului de Fezabilitate și Proiectului Tehnic, și anume perioada de atribuire și implementare a contractelor de execuție?*

- această activitate de reproiectare este inclusă în valoarea contractului de elaborare a Studiului de Fezabilitate și Proiectului Tehnic sau va face obiectul unui act adițional la contractul inițial cu suplimentarea prețului?*

În ipoteza în care costurile posibilei reproiectări sunt considerate a fi deja incluse în oferta financiară, vă rugăm să limitați aceasta într-o măsură rezonabilă, fără a lăsa loc de interpretări.

Răspuns 1: În funcție de natura schimbărilor legislative, exista posibilitatea ca în perioada de desfășurare a contractului, Prestatorul să fie obligat să actualizeze proiectul deja avizat de către autoritatea contractantă. Această activitate de actualizare a proiectului va fi cuantificată în cadrul ofertei financiare de fiecare operator economic așa cum consideră”.

Față de cele arătate mai sus, contestatorul concluzionează că autoritatea contractantă a modificat cerințele inițiale din cadrul contractului de servicii prin obligarea potențialului ofertant de a-și cuantifica în cadrul ofertei financiare actualizarea proiectului deja avizat de aceasta, funcție de natura schimbărilor legislative.

Contestatorul subliniază faptul că este o sarcină imposibilă pentru potențialii ofertanți să poată estima și cuantifica valoric natura

schimbărilor legislative, acestea putând varia de la modificarea denumirii unei mixturi asfaltice (reprezentând un caz de modificare minoră), la schimbarea normativului de proiectare seismică (reprezentând un caz de modificare majoră, adică reproiectarea întregului proiect). Ca urmare rezultă ca cerința autorității contractante de cuantificare a schimbărilor legislative este absurdă și nerealistă și solicită să se renunțe la această cerință nerezonabilă și să se revină la cerințele inițiale din cadrul Contractului de servicii art. 20 pentru a preîntâmpina eventualele prejudicii pe care le-ar putea întâmpina proiectantul câștigător al procedurii de licitație menționate mai sus în cazul unor schimbări legislative imprevizibile cu impact major din punct de vedere temporar și financiar. Mai mult decât atât art. 20 Modificările contractului din Volumul Contract de servicii conține deja un mecanism privind modificările pe schimbări legislative. În același sens, este art. 28 din Hotărârea nr. 395/2016.

Contestatorul susține că, în situația în care nu se revine la cerințele inițiale din cadrul contractului de servicii, ofertanții se regăsesc astfel în situația imposibilă de a estima și cuantifica valoric natura schimbărilor legislative.

Prin adresa nr. 27362/..... înregistrată la CNSC sub nr. 14879/..... autoritate contractantă transmite notificarea prealabilă și dovada publicării în SEAP a contestației.

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

..... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având drept obiect: „.....”, cod CPV: 71322500-6, 71241000-9, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr./....., conform căruia valoarea estimată a contractului este cuprinsă între 27.667.305,62 și 32.479.141,38 lei, fără TVA. Conform cap. IV.2.1) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „cel mai bun raport calitate preț”.

SC SRL contestă faptul că autoritatea contractantă nu a răspuns solicitărilor de clarificări din data de: 02.02....., 06.02....., 09.02....., precum și 22.02.....

Având în vedere că obiectul contestației nr./..... privește lipsa unui răspuns al autorității contractante la o serie de întrebări formulate de contestator la momente diferite, Consiliul în temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 conform căruia „Consiliul este obligat mai întâi să se pronunțe asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”, urmează a respinge ca inadmisibile criticile privind lipsa unui răspuns al autorității contractante la solicitările formulate în data: 02.02....., 06.02..... și 09.02..... având în vedere considerentele ce urmează; în ceea ce privește critica referitoare la lipsa

unui răspuns la clarificarea formulată în data de 22.02....., aceasta va fi analizată de Consiliu pe fond în mod distinct.

Astfel, la data de 08.03..... (după cca. 34 de zile de la prima solicitare de clarificări și cca. 28 zile de la solicitarea de clarificări din data de 09.02.....), contestatorul a înaintat autorității contractante adresa nr. 101/08.03....., reprezentând Notificarea prealabilă, prin care solicita: „transmiterea răspunsurilor la solicitările de clarificări emise în perioada 02.02..... – 22.02..... (...)”.

La data de, contestatorul depune inițial prin e-mail contestația înregistrată la CNSC sub nr./....., prin care acesta solicită: „furnizarea răspunsurilor din partea autorității contractante la solicitările de clarificări din data de 02.02....., 06.02....., 09.02....., în vederea obținerii unei situații mai clare și mai precise a prevederilor cuprinse în procedură (...)”.

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

Ca aspect preliminar, Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință despre cerințele documentației de atribuire, încă de la data de

Conform art. 6 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire, în cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire publicată în SEAP, data luării la cunoștință este data publicării ei, în speță, reieșind așadar că legiuitorul prezumă absolut luarea la cunoștință despre documentație la data publicării ei, orice dovadă contrară neputând fi primită.

Potrivit art. 3 lit. a) din Legea nr. 101/2016 prin act al autorității contractante se înțelege și omisiunea de a emite un act, în legătură cu sau în cadrul procedurii de atribuire.

În conformitate cu prevederile art. 160 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 „*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***”, astfel termenul de curgere a contestației împotriva omisiunii de a emite un act, în speță de a răspunde la solicitările de clarificări curge la data expirării termenului antemenționat.

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

Din redactarea prevederilor art. 6 alin. (1) și alin. (10) din Legea nr. 101/2016 rezultă că procedura prealabilă în fața autorității contractante, respectiv notificarea acesteia reprezintă o condiție de

admisibilitate a depunerii contestației la Consiliu, contestatorul fiind ținut ca, anterior promovării unei contestații pe cale administrativ-jurisdicțională în fața CNSC, să solicite autorității publice emitente a actului contestat, în termen de 10 zile de la data luării la cunoștință a acestuia, remedierea în tot sau în parte a acestuia.

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

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

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

Având în vedere faptul că SC SRL a investit Consiliul cu soluționarea contestației înregistrată la CNSC sub nr./....., notificarea autorității contractante fiind formulată la data de 08.03..... prin care solicită „furnizarea răspunsurilor din partea autorității contractante la solicitările de clarificări din data de 02.02....., 06.02....., 09.02....., în vederea obținerii unei situații mai clare și mai precise a prevederilor cuprinse în procedură (...)”, Consiliul constată că acesta nu a respectat termenul legal de formulare a notificării prealabile, termen care începe să curgă de la expirării termenului legal de răspuns la solicitările de clarificări.

Consiliul reține că în speță sunt incidente următoarele:

- principiul de drept „*nemo ignorare legem censetur*” potrivit căruia nimeni nu se poate apăra invocând necunoașterea legii;
- principiul de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*” potrivit căruia unde legea nu distinge, nici interpretul nu trebuie să distingă, în sensul că în cadrul legii nu s-a prevăzut nicio normă derogatorie de la obligația notificării prealabile a autorității contractante.

Față de aceste aspecte, se constată că, în speță, notificarea prealabilă cu privire la omisiunea autorității contractante de a răspunde la solicitările formulate în data: 02.02....., 06.02..... și 09.02..... a fost transmisă de către contestator, fără a fi respectat termenul legal reglementat de art. 6 din Legea nr. 101/2016 coroborat cu prevederile art. 5 alin. (1) din același act normativ.

Dacă contestatorul ar fi fost diligent și prudent, ar fi putut din vreme să-și conserve dreptul la contestație, astfel încât să permită apoi

jurisdicției Consiliului să poată analiza pe fond cererile ce fac obiectul contestației.

Operatorul economic cunoștea aspectele reclamate cu privire la omisiunea autorității contractante de a răspunde încă de la expirarea termenului legal de răspuns reglementat de art. 160 Legea nr. 98/2016 și trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal cerințele în discuție, dacă dorea completarea / modificarea lor.

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

În ceea ce privește lipsa unui răspuns din partea autorității contractante la solicitarea de clarificări din 22.02....., Consiliul reține din punctul de vedere exprimat prin adresa nr. 19971/27.03....., că: „În ceea ce privește cele trei solicitări de clarificare adresate în (...), 22.02....., autoritatea contractantă va răspunde acestora în cel mai scurt timp posibil, astfel încât să se asigure informarea completă și corectă a tuturor operatorilor economici. Autoritatea contractantă va respecta obligația de a răspunde tuturor solicitărilor de clarificare adresate de către toți operatorii economici și va asigura o perioadă suficientă și adecvată pentru elaborarea ofertelor, fără însă ca acest demers să conducă la defavorizarea altor operatori economici care au solicitat clarificări anterior operatorului economic SRL sau în același timp cu acesta”.

Astfel, având în vedere faptul că în speță, autoritatea contractantă nu a postat pe SEAP aceste clarificări în vederea informării tuturor operatorilor economici interesați, Consiliul urmează să admită aceste critici, ținând cont de recunoașterea deplină a autorității contractante formulată în punctul de vedere depus la dosar și să oblige autoritatea contractantă să publice în SEAP aceste clarificări, pentru a fi aduse la cunoștința operatorilor economici interesați de participarea la procedură.

În ceea ce privește critica din cadrul contestației nr./....., înregistrată la CNSC cu nr./....., Consiliul constată că aceasta vizează răspunsul autorității contractante nr. 1 din cadrul clarificării nr. 11 postată în SEAP în data de 23.03.....

Astfel în Clarificarea nr. 11, răspunsul nr. 1 al autorității contractante la *«Întrebarea 1: În cadrul documentației de atribuire Beneficiarul a identificat următorul risc: „Schimbări legislative. Prestatorul va reproiecta, dacă este cazul, atunci când există reglementări tehnice care s-au revizuit după depunerea ofertelor, la solicitarea Beneficiarului.” Vă rugăm să clarificați condițiile în care se va realiza reproiectarea respectiv:*

- se face referire la perioada „după depunerea ofertelor” și anume perioada de desfășurare a contractului de elaborare Studiu de Fezabilitate și Proiect Tehnic sau la perioada după elaborarea Studiului de Fezabilitate și Proiectului Tehnic, și anume perioada de atribuire și implementare a contractelor de execuție?

- această activitate de reproiectare este inclusă în valoarea contractului de elaborare a Studiului de Fezabilitate și Proiectului Tehnic sau va face obiectul unui act adițional la contractul inițial cu suplimentarea prețului?

În ipoteza în care costurile posibilei reproiectări sunt considerate a fi deja incluse în oferta financiară, vă rugăm să limitați aceasta într-o măsură rezonabilă, fără a lăsa loc de interpretări», a fost următorul:

„Răspuns 1: În funcție de natura schimbărilor legislative, există posibilitatea ca în perioada de desfășurare a contractului, Prestatorul să fie obligat să actualizeze proiectul deja avizat de către Autoritatea Contractantă. Această activitate de actualizare a proiectului va fi cuantificată în cadrul ofertei financiare de fiecare operator economic așa cum consideră”.

Din analiza acestui răspuns, Consiliul reține că autoritatea contractantă impune operatorilor economici ca, în cadrul ofertelor financiare să includă respectiv să cuantifice costurile aferente activității de actualizare a proiectului datorată schimbărilor legislative în perioada de desfășurare a contractului în cauză.

Față de aceste aspecte, Consiliul constată că sunt incidente prevederile art. 28 din HG nr. 395/2016, potrivit cărora:

„(1) În condițiile art. 221 din Lege, pe parcursul îndeplinirii contractului, prețul poate fi ajustat prin actualizare în cazul în care pe piață au apărut anumite condiții, în urma cărora s-a constatat creșterea/diminuarea indicilor de preț pentru elemente constitutive ale ofertei, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului.

(2) Pentru a se respecta principiul transparenței, posibilitatea de ajustare a prețului trebuie să fie precizată atât în documentația de atribuire, cât și în contractul care urmează să fie încheiat, prin clauze speciale în acest sens.

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

(4) Lipsa, modificarea sau completarea informațiilor/clauzelor determină inaplicabilitatea prevederilor referitoare la posibilitatea de ajustare a prețului contractului de achiziție publică/acordului-cadru.

(5) În condițiile art. 221 din Lege, posibilitatea de ajustare a prețului, precizată atât în documentația de atribuire, cât și în contractul care urmează să fie încheiat, dar fără a fi îndeplinite condițiile prevăzute la alin. (3), este posibilă numai în cazul în care au loc modificări legislative sau au fost emise de către autoritățile locale acte administrative care au ca obiect instituirea, modificarea sau renunțarea la anumite taxe/impozite locale al căror efect se reflectă în

creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului.

(6) În orice situație, prețul contractului poate fi ajustat doar în măsura strict necesară pentru acoperirea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului.

(7) Modul de ajustare a prețului contractului de achiziție publică nu trebuie să conducă în niciun caz la schimbarea rezultatului procedurii de atribuire, prin anularea sau diminuarea avantajului competitiv pe baza căruia contractantul respectiv a fost declarat câștigător în urma finalizării respectivei proceduri, cu excepția cazului prevăzut la alin. (5)".

Or, din analiza textului mai sus reiterat rezultă că autoritatea contractantă nu are cum să impună ofertanților includerea în cadrul ofertei financiare a unor costuri care depind de unele evenimente viitoare și incerte (cum ar fi eventualele schimbări legislative) și care nu pot fi cuantificate valoric, aceste ajustări putând constitui obiectul unei modificări a contractului de achiziție publică în condițiile expres reglementate de art. 221 din Legea nr. 98/2016. Este excesiv să impui operatorilor economici să anticipeze modificările legislative pe parcursul derulării contractului și să prevadă amploarea și impactul acestora asupra costurilor de actualizare a proiectului deja avizat de către autoritatea contractantă, motiv pentru care Consiliul va admite această critică obligând autoritatea contractantă la eliminarea acestei cerințe.

Având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să admită în parte contestația nr. / formulată de SC SRL în contradictoriu cu SA astfel:

- să admită, urmare a achiesării, cu privire la obligarea autorității contractante la formularea unui răspuns la solicitările de clarificări din 22.03.....;
- să respingă ca inadmisibile obligarea autorității contractante la formularea unui răspuns la solicitările de clarificări din 02.03....., 06.03..... și 09.03.....

De asemenea, urmează să admită contestația nr. / formulată de SC SRL în contradictoriu cu și să oblige autoritatea contractantă la eliminarea cerinței în cauză.

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

DECIDE:

Admite în parte contestația depusă de SC SRL cu nr..... / în contradictoriu cu autoritatea contractantă SA, astfel:

- admite, urmare a achiesării, cu privire la obligarea autorității contractante la formularea unui răspuns la solicitările de clarificări din data de 22.03.....;

- respinge ca inadmisibile obligarea autorității contractante la formularea unui răspuns la solicitările de clarificări din data de 02.03....., 06.03..... și 09.03.....

Admite contestația nr. / formulată de SC SRL în contradictoriu cu și obligă autoritatea contractantă la eliminarea cerinței în cauză.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 15 (cincisprezece) pagini.