



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. 1, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 395/05.01.2016, depusă de SC ... SA, cu sediul în ..., CUI ..., numărul de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată legal domnul ... – administrator unic, formulată împotriva clarificării nr. 13 (răspunsurile la solicitările de clarificare nr. 2 și 3), adusă documentației de atribuire, prin adresa publicată în SEAP, la data de 16.12.2016, de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii, licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului „...”, coduri CPV ..., inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de concesiune nr. ..., s-a solicitat Consiliului următoarele: admiterea contestației formulate, anularea actelor autorității contractante ce fac obiectul prezentei contestații și anularea procedurii de atribuire, în baza art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016, dată fiind imposibilitatea, la această dată, de adoptare a unor măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 193/13.01.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 1549/13.01.2017, SC ... SRL, lider al asocierii SC ... SRL – SC ... SRL pentru ofertele depuse la loturile 3 și 4, cu sediul social în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal prin ... – director general, a înaintat o cerere de intervenție în interesul autorității contractante, prin care solicită Consiliului admiterea în principiu a cererii de intervenție și respingerea contestației formulate de SC ... SA.

Prin adresa nr. 3/13.01.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 1649/16.01.2017, SC ... SRL, lider al

asocierii SC ... SRL – SC ... SRL pentru oferta depusă la lotul 2, cu sediul social în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal prin ... – *administrator*, a înaintat o cerere de intervenție în interesul propriu și al autorității contractante, prin care solicită Consiliului admiterea în principiu a cererii de intervenție și respingerea contestației formulate de ...

Prin adresa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 2667/25.01.2017, SC ...SA, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., cu domiciliul procesual ales la ..., a înaintat o cerere de intervenție în interesul autorității contractante, prin care a solicitat Consiliului respingerea contestației formulate de SC ... SA, în principal ca lipsită de interes, iar în subsidiar, ca neîntemeiată.

Contestația și cererile de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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

Prin contestația nr. 1, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 395/05.01.2016, SC ... SA critică clarificarea nr. 13 (răspunsurile la solicitările de clarificare nr. 2 și 3) publicată în SEAP de ..., în cadrul procedurii mai sus amintite, solicitând cele menționate în partea introductivă

În cuprinsul contestației SC ... SA afirmă că, fără de a ignora dispozițiile art. 26 alin. (4) din Legea nr. 101/2016 (cel puțin prin prisma incidenței dispozițiilor Directivei 23/2014, care nu a fost respectată prin documentația de atribuire, deși termenul de transpunere al acesteia expirase la data publicării anunțului de concesiune), nici notificarea prealabilă și nici prezenta contestație nu își propun contestarea documentației de atribuire, referirile făcute cu privire la aceasta documentație fiind doar argumente în sprijinul celor arătate prin prezenta contestație. De asemenea, toate referirile făcute cu privire la contestația formulată anterior împotriva documentației de atribuire, ori la deciziile pronunțate de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor ori de Curtea de Apel Timișoara tind la demonstrarea caracterului incert al posibilității continuării licitației, cel puțin în baza unei documentații de atribuire identice cu cea publicată inițial în SEAP, incertitudine existentă până la soluționarea definitivă a contestației de către Curtea de Apel Timișoara și care, dincolo de alte argumente care vor fi expuse, nu poate permite luarea în considerare, ca perioadă de pregătire a ofertelor, perioadă de timp în care această procedură a fost suspendată, astfel cum susține autoritatea contractantă, prin răspunsul la notificarea prealabilă.

SC ... SA face un istoric al desfășurării procedurii și concluzionează arătând că începând cu data publicării anunțului de concesiune, 26.05.2016 și până la data stabilită pentru depunerea ofertelor, 21.12.2016, procedura de atribuire a fost suspendată în următoarele perioade:

a. 12.07 2016 - 28.10.2016;

b. 11.11.2016 - 16.12.2016,

rămânând, în opinia sa, pentru pregătirea ofertelor un număr total de 47 zile în perioada 26.05.2016 - 12.07 2016, la care se adaugă un număr de 15 zile (în perioada 28.10.2016 - 11.11.2016, luând în calcul chiar și prima, respectiv ultima zi, date fiind orele de publicare în SEAP a informațiilor relevante), respectiv 5 zile (pentru perioada 16.12.2016 - 20.12.2016, în acest interval nefiind luate în calcul nici prima zi și nici ultima, date fiind ora publicării în SEAP a reluării licitației, respectiv ora depunerii ofertelor); s-a procedat la efectuarea unui calcul care ține cont de posibilitățile efective de realizare a unei oferte, prin raportare la zilele și orele la care au fost publicate în SEAP suspendările, respectiv relucrările licitației.

Cu privire la documentația de atribuire, SC ... SA face o serie de precizări, după cum urmează:

- prin Fișa de date a concesiunii, pct III.2.1.b) subpct. 2 - Deținerea autorizațiilor necesare exercitării activității profesionale pentru îndeplinirea contractului ce face obiectul prezentei proceduri, s-a solicitat prezentarea de către ofertanți a Licenței minim Clasa 2 pentru activitățile de salubritate care fac obiectul contractelor în zonele 0, 2, 3, 4, respectiv a Licenței Clasa 1 pentru activitățile de salubritate care fac obiectul contractului în zona 1; același punct din Fișa de date a făcut referire explicită atât la art. 10 din HG nr. 745/2007, cât și la dispozițiile art. 2 lit. f) din Legea nr. 51/2006. Date fiind aceste referiri la două acte normative diferite, care au suferit modificări relevante la date diferite și chiar presupunând prin reducere la absurd că modificarea legislației ar presupune modificarea implicită a Fișei de date, independent de exprimarea acordului autorității contractante, în acest sens, în acord cu principiile nediscriminării, egalității de tratament, cu corolarul lor privind transparența, data care, cel mult, ar putea fi luată în considerare nu este data de 22.09.2016, când a fost publicată OUG nr. 58/2016, ci data de 26.11.2016, când a intrat în vigoare Legea nr. 225/2016 pentru modificarea și completarea Legii serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006;

- în perioada în care procedura de atribuire era suspendată, respectiv chiar anterior pronunțării, la data de 13.10.2016, a deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, mai concret la data de 22.09.2016, Legea nr. 51/2006 a suferit modificări importante sub aspectul licențelor ANRSC, ca urmare a publicării în Monitorul Oficial nr. 738/22.09.2016 a OUG nr. 58/2016 pentru modificarea și completarea

unor acte normative cu impact asupra domeniului achizițiilor publice. Astfel, potrivit art. IV din OUG nr. 58/2016 *„Contractele în curs de executare și procedurile de atribuire în curs de desfășurare la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență care s-au încheiat sau inițiat cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice și concesiunilor de lucrări și de servicii se definitivează pe baza prevederilor legale în vigoare la data inițierii acestora, cu excepția obligării ofertanților de a prezenta licența Autorității Naționale de Reglementare pentru Serviciile Comunitare de Utilități Publice”*.

- ulterior pronunțării deciziei civile menționate, respectiv la data de 26.11.2016, când a intrat în vigoare Legea nr. 225/2016 pentru modificarea și completarea Legii serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006, publicată în Monitorul Oficial nr. 942/23.11.2016, dar când încă procedura de atribuire era suspendată, prin art. II din Legea nr. 225/2016 au fost aduse modificări și cu privire la HG nr. 745/2007, dispozițiile acestuia din urmă act normativ fiind menționate în cuprinsul Fișei de date (pct. III.2.1.b subpct. 2, respectiv pct. III.1.5) alături de Legea nr. 51/ 2006. Acesta este motivul pentru care, chiar independent de obligația autorității contractante de a respecta principiile reglementate de legislația în materia achizițiilor publice și concesiunilor, aceasta este data la care, cel mult, se putea considera că se putea începe pregătirea ofertei, sperând, în absența unei modificări a cerințelor de calificare impuse prin Fișa de date, că autoritatea contractantă îi va respecta dreptul de a participa la licitație, născut prin modificările legislative survenite pe parcursul procedurii;

- Potrivit art. II din Legea nr. 225/2016, prevederile HG nr. 745/2007 continuă a fi aplicabile până la aprobarea regulamentului prevăzut la art. 21 alin. (2) din Legea nr. 51/2006, cu excepția dispozițiilor art. 15-20 din Regulamentul privind acordarea licențelor în domeniul serviciilor comunitare de utilități publice, aprobat prin HG nr. 745/2007. Așadar, abia din data de 26.11.2016, nu au mai fost în vigoare dispozițiile HG nr. 745/2007 (la care Fișa de date a făcut referire) privind licența de participare;

- independent de această „facilitate” acordată operatorilor economici prin modificarea legislativă analizată, autoritățile contractante care au inițiat procedurile de atribuire în baza dispozițiilor legale aplicabile la data publicării anunțurilor aveau obligația, în virtutea principiilor (nediscriminare, tratament egal, transparență) care reglementează procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice ori de concesiune, mai ales a celor care, prin valoarea estimată pe care o au, prezintă un interes transfrontalier cert, de a transpune această modificare legislativă în documentația de atribuire; în opinia sa, autoritatea contractantă a recunoscut acest drept prin Clarificarea nr 13 ce face obiectul acestei contestații, clarificare care a modificat cerințele

de calificare, însă nu a procedat în același timp cel puțin la prelungirea termenului de depunere a ofertelor.

Sintetizând Clarificarea nr. 13 la documentația de atribuire respectiv răspunsurile nr. 2 și 3, contestatoarea susține că rezultă următoarele:

a. Discutăm despre o modificare a cerințelor de calificare impuse prin pct. III.2.1.b.2 - Capacitatea de exercitare a activității profesionale. Deținerea autorizațiilor necesare exercitării activității profesionale pentru îndeplinirea contractului ce face obiectul prezentei proceduri, autoritatea contractantă acceptând implicit faptul că nu mai este necesară prezentarea licenței ANRSC; așadar, începând cu data publicării în SEAP a adresei nr. 2052/16.12.2016, autoritatea contractantă a dispus modificarea implicită a cerințelor de calificare publicate inițial în SEAP;

b. Modificarea cerinței de calificare menționată mai sus, dispusă chiar fără publicarea unei erate în acest sens, s-a impus, în opinia autorității contractante, ca urmare a modificării Legii nr. 51/2006, intervenită prin OUG nr. 58/2016, publicată în M.Of. nr. 738/22.09.2016;

c. Nu se impune prelungirea termenului de pregătire și depunere a ofertelor întrucât, dată fiind suspendarea procedurii de atribuire, orice operator economic a avut timpul necesar pentru pregătirea oricărei oferte;

d. Chiar dacă legislația internă aplicabilă rămâne OUG nr. 34/2006, după cum în mod corect a reținut Curtea de Apel Timișoara, autoritatea contractantă a ignorat aplicabilitatea dispozițiilor Directivei 23/2014, de evidentă aplicare, ca urmare a expirării termenului de transpunere la data publicării anunțului de concesiune, deși acest lucru îi fusese adus la cunoștință atât prin notificarea prealabilă, cât și prin solicitările anterioare.

Ca urmare, SC ... SA consideră că vătămările aduse prin actul autorității contractante ce face obiectul prezentei contestații vizează:

a. în principal, imposibilitatea asigurării principiului tratamentului egal chiar printr-o prelungire a termenului de depunere a ofertelor;

b. în subsidiar, vătămarea prin neprelungirea termenului de pregătire și depunere a ofertelor, ca urmare a modificării cerințelor de calificare, astfel încât și operatorii economici care, anterior modificărilor aduse Legii nr. 51/2006, ar fi trebuit să depună odată cu oferta cel puțin licența de participare emisă de ANRSC, să poată participa la această procedură, odată cu modificările aduse sub acest aspect Legii nr. 51/2006 și HG nr. 745/2007, prin OUG nr. 58/2016, respectiv prin Legea nr. 225/2016.

Contestatoarea precizează că, prin notificarea prealabilă, a arătat că, potrivit art. 209 alin. (1) lit. c) și alin. (4) lit. a) și b) din OUG nr. 34/2006, o aplicare strictă a legislației în materie reclamă anularea

procedurii, însă recurgând la principiul încercării prioritare de salvare a acestei proceduri, principiu reclamat de interesul autorității contractante și de volumul documentației de atribuire, a apreciat, la momentul transmiterii notificării prealabile, că este posibilă remedierea prin prelungirea termenului de depunere a ofertelor; această solicitare de remediere a fost solicitată într-un termen cât se poate de scurt, însă insuficient în opinia autorității, dar la aceasta situație s-a ajuns tocmai din cauza propriei conduite a autorității, constând în publicarea într-o zi de vineri, la o perioadă de timp considerabilă după comunicarea deciziei Curții de Apel Timișoara, atât a acestei hotărâri judecătorești, cât și a clarificării referite și a termenului de depunere a ofertelor (în miercuria următoare zilei de vineri în care s-a realizat publicarea).

Legat de acest aspect, contestatoarea afirmă că în situații similare (în care modificările legislative au determinat modificarea cerințelor de calificare, chiar cu privire la licențele ANRSC), alte autorități contractante, din proprie inițiativă ori la solicitarea operatorilor, au înțeles să prelungească termenele de depunere a ofertelor, tocmai pentru ca, în considerarea asigurării unei concurențe reale, să dea posibilitatea de participare la licitație și operatorilor care au dobândit dreptul de participare prin chiar modificările legislative care au determinat modificarea cerințelor de calificare.

Modificarea recunoscută de autoritatea contractantă, în lumina modificărilor legislative este una de substanță, licența ANRSC nefiind susceptibilă de obținere pe calea susținerii. Astfel fiind, un operator care anterior nu deținea cel puțin licența de participare, nu avea posibilitatea de a participa efectiv la o asemenea procedură, independent de posibilitățile financiare, tehnice ori profesionale pe care le-ar fi putut angrena prin modalitățile de participare cunoscute la asemenea proceduri.

SC ... SA consideră că numărul total de zile pe care l-a avut pentru pregătirea ofertelor un operator care deținea licența ANRSC la data publicării anunțului de concesiune, calculat în cea mai dezavantajoasă manieră și presupunând, prin reducere la absurd, că trebuie luate în considerare perioadele în care procedura a fost suspendată, este cuprins între:

a. Maxim 209 zile, dacă se iau în calcul inclusiv intervalele de timp cât procedura de atribuire a fost suspendată (26.05.2016-20.12.2016) și

b. Minim 47 de zile (26.05.2016 - 12.07.2016, când are loc prima suspendare a procedurii), la care se adaugă o perioadă de 15 zile (28.10.2016 - 11.11.2016), respectiv încă o perioadă de 5 zile (16.12.2016 - 20.12.2016), deci în total 67 de zile, dacă sunt luate în calcul doar perioadele în care procedura nu a fost suspendată.

Spre deosebire de operatorii menționați mai sus, un operator care a dobândit dreptul de participa la aceasta procedură prin modificările

aduse Legii nr. 51/2006, prin OUG nr. 58/2016, publicată în Monitorul Oficial la data de 22.09.2016, a avut la dispoziție un termen de:

a. Maxim 90 de zile (22.09.2016 - 20.12.2016), dacă se iau în calcul inclusiv perioadele de timp cât procedura a fost suspendată și

b. Minim 15 zile (28.10.2016 - 11.11.2016), la care se adaugă o perioadă de 5 zile (16.12.2016 - 20.12.2016), deci în total 20 de zile, dacă sunt luate în calcul doar perioadele în care procedura nu a fost suspendată.

Mai mult, date fiind referirile din cuprinsul Fișei de date, inclusiv la dispozițiile HG nr. 745/2007, data modificărilor legislative care trebuie luată în considerare pentru acest subiect este data intrării în vigoare a Legii nr. 225/2016, respectiv data de 26.11.2016. Or, prin raportare la aceasta dată, operatorii au avut la dispoziție un termen de pregătire a ofertelor cuprins între maxim 25 de zile (26.11.2016-20.12.2016), dacă este luată în calcul inclusiv perioada de suspendare a procedurii și minim 5 zile dacă nu este luată în calcul perioada în care procedura de atribuire a fost suspendată.

Contestatoarea susține că termenul extrem de scurt de pregătire a ofertelor (pentru operatorii aflați în situația sa), mai scurt oricum decât termenul minim impus de OUG nr. 34/2006, a adus-o în imposibilitatea de a pregăti ofertele, discutând chiar despre imposibilitatea obținerii garanțiilor de participare. Față de faptul că deja a avut loc depunerea ofertelor, fiind comunicate în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor inclusiv tarifele ofertate, nu mai este posibilă o măsură de remediere, cu consecința continuării procedurii de atribuire, singura soluție posibilă la această dată fiind aceea de anulare a procedurii.

În baza art. 19 din Legea nr. 101/2016, SC ... SA solicită studiul dosarului și formularea de concluzii scrise.

Prin adresa nr. 171/12.01.2017, înregistrată la CNSC cu nr. 1395/12.01.2017, ... a transmis un punct de vedere referitor la contestație, solicitând Consiliului respingerea acesteia ca netemeinică și nelegală.

Autoritatea contractantă precizează că prin notificarea formulată de petentă sub nr. 16/20.12.2016 (înregistrată la ... sub nr. 2070/20.12.2016), aceasta a solicitat, în principal, anularea procedurii de atribuire și, în subsidiar, anularea parțială a răspunsului nr. 2 și completarea la răspunsul nr. 3 la solicitările de clarificări cu privire la documentația de atribuire; a mai solicitat și suspendarea întregii proceduri de atribuire a contractului de concesiune până la soluționarea contestației pe care preconiza a o înainta în cazul refuzului de a se lua măsuri de remediere, potrivit celor solicitate.

Solicitarea principală de anulare a procedurii de atribuire, în conformitate cu dispozițiile art. 209 alin. (1) lit. c) coroborate cu art. 209 alin. (4) lit. a) și b) din OUG nr. 34/2006 nu a putut fi admisă, întrucât nu sunt în discuție modificări sau completări și nici obligații suplimentare

pentru operatorii economici interesați de participarea la procedura de achiziție. Dimpotrivă, elementul de noutate adus de OUG nr. 58/2016 pentru modificarea și completarea unor acte normative cu impact asupra domeniului achizițiilor publice, privind posibilitatea de a participa la licitație, reprezintă o facilitate care trebuie privită ca atare. Modificarea sau completarea uneia dintre cerințe, prin lege, presupune că această cerință să existe și înainte de noua prevedere legală care aduce modificarea/completarea și după intrarea în vigoare a prevederii, având însă o nouă formă, mai mult sau mai puțin diferită de forma inițială, raportat la puterea normei juridice a cărei intervenție a determinat modificarea/completarea.

În ceea ce privește termenul de care petenta afirmă că nu ar fi beneficiat pentru pregătirea corespunzătoare a ofertei, autoritatea contractantă susține că acesta a curs după publicarea actului normativ (OUG nr. 58 din 2016) în Monitorul Oficial nr. 738 din 22.09.2016, fiind astfel de 89 de zile. Petenta nu se poate plânde de faptul că nu a beneficiat și de acele zile în care procedura a fost suspendată, întrucât și acele zile puteau fi valorificate pentru pregătirea ofertei, întrucât nu exista nicio opreliște sub acest aspect.

Autoritatea contractantă consideră că nu a încălcat nicio prevedere legală și nu îi poate fi imputabil faptul că SC ... SA, al cărei ultim bilanț publicat pe site-ul Ministerului Finanțelor Publice (bilanțul aferent anului 2015) indică o pierdere serioasă, nu s-a putut organiza în așa fel încât să își asigure sumele necesare pentru obținerea garanției de participare. Nu poate fi admisă nici interpretarea forțată că, de fapt, data modificărilor legislative care trebuie luată în considerare ca fiind dată de la care curge termenul, este data intrării în vigoare a Legii nr. 225/2016, respectiv data de 26.11.2016, pentru motivul că aceasta are incidență asupra HG nr. 745/2007, întrucât acest act normativ reglementa acordarea licențelor în domeniul serviciilor comunitare de utilități publice. OUG nr. 58/2016, publicat în Monitorul Oficial nr. 738 din 22 septembrie 2016, tocmai a eliminat cerința prezentării licenței, astfel că, la acest moment al procedurii, reglementările privind acordarea licenței nu sunt incidente, ci doar după desemnarea operatorului câștigător.

Cu privire la faptul că este învinovățită de o conduită pusă sub semnul întrebării de către petentă pentru faptul că, în mod deliberat, ar fi publicat într-o zi de vineri „la o perioadă de timp considerabilă după comunicarea deciziei Curții de Apel Timișoara” a Deciziei civile nr. ... pronunțate în Dosarul 1651/59/2016 nr. și a Clarificării nr. 13, autoritatea afirmă că în realitate i-a fost comunicată Decizia Curții de Apel Timișoara la data de 14 decembrie 2016, iar în ziua imediat următoare a ridicat suspendarea, a transmis Clarificarea 13, a publicat Decizia Civilă în SEAP și, de asemenea, a trimis erata către ANAP pentru aprobare. Toate acestea în ziua de 15 decembrie 2016, la o zi după ce,

În 14 decembrie 2016 a primit decizia Curții de Apel Timișoara. Erata privitoare la ridicarea suspendării și continuarea procedurii cu menționarea datei de 21.12.2016, s-a publicat vineri, 16 decembrie 2016 deoarece aceea a fost data la care ANAP a admis erata. Ca atare, se observă că aceste termene au curs toate de la comunicarea Deciziei civile nr. 4095/2016, depinzând de aceasta.

Autoritatea contractantă menționează că petenta ar fi avut posibilitatea ca, în temeiul dispozițiilor art. 11 alin. (4) din HG nr. 925/2006 să depună o declarație prin care s-ar fi obligat să aducă anumite documente care îi lipseau ulterior.

Față de faptul că criticile petentei vizează documentația, ... opinează că atât notificarea prealabilă, cât și contestația sunt tardive, în raport cu termenul prevăzut de dispozițiile art. 6 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006, termen care trebuie calculat de la data intrării în vigoare a OUG nr. 58/2016, respectiv de la data de 22.09.2016. Acest termen de 10 zile s-a împlinit la data de 2 octombrie 2016.

Prin cererea de intervenție în interesul autorității contractante nr. 193/13.01.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 1549/13.01.2017, SC ... SRL lider al asocierii SC ... SRL – SC ... SRL pentru ofertele depuse la loturile 3 și 4, a solicitat Consiliului admiterea în principiu a cererii de intervenție și respingerea contestației formulate de SC ... SA.

Având în vedere că a participat la procedura respectivă, intervenienta apreciază ca justificată formularea prezentei cereri de intervenție în interesul autorității contractante. Se justifică inclusiv un interes propriu, întrucât în situația în care s-ar admite contestația s-ar putea dispune, potrivit solicitărilor contestatoarei, anularea procedurii în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016, măsura care este contrară interesului său care a depus oferte pe cele două loturi, îndeplinind în totalitate condițiile impuse pentru deschiderea acestora, inclusiv constituirea garanției de participare.

Cu privire la netemeinicia contestației, intervenienta arată că SC ... SA a formulat, în termen de 4 zile de la publicare, Notificare prealabilă împotriva Clarificării nr. 13, prin care autoritatea contractantă a refuzat prelungirea termenului de depunere a ofertelor, însă a depus în cadrul procedurii oferte pentru cele 5 loturi, oferte care nu pot fi admisibile datorită imposibilității întocmirii acestora în conformitate cu documentația de atribuire și constituirii garanției de participare în cuantum și forma solicitată de autoritatea contractantă.

SC ... SRL precizează că în procedura respectivă au fost depuse oferte de către mai mulți operatori, care au constituit și garanțiile de participare, acest fapt dovedind, dincolo de aspectele teoretice ale legalității actului atacat, că măsura dispusă de autoritate, în speță refuzul de prelungire a termenului de depunere a ofertelor, este în concordanță cu principiile reglementate de dispozițiile art. 2 alin. (2) din

OUG nr. 34/2006, principii care ar fi fost încălcate, în opinia contestatoarei.

Referitor la afirmațiile contestatoarei legate de faptul că posibilitatea efectivă de a participa la procedură s-a născut doar în momentul în care a intrat în vigoare Legea nr. 225/2016 pentru modificarea și completarea Legii nr. 51/2006, anume la data de 26.11.2016, intervenienta susține că, luând în considerare chiar această dată, recunoscută de către contestatoare, se constată că aceasta avea la îndemână o perioadă îndestulatoare (24 zile) pentru a elabora oferta și pentru constituirea garanțiilor de participare. Aceasta întrucât nu se află în situația în care nu avea cunoștință de documentația de atribuire, aceasta fiind postată încă din data de 26.05.2016, elaborarea unei oferte în baza unei documentații deja cunoscută fiind o operațiune facilă pentru un posibil ofertant care avea capacitatea să depună ofertă, date fiind criteriile de calificare care presupuneau o experiență importantă în domeniu. Perioada în care procedura a fost suspendată ca urmare a demersurilor inițiate de un alt ofertant nu împiedica contestatoarea să-și elaboreze oferta, în condițiile în care avea certitudinea că poate să participe la aceasta procedură, cât timp prin modificările aduse Legii nr. 51/2006 doar se înlătura cerința de prezentare a Licenței ANRSC.

În opinia intervenientei, data la care contestatoarea a luat la cunoștință de posibilitatea participării la procedura este 22.09.2016, când a fost publicată OUG nr. 58/2016, în care se menționează în mod expres (potrivit art. IV) că pentru procedurile de achiziție aflate în curs nu mai subzistă obligativitatea ofertanților de a prezenta licența ANRSC. Independent de modificarea Legii nr. 51/2006, lege care era menționată în documentația de atribuire ca fiind aplicabilă, cât timp există un act normativ în vigoare, contestatoarea trebuia să aibă cunoștință de facilitatea acordată de legiuitor, neputându-se prevala de necunoașterea legii la acel moment.

Un alt aspect precizat de intervenientă este faptul că nu se poate susține că prin Clarificarea nr. 13 s-au modificat cerințele de calificare, întrucât înlăturarea cerinței de prezentare a Licenței ANRSC a fost determinată de o modificare legislativă și nu a reprezentat o manifestare a voinței autorității contractante, pentru a fi aplicabile dispozițiile art. 209 alin. (1) lit. c), cu raportare la aliniatul 4 al aceluiași articol. Modificarea criteriilor de calificare presupune introducerea unor criterii noi sau modificarea substanțială a celor existente întrucât în cazul eliminării unui criteriu nu ar exista nicio rațiune pentru care legiuitorul să prevadă măsura anularii. Aceasta deoarece eliminarea criteriului facilitează participarea operatorilor economici la procedura și nu împiedică/îngreunează elaborarea ofertei.

Cât privește prelungirea termenului, în temeiul dispozițiilor art. 179 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, SC ... SRL apreciază că scopul acestei măsuri, avut în vedere de legiuitor, a fost acela de a facilita elaborarea

ofertelor în aceeași situație, anume când se introduc noi cerințe de calificare sau se modifică cele existente, și nu în situația în care se elimină astfel de cerințe. Aceasta întrucât o asemenea reglementare ar fi fost lipsită de eficiență, textul precizând în mod expres că se prelungește termenul pentru ca „operatorii economici să beneficieze de un interval de timp suficient pentru pregătirea documentelor de calificare”. Prin urmare, s-a avut în vedere o modificare a documentelor de calificare, care ar trebui «pregătite» și nu o eliminare a unui document, întrucât pentru aceasta operațiune nu este nevoie de o «pregătire».

Având în vedere aceste considerente, intervenienta susține că refuzul autorității contractante de prelungire a termenului de depunere este justificat legal și nu a împiedicat posibilitatea ofertanților să participe la procedură, aceștia având timp îndestulător pentru elaborarea ofertei.

Prin cererea de intervenție în interes propriu și al autorității contractante nr. 3/13.01.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 1649/16.01.2017, SC ... SRL, lider al asocierii SC ... SRL – SC ... SRL pentru oferta depusă la lotul 2, a solicitat Consiliului admiterea în principiu a cererii de intervenție și respingerea contestației formulate de SC ... SA, reiterând aceleași aspecte prezentate în cererea de intervenție depusă de SC ... SRL, lider al asocierii SC ... SRL – SC ... SRL pentru ofertele depuse la loturile 3 și 4.

Prin adresa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 2667/25.01.2017, SC ... SA a înaintat o cerere de intervenție în interesul autorității contractante, prin care a solicitat Consiliului respingerea contestației formulate de SC ... SA, în principal ca lipsită de interes, iar în subsidiar, ca neîntemeiată.

Intervenienta precizează că SC ... SA nu are un interes real în contestarea procedurii, întrucât este o societate fără activitate economică relevantă, fiind departe de îndeplinirea cerinței minime privind cifra de afaceri, pentru oricare din loturile ce fac obiectul procedurii, contestatoarea nedepunând ofertă în asociere și nebeneficiind nici de susținerea unui terț.

SC ... SA consideră că SC ... SA nu deține capacitatea tehnică și operațională necesară și nu a depus nici cele mai mici diligențe în elaborarea unei oferte cu șanse reale în procedura de atribuire, redevențele propuse de contestatoare nerespectând cerințele fișei de date a achiziției. Totodată, tariful ofertat pentru populația din mediul rural nu a respect cerințele fișei de date.

Plecând de la prevederile art. 209 alin. (4) lit. a) din OUG nr. 34/2006, ...SA apreciază că modificarea Legii nr. 51/2006 prin OUG nr. 58/2016 nu poate fi asimilată unei abateri grave, procedurile începute anterior intrării în vigoare a ordonanței rămânând supuse calendarului aplicabil la data inițierii acestora. În opinia sa, dacă legiuitorul ar fi

intenționat prelungirea termenelor de depunere a ofertelor, ar fi specificat acest lucru în mod expres prin OUG nr. 58/ 2016.

Contestatoarea susține că dreptul său de a participa la procedură s-ar fi născut abia la data de 26.11.2016, când a intrat în vigoare Legea nr. 225/2016, susținere falsă, deoarece, potrivit „art. II alin. (1)” din actul legislativ în cauză, se aplică în continuare prevederile HG nr. 745/ 2007.

Intervenienta opinează că regulamentul privind acordarea licențelor nu afectează dreptul contestatoarei de a participa la procedură, Legea nr. 225/2016 neaducând nicio modificare drepturilor dobândite de SC ... SA prin intrarea în vigoare a OUG nr. 58/2016. Cu toate că, în aceste condiții rezultă că dreptul contestatoarei de a participa la procedură s-a născut în data de 22.09.2016, aceasta nu a manifestat niciun interes în legătură cu procedura de atribuire până în luna noiembrie 2016. SC ... SA a avut la dispoziție 89 de zile pentru a pregăti oferta, pretinsa incertitudine reclamată afectând toți participanții.

De asemenea, consideră că societatea contestatoare a fost la curent cu stadiul procedurii și a avut acces la documentația de atribuire în aceleași condiții ca și ceilalți participanți, termenul de depunere a ofertelor fiind prelungit prin chiar efectul suspendării procedurii, subliniind că și în cazul excluderii perioadei în care procedura a fost suspendată, contestatoarea a beneficiat de timpul necesar (45 de zile) pentru elaborarea ofertei.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 2670/25.01.2017, SC ... SA a solicitat acces la dosarul cauzei.

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

În vederea încheierii contractului de achiziție publică având ca obiect „...”, coduri CPV ..., ... (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura, licitație deschisă, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de concesiune nr. ..., odată cu care a publicat și documentația de atribuire, valoarea estimată fiind 799.154.882,23 lei, fără TVA.

Consiliul constată că, în cadrul aceleiași proceduri, SC ...SA a depus contestația înregistrată la CNSC sub nr. 18428/16.06.2016, soluționată prin Decizia nr. 1750/C8/1961/ 13.10.2016, fiind admisă, în parte.

Prin Decizia civilă nr. 4095/21.11.2016, Curtea de Apel Timișoara – Secția de Contencios Administrativ și Fiscal a respins plângerea formulată SC ...SA împotriva Deciziei CNSC nr. 1750/C8/1961 din 13.10.2016, fiind astfel menținută soluția Consiliului.

Nemulțumită de răspunsurile date de autoritatea contractantă prin clarificarea nr. 13 postată în SEAP în data 16.12.2016, SC ... SA a învestit Consiliul cu soluționarea prezentei contestații, solicitând

anularea actelor ce fac obiectul prezentei contestații și anularea procedurii de atribuire.

În soluționarea cauzei, Consiliul are în vedere faptul că SC ... SRL, lider al asocierii SC ... SRL – SC ... SRL- loturile 3 și 4 , SC ... SRL, lider al asocierii SC ... SRL – SC ... SRL – lotul 2, și SC ...SA, operatori economici care au depus oferte, au formulat cereri de intervenție, ca urmare a contestației aparținând SC ... SA, demers ce a fost încunostiințat părților interesate (conform dovezilor aflate la dosarul cauzei).

Prealabil aprecierii asupra admisibilității lor în principiu, Consiliul ia act de faptul că autoarele cererilor de intervenție sprijină apărările autorității contractante, în sensul menținerii derulării procedurii. În consecință, cererile de intervenție în discuție îmbracă elementele unor cereri formulate în condițiile precizate la art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Considerate de Consiliu admisibile, în principiu, cererile de intervenție, aparținând SC ... SRL, SC ... SRL și SC ...SA urmează a fi cercetate odată cu solicitările contestatoarei.

În ceea ce privește cererea de intervenție formulată de SC ...SA, Consiliul o respinge ca tardivă, raportat la dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 10/2016, potrivit căroră: *„Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire, pot formula, cu înștiințarea părților cauzei, cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind [Codul de procedură civilă](#), republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a faptului că s-a formulat contestație. În cazul prevăzut la art. 6 [alin. \(7\)](#), termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării faptului că s-a formulat contestație.*

Cererea de intervenție în discuție, conform e-mail-ului anexat, a fost înaintată la Consiliu în data de 20.01.2017, fiind înregistrată cu nr. 2667/25.01.2016. Prin urmare, față de data postării pe SEAP a contestației în cauză, respectiv 06.01.2017, termenul legal de contestare, a fost 16.01.2017, care, evident a fost depășit.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepției tardivității contestației, invocată de autoritatea contractantă în cadrul punctului de vedere formulat.

Consiliul constată că SC ... SA critică faptul că autoritatea contractantă nu a acceptat decalarea termenului de depunere a ofertelor, așa cum reiese din răspunsul la solicitarea nr. 2 din clarificarea de mai sus: *„Pentru a răspunde acestei solicitări ... trebuie să avem în vedere pe de-o parte, durata suspendării procedurii de atribuire care a asigurat suficient timp pentru pregătirea oricărei oferte, iar pe de altă*

parte, împrejurarea că nici controlul administrativ-jurisdicțional și nici cel judecătoresc NU AU MODIFICAT DOCUMENTAȚIA DE ATRIBUIRE (...)."

În soluționarea acestei observații, Consiliul are în vedere faptul că data de depunere inițială a ofertelor a fost, conform anunțului de concesiune nr. ..., 15.07.2016. Ulterior, urmare a contestațiilor depuse, a deciziilor CNSC și a Deciziei Curții de Apel Timișoara, autoritatea contractantă a decalat termenul limită de depunere a ofertelor pentru data de 21.12.2016 09:00, așa cum reiese din a anunțul tip erată nr. 97992/17.12.2016.

Din analiza dosarului cauzei, Consiliul constată că, față de data de 17.12.2016, când societatea contestatoare a cunoscut noua dată de depunere a ofertelor, conform anunțului erată menționat anterior, critica de mai sus, din contestația pe care a înaintat-o la Consiliul în data de 03.01.2017 (conform ștampilei poștale), este tardivă.

În stabilirea acestei concluzii, Consiliul are în vedere următoarele norme legale:

- art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia: „*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. \(4\)](#), (...) poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: (...) 10 zile, 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*”;

- art. 8 alin. (2) lit b) din Legea nr. 101/2016: „*(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. 5 din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia: „*(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.*”

Prin urmare, față de normele legale invocate anterior și constatând că valoarea estimată a contractului de lucrări ce urmează a fi atribuit

este de 799.154.882,23 lei, fără TVA, valoare aflată peste pragul valoric prevăzut la art. 7 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, Consiliul constată că solicitarea contestatoarei de declarare a termenului de depunere a ofertelor, putea fi formulată cel mai târziu la data de 27.12.2016.

De asemenea, Consiliul constată tardivitatea și cu privire la critica societății contestatoare asupra licenței ANRSC, raportat la OUG nr. 58/2016, care a modificat și completat Legea nr. 51/2006 pentru modificarea și completarea unor acte normative cu impact asupra domeniului achizițiilor publice, întrucât actul normativ invocat anterior, la care face trimitere chiar societatea contestatoare, a fost publicat în data de 22.09.2016, așa cum reiese M.Of nr. 738/ 22.09.2016.

Or, raportat la aceleași norme legale menționate anterior, termenul legal de contestare a acestui aspect, față de data publicării OUG nr. 58/2016, la care face trimitere chiar societatea contestatoare, s-a împlinit în data de 01.10.2016. Astfel, este evident că și acest demers este unul tardiv, deoarece contestația a fost transmisă la CNSC în data de 03.01.2017, fiind înregistrată cu nr. 395/05.01.2017.

Privitor la aceste aspect, Consiliul are în vedere și faptul că purtarea corespondenței cu autoritatea contractantă, prin care un operator economic interesat a solicitat modificarea anumitor cerințe din documentația de atribuire, modificări ce nu au fost acceptate de autoritatea contractantă, nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației împotriva lor sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta.

Legiuitorul nu dispune faptul că o solicitare de clarificări sau adresa de răspuns la clarificări (în cazul de față adresa nr. 2052/ 16.12.2016) emisă de autoritatea contractantă, ca urmare a unei cereri de lămuriri din partea unor operator economic interesat, ar întrerupe termenul de depunere a notificării prealabile, respectiv a unei contestații.

Față de aceste aspecte, rezultă faptul că CNSC nu poate lua în considerare un alt termen de la care să curgă dreptul persoanei care se consideră vătămată de a notifica prealabil autoritatea contractantă, cum ar fi spre exemplu data răspunsului la solicitările de clarificări, deoarece legiuitorul nu dispune în mod expres că solicitările de clarificări cu privire la documentația de atribuire întrerup și nici nu suspendă termenul de depunere a notificării prealabile privind conținutul documentației. Astfel, solicitarea unor clarificări la care autoritatea contractantă a răspuns nu poate conduce la o repunere în dreptul de a formula notificare prealabilă cu privire la documentația de atribuire.

Având în vedere prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016, coroborat cu art. 236 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, prin cererea de clarificare nu se poate „masca” o repunere în termen pentru formularea unei notificări prealabile și ulterior a unei contestații cu privire la

documentații de atribuire considerate de contestator incomplete, incorecte, nelegale.

Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări duce la prelungirea termenului de atac al actului contestat, s-ar ajunge la eludarea termenului de notificare și ulterior de contestare impus de legiuitor.

De asemenea, Consiliul ține seama și de faptul că în data de 21.12.2016 a avut loc ședința de deschidere a ofertelor, în urma căreia s-a încheiat procesul-verbal nr. 2086, din care reiese că inclusiv contestatoarea a depus ofertă la toate loturile.

Având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) și (6) coroborat cu art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite excepția tardivității, invocată de autoritatea contractantă ..., și respinge ca tardivă contestația depusă de ..., fără a mai proceda la analiza pe fond a cauzei.

Referitor la solicitarea contestatoarei, precum și a intervenientei SC ...SA de a avea acces la dosarul cauzei, Consiliul apreciază că nu se justifică această cerere, întrucât, pe de o parte, contestația a fost respinsă ca tardivă, iar pe de altă parte, demersul intervenientei este tardiv.

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

Admite, în principiu cererile de interveție formulate de SC ... SRL, SC ... SRL și SC ...SA.

Admite excepția tardivității, invocată de autoritatea contractantă ..., și respinge ca tardivă contestația depusă de de ..., fără a mai proceda la analiza pe fond a cauzei.

Admite cererile de intervenție aparținând SC ... SRL și SC ... SRL fiind formulate în sprijinul apărării autorității contractante.

Respinge, ca tardivă, cererea de intervenție aparținând SC ...SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată în 7(șapte) exemplare, conține 17(șaptesprezece) pagini.