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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 41668/04.10.2017, înaintată de ... SRL, cu sediul în ..., CUI: ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., reprezentată legal de ..., prin ..., formulată împotriva răspunsului la Notificarea prealabilă, transmis cu adresa nr. 73539/26.09.2017, emisă de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată de în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „...”, coduri ...(Rev. 2), inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., s-a solicitat Consiliului să dispună:

„(1) Eliminarea din întreaga documentaţie a Procedurii de Atribuire (Documentația de Atribuire) a cerinţei evidenţierii de către ofertanți în mod distinct a sumelor alocate fiecărei categorii de cheltuieli în lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare a proiectelor.

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

(3) Eliminarea din Documentația de Atribuire a cerinței privind includerea de către ofertanți în oferta cheltuielilor aferente corectării erorilor de proiectare survenite în faza elaborării Studiului de Fezabilitate.

(4) În subsidiar față de solicitarea de la punctul (3) de mai sus, în cazul în care veți aprecia solicitarea de la punctul (3) ca fiind neîntemeiată, vă solicităm să obligați Autoritatea Contractantă să menţioneze sursa de finanțare pentru modificările (altele decât cele menționate în Anexa 3 - Anexa Grafic de Plăţi *Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare*) care pot

conduce la o majorare a Valorii de Contract Acceptată conform Clauzei 13 [Modificări si Actualizări].

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

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

Cererea de suspendare a procedurii a fost soluționată prin Încheierea nr. 528/C8/3572/06.10.2017, în sensul respingerii ei ca nefondată.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ... SRL atacă răspunsul la Notificarea prealabilă, transmis cu adresa nr. 73539/26.09.2017, emisă de ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii mai sus amintite, solicitând cele menționate în partea introductivă.

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

Autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 73539/26.09.2017, comunicând că nu va adopta măsuri de remediere cu privire la documentația de atribuire.

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

Însă ulterior, prin răspunsul la Notificarea prealabilă, autoritatea contractantă diferențiază în mod clar Sumele Provizionate de Rezervele de Implementare, menționând expres că *„Rezervele de Implementare, ca și categorie de cheltuieli prevăzute în contract sunt diferite de Sumele Provizionate"* și că *„Pentru categoria de cheltuieli cuprinse în Sumele Provizionate, Autoritatea Contractantă a prevăzut posibilitatea ajustării acestora cu un procent de 5%, așa cum reiese din Anexa la oferta - Anexa I la Formularul nr. 8"*.

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

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

Pentru remedierea acestei redundanțe, contestatoarea solicită:

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

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

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

În continuare, referindu-se la Clarificarea nr. 3 la documentația de atribuire, publicată în SEAP la data de 07.09.2017, precum și la conţinutul Anexei 3 - Anexa Grafic de Plăți, conținând Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare, contestatoarea susține că, în forma actuală, documentația de atribuire impune obligația ofertanților de a evidenția distinct sumele alocate fiecărei categorii de cheltuieli în lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare a proiectelor.

Or, conform art. XI alin. (2) și alin. (4) din OUG nr. 83/2016, dispoziții legale invocate chiar de către autoritatea contractantă prin Clarificarea nr. 3:

„(2) Rezervele de implementare a proiectelor sunt evidenţiate distinct de către autoritatea contractantă în documentaţia de atribuire a lucrărilor ca articole generale sau sub orice altă formă considerată de către beneficiar în conformitate cu prevederile legale în vigoare şi fac parte din valoarea estimată a contractului."

„(4) Lista categoriilor de cheltuieli care se finanţează din rezervele de implementare a proiectelor, precum şi sumele alocate fiecărei categorii de cheltuieli se evidenţiază distinct în documentaţia de atribuire a lucrărilor odată cu iniţierea procedurilor de achiziţie publică.".

Aşadar, în opinia sa, obligarea ofertanţilor să evidenţieze distinct sumele alocate fiecărei categorii de cheltuieli în lista categoriilor de cheltuieli care se finanţează din rezervele de implementare a proiectelor este nelegală, contravenind dispozițiilor imperative ale art. XI alin. (2) și alin. (4) din OUG nr. 83/2016.

În concluzie, contestatoarea solicită Consiliului să dispună *„eliminarea din întreaga Documentaţie de Atribuire a cerinţei evidenţierii de către ofertanți în mod distinct a sumelor alocate fiecărei categorii de cheltuieli în lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare a proiectelor, și obligarea Autorității Contractante să*

evidenţieze ea însăși, în mod distinct, sumele alocate fiecărei categorii de cheltuieli în lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare a proiectelor, în conformitate cu prevederile art. XI alin. (2) și alin. (4) din OUG nr. 83/2016".

În ceea ce privește cheltuielile aferente corectării erorilor de proiectare survenite în faza elaborării Studiului de Fezabilitate, invocând pozițiile 6, 11 și 13 din Anexa 3 – Anexa Grafic de Plăți, precum și Clarificarea nr. 4/12.09.2017 la documentația de atribuire, răspunsurile 2, 5, 13 și 19, contestatoarea subliniază că autoritatea contractantă arată că Studiul de Fezabilitate este incorect încă din anul 2007, nefiind elaborat în conformitate cu standardele, parametrii și normele în vigoare.

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

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

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

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

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

Raportat la răspunsul autorității contractante la Notificarea prealabilă, contestatoarea subliniază că rectificarea Studiului de Fezabilitate ar trebui să fie inclusă în mod expres printre modificările enumerate în sub-clauza 13.3, suplimentar față de cele de mai sus.

Contestatoarea solicită Consiliului să dispună completarea paragrafului 4 al Sub-Clauzei 13.3 [Procedura de Modificare] din Condiţiile Speciale ale Contractului cu un nou sub-punct, care să stipuleze urmatoarele: *„m) erori/omisiuni/neconformități/necorelări din*

cadrul Studiului de Fezabilitate și care nu au fost remediate prin Cerinţele Beneficiarului".

De asemenea, pentru remedierea problemei privind regimul contractual neclar al cheltuielilor afarente corectării erorilor de proiectare survenite în faza elaborării Studiului de Fezabilitate, contestatoarea solicită „fie eliminarea din Documentaţia de Atribuire a cerinţei privind includerea de catre ofertanti in oferta a cheltuielilor aferente corectării erorilor de proiectare survenite in faza elaborarii Studiului de Fezabilitate, fie obligarea Autoritatii Contractante sa menţioneze sursa de finanţare pentru modificările (altele decât cele mentionate in Anexa 3 - Anexa Grafic de Plaţi „Lista categoriile de cheltuieli care se finanteaza din rezervele de implementare") care pot conduce la o majorare a Valorii de Contract Acceptata conform Clauzei 13 [Modificări si Actualizari]”.

Referitor la solicitarea de prelungire a termenului de depunere a ofertelor, contestatoarea, după ce subliniază că autoritatea contractantă a răspuns Notificării prealabile abia în data de 26.09.2017, apreciază că analizarea și implementarea în ofertă a prevederilor răspunsului emis tardiv determină în mod evident și necesitatea prelungirii termenului de depunere a ofertelor.

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

De asemenea, Proiectul prezintă o complexitate ridicată, față de care contestatoarea consideră neadecvat și insuficient intervalul de timp stabilit de către autoritatea contractantă pentru elaborarea și depunerea ofertelor.

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

Prin adresele nr. 42004/3572-C8/05.10.2017 și 42005/3572-C8/05.10.2017, Consiliul a pus în discuția părților excepția privind inadmisibilitatea contestației, prin raportare la prevederile art. 6 alin. (1) lit. a) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. 42181/06.10.2017, ... SRL a transmis punct de vedere, răspunzând astfel solicitării Consiliului, arătând că, prin Clarificarea nr. 3 invocată atât în contestație, cât și în Notificarea prealabilă, se stipulează la punctul „Clarificare din Oficiu I”: „În virtutea art. XI, alin. (3) din OUG nr. 83/2016, Graficul de plăți se completează cu Anexa *Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare*, care va fi completată în mod obligatoriu de ofertanți și va fi inclusă în Propunerea financiară a acestora. A se vedea în acest sens Anexa 2 la prezenta (…) a se vedea în acest sens Anexa 4 la prezenta: Acordul cadru revizuit …: Metodologia de utilizare a rezervelor de implementare, prevăzute în Graficul de plăți aferent prezentului contract”.

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

Luând în considerare faptul că, în data de 07.09.2017, a fost publicată pe SEAP Clarificarea nr. 3, rezultă că a formulat Notificarea prealabilă luni, 18.09.2017, în termenul legal, conform dispoziţiilor art. 6 alin. (1) lit. (a) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Suplimentar, așa cum s-a arătat atât în cadrul contestației cât și în cadrul notificării prealabile, deși prin Clarificarea nr. 4 publicată în SEAP la data de 12.09.2017 nu s-au adus modificări la documentația de atribuire, contestatoarea susține că răspunsurile autorității contractante formulate prin acea notificare au impus o anumită interpretare a clauzelor contractuale.

Contestatoarea apreciază că nu se poate pune semnul egal între momentul 08.07.2017, când documentația de atribuire a fost publicată în SEAP (și când interpretarea prevederilor contractuale pertinente chestiunilor menționate în Notificarea prealabilă și în contestatie putea fi supusă discuțiilor) și momentul 12.09.2017, când prin Clarificarea nr. 4, autoritatea contractantă a impus o anumită interpretare a acelor prevederi contractuale. Impunerea unei anumite interpretări a clauzelor contractuale reprezintă indubitabil impunerea unei conduite a antreprenorului, adiţională față de clauzele contractuale. În opinia sa, aceasta impunere a interpretării clauzelor contractuale trebuie să fie susceptibilă de a fi supusă unui control de legalitate, care nu poate fi exercitat decât ulterior luării la cunoștință de către ofertanți a respectivei impuneri, procedura controlului de legalitate raportându-se așadar la momentul luării la cunoștință sus-menționat.

În caz contrar, în situația în care Consiliul ar concluziona că demersul său este inadmisibil din moment ce Clarificarea nr. 4 nu modifică în mod expres documentația de atribuire, ar însemna că, prin absurd, se poate ajunge la situația în care o autoritate contractantă publică în SEAP o documentație de atribuire care, fără a fi vagă sau ambiguă, lasă loc de discuții privind interpretarea clauzelor contractuale (acest caracter discutabil fiind, firește, luat in calcul de către ofertanți în momentul în care aceștia elaborează ofertele), urmând ca ulterior, după expirarea termenului de formulare a unei notificări prealabile calculat de la data publicării documentației de atribuire în SEAP, autoritatea contractantă să publice o serie de clarificări din oficiu prin care să impună în mod uniltaral interpretarea documentaţiei de atribuire în favoarea sa, fără ca ofertanții să aibă la dispoziție un mecanism de supunere a acestor interpretări unui control de legalitate din moment ce autoritatea s-ar adăposti în spatele excepției de inadmisiblitate, raportat la nemodificarea expresă a documentației de atribuire.

Contestatoarea apreciază că o astfel de împrejurare ar fi în mod vădit contrară, atât legii comune, cât și principiilor speciale care

guvernează materia achizițiilor publice, pe cale de consecinţă raționamentul este în mod evident greșit.

Așadar, consideră că demersurile sale, care au făcut obiectul notificării prealabile și al contestației, să fie apreciate, prin prisma art. 6 alin. (1) lit. (a) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016, raportat la data publicării în SEAP a Clarificării nr. 3, respectiv 07.09.2017 și a Clarificării nr. 4, respectiv 12.09.2017, și nu raportat la data publicării documentației de atribuire în SEAP.

Prin adresa nr. 77279/06.10.2017, înregistrată la CNSC cu nr. 42190/06.10.2017, ... a transmis punctul său de vedere referitor la inadmisibilitatea contestației înaintate de ... SRL, solicitând Consiliului respingerea acesteia ca inadmisibilă, în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, având în vedere obiectul ei și data la care a fost formulată.

În susținerea acestei excepții, arată că, în data de 08.07.2017, a publicat în SEAP anunţul de participare nr. 176942, împreună cu documentația de atribuire. În cadrul acestei documentații, au fost prevăzute, în Graficul de plăți și Graficului de prețuri, valorile aferente *Rezervelor de implementare* prevăzute în conformitate cu OUG nr. 83/2016, respectiv 42.500.000 lei, fără TVA.

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

De asemenea, precizează că a publicat din oficiu, în cadrul Clarificării nr. 3/07.09.2017, *Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din Rezervele de implementare a proiectului*, neaducând nicio modificare asupra valorii globale publicate iniţial pentru *Rezervele de implementare*, elementul de noutate constând doar în prezentarea categoriilor de cheltuieli și în metodologia de utilizare a acestora.

Drept urmare, la momentul publicării Clarificării nr. 3, autoritatea contractantă subliniază nu a modificat informaţia existentă încă de la momentul publicării documentaţiei de atribuire. Astfel, atât în Documentaţia de atribuire publicată inițial, cât și urmare publicării Clarificării nr. 3, suma aferentă Rezervelor de implementare nu a fost defalcată de autoritatea contractantă, operatorii economici luând la cunoştinţă de acest aspect încă de la data Anunţului de participare, respectiv 08.07.2017.

În ceea ce privește solicitarea de eliminare a cerinţei privind includerea de către ofertanți în ofertă a cheltuielilor aferente corectării erorilor de proiectare survenite în faza elaborării Studiului de Fezabilitate și, în subsidiar, obligarea autorității contractante de a menționa sursa de finanțare pentru modificări (altele decât cele menționate în Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de

implementare), autoritatea contractantă precizează că aceste cerinţe au fost prevăzute în documentaţia de atribuire iniţial publicată și, prin urmare, notificarea și respectiv contestarea la peste 2 luni după publicarea Anunţului de participare, sunt în mod evident tardive.

Având în vedere cele de mai sus, autoritatea contractantă apreciază că Notificarea prealabilă formulată de ... SRL în data de 18.09.2017 și implicit contestația formulată în data de 02.10.2017 sunt mod evident tardive.

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

În vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect *„...”*, coduri CPV: ... (Rev. 2), ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., odată cu care a postat și documentația de atribuire. Criteriul de atribuire este *„cel mai bun raport calitate-preț”*, valoarea estimată fiind de ... lei, fără TVA.

Analizând contestația formulată de SC ... SRL, Consiliul constată că, prin următoarele capete de cerere:

- «(1) Eliminarea din întreaga documentaţie a Procedurii de Atribuire (Documentația de Atribuire) a cerinţei evidenţierii de către ofertanți în mod distinct a sumelor alocate fiecărei categorii de cheltuieli în lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare a proiectelor.

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

(3) Eliminarea din Documentația de Atribuire a cerinței privind includerea de către ofertanți în oferta cheltuielilor aferente corectării erorilor de proiectare survenite în faza elaborării Studiului de Fezabilitate.

(4) În subsidiar față de solicitarea de la punctul (3) de mai sus, în cazul în care veți aprecia solicitarea de la punctul (3) ca fiind neîntemeiată, vă solicităm să obligați Autoritatea Contractantă să menţioneze sursa de finanțare pentru modificările (altele decât cele menționate în Anexa 3 - Anexa Grafic de Plăţi „Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare”) care pot conduce la o majorare a Valorii de Contract Acceptată conform Clauzei 13 [Modificări si Actualizări]»,

este evident că nemulțumirea acesteia vizează conținutul documentației de atribuire.

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

Preliminar analizării acestei excepții, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini (părțile tehnice), formularele necesare și modelul de contract, nu a fost notificată de către SC ... SRL în termenul legal de 10 zile de la publicarea ei în SEAP, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța

obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorul economic interesat să participe la procedura de atribuire. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive.

Verificând dosarul cauzei, Consiliul constată că autoritatea contractantă, în data de 07.10.2017, a postat Clarificarea nr. 3 la documentația de atribuire, în conținutul căreia se regăsește, printre altele, poziția: „Clarificare din oficiu 1", cu următorul text: „În virtutea art. XI, alin. (3) din OUG nr. 83/2016, Graficul de plăți se completează cu Anexa *Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare*, care va fi completată în mod obligatoriu de ofertanți și va fi inclusă în Propunerea financiară a acestora. A se vedea în acest sens Anexa 2 la prezenta (…)".

Prin notificarea prealabilă datată 18.09.2017, înregistrată la sediul autorității contractante cu nr. 70684/18.09.2017, deci la peste două luni depărtare de la publicarea în SEAP a documentației, societatea contestatoare a reclamat *clarificarea din oficiu 1* din Clarificarea nr. 3, reprodusă mai sus. Așadar, SC ... SRL a apreciat că documentația sau clarificările pe marginea ei sunt eronate/incomplete, motiv pentru care a cerut adoptarea unor măsuri de corectare (eliminare a unor prevederi) a documentației. Însă, această solicitare trebuie analizată prin prisma datei începând cu care îi era sau ar fi trebuit să îi fie cunoscută reclamantei deficiențele notificate și apoi contestate. Trebuie realizată o distincție între notificările și contestația prin care se atacă clarificările provenind de la autoritatea contractantă și cele prin care se atacă prevederi neschimbate ale documentației de atribuire, opozabile petentei încă de la data de 08.07.2017.

În aceste condiții, față de valoarea estimată a contractului de lucrări ce urmează a fi încheiat, Consiliul apreciază ca fiind relevante, pentru soluţionarea excepţiei, prevederile art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: *„Sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă, care poate fi invocată şi din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanţei de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligaţia să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislaţiei privind achiziţiile publice sau concesiunile, în termen de: (…) a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii",* precum și cele ale alin. (3) al aceluiași articol, respectiv: *„(3) În cazul în care notificarea prealabilă priveşte* ***conţinutul documentaţiei de atribuire****, publicată în sistemul electronic de achiziţii publice, denumit în continuare SEAP,* ***data luării la cunoştinţă este data publicării documentaţiei de atribuire****".*

Prin urmare, ținând seama că solicitările contestatoarei sunt îndreptate împotriva documentaţiei de atribuire, care a fost publicată în SEAP în data de 08.07.2017, potrivit anunțului de participare nr. 176942, în conformitate cu prevederile legale anterior citate, o notificare prealabilă împotriva documentaţiei de atribuire putea fi înaintată cel mai târziu la data de 18.07.2017. Or, față de cele prezentate anterior, este evident că formularea notificării prealabile la data de 18.09.2017 este un demers tardiv.

Pentru a stabili astfel, Consiliul ţine seama şi de faptul că potrivit Legii nr. 101/2016, notificarea prealabilă reprezintă „cererea prin care se solicită autorităţii contractante reexaminarea unui act al autorităţii contractante, în sensul revocării sau modificării acestuia” [art. 3 alin. (1) lit. e)], se formulează în scris şi trebuie să conţină cel puţin neregulile sesizate şi măsurile de remediere pe care notificantul le consideră necesare a fi luate [art. 6 alin. (2)].

Astfel fiind, în cazul de față, este evident că actul asupra căruia își îndreapă criticile și pe care îl dorește a fi modificat este documentația de atribuire. Din conţinutul prevederilor legale actuale rezultă că sesizarea Consiliului se poate realiza numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, etapă obligatorie, respectiv condiţie de admisibilitate a contestaţiei.

Relevant, în speță, este faptul că societatea contestatoare a cunoscut Anexa nr. 2 la Formularul nr. 8 – *Grafic de plăți*, conținută de documentația de atribuire, prin care autoritatea contractantă a atras atenția operatorilor economici, interesați să participe la procedură, că au obligația de a respecta Ordonanța de Urgență nr. 83/2016, conform rubricii: „Suma provizionată – Rezerve de implementare conform OUG nr. 83/2016”, încă din data de 08.07.2017. Asupra acestei mențiuni, contestatoarea nu a avut nicio obiecție în termenul legal, raportat la art. XI din OUG nr. 83/2016, invocat anterior, la care chiar SC ... SRL a făcut trimitere în cadrul contestației sale, punctând alin. (2) și (4) ale articolului XI.

Or, a cere, în acest moment, eliminarea din întreaga documentație de atribuire a evidențierii, în mod distinct, a sumelor alocate fiecărei categorii de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implememtare a proiectelor, respectiv evidențierea, de către autoritatea contractantă, în mod disctinct, a sumele alocate fiecărei categorii de cheltuieli din lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare a proiectelor, când aceste informații au fost cunoscute prin norma legala de mai sus (Ordonanța de Urgență nr. 83/2016), sunt evident tardive.

De asemenea, pe baza aceluiași raționament, Consiliul constată că sunt tardive și solicitările de la punctele 3 și 4 din contestație, referitoare la eliminarea cerinţei privind includerea, de către ofertanți, în ofertă a cheltuielilor aferente corectării erorilor de proiectare survenite în faza elaborării *Studiului de Fezabilitate* și, în subsidiar, de obligare a autorității contractante de a menționa sursa de finanțare pentru

modificări (altele decât cele menționate în Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare), întrucât aceste aspecte au fost deja cunoscute la momentul publicării documentației de atribuire (08.07.2017).

Operatorul economic cunoştea aspectele reclamate din documentaţie, inclusiv trimitrea la OUG nr. 83/2016, încă de la data publicării ei şi trebuia să manifeste o minimă diligenţă pentru a le notifica şi ataca în termenul legal, raportat la art. 6 alin. (3) din Legea nr. 101/2016. Acest termen ar ajunge să fie golit de orice fel de efect şi, în acest fel, deturnat textul legii, dacă sub acoperirea unei clarificări/completări, operatorul economic ar putea să conteste, ulterior, lipsuri ale documentaţiei, invocând curgerea termenului de la clarificare.

Desigur, dacă actul vătămător ar fi fost clarificarea din oficiu de la autoritatea contractantă, termenul de notificare a lui curgea de la publicarea ei în SEAP.

Or, analizând capetele de cerere ale contestatoarei, nu se identifică nicio cerere asupra clarificărilor date de autoritatea contractantă, doleanțele contestatoarei îndreptându-se asupra documentației de atribuire. Consiliul constată că nimic nu a oprit societatea contestatoare să ceară autorității contractante, prin notificarea prealabilă pe care a transmis-o, anularea clarificării în discuție, ca măsură de remediere, raportat la dispozițiile art. 6 alin. (2) din Legea nr. 101/2016*, potrivit cărora: „Notificarea prealabilă se face în scris şi conţine cel puţin datele de identificare ale persoanei care se consideră vătămată, neregulile sesizate şi măsurile de remediere pe care le consideră necesare a fi luate, după caz.”*

Prin urmare, Consiliul apreciază că societatea contestatoare nu se poate prevala de anumite lămuriri/completări ale unui capitol din documentația de atribuire, din partea autorității contractante, și să solicite eliminarea lui din acest act, astfel încât criticile sale asupra acestei documentații să fie repuse în termen.

Toate cele precizate anterior au format convingerea Consiliului că autoarea contestaţiei nu a respectat normele art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, omiţând să transmită notificarea împotriva documentaţiei de atribuire, în cadrul termenului legal de 10 zile acordat de legiuitor, ceea ce atrage sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă.

După cum a statuat și Curtea de Apel Suceava, Secţia a II-a civilă, de contencios administrativ şi fiscal, în decizia nr. 807 din 2 august 2016, *„Consiliul este obligat să verifice dacă notificarea prealabilă a fost realizată în termenul legal. Tardivitatea notificării atrage inadmisibilitatea contestaţiei.*

Cu privire la capătul de cerere vizând anularea deciziei Consiliului, Curtea consideră că acesta este nefondat.

Sub un prim aspect, Curtea consideră că termenele reglementate de art. 6 alin. (1) sunt termene imperative legale. Totodată, Curtea reţine că nerespectarea acestor termene legale imperative atrage sancţiunea decăderii din exercitarea dreptului, dacă legea nu prevede expres altfel, iar actul de

procedură efectuat peste termen este lovit de nulitate, astfel cum prevede şi art. 185 alin. (1) C. proc. civ.

Contrar opiniei petentei şi în acord cu decizia Consiliului, Curtea consideră că norma juridică ce reglementează termenele anterior precizate (ca întreaga reglementare privind notificarea prealabilă cuprinsă în art. 6 şi 7 din Legea nr. 101/2016) este o normă de ordine publică şi nu de ordine privată. În acest sens, Curtea constată că este reală susţinerea petentei că în expunerea de motive a Legii nr. 101/2016 legiuitorul justifică introducerea notificării prealabile prin prisma necesităţii de a încuraja dialogul prealabil între autorităţile contractante şi operatorii economici, însă petenta ignoră, în acest context, scopul Legii nr. 101/2016. Astfel, conform art. 1 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, scopul acestei legi îl constituie asigurarea, la nivel naţional, a unor mecanisme şi proceduri efective, rapide şi eficiente de sesizare şi remediere a neregulilor, care să garanteze respectarea dispoziţiilor legale privind atribuirea contractelor. Prin urmare, privită din această perspectivă, pentru instanţă este evident că procedura notificării prealabile depăşeşte simplul interes privat al unui participant la o procedură de atribuire a unui contract de achiziţie publică, ea fiind concepută cu scopul de a asigura celeritate în realizarea interesului public.

Totodată, curtea nu poate reţine apărarea petentei care invocă faptul că Consiliul nu mai putea invoca tardivitatea depunerii notificării prealabile. În acest sens, din analiza dispoziţiilor legale care reglementează notificarea prealabilă, Curtea constată că legiuitorul insistă asupra faptului că neîndeplinirea procedurii notificării prealabile, în termenul legal, atrage sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă, astfel cum rezultă din art. 6 alin. (1) şi (10) din Legea nr. 101/2016. Prin urmare, întrucât sancţiunea este respingerea contestaţiei (iar nu a notificării) ca inadmisibilă (inadmisibilitate care poate fi invocată şi din oficiu), este evident că Consiliul este obligat să verifice legalitatea sesizării sale, respectiv să verifice dacă procedura notificării prealabile a fost realizată în acord cu normele legale imperative care o reglementează.

De altfel, conform art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul poate respinge contestaţia ca fiind nefondată, tardivă, lipsită de interes, lipsită de obiect, introdusă de o persoană fără calitate sau de o persoană care nu are calitatea de reprezentant, precum şi pe orice altă excepţie de procedură sau de fond, care împiedică soluţionarea pe fond a contestaţiei.

De asemenea, după cum s-a arătat anterior, este evident că numai îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă în termen legal conferă eficienţă juridică acestei proceduri, fiind dificil de acceptat, în contextul Legii nr. 101/2016, că procedura notificării prealabile ar putea fi realizată oricând de către un participant la procedură şi în lipsa unui răspuns legat de acest aspect al autorităţii contractante notificarea ar putea fi privită de Consiliu sau instanţa de judecată ca fiind valabilă întrucât, în acest caz, scopul legii de a asigura mecanisme şi proceduri efective, rapide şi eficiente de sesizare şi remediere a neregulilor, care să garanteze respectarea dispoziţiilor legale privind atribuirea contractelor, ar deveni unul iluzoriu.

Curtea nu va reţine nici apărarea petentei care critică soluţia dată de Consiliu şi sub aspectul încălcării principiului „non reformatio in peius" întrucât, invocând din oficiu excepţia tardivităţii, acesteia i s-a îngreunat situaţia în propria cale de atac. În acest context, Curtea arată că procedura în faţa

Consiliului este o procedură administrativ-jurisdicţională de primă instanţă şi nu într-o cale de atac, astfel încât principiul invocat nu este incident.

De asemenea, Curtea nu va reţine nici apărarea petentei prin care invocă faptul că, deşi notificarea prealabilă a fost tardiv depusă, întrucât autoritatea contractantă nu a invocat acest aspect, cauza de nulitate a fost acoperită, ceea ce duce la salvarea actului de procedură realizat cu încălcarea legii. În acest sens, Curtea constată că, sub un prim aspect, raţionamentul petentei se raportează la dispoziţiile art. 193 alin. (1) şi (2) C. proc. civ. (reglementare în contextul căreia neîndeplinirea procedurii prealabile poate fi invocată doar de către pârât, prin întâmpinare, având astfel caracter relativ) şi nu la dispoziţiile art. 6 din Legea nr. 101/2016 (reglementare în contextul căreia, după cum s-a arătata mai sus, procedura notificării prealabile are caracter de ordine publică, inadmisibilitatea putând fi invocată şi din oficiu).

Nici analizată din perspectiva dispoziţiilor art. 177 C. proc. civ. această apărare a petentei nu poate fi primită. Astfel, potrivit art. 177, ori de câte ori este posibilă înlăturarea vătămării fără anularea actului, judecătorul va dispune îndreptarea neregularităţilor actului de procedură. Cu toate acestea, nulitatea nu poate fi acoperită dacă a intervenit decăderea ori o altă sancţiune procedurală sau dacă se produce ori subzistă o vătămare. Actul de procedură nu va fi anulat dacă până la momentul pronunţării asupra excepţiei de nulitate a dispărut cauza acesteia. Or, în cauza de faţă, nulitatea procedurii notificării prealabile este determinată de decăderea petentei din dreptul de a mai depune notificarea, iar cauza acestei nulităţi nu dispăruse la momentul soluţionării de către Consiliu a contestaţiei.

Faţă de aceste considerente, se va respinge plângerea ca nefondată."

În ceea ce privește Clarificarea nr. 4 din 12.10.2017, Consiliul ține seama de propria afirmație a contestatoarei, respectiv: „*Clarificarea nr. 4 nu modifică în mod expres documentația de atribuire*".

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

În soluționarea cauzei, Consiliu are în vedere, pe de o parte, că între data publicării documentației de atribuire (08.07.2017) și cea de depunere inițială a ofertelor (12.10.2017) a existat un interval mai mare de trei luni de zile, iar pe de altă parte, că autoritatea contractantă, după postarea Clarificării nr. 3 din 07.10.2017 și a Clarificării nr. 4 din 12.10.2017, a decalat termenul de depunere a ofertelor până pe data de 24.10.2017.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept expuse, în temeiul art. 6 alin. (1) şi al art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite excepția invocată de autoritatea contractantă, și respinge, ca inadmisibilă, contestaţia formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ....

De asemenea, raportat la dispoziţiile art. 26 alin. (1) din legea menţionată şi la cele corespondente din art. 248 alin. (1) C. proc. civ., operând excepţia inadmisibilităţii contestaţiei, Consiliul nu se va pronunţa asupra altor excepții și pe fondul contestaţiei.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția invocată de autoritatea contractantă, și respinge, ca inadmisibilă, contestaţia formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ....

Fără pronunțare asupra altor excepții și a fondului cauzei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

Redactată în 4(patru) exemplare, conține 14(paisprezece) pagini.