CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., având CIF ..., reprezentată de ... – Administrator și convențional prin ... - avocat împotriva documentației de atribuire, emisă de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziții publice, având ca obiect *"PROIECTARE ȘI EXECUȚIE DRUM EXPRES ..., TRONSONUL 1"*, coduri CPV 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2) CPV 45221111-3 – Lucrări de construcții de poduri rutiere (Rev.2), CPV 71322500-6 – Servicii de proiectare tehnică pentru infrastructura de transport (Rev.2), s-au solicitat următoarele:

- eliminarea din întreaga documentație de atribuire a cerinței evidențierii de către ofertanți, în mod distinct, a sumelor alocate fiecărei categorii de cheltuieli, în lista categoriilor de cheltuieli, care se finanțează din rezervele de implementare a proiectelor;
- obligarea autorității contractante de a evidenția, în mod distinct, sumele alocate fiecărei categorii de cheltuieli în lista categoriilor de cheltuieli, care se finanțează din rezervele de implementare a proiectelor;
- eliminarea din documentația de atribuire a cerinței privind includerea de către ofertanți în ofertă, a cheltuielilor aferente corectării erorilor de proiectare survenite în faza elaborării studiului de fezabilitate;

- în subsidiar, obligarea autorității contractante să menționeze sursa de finanțare pentru modificările (altele decât cele menționate în Anexa 3 - Anexa Grafic de Plăți ”Lista categoriile de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare”), care pot conduce la o majorare a valorii de contract, acceptată conform clauzei 13 [Modificări și Actualizări];

- prelungirea termenului de depunere a ofertelor cu cel puțin 30 zile.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația depusă, ..., în calitate de ofertant interesat să participe la procedura de licitație deschisă online, organizată de către autoritatea contractantă ..., în vederea atribuirii contractului de achiziții publice, având ca obiect *”PROIECTARE ȘI EXECUȚIE DRUM EXPRES ..., TRONSONUL 1”*, coduri CPV 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2) CPV 45221111-3 – Lucrări de construcții de poduri rutiere (Rev.2), CPV 71322500-6 – Servicii de proiectare tehnică pentru infrastructura de transport (Rev.2), inițiată prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a anunțului de participare nr. ..., a solicitat cele menționate în partea introductivă.

Prin încheierea nr. ..., Consiliul a respins, ca nefondată, cererea de suspendare a procedurii de atribuire, formulată de ..., în contradictoriu cu ....

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat contestatoarei un punct de vedere cu privire la excepția inadmisibilității contestației sale, prin raportare la prevederile art. 6 alin. (1) lit. a) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și având în vedere că prin clarificările menționate în cadrul contestației nu se modifică conținutul contestației.

Prin adresa, înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ... arată următoarele:

- documentația de atribuire a fost modificată prin clarificarea nr. 3, graficul de plăți fiind completat cu anexa ”Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare” și acordul contractual fiind și el modificat împreună cu Anexa I a acestuia;

- astfel, ... susține că a formulat notificarea prealabilă pe data de 18.09.2017, luni, în termen legal, conform dispozițiilor art. 6 alin. (1) lit. a) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016, luând în considerare faptul că, clarificarea nr. 3 a fost publicată în SEAP la data de 07.09.2017,.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat autorității contractante un punct de vedere cu privire la excepția inadmisibilității contestației

depuse de ..., prin raportare la prevederile art. 6 alin. (1) lit. a) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

De asemenea, Consiliul a solicitat autorității contractante, copia dosarului achiziției și orice alte documente considerate de dvs. edificatoare în soluționarea prezentei contestații.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., autoritatea contractantă arată că a publicat din oficiu, în cadrul clarificării nr. 3 din 07.09.2017, Lista categoriilor de cheltuieli, care se finanțează din rezervele de implementare a proiectului.

În aceeași ordine de idei, ... subliniază că prin publicarea Listei categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare a proiectului, nu a adus nicio modificare asupra valorii globale, publicate inițial pentru rezervele de implementare, elementul de noutate constând doar în prezentarea categoriilor de cheltuieli și în metodologia de utilizare a acestora.

Drept urmare, autoritatea contractantă precizează că, la momentul publicării clarificării nr. 3, nu a modificat informația existentă încă de la momentul publicării documentației de atribuire. Astfel, atât în documentația de atribuire publicată inițial, cât și urmare publicării clarificării nr. 3, suma aferentă rezervelor de implementare nu a fost defalcată, operatorii economici luând la cunoștință de acest aspect încă de la data publicării anunțului de participare, respectiv 08.07.2017.

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

Pe cale de consecință, autoritatea contractantă consideră că notificarea prealabilă formulată de ... în data de 18.09.2017 și implicit contestația formulată în data de 02.10.2017 sunt în mod evident tardive, aceasta solicitând respingerea contestației, ca fiind inadmisibilă, în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

... a inițiat procedura de licitație deschisă online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziții publice, având ca obiect *”PROIECTARE ȘI EXECUȚIE DRUM EXPRES ..., TRONSONUL 1”*, coduri CPV 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2) CPV 45221111-3 – Lucrări de construcții de poduri rutiere (Rev.2),

CPV 71322500-6 – Servicii de proiectare tehnică pentru infrastructura de transport (Rev.2), prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a anunțului de participare nr. ....

Potrivit acestuia, criteriul de atribuire aplicat a fost „cel mai bun raport calitate-preț", valoarea estimată a contractului fiind de 479.802.905,88 lei, fără TVA.

Având în vedere excepția inadmisibilității contestației ..., invocată din oficiu și susținută de autoritatea contractantă, Consiliul va analiza, cu prioritate, această excepție, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei".*

Astfel, în speță, sunt incidente următoarele prevederi legale, de imediată aplicare, din Legea nr. 101/2016:

- art. 6 alin. (1) lit. a), potrivit căruia:

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

a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică sau de concesiune este mai mică 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".

- art. 6 alin. (10), care dispune că:

„(10) Sesizarea Consiliului sau a instanței, după caz, <u>se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă</u>".

- art. 8 alin. (1) lit. a) și alin. (2), conform căruia:

(1) Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum și oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: (...)

a) 10 zile, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică, achiziție sectorială sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, după caz.

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

a) începând cu ziua următoare luării la cunoștință a răspunsului autorității contractante în sensul că nu urmează să revoce actele emise sau să adopte măsuri de remediere;

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

c) începând cu ziua următoare împlinirii termenului prevăzut la art. 6 alin. (5), când autoritatea contractantă a transmis un răspuns în sensul că urmează să adopte măsuri de remediere".

- art. 11 alin. (2) și (3), care dispun:

„(2) Contestatorul atașează la contestație dovada notificării prealabile a autorității contractante și copia răspunsului autorității contractante, dacă există, dovada înaintării contestației către autoritatea contractantă, copia actului atacat, după caz, precum și mijloacele de probă de care dispune".

Din conținutul acestor prevederi legale rezultă că sesizarea Consiliului se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, sintagma *„se poate face numai după"*, utilizată de legiuitor, demonstrând caracterul imperativ al normei care reglementează această procedură prealabilă. Parcurgerea procedurii prealabile este o etapă obligatorie, efectuarea acesteia fiind o condiție de admisibilitate a contestației.

Consiliul reține că ... solicită prin contestație modificarea unor prevederi ale documentației de atribuire, deși nu a formulat notificare prealabilă în termenul legal de 10 zile de la publicarea în SEAP, consolidându-se astfel forța obligatorie a documentației de atribuire atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorul economic interesat să participe la procedura de atribuire.

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 (…)".

De asemenea, Consiliul reține că, prin notificarea prealabilă datată 18.09.2017, înregistrată la sediul autorității contractante cu nr. ..., deci la peste două luni depărtare de la publicarea în SEAP a documentației de atribuire, contestatoarea a invocat *clarificarea din oficiu 1* din Clarificarea nr. 3, ca fiind elementul în baza căruia solicită modificarea documentației de atribuire, însă nu solicită modificarea sau eliminarea acesteia.

Având în vedere că ... 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", rezultând astfel că și, în lipsa clarificării din oficiu, ofertanții aveau obligația defalcării cheltuielilor finanțate din rezervele de implementare.

Prin urmare, ținând seama că solicitările contestatoarei sunt îndreptate împotriva documentației de atribuire, care a fost publicată în SEAP în data de 08.07.2017, potrivit anunțului de participare nr. ..., în conformitate cu prevederile legale anterior citate, o notificare prealabilă împotriva documentației 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.

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 implementare a proiectelor, respectiv evidențierea, de către autoritatea contractantă, în mod distinct, 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 cerinței privind includerea, de către ofertanți, în ofertă a cheltuielilor aferente corectării erorilor de proiectare survenite în faza elaborării *Studiului de Fezabilitate* și, în subsidiar, de obligare a autorității contractante de a menționa sursa de finanțare pentru modificări (altele decât cele menționate în Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare), întrucât aceste aspecte au fost deja cunoscute la momentul publicării documentației de atribuire (08.07.2017).

Operatorul economic cunoștea aspectele reclamate din documentație, inclusiv trimiterea la OUG nr. 83/2016, încă de la data publicării ei și trebuia să manifeste o minimă diligență pentru a

le notifica și ataca în termenul legal, raportat la art. 6 alin. (3) din Legea nr. 101/2016. Acest termen ar ajunge să fie golit de orice fel de efect și, în acest fel, deturnat textul legii, dacă sub acoperirea unei clarificări/completări, operatorul economic ar putea să conteste, ulterior, lipsuri ale documentației, invocând curgerea termenului de la clarificare.

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 și conține cel puțin datele de identificare ale persoanei care se consideră vătămată, neregulile sesizate și măsurile de remediere pe care le consideră necesare a fi luate, după caz.”*

Prin adoptarea acestei atitudini, respectiv neîndeplinirea acestei obligații procedurale, contestatoarea și-a asumat riscul aplicării sancțiunii prevăzută de legiuitor într-o asemenea situație, respectiv respingerea contestației, ca inadmisibilă [art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016].

Întrucât, excepția lipsei procedurii de notificare prealabilă este o excepție de fond (aceasta vizând o cerință pentru declanșarea procedurii de soluționare a contestației), peremptorie (tinzând la stingerea procesului) și absolută (privind norme imperative de ordine publică), Consiliul nu va proceda la analiza pe fond a criticilor formulate de contestatoare.

Prin urmare, Consiliul stabilește că ... nu s-a conformat dispozițiilor legale, cu privire la îndeplinirea obligației de notificare prealabilă a autorității contractante, înainte de a se adresa Consiliului.

În ceea ce privește capătului de cerere privind decalarea dateilimită de depunere a ofertelor, Consiliul are în vedere, pe de o parte, că între data publicării documentației de atribuire și cea de depunere inițială a ofertelor a existat un interval mai mare de trei luni de zile, iar pe de altă parte, că autoritatea contractantă a decalat termenul de depunere a ofertelor până pe data de 23.10.2017, iar prin prezenta decizie nu s-au stabilit măsuri de remediere.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și

funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să respingă, ca inadmisibilă, contestația formulată de ... în contradictoriu cu ....

În conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, prezenta decizie va fi obligatorie pentru părți și poate fi atacată cu plângere la instanța de judecată competentă, în termen de 10 zile de la comunicare.

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

Respinge, ca inadmisibilă, contestația formulată de ... în contradictoriu cu ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

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

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 8 (opt) pagini.