

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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația înregistrată la CNSC cu nr., formulată de ..., cu sediul în împotriva Răspunsurilor 1 și 2 la solicitările de clarificări din cadrul documentației de atribuire elaborată de ..., cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „..., ...»”, cod ..., s-au solicitat Consiliului următoarele:

I. Dispunerea următoarelor măsuri de remediere necesare restabilirii legalității procedurii de atribuire:

1) Anularea parțială a Răspunsului consolidat nr. 1 având număr de referință ..., în privința răspunsurilor următoare:

a) Cu privire la solicitarea de clarificări nr ..., solicităm anularea următoarelor răspunsuri:

i. Răspunsul nr. 1, la care face referire Răspunsul nr. 1 din data de ..., referitor la utilizarea de produse similare;

ii. Răspunsul nr. 2 din care rezultă refuzul obligației autorității contractante de a pune la dispoziția antreprenorilor informațiile privind gropile de împrumut, necesare pregătirii ofertei;

iii. Răspunsul nr. 6 (obligația de a prezenta o echipă/companie care să prezinte în scris confirmarea oficială că fost instruită de producător);

iv. Răspunsul nr. 7 (obligația autorității contractante este de a pune la dispoziția ofertanților toate documentele proiectului, care ar putea influența reprezentarea corectă a riscurilor);

v. Răspunsul nr. 11 prin care autoritatea contractantă impune spre ofertare cantități de agregate în exces față de cele care reies din proiect;

vi. Răspunsul nr. 14 este în legătură cu Răspunsul nr. 7 și trebuie tratat în același mod;

vii. Răspunsul nr. 15 (Predarea Amplasamentului reprezintă întotdeauna și indiferent de proiect un risc al achizitorului);

b) Cu privire la solicitarea de clarificări nr. ..., solicităm anularea următoarelor răspunsuri:

viii. Răspunsul nr. 2, prin care autoritatea contractantă refuză să pună la dispoziție Studiul topo;

ix. Răspunsul nr. 3, privitor la refuzul de a corecta antemăsurătoarea cu suprafața real măsurată/măsurabilă, conform Memoriului Tehnic și suprafața pentru care autoritatea contractantă impune calcularea ofertei atât din punct de vedere tehnic cât și financiar;

c) Cu privire la solicitarea de clarificări nr. ..., solicită anularea Răspunsului nr. 13, pentru aceleași rațiuni pe care le-a invocat în legătură cu răspunsul nr. 3, din cadrul solicitării de clarificări nr. ...;

d) Cu privire la solicitarea de clarificări nr. ..., solicită anularea Răspunsului nr. 1, privind structura drumului perimetral, în legătură cu răspunsul nr. 11 din cadrul solicitării de clarificări nr. ...;

2) Solicită anularea parțială a Răspunsului consolidat nr. 2 cu nr. de referință ... la solicitarea de clarificări nr. ..., respectiv, numai în privința răspunsului la Întrebarea nr. 1.

II. Suspendarea procedurii, respectiv suspendarea aplicării oricărei decizii luate de autoritatea contractantă până la soluționarea contestației, în temeiul art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Cererea de suspendare a procedurii a fost soluționată prin Încheierea nr. ..., în sensul că aceasta a fost admisă și s-a dispus suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea cauzei.

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

În conținutul contestației sale, autoarea acesteia prezintă o analiză a viciilor documentației și a măsurilor de remediere necesare, detaliind fiecare aspect pe care îl consideră un viciu al răspunsurilor la solicitările de clarificare și solicitările de remediere, astfel:

a. Cu privire la solicitarea de clarificări nr. ..., redă motivele de anulare a următoarelor răspunsuri, respectiv:

i. Cu privire la anularea parțială a Răspunsului consolidat nr. 1 având număr de referință ..., contestatoarea face următoarele precizări:

În documentația de atribuire inițială, materialele geosintetice erau identificate prin denumiri comerciale care aparțin unui anumit producător, fapt care contravine grav principiilor concurenței și ale tratamentului egal.

S-a reținut astfel că este contrară art. 156 din Legea nr. 98/2016 utilizarea unor denumiri comerciale aferente produselor achiziționate, având ca potențial efect restrângerea accesului operatorilor economici la procedura de atribuire.

Se are în vedere că specificațiile tehnice se definesc fără a face trimiteri către o anumită marcă/produs, astfel încât, conform art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, să se permită accesul oricărui operator economic la procedură, iar indicarea unei mărci poate avantaja anumiți

operatori economici și poate conduce la încălcarea principiului tratamentului egal față de ceilalți participanți la procedură. Drept urmare, în conformitate cu prevederile art. 156 din Legea nr. 98/2016, orice asemenea denumiri trebuie să poarte mențiunea „sau echivalent” în situația în care nu este posibilă o descriere suficient de precisă și de inteligibilă a acestor specificații.

Autoritatea contractantă are posibilitatea de a face trimitere la caracteristicile impuse de acte normative, respectiv Normativul din ..., publicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 86bis din

Modul de reglementare oferit de Normativ oferă o plajă largă de opțiuni în privința materialelor geosintetice, însă autoritatea contractantă, prin proiectant, a definit materialele cu ignorarea dispozițiilor Normativului, cu efectul nemijlocit de restricționare a concurenței în privința furnizării materialelor în cauză.

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă nu a făcut decât să înlocuiască denumirea producătorului cu caracteristici tehnice particulare, exclusiviste care nu sunt impuse de nicio constrângere de fapt sau legală, ci doar de a găsi o modalitate de eludare a concurenței, prin identificarea acelor caracteristici specifice produselor nominalizate inițial prin denumirea comercială.

Acest răspuns, ignoră faptul că soluția de acoperire este una clasică, reglementată în Normativul din ..., punctul 3.7.2. Cerințe pentru închiderea depozitelor pentru deșeuri nepericuloase/municipale (clasa b).

Autoritatea Contractantă nu poate justifica din punct de vedere tehnic sau legal constrângerea de a efectua testarea interacțiunii dintre materiale, din trei motive:

1. Reprezintă o restrângere nejustificată a concurenței. Mai exact, pentru a se putea discuta despre testare apriori, realizate de către producător, ar însemna ca toate cele trei materiale să fie produse de același producător, însă aceasta contravine dreptului ofertantului de a achiziționa materialele de la producători diferiți. Suprapunerea și interacțiunea dintre materiale o realizează, respectiv, o verifică antreprenorul în perioada execuției, după semnarea contractului.

2. Prin caietul de sarcini se specifică, în mod expres, că se vor face tronsoane de testare insitu ale interacțiunii dintre materiale, ceea ce face inutilă și excesivă cerința de a efectua teste și de a preda rezultatele testării în perioada de atribuire.

3. Impunerea unor cerințe care atrag costuri excesive pentru ofertanți, reprezintă o constrângere care contravine obligației autorităților contractante de stabilire a unor condiții de participare cu diminuarea la maxim a costurilor de participare și lărgirea ariei de adresabilitate. Or, efectuarea de teste în laborator impune costuri neobișnuite pentru această fază a procedurii de achiziții publice. Costurile cu testarea sunt incluse în prețul contractului, iar autoritatea

contractantă solicită ofertanților să efectueze costuri în avans, fără a exista o certitudine că li se va atribui contractul.

În concluzie, contestatoarea evidențiază că măsura de remediere pe care o solicită este de a se anula răspunsul la solicitarea de clarificări, eliminarea cerințelor restrictive, redefinirea caracteristicilor produselor, conform Normativului din ..., publicat în monitorul oficial, partea I nr. 86bis din

ii. Cu privire la anularea Răspunsului nr. 2 - refuzul autorității contractante de a acorda acces antreprenorilor la gropile de împrumut și de a-și asuma riscul legat de identificarea gropilor de împrumut, ... face următoarele mențiuni:

Autoritatea contractantă trebuia să menționeze situația gropilor de împrumut sau a sursei pământului de umplutură prin studiu de fezabilitate, care trebuia întocmit cu respectarea HG nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice.

Identificarea gropilor de împrumut și asumarea de către autoritatea contractantă, care are calitatea de autoritate publică locală, a obligației de a pune la dispoziția proiectului a gropilor de împrumut, prin identificarea gropilor de împrumut existente și disponibile chiar în cuprinsul documentației, conform art. 12 din Legea nr. 255/2010 reprezintă o obligație similară predării amplasamentului.

În condițiile în care regimul gropilor de împrumut este unul reglementat și condiționează, în mod critic, executarea contractului și pregătirea ofertei, autoritatea contractantă are obligația de a dezvălui, în mod transparent, gropile de împrumut disponibile. În caz contrar se încalcă în mod grav principiile nediscriminării, al tratamentului egal, al transparenței și al asumării răspunderii de către autoritate.

Având în vedere cel de mai sus, ... arată că măsura de remediere specifică pe care o solicită este de obligare a autorității contractante de a-și asuma, în mod expres, riscul contractual al identificării și punerii la dispoziția antreprenorilor a gropilor de împrumut din zonă.

iii. Cu privire la anularea Răspunsului nr. 6 – impunerea obligației de a prezenta o echipă/companie care să prezinte în scris confirmarea oficială că fost instruită de producător, ... consideră că aceasta reprezintă o cerință similară celei prin care autoritatea contractantă cere o declarație de la producător, de a garanta că a autorizat furnizorul să comercializeze produsele producătorului, iar ghidurile ANAP și practica în materie sunt clare în sensul că această practică reprezintă o practică contrară legii, reprezintă o încălcare a art. 154 –156 Legea nr. 98/2016 și a art. 20 HG nr. 395/2016, în cazul în care caietul de sarcini conține cerințe/informații neclare, precum și cerințe ce au efect restrictiv în ceea ce privește participarea la procedura de atribuire a operatorilor economici.

Față de acest aspect, ... apreciază că măsura de remediere care se impune constă în eliminarea cerinței de a prezenta o companie/echipă care să prezinte confirmarea scrisă a producătorului, de instruire.

iv. Cu privire la anularea Răspunsului nr. 7 (obligația autorității contractante este de a pune la dispoziția ofertanților toate documentele proiectului, care ar putea influența reprezentarea corectă a riscurilor) ... învederează următoarele:

Poziția autorității contractante de a nu transmite avize și autorizații, studii complete este una contrară dispozițiilor legale, privitoare la principiul transparenței. În perioada de ofertare, potențialii ofertanți trebuie să analizeze riscurile care pot deriva din toate documentațiile, mai ales din cele care țin de autorizarea lucrărilor. Chiar în propria metodologie, ofertantul trebuie să identifice riscurile și modalitățile de prevenire.

Deși menționează că obținerea autorizației de construire este în curs, fără să definească stadiul de avizare, autoritatea contractantă refuză să pună la dispoziție avizele, acordurile, studiile, cu excepția studiului geotehnic.

Este imposibil să se determine potențiale riscuri pe baza listelor de cantități.

Față de cele de mai sus, măsura de remediere pe care o solicită ... este de a obliga autoritatea contractantă să comunice documentațiile obținute până în prezent, conform HG nr. 907/2016, precum și o declarație privind stadiul avizării și al autorizării.

v. Răspunsul nr. 11:

În documentația de atribuire, Memoriul tehnic, pag. 19 se precizează că: Suprafața totală ocupată de drum și platforma ce urmează a fi construit este de aprox. 9700 mp și că, conform breviarului de calcul a rezultat un sistem rutier alcătuit din:

- Strat de formă din balast, cu grosime de 10 cm;
- Strat de fundație din piatră spartă poligranulară 0/90, grosime de 27 cm;
- Strat de bază din piatră spartă poligranulară 0/70, grosime de 10 cm.

În acest sens, ... arată că măsura de remediere pe care o solicită este de a obliga autoritatea contractantă să transmită cantități reale pentru agregatele ce vor fi puse în operă pentru realizarea drumului, precum și de a transmite profilul transversal/detalii pentru drumul de acces.

vi. Cu privire la Răspunsul nr. 14, ... menționează că acesta este în legătură cu Răspunsul nr. 7 și solicită anularea acestuia pentru aceleași motive expuse mai sus și cu aceleași măsuri de remediere.

vii. ... solicită anularea Răspunsului nr. 15, întrucât predarea amplasamentului reprezintă întotdeauna și indiferent de proiect un risc al

achizitorului, obligația de predare a amplasamentului fiind o obligație a autorității contractante.

Faptul că amplasamentul este împrejmuit și poate părea mai ușor de trasat nu eludează obligațiile și responsabilitatea autorității contractante privind predarea amplasamentului. În răspunsul primit de la Autoritatea Contractantă se ignoră limitele reale ale viitorului amplasament al proiectului, care includ și gropile de împrumut și căile de acces exterioare.

Măsura de remediere – Răspunsul nr. 15 fiind contrar dispozițiilor legale și în special dispozițiilor HG nr. 1/2018, care stabilesc în sarcina Beneficiarului, adică a autorității contractante, responsabilitatea predării amplasamentului, ... afirmă că se impune anularea acestuia și comunicarea datelor complete și corecte cu privire la delimitarea amplasamentului, determinarea distanței la și de la gropile de împrumut.

b. Cu privire la solicitarea de clarificări nr. ..., ... solicită anularea următoarelor răspunsuri:

x. Cu privire la Răspunsul nr. 2, prin care autoritatea contractantă refuză să pună la dispoziție studiul topo, face trimitere la motivarea privind anularea Răspunsului nr. 7, de la secțiunea iv de mai sus, fiind aplicabile aceleași rațiuni și aceiași măsură de remediere.

xi. Răspunsul nr. 3, prin care autoritatea contractantă corectează antemăsuratoarea suprafața real măsurată/măsurabilă, conform Memoriului Tehnic și suprafața pentru care autoritatea contractantă impune calcularea ofertei atât din punct de vedere tehnic cât și financiar ridică două aspecte, respectiv:

A. Necesitatea găsirii unei modalități de a aplica un procent de 10% de așa zisă pierdere tehnologică, pierdere care este o caracteristică exclusivă a produsului geosintetic pe care inițial l-a identificat prin denumiri comerciale. Așa zisele pierderi tehnologice depind tocmai de natura materialului și de metoda de lucru și gestionare a resurselor a fiecărui antreprenor. Procentul nu este unul general valabil, ci specific. Mai exact, conduce la același produs, cu excluderea celorlalte. Această problemă a fost tratată deja la Răspunsul nr. 1, secțiunea i. de mai sus și se impun aceleași măsuri de remediere.

B. Problema menținerii unei neconcordanțe intenționate între situația de fapt înscrisă în Memoriul Tehnic și suprafața pretinsă de proiectant poate conduce la probleme în identificarea corectă a cantităților de executat.

În listele de cantități, proiectantul, în mod greșit, dar cu intenție, precizează cantitățile de geosintetice inclusiv o pierdere tehnologică de 10%.

Față de cele de mai sus, contestatoarea arată că măsurile de remediere pe care le solicităm sunt: anularea răspunsului nr. 15 și Corectarea respectivelor cantități conform cantităților care vor fi real

executate (lăsând ca pierderile să și le coteze ofertantul în rețeta articolului).

e) Cu privire la solicitarea de clarificări nr. ..., ... solicită anularea Răspunsului 4, care este în legătură cu răspunsul nr. 3 de la solicitarea de clarificări nr.

f) Cu privire la solicitarea de clarificări nr. ..., ... solicită revizia Răspunsului nr. 1, privind structura drumului perimetral, în legătură cu Răspunsul la întrebarea nr. 11 din cadrul solicitării de clarificări nr.

2) Cu privire la anularea parțială a Răspunsului consolidat cu nr. de referință ..., la solicitarea de clarificări nr. ..., ... solicită anularea Răspunsului nr. 1.

În drept, se invocă prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016, precum și toate dispozițiile invocate în cuprinsul contestației.

În dovedirea contestației sale, ... a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. a transmis punctul de vedere cu privire la contestația formulată de ... solicitând respingerea acesteia ca netemeinică și nefondată și, pe cale de consecință, menținerea documentației de atribuire și a răspunsurilor la solicitările de clarificări/răspunsuri comasate așa cum au fost publicate, pentru următoarele motive:

Procedura de achiziție publică a fost inițiată prin anunțul de participare nr. ..., publicat în SEAP.

Conform documentației de atribuire publicată în SEAP, termenul limită stabilit pentru solicitările de clarificări a fost în data de ..., respectiv pentru răspunsul consolidat la solicitările de clarificări a fost în data de

A publicat răspunsul consolidat nr. ... potrivit căruia a răspuns la un număr de 7 solicitări de clarificări, aparținând a 5 operatori, economici.

Ulterior acestei date, a răspuns și următoarelor solicitări de clarificări transmise de către operatorii economici, deși acestea au survenit în afara termenului limită stabilit pentru solicitările de clarificări.

Răspunsurile la solicitările de clarificări publicate, din punct de vedere tehnic, au fost efectuate potrivit răspunsurilor transmise de către proiectantul ... care a întocmit Proiectul tehnic pentru executarea acestui obiectiv, se poate observa că majoritatea solicitărilor de clarificări se referă la cerințele geocompozitului bentonic care face, în fond și, obiectul nemulțumirii răspunsurilor contestatoarei în legătură cu caracteristicile tehnice minime ale acestui produs/material conform contestației, pentru care există, de altfel, și o solicitare de clarificări din partea contestatoarei transmisă anterior contestației (nr. ...), la care autoritatea contractantă a răspuns la data de ..., ulterior formulării contestației (răspunsul consolidat 3 adresa nr. .../...).

Prin adresa înregistrată la registratura ... cu nr. ..., contestatoarea a formulat contestație pe cale administrativ-jurisdicțională, solicitând o

serie de măsuri de remediere, în principal împotriva Răspunsurilor consolidate 1 (adresa nr. ...) și 2 (adresa nr. ...).

Pe cale de excepție, având în vedere prevederile art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă invocă excepția tardivității contestației întrucât data publicării documentației de atribuire a fost ..., conform anunțului de participare nr. .../ ..., publicat în SEAP, iar data contestației este data de ..., cu mult în afara termenului legal.

În ceea ce privește fondul cauzei, organizatoarea procedurii apreciază că motivele invocate în contestație sunt netemeinice și nefondate din următoarele motive:

i. Cu privire la anularea parțială a Răspunsului consolidat 1 (adresa nr. ...) solicitată de contestatoare, ... arată faptul că:

Potrivit răspunsurilor la solicitările de clarificări, permite utilizarea oricăror produse, cu condiția îndeplinirii cerințelor minimale pe care contestatoarea nu le poate îndeplini prin produsul/materialul pe care îl are în vedere a-l oferta, insistând să forțeze eliminarea acestor cerințe în favoarea sa.

A răspuns tuturor solicitărilor de clarificări, având la bază răspunsurile avizate ale proiectantului.

Singurul interes prin depunerea contestației de către ... este de a obliga autoritatea contractantă să elimine, în favoarea sa, caracteristicile tehnice minime ale produsului geocompozit bentonic.

Autoritatea contractantă arată că, prin răspunsul 1 din cadrul Răspunsului consolidat 1 (adresa nr. ...) nu a făcut doar să înlocuiască denumirea producătorului cu caracteristici tehnice particulare, exclusiviste după cum afirmă contestatoarea, ci a impus un anumit standard de calitate. Autoritatea contractantă nu poate accepta executarea contractului cu materiale slab calitativ, având în vedere natura lucrărilor.

Întrucât întreg pachetul de materiale cu rol de impermeabilizare și drenaj (geocompozit drenant pentru gaze, geocompozit bentonitic, geocompozit drenam apă) este instalat inclusiv pe taluzuri, pentru asigurarea stabilității pe pante a întregului sistem tic acoperire este necesar ca unghiurile de frecare dintre materiale să fie cât mai mari. Cerințele privind unghiul de frecare dintre materiale prevăzute corespund situației în situ.

Se pot utiliza astfel orice fel de materiale geosintetice care răspund cerințelor minime, inclusiv unghiurile de frecare internă dintre materiale.

Materialele componente ale straturilor de etanșare pot fi livrate și de către producători diferiți și nu ca și pachet furnizat de un singur producător.

Analiza interacțiunii dintre straturi, se face pe baza caracteristicilor tehnice declarate de producător ale produselor, iar confirmarea se face prin teste efectuate în laboratoare autorizate, înainte de începerea punerii în operă.

Mai mult, sistemul propus de etanșare respectă prevederile Normativului tehnic

Prin răspunsul consolidat 3 (adresa nr. .../...), transmis după formularea contestației, autoritatea contractantă învederează că a clarificat aspectele care fac obiectul acestui punct din contestație.

ii. Cu privire la anularea răspunsului 2 din Răspunsul consolidat 1 (adresa nr. ...) solicitată de contestatoare, ... precizează următoarele:

În conformitate cu articolele 9.5 și 9.6 din listele de cantități, furnizarea materialului pentru realizarea straturilor de acoperire din sol inert și strat, din sol vegetal, cad în sarcina antreprenorului.

Identificarea surselor/furnizorilor este în totalitate în sarcina antreprenorului, care are posibilitatea de a selecta furnizorii în funcție de criterii economice și tehnice.

iii. Cu privire la anularea răspunsului 6 din Răspunsul consolidat 1 (adresa nr. ...) solicitată de contestatoare, ... menționează următoarele:

Pentru ca autoritatea contractantă să se asigure că materialele puse în operă sunt instalate ținând cont de particularitățile acestora, echipele de instalare trebuie să facă dovada că au fost instruite de producătorul materialelor ce urmează a fi utilizate, înainte de montajul efectiv.

Nu este o cerință pentru etapa de ofertare.

iv. Cu privire la anularea răspunsului 7 din Răspunsul consolidat 1 (adresa nr. ...) solicitată de contestatoare, ... precizează următoarele:

Prin răspunsul 14 din Răspunsul consolidat 1 (adresa nr. ...) a arătat faptul că, așa cum a menționat în vol. II și vol. IV din caietul de sarcini, nu poate pune la dispoziția operatorilor economici autorizația de construire, aceasta fiind în curs de obținere. Toate documentele solicitate de contestatoare vor fi puse la dispoziția antreprenorului în conformitate cu clauza 8.1 din Condițiile Generale de contract și anume în termen de 15 zile de la semnarea contractului.

v. Cu privire la anularea parțială a răspunsului 11 din Răspunsul consolidat 1 (adresa nr. ...) solicitată de contestatoare, ... subliniază următoarele:

În conformitate cu Răspunsul consolidat 1 (adresa nr. ...) a arătat faptul că: ofertanții vor cota art. 6.1 și 6.2 din listele de cantități, iar detaliile necesare se regăsesc în planșele P3 și P12.

Astfel, în cazul în care în perioada de execuție se vor constata variații ale cantităților, valoarea decontată, va fi cea real executată și confirmată de către dirigințele de șantier.

vi. Cu privire la anularea parțială a răspunsului 11 din Răspunsul consolidat 1 (adresa nr. ...) solicitată de contestatoare, organizatoarea procedurii arată faptul că a fost tratat la punctul iv.

vii. Cu privire la anularea răspunsului 15 din Răspunsul consolidat 1 (adresa nr. ...) solicitată de contestatoare, ... menționează că:

Întregul amplasament, cât și accesul sunt clar demarcate și împrejmuite cu gard.

Nu există gropi de împrumut pe amplasament

Mai mult, în caietul de sarcini - PT ..., punctul 2.1. sunt descrise particularitățile amplasamentului: descrierea amplasamentului, topografia, clima și fenomenele naturale specifice zonei, geologia, seismicitatea, devierile și protejările de utilități afectate, inclusiv căile de acces.

x. Cu privire la anularea răspunsului 2 la solicitarea de clarificări ... din Răspunsul consolidat 1 (adresa nr. .../ ...) solicitată de contestatoare, ... menționează următoarele:

Prin răspunsul 2 la solicitarea de clarificări nr. ... din Răspunsul consolidat 1 (adresa nr. ...) a atașat cea mai recentă măsurătoare topografică în format DWG.

xi. Cu privire la anularea răspunsului 3 la solicitarea de clarificări ... din Răspunsul consolidat 1 (adresa nr. .../ ...) solicitată de contestatoare, ... menționează următoarele:

Așa cum s-a specificat și în clarificările transmise, suprafața ce urmează a fi etanșată este conform proiectului, de mp.

Deoarece articolele sunt articole cumulative, ce includ și furnizarea, cantitatea ce se cotează este de ... mp, încorporând pierderile tehnologice, ce provin din suprapunerile minime ale materialelor, descrise și la pag. 24 din PT ... (10% din suprafața acoperită) și a fost cotată astfel pentru mai ușoara cotare și înțelegere a specificațiilor de către ofertant.

În cazul în care în perioada execuției, se vor constata variații ale cantităților, valoarea decontată va fi cea real executată și confirmată de către dirigințele de șantier.

Prin răspunsul consolidat 3 (adresa nr. .../...), ulterior formulării contestației, autoritatea contractantă arată că a clarificat majoritatea solicitărilor/răspunsurilor anterioare acestuia la solicitările de clarificări formulate de contestatoare și care stau ca motivare la baza contestației.

În concluzie, autoritatea contractantă a solicitat Consiliului respingerea contestației formulată de ... ca netemeinică și nefondată.

În drept, se invocă dispozițiile art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr., ... a transmis note scrise de răspuns la punctul de vedere al autorității contractantă din data de, reluând cele precizate în cuprinsul contestației.

Totodată, contestatoarea și-a completat contestația cu solicitarea de anulare a răspunsului consolidat nr. 3 din data de

... apreciază această completare ca fiind admisibilă, întrucât satisface condițiile impuse de art. 21 alin. (3), prin faptul că cererea de completare este în interiorul termenului de 10 zile de la publicării răspunsului nr. 3 în SEAP.

Cu privire la excepția tardivității contestației invocată de autoritatea contractantă, contestatoarea a solicitat respingerea acesteia întrucât contestația sa a fost înaintată împotriva răspunsurilor transmise de ..., care sunt, la rândul lor, acte ale autorității împotriva cărora, persoana vătămată într-un drept sau interes legitim, poate face contestație, conform dispozițiilor art. 8 alin. (1). Or, în ceea ce o privește, susține că a formulat contestația împotriva răspunsurilor la clarificări, în interiorul termenului de 10 zile, prevăzut legal.

Prin adresa nr., autoritatea contractantă a transmis Note scrise prin care își menține motivele de respingere transmise în Punctul de vedere și solicită Consiliului respingerea contestației formulată de ... ca netemeinică și nefondată, și pe cale de consecință, menținerea documentației de atribuire și a răspunsurilor la solicitările de clarificări/răspunsuri comasate așa cum au fost publicate.

Prin adresa nr. autoritatea contractantă a transmis documentele necesare soluționării contestației formulată de

Ultimul document înregistrat la dosarul cauzei în reprezintă Notele scrise nr., transmise de

Consiliul constată că ... a înaintat contestația de față, depunând, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „..., ...», cod ..., elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr. ..., criteriul de atribuire fiind „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea estimată de

Conform art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când se constată că acestea sunt întemeiate, nu se mai procedează la analiza pe fond a cauzei. Astfel, Consiliul urmează să soluționeze cu întâietate excepția tardivității contestației invocată de autoritatea contractantă, pe care o va respinge, ca neîntemeiată, întrucât, contrar susținerilor contestatoarei, actele atacate de contestatoare sunt Răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. ... și Răspunsul consolidat nr., emise de autoritatea contractantă; ... depunând contestația la Consiliu la data de ..., în interiorul termenului legal prevăzut de art. 8 alin. 1 lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Pe fond, Consiliul, procedând la soluționarea cauzei, referitor la Răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. ... și Răspunsul consolidat nr. ..., emise de autoritatea contractantă, constată că ... formulează critici tardive legate, în fapt, de conținutul documentației de atribuire.

Astfel, se reține că, deși în contestația sa, ... se raportează la Răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. ... și Răspunsul consolidat nr. ..., prin criticile aduse, contestatoarea solicită modificarea conținutului documentației de atribuire.

Sub acest aspect, în soluționare se rețin ca fiind relevante dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, conform cărora: « (1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante 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, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial 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 (...);

(2) În cazul în care contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în Sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire».

Sub acest aspect, Consiliul constată că, prin Răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. ... și Răspunsul consolidat nr. ..., autoritatea contractantă nu a modificat în vreun fel, cerințele inițial prevăzute în documentația de atribuire, care a fost publicată în SEAP în data de ..., sub indicativ [...].

Astfel, se constată că deși „actele administrative” contestate, îl constituie Răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. ... și Răspunsul consolidat nr. ..., legate de conținutul documentației de atribuire, în fapt, contestatoarea aduce critici unor cerințe impuse de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire (fișa de date a achiziției), care nu au fost modificate de aceasta, prin Răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. ... și Răspunsul consolidat nr.

În aceste condiții, Consiliul constată tardivitatea criticilor formulate de către contestatoare, cu privire la conținutul documentației de atribuire, prin raportare la art. 8 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Astfel, luând în considerare valoarea estimată a contractului de achiziție publică în cauză (39.995.829,89 lei) și tipul acestuia (contract de lucrări), Consiliul constată că termenul pe care îl avea la dispoziție ..., pentru a ataca conținutul documentației de atribuire, era de 10 zile (care este termen de decădere), de la data de ..., ce reprezintă data luării la

cunoștință despre conținutul documentației de atribuire (data publicării în SEAP a anunțului de participare nr. [...]).

Reținând că data la care ..., a luat la cunoștință despre conținutul documentației de atribuire, prin calcularea termenului de contestare conform art. 3 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, care prevăd: "Termenele prevăzute în cuprinsul prezentei legi se calculează conform următoarelor reguli:

a) la calculul unui termen exprimat în zile, luni sau ani de la un anumit eveniment ori act sau acțiune, data la care se produce respectivul eveniment, act ori acțiune nu se ia în considerare;

b) cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor lit. a) și d), termenul exprimat în zile începe să curgă la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului;

c) cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor lit. a) și d), termenul exprimat în luni sau ani începe să curgă la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a zilei care reprezintă ziua din ultima lună sau an corespunzătoare zilei în care a început să curgă termenul; dacă, în cazul termenului exprimat în luni sau ani, în luna în care se încheie termenul nu există o zi corespunzătoare zilei în care a început să curgă termenul, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a lunii respective;

d) dacă ultima zi a unui termen exprimat în zile, luni sau ani este o zi de sărbătoare legală, duminică sau sâmbătă, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare;

e) la calculul unui termen exprimat în zile lucrătoare se aplică în mod corespunzător dispozițiile lit. a), b) și d), cu deosebirea că zilele nelucrătoare din cadrul termenului nu se iau în considerare", se constată că termenul de contestare a aspectelor menționate anterior s-a împlinit în data de

Din examinarea răspunsurilor formulate de autoritatea contractantă, Consiliul constată următoarele:

- la întrebările formulate de operatorii economici interesați, în conformitate cu prevederile art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă a formulat răspunsuri, clare, concludente și fără ambiguități, aceștia fiind lămurii de către autoritatea contractantă cu privire la decizia acesteia din urmă de a nu dispune măsuri de remediere;

- autoritatea contractantă a elaborat formularea răspunsurilor consolidate la întrebările adresate, din perspectiva prevederilor documentației de atribuire, subliniind faptul că nu este necesară modificarea acesteia;

- se va avea în vedere că autoritatea contractantă a depus diligențele necesare întocmirii unei documentații care să țină seama de toate aspectele pe care le implică contractul de lucrări în cauză;

- Consiliul reține ca fiind judicioase aspectele menționate de achizitoare în cadrul punctului de vedere formulat, în referire la rațiunea care a stat la baza nemodificării/menținerii cerinței reclamate.

Astfel, luând în considerare cele menționate anterior, Consiliul constată că autoritatea contractantă a respectat prevederile art. 160 alin. (2) și alin. (3) din Legea nr. 98/2016, răspunzând în mod clar și complet, și a publicat răspunsurile, însoțite de întrebările aferente, în SEAP, fără a dezvălui identitatea operatorilor economici care au solicitat clarificările, aducându-le astfel la cunoștința tuturor celor interesați, fără însă a modifica prevederile documentației de atribuire publicată în SEAP, împreună cu anunțul de participare.

Dacă ... aprecia că specificațiile tehnice atacate în contestație sunt restrictive, astfel cum susține în cadrul contestației, avea datoria să conteste în termen legal, începând cu momentul aflării acestor aspecte din documentația de atribuire. Termenul nu curge de la aflarea răspunsului din Răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. ... și Răspunsul consolidat nr. ... ,ci chiar de la data publicării documentației; după cum a fost subliniat mai sus, presupusa vătămare a societății provine din Răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. ... și Răspunsul consolidat nr. ..., acte asupra legalității și temeiniciei căruia urmează a se pronunța organul administrativ-jurisdicțional.

Asupra acestor acte, trebuie ținut seama că dispozițiile art. 160 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele analoage ale art. 103 alin. (1) și (2) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 prescriu că orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, iar autoritatea contractantă are obligația de a răspunde în mod clar și complet, cât mai repede posibil, la orice solicitare de clarificări sau informații suplimentare. Niciunde în legislația în vigoare nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea fișei de date, a formularelor sau a caietului de sarcini (documentației de atribuire) și, nici atât, obligația autorității contractante de a remedia documentația de atribuire astfel cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită. Așa cum a fost mai sus reținut, singura obligație legală a autorității contractante este aceea de a răspunde operativ, în mod clar, complet și fără ambiguități la solicitarea de clarificări, iar cercetarea Consiliului va privi doar respectarea acestei obligații, iar nu legalitatea specificațiilor contestate, regăsite în documentația de atribuire, pe care operatorul economic putea să le conteste înainte de expirarea termenului legal. Consiliul nu se poate pronunța asupra legalității sau nelegalității cerințelor cuprinse în cadrul documentației de atribuire, fiind ținut de excepția inadmisibilității contestării lor, care împiedică o analiză pe fond a acestora.

În considerarea celor antemenționate sunt relevante în soluționare și precizările achizitoarei menționate în punctul de vedere formulat, respectiv:

„(...) răspunsurile la solicitările de clarificări publicate de către Autoritatea Contractantă, din punct de vedere tehnic, au fost efectuate potrivit răspunsurilor transmise de către proiectantul ... care a întocmit Proiectul Tehnic pentru executarea acestui obiectiv, se poate observa că majoritatea solicitărilor de clarificări se referă la cerințele geocompozitului bentonic care face, în fond și, obiectul nemulțumirii răspunsurilor contestatoarei în legătură cu caracteristicile tehnice minime ale acestui produs/material. (...) Autoritatea Contractantă a răspuns tuturor solicitărilor de clarificări, având la bază răspunsurile avizate ale proiectantului(...).”

Chiar dacă, în speță, Consiliul ar dispune anularea și refacerea Răspunsului consolidat la solicitările de clarificări nr. ... și Răspunsului consolidat nr. ..., nu i s-ar putea dispune autorității să schimbe informațiile cuprinse în cadrul documentației de atribuire, deoarece, la acest moment, este inadmisibilă orice critică vizând informațiile din documentația de atribuire.

În același sens este și practica judiciară, relevante fiind spre pildă decizia civilă

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

(1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunțul de participare/simplificat/de concurs.

(2) Autoritatea contractantă stabilește prin anunțul de participare/simplificat/de concurs unul sau două termene-limită în care va răspunde în mod clar și complet tuturor solicitărilor de clarificare/informațiilor suplimentare, conform prevederilor normelor metodologice la prezenta lege.

(3) Autoritatea contractantă are obligația de a publica răspunsurile însoțite de întrebările aferente la adresa de internet la care sunt disponibile documentele achiziției, indicată potrivit dispozițiilor art. 150 alin. (2), luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea operatorului economic care a solicitat clarificările sau informațiile suplimentare respective

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

În speță, Consiliul apreciază că răspunsurile clarificatoare în discuție nu aduc cu nimic atingere art. 160 precitat, acoperind în mod corespunzător întrebările adresate achizitoarei.

Într-o atare situație, Consiliul constată că aspectele criticate de ..., sunt critici ce vizează conținutul unor cerințe din cadrul documentației de

atribuire, necontestată în termen, prin raportare la data publicării acesteia în SEAP și nu mai pot constitui motiv de contestare în această etapă a procedurii, reprezentând astfel critici tardive în raport cu data luării la cunoștință despre conținutul documentației de atribuire.

Astfel, Consiliul constată că deși ... a indicat Răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. ... și Răspunsul consolidat nr. ..., ca fiind actele autorității contractante considerate nelegale, în fapt, aspectele criticate prin prezenta contestație vizează conținutul documentației de atribuire, care nu a fost modificat prin respectivele clarificări, caz în care, momentul publicării documentației de atribuire este momentul în care orice persoană interesată dobândește acces la aceasta, data de la care încep să curgă termenele de contestare, în situația contestării documentației de atribuire, se consideră a fi data publicării documentației de atribuire.

În acest context, Consiliul constată caracterul tardiv al criticilor ce vizează prevederile documentația de atribuire, formulate în data de ... (în afara termenului de 10 zile de la luarea la cunoștință asupra conținutului documentației de atribuire, termenul de 10 zile fiind un termen de decădere), deși în contestația formulată, aceasta s-a raportat la Răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. ... și Răspunsul consolidat nr. ..., motiv pentru care nu va proceda la analiza aspectelor de fond avute în vedere în contestația formulată de

Consiliul apreciază că ... și-a asumat pe deplin riscul ca autoritatea contractantă să nu achieseze la conținutul solicitărilor de clarificare. Actul vătămător pentru contestatoare și care este atacat prin contestație este, de fapt, documentația de atribuire și nu conținutul Răspunsului consolidat la solicitările de clarificări nr. ... și Răspunsului consolidat nr.

Consiliul nu va analiza aspectele ridicate de contestatoare în documentul nr., prin care solicită completarea contestației, cu solicitarea de anulare a răspunsului consolidat nr. 3 din data de ... și note scrise de răspuns la punctul de vedere transmis de autoritatea contractantă în data de, întrucât, acestea sunt inadmisibile, potrivit dispozițiilor art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, în vigoare.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge, ca nefondată, contestația formulată de ... în contradictoriu cu

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane

vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

CONSILIUL DECIDE:

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

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.