CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 / 021.8900.745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestaţia înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., formulată de ..... SRL, cu sediul în ....., Calea .., etaj ., camera .., sector .., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată convențional prin avocat .., împotriva răspunsului nr. .. din cuprinsul „clarificării nr. ..", publicată de ..... SA, cu sediul în ....., B-dul .., sector ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă online, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect ".....", coduri CPV 45233100-0 - Lucrări de construcții de autostrăzi și de drumuri (Rev.2), 45221111-3 - Lucrări de construcții de poduri rutiere (Rev.2), 1322500-6 - Servicii de proiectare tehnică pentru infrastructura de transport (Rev.2), s-a solicitat eliminarea din întreaga documentaţie a procedurii 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, obligarea autorității contractante să evidenţieze în mod distinct sumele alocate fiecărei categorii de cheltuieli în lista categoriilor de cheltuieli care se finantează din rezervele de implementare a proiectelor și prelungirea termenului de depunere a ofertelor cu cel puţin 30 zile.

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (.....) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestația formulată în cauză prin care se solicit evidenţierea 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.

În continuare, contestatoarea arată că la data de 22.09....., autoritatea contractantă a publicat în SEAP Clarificarea nr. 6 la documentaţia de atribuire, iar prin răspunsul nr. 19 conținut în Clarificarea nr. 6, autoritatea contractantă a justificat că nu a inclus în cadrul contractului sume provizionate asupra cărora să se aplice procentul de ajustare de 5%, prevăzut în anexă la ofertă, ci rezerve de implementare în conformitate cu OUG nr. 83/2016, pentru care nu se va aplica nicio ajustare de preț.

Acest fapt ar rezulta din metodologia de utilizare a acestora - anexa I la acordul contractual, respectiv: *„nu se va aplica indexarea / actualizarea / ajustarea prețurilor pentru categoriile de antreprenor, dacă suma prevăzută cu titlu de sumă provizionată este depăşită, antreprenorul trebuie în continuare să se supună instrucţiunilor pe care le-a primit de la inginer conform sub-paragrafului (a) și/sau (b), dar nu poate fi ținut să suporte consecinţele financiare aferente acestei sub-clauze în ceea ce priveşte depășirea. Aşadar, cuantumul fiecărei sume provizionate ar trebui să includă un estimat realist al sumei finale anticipate a fi utilizate."*

Totodată, contestatoarea face referire și la clarificarea nr. 2 publicată la data de 07.09.....

Se arată 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.

Această obligație în sarcina ofertanților este nelegală contravenind dipozițiilor imperative ale art. XI alin. (2) și alin. (4) din OUG nr. 83/2016.

Sunt invocate cele prevăzute în anexele nr. ..... și 2 la HG nr. 1405/2010 privind aprobarea utilizării unor condiții contractuale FIDIC.

Solicită 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.

Solicită prelungirea termenului de depunere a ofertelor în temeiul prevederilor art. 152 alin. (.....) din Legea nr. 98/2016, iar raportat la primul petit al contestației, s-ar impune această măsură, astfel încât operatorii economici interesaţi să beneficieze de un interval de timp adecvat şi suficient pentru elaborarea ofertelor sau solicitărilor de

participare şi pentru pregătirea documentelor de califcare și selecţie care sunt solicitate prin documentele achiziţiei.

Totodată, solicită prelungirea termenului pentru depunerea ofertelor, cu cel puțin 30 de zile, pe considerentul că proiectul prezintă o complexitate ridicată, față de care consideră neadecvat și insuficient intervalul de timp stabilit de către autoritatea contractantă pentru elaborarea și depunerea ofertelor.

Autoritatea contractantă a formulat un punct de vedere față de contestația ..... SRL prin adresa nr. …/....., înregistrat la Consiliu sub nr. ../....., prin care solicită respingerea contestației pe fond și în principal ca inadmisibilă.

Pe fondul contestației, autoritatea contractantă subliniază faptul că prin răspunsul nr. 19 din clarificarea nr. 6 nu a adus niciun element de noutate față de clarificarea nr. 2, prin care a publicat atât lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare în anexa la graficul de plăți, cât și metodologia de utilizare a rezervelor de implementare în anexa ..... la acordul contractual.

Mai mult, apreciază că a publicat graficul de plăți, cât și graficul de prețuri cu eliminarea sintagmei „suma provizionată”, tocmai pentru a facilita pregătirea ofertelor de către operatorii economici.

Prin clarificarea în cauză nu a fost modificată valoarea aferentă rezervelor de implementare publicate inițial, nu au fost modificate categoriile de cheltuieli ce urmează a fi finanțate din rezerve de implementare, nu a fost introdusă o obligație nouă privind alocarea de către ofertanți a unor sume pentru aceste categorii de cheltuieli.

Obligația evidențierii distincte a sumelor alocate fiecărei categorii de cheltuieli în lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare a proiectelor, este o obligație care a fost impusă prin clarificarea nr. 2 publicată în SEAP la data de 07.09.....

Invocă excepția inadmisibilității contestației, motivat de faptul că solicită modificarea unor prevederi ale documentației de atribuire, detaliate în cadrul clarificării nr. 2, în condițiile în care nu a formulat notificare prealabilă în termenul de 10 zile de la publicarea în SEAP a documentației de atribuire sau a clarificării nr. 2, consolidându-se forța obligatorie a documentației de atribuire și a clarificării nr. 2.

Cu privire la prelungirea termenului de depunere a ofertelor, autoritatea contractantă apreciază că nu se impune admiterea acestui petit pe considerentul că a fost acordat inițial un termen de 99 de zile de pregătire a ofertelor, care a fost prelungit cu încă 9 zile prin intermediul anunțului de tip erată nr. ../09.09....., iar termenul fixat pentru data de 27.10....., ora 16.00, este apreciat de autoritatea contractantă ca fiind suficient pentru elaborarea ofertelor.

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

..... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă online, în vederea atribuirii contractului de

lucrări având ca obiect „.....”. În acest sens, a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ...../....., potrivit căruia valoarea estimată a contractului, fără TVA, este de .....834.035.567,66 lei, criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

Analizând contestația formulată de ..... SRL, Consiliul constată, ținând cont de capetele de cerere formulate:

- «(.....) 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) Prelungirea termenului de depunere a ofertelor cu cel puțin 30 zile»,

că nemulțumirea acesteia vizează conținutul documentației de atribuire.

Având în vedere excepţia inadmisibilităţii contestaţiei ..... SRL, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul va analiza, cu prioritate, această excepţie, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (.....) 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 ..... 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 22.09....., a postat Clarificarea nr.6 la documentația de atribuire, unde la solicitarea unui operator economic „Va solicitam sa ne confirmati faptul ca daca modificarile impuse prin Acordul de Mediu final vor conduce la costuri suplimentare pentru Antreprenor, acestea vor fi suportate din capitolul "rezerve de implementare", suma ce este provizionata in cuprinsul Graficului de Plati/Graficului de Preturi”, autoritatea contractantă a furnizat răspunsul „Va rugam sa aveti in vedere ca Autoritatea Contractanta nu a inclus in cadrul contractului sume provizionate asupra carora sa se aplice procentul de ajustare de 5% prevazut in Anexa la Oferta, ci Rezerve de implementare in conformitate cu OUG 83/2016, pentru care nu se va aplica nicio ajustare de pret, asa cum rezulta din Metodologia de utilizare a acestora - Anexa ..... la Acordul Contractual, respectiv "Nu se va aplica indexarea/ actualizarea/ ajustarea

preturilor pentru categoriile de lucrari/servicii finantate din rezervele de implementare." Astfel, pentru corelarea informatiilor, in Graficul de Plati si in Graficul de Preturi, linia "Suma provizionata - Rezerve de implementare conform OUG 83/2016" se revizuieste si va avea urmatorul continut "Rezerve de implementare conform OUG 83/2016". A se vedea Graficul de plati si Graficul de preturi revizuite in Anexa ..... la prezenta clarificare. Precizam ca utilizarea rezervelor de implementare se va realiza doar in conditiile prevazute in Metodologia de utilizare a acestora - Anexa ..... la Acordul Contractual. Astfel, in situatia descrisa de dvs., se vor analiza circumstantele care au condus la aparitia unor eventuale costuri suplimentare, acestea urmand a fi tratate prin prisma clauzelor contractuale privind utilizarea rezervelor de implementare sau, dupa caz, privind modificarea contractului. Reiteram faptul ca orice modificare a contractului se va realiza cu respectarea prevederilor art. 221 din Legea 98/2016 si a prevederilor capitolului 13 [Modificari si Actualizari] din Conditiile Generale de Contract, asa cum acestea sunt completate si modificate prin Conditiile Speciale ale Contractului si prin Acordul Contractual. Reiteram faptul ca modificarea contractului de achizitie publica nu trebuie sa conduca in niciun caz la alterarea rezultatului procedurii de atribuire, prin anularea sau diminuarea avantajului competitiv pe baza caruia Antreprenorul a fost declarat castigator in urma finalizarii procedurii de atribuire.

De asemenea, subliniem ca modificarile substantiale asa cum sunt acestea definite la art. 221 alin (7) din Legea nr. 98/2016 se realizeaza prin organizarea unei noi proceduri de atribuire, în conformitate cu dispozițiile Legii nr. 98/2016. În situația nerespectării acestor prevederi, Benficairul are dreptul de a denunța unilateral contractul de achiziției publică inițial.

Totodată, Consiliul observă că, prin intermediul clarificării din oficiu nr. 2, datată 07.09....., autoritatea contractantă a comunicat următoarele: În virtutea art. XI, alin. (3) din OUG 83/2016 privind unele măsuri de eficientizare a implementării proiectelor de infrastructură de transport, unele măsuri în domeniul transporturilor, precum şi pentru modificarea şi completarea unor acte normative, Autoritatea Contractanta publica, in cadrul Anexei l la Acordul Contractual, Metodologia de utilizare a rezervelor de implementare prevazute in Graficul de plati aferent prezentului contract. A se vedea in acest sens Anexa ..... la prezenta. In consecinta, Graficul de plati se completeaza cu Anexa "Lista categoriilor de cheltuieli care se finanteaza din rezervele de implementare", care va fi completata in mod obligatoriu de ofertanti si va fi inclusa in Propunerea Financiara a acestora. A se vedea in acest sens Anexa 2 la prezenta.

Așadar, prin intermediul clarificării din oficiu nr. 2, autoritatea contractantă a publicat atât Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare în Anexa la Graficul de plăți, cât și Metodologia de utilizare a rezervelor de implementare în Anexa ..... la Acordul Contractual.

Prin răspunsul 19, autoritatea contractantă a clarificat faptul că nu a inclus în cadrul contractului sume provizionate asupra cărora să se aplice

procentul de ajustare de 5% prevăzut în Anexa la ofertă, ci rezerve de implementare în conformitate cu OUG nr. 83/2016, pentru care nu se aplică nicio ajustare de preț, astfel cum se menționează în Metodologia de utilizare a rezervelor de implementare, aspect cunoscut de către toți operatorii economici încă de la data de 07.09..... când această Metodologie și Lista categoriilor de cheltuieli din care se finanțează din rezervele de implemanetare, au fost publicate.

..... SRL a apreciat că documentația sau clarificările pe marginea ei sunt eronate/incomplete, motiv pentru care a cerut adoptarea unor măsuri de modificare/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. Or prevederile documentației de atribuire, așa cum au fost completate prin intermediul clarificării nr. 2, îi erau opozabile petentei încă de la data de 07.09..... (data publicării din oficiu a clarificării nr. 2). În condițiile date, este evident că formularea notificării prealabile la data de 02.10..... este un demers tardiv, devenind incidente prevederile art. 6 alin. (.....) 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”

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 în termenul prescris de leguitor este o condiție de admisibilitate a contestației.

Pe de altă parte, Consiliul reține că solicitările ..... SRL vizează modificarea documentaţiei de atribuire (eliminarea din întreaga documentație de atribuire …, obligarea autorității contractante să evidențieze…), 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.

Prin notificarea prealabilă datată 02.10....., înregistrată la sediul autorității contractante cu nr. 74628/02.10....., societatea

contestatoare a reclamat răspunsul nr. 19 din Clarificarea nr. 6, reprodus mai sus, ca fiind elementul în baza căruia solicită modificarea documentației de atribuire, însă nu solicită modificarea sau eliminarea respectivului răspuns.

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 ....., data publicării documentației de atribuire, rezultând că și în lipsa clarificării din oficiu, ofertanții avea cunoștință de aplicarea actului normativ invocat. 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 ..... 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 de către ofertanți, în mod distinct, a sumelor alocate fiecărei categorii de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implememementare 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 legală de mai sus (Ordonanța de Urgență nr. 83/2016), sunt evident tardive.

Operatorul economic cunoştea aspectele reclamate din documentaţie, inclusiv trimiterea 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.

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.

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.

De reținut este faptul că soluții similare au fost pronunțate de Consiliu prin deciziile sale nr. 2664 / C11 / 3570 / 12.10....., 2645 / C8 / 3572 /

11.10....., 2676 / C9 / 3571 / 13.10....., 2684 / ..... / 3569 / .....

În ceea ce privește capătul de cerere privind decalarea dateilimită de depunere a ofertelor, Consiliul are în vedere, că autoritatea contractantă a decalat termenul de depunere a ofertelor până pe data de 27.10....., iar prin prezenta decizie nu s-au stabilit .....

Până la data prezentei, autoarea contestației nu a exprimat vreo poziție vizavi de excepția invocată de autoritatea contractantă, deși a primit punctul de vedere al acesteia încă de la data de ....., conform confirmării existente la dosarul cauzei.

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

Raportat la dispoziţiile art. 26 alin. (.....) din legea menţionată şi la cele corespondente din art. 248 alin. (.....) 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 şi 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 ..... SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

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