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 sub nr. 27793/10.07.2017, înaintată de SC ... SRL, cu sediul în ..., CUI ..., reprezentată de doamna ... – „CEO”, formulată împotriva răspunsului de clarificare nr. 10/ 28.06.2017, postat în SEAP de ... SA, cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație restrânsă organizată în vederea încheierii unui acord-cadru pentru „...”, coduri CPV ..., cu data-limită de depunere a ofertelor ..., contestatoarea a solicitat respingerea excepției tardivității notificării prealabile și corectarea documentației de atribuire, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației sale. Prin încheierea nr. ..., Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, respingându-l ca nefondat. Pe rol, în prezent, se află celălalt capăt de cerere din contestație.

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 operatorul economic SC ... SRL reclamă documentația de atribuire elaborată de entitatea contractantă ... SA, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, la 28.06.2017, entitatea a postat în SEAP clarificări asupra documentației, iar la 03.07.2017, societatea a transmis o notificare prealabilă prin care a

cerut, față de răspunsul la întrebarea 15 – servicii de proiectare pct. 3.50., modificarea unității de măsură, deoarece diferențele de costuri sunt mari, în funcție de suprafața desfășurată a viitoarei construcții/construcției existente, cerere la care entitatea a răspuns: *„Unitatea de măsură pentru serviciile de la 3.50. întocmire DTAC+DTOE/DTAD rămâne neschimbată*."

Invocând prevederile art. 22 alin. (1) și (2) din normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 394/2016, contestatoarea afirmă că, pentru a putea întocmi o ofertă corectă, operatorii economici care doresc să participe la acesta procedură trebuie să cunoască fie suprafața desfășurată pentru care ar urma să se execute serviciile de proiectare, fie autoritatea ar trebui să facă o modificare, astfel încât ofertanții să comunice valoarea per metru pătrat percepută pentru prestarea serviciilor.

Unitatea de măsură pentru serviciile de la 3.50. nu poate rămâne neschimbată, deoarece debitorul trebuie să cunoască exact întinderea obligațiilor pe care și le asumă, eroarea fiind calificată de Codul civil ca viciu de consimțământ. La momentul semnării contractului trebuie cunoscut obiectul, pentru ca viitorul contract să fie valabil încheiat.

În răspunsul la întrebarea 16, entitatea a confirmat că „activitatea de elaborare Plan Urbanistic General (PUG) face parte din obiectul prezentei proceduri", însă în Legea nr. 350/2001 privind amenajarea teritoriului și urbanismul, la art. 50 alin. (1), se arată că „inițiativa elaborării documentațiilor de amenajare a teritoriului, a planurilor urbanistice generale și a planurilor urbanistice menționate la art. 54 alin. (2) aparține exclusiv autorității publice locale", impunându-se corectarea documentației de atribuire.

Entitatea contractantă i-a comunicat că termenul legal de 10 zile de formulare a notificărilor prealabile cu privire la documentație a expirat și, astfel, notificarea transmisă este tardivă.

În opinia contestatoarei, răspunsul la clarificările solicitate de operatorii economici a fost postat în SEAP la 28.06.2017, iar notificarea a fost transmisă entității la 03.05.2016, în termenul de 5 zile de la data luării la cunoștință a faptului că entitatea nu va lua măsurile de corectare necesare. Deci, termenul de notificare se va calcula din data de 28.06.2017, la care a luat cunoștință de informația postată în SEAP. În acest caz, actul entității contractante considerat nelegal este răspunsul la clarificări.

Entitatea putea, prin răspunsurile date, să modifice documentația de atribuire și, implicit, data luării la cunoștință era data la care erau postate modificările. Aceeași interpretare trebuie dată și în situația în care entitatea a considerat că documentația nu trebuie corectată, deci data la care operatorii economici au luat la cunoștință cu certitudine că documentația de atribuire nu se va

modifica este data postării răspunsului la solicitarea de clarificări și nu data publicării documentației de atribuire.

De altfel, prin fișa de date a achiziției, entitatea a atras atenția operatorilor economici interesați să participe că au obligația de a verifica periodic anunțul de participare din SEAP, pentru eventuale completări și/sau clarificări.

În punctul său de vedere nr. GCM-17-937/19.07.2017 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 29693/20.07.2017, entitatea contractantă solicită Consiliului, în principal, să admită excepțiile tardivității contestării documentației de atribuire și a lipsei de interes, iar în subsidiar să respingă contestația, ca nefondată, cu menținerea actelor procedurii și continuarea acesteia.

Cu privire la excepția tardivității, atât notificarea prealabilă, cât și contestația au fost depuse la mai mult de 10 zile de la data publicării documentației de atribuire, răspunsul la solicitarea de clarificare neaducând niciun element de noutate acesteia. Analizându-se criticile formulate de către contestatoare, se poate observa faptul că, în fapt, acestea vizează conținutul documentației de atribuire, postata în SEAP la 26.05.2017, în prezenta speță fiind pe deplin aplicabile dispozițiile art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Întrebările de clarificare au fost adresate la data de 26.06.2017, după expirarea termenului de contestare a documentației de atribuire, respectiv după data de 05.06.2017.

Aspectele ce fac obiectul notificării prealabile și al prezentei contestații nu sunt aspecte noi, ci au fost descrise în documentația de atribuire încă de la momentul publicării ei. Prin răspunsurile de clarificare, a fost confirmată aplicabilitatea deplină a prevederilor inițiale ale caietului de sarcini. În cazul în care notificarea prealabilă privește conținutul documentației de atribuire, publicată în SEAP, data luării la cunoștință este data publicării (26.05.2017). Coroborând aceste prevederi cu cele ale art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, rezultă că această contestație este tardiv formulată și se impune a fi respinsă în consecință.

Totodată, entitatea solicită admiterea excepției lipsei de interes în formularea contestației în raport de neîndeplinirea cumulativă a condițiilor prevăzute de art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016. Din informațiile disponibile pe adresa de internet a contestatoarei (...) rezultă că aceasta are ca obiect de activitate alte servicii decât cele aflate în scopul acordului-cadru.

Nu SC ... SRL a adresat solicitarea de clarificare a documentației de atribuire, ci alt operator economic, care a și depus candidatură, ca membru al unei asocieri.

Pe fondul cauzei, entitatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată, susținând că nu se poate discuta despre o

pretinsă imposibilitate de a elabora oferta, câtă vreme au fost depuse 9 candidaturi, dintre care 7 de către asocieri (21 de membri), cu nominalizarea a 11 subcontractanți.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ..., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ..., entitatea contractantă ... SA a inițiat o procedură de licitație restrânsă online în vederea achiziționării de „...", estimate valoric la maximum ... lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ..., alături de anunțul de participare.

La data de 28.06.2017, la peste o lună de la publicarea documentației, entitatea a postat în SEAP fișierul de clarificare *„...)"*, care conține și următoarele întrebări și răspunsuri:

Întrebare 15 Referitor la serviciile de proiectare pct. 3.50. vă rugăm să modificaţi unitarea de măsură deoarece diferentele de costuri sunt mari în funcţie de suprafaţa desfasurata a viitoarei constructii/ construcţiei existente.	Unitatea de masura pentru serviciile de la 3.50. întocmire DTAC+DTOE/DTAD ramane neschimbata.
Întrebare 16 Conform legii 350 din 2001 actualizata PUG poate fi initiat exclusiv de autoritatile publice locale confom: "5ECŢIUNEA 4: Iniţierea şi finanţarea activităţilor Art. 50 (1) Iniţiativa elaborării documentaţiilor de amenajare a teritoriului, a planurilor urbanistice generale şi a planurilor urbanistice menţionate la art. 54 alin. (2) aparţine exclusiv autorităţii publice locale." Având în vedere acest lucru, vă rugăm să clarificaţi dacă PUG-ul face parte din obiectul prezentei proceduri.	Confirmam ca activitatea de elaborare Plan Urbanistic General (PUG) face parte din obiectul prezentei proceduri.

Nemulțumită fiind de răspunsurile la aceste întrebări, SC ... SRL s-a plâns organizatoarei prin notificarea prealabilă nr. GCM-17-817bis/03.07.2017, iar organizatoarea i-a răspuns petentei cu adresa nr. GCM-17-285/05.07.2017, în sensul că cele două răspunsuri nu aduc niciun element de noutate documentației de atribuire, astfel cum a fost publicată încă din 26.05.2017, context în care notificarea se vădește a fi tardivă, fiind depusă peste termenul de 10 zile. Nu se impune adoptarea de măsuri de remediere a rezultatului achiziției. Primind acest răspuns, SC ... SRL a reacționat prin formularea contestației la Consiliu, la data de 10.07.2017, în interiorul termenului legal de contestare.

Preliminar analizării pe fond a aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini (părțile tehnice), formularele necesare și modelul acordului-cadru și al contractului subsecvent de servicii, nu a fost notificată de către SC ... SRL în

termenul legal de 10 zile de la publicarea ei în SEAP (26.05.2017), drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru entitatea 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.

Prin notificarea prealabilă datată 03.07.2017, deci la peste o lună depărtare de la publicarea în SEAP a documentației, societatea a reclamat răspunsurile la întrebările 15 și 16, reproduse mai sus, răspunsuri prin intermediul cărora nu sunt operate modificări ale conținutului documentației de atribuire. Așadar, reclamanta a apreciat că documentația sau răspunsurile pe marginea ei sunt eronate/incomplete, motiv pentru care a cerut adoptarea unor măsuri de corectare 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 răspunsurile de clarificare provenind de la entitatea contractantă și cele prin care se atacă prevederi neschimbate ale documentației de atribuire, opozabile petentei încă de la data de 26.05.2017.

Conform Legii nr. 101/2016, notificarea prealabilă reprezintă „cererea prin care se solicită autorității contractante reexaminarea unui act al autorității contractante, în sensul revocării sau modificării acestuia” [art. 3 alin. (1) lit. e)], se formulează în scris și trebuie să conțină cel puțin neregulile sesizate și măsurile de remediere pe care notificantul le consideră necesare a fi luate [art. 6 alin. (2)].

Notificarea nu se confundă cu solicitarea de clarificări, regimul și efectele juridice ale lor fiind fundamental diferite. Deopotrivă de evident este și faptul că simpla solicitare de lămuriri/explicații nu poate naște exercițiul dreptului de contestare, care este dependent de o notificare anterioară, nu de o solicitare de clarificări. Din conținutul prevederilor legale actuale rezultă că sesizarea Consiliului se poate realiza numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, etapă obligatorie, respectiv condiție de admisibilitate a contestației.

Conform art. 6 alin. (1) lit. a) și alin. (3) din Legea nr. 101/ 2016:

(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 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.

[...]

(3) În cazul în care notificarea prealabilă 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**.

În speță, SC ... SRL este nemulțumită de unitatea de măsură pentru serviciile de la pct. 3.50. - *Întocmire DTAC+DTOE/DTAD*, activitate care constă în *„elaborarea documentatiei tehnice in vederea obtinerii autorizatiei de construire/desfiintare (DTAC+DTOE/DTAD), pe baza informatiilor furnizate de Entitatea contractanta, cu respectarea prevederilor Legii nr. 50/1991 si a Normelor metodologice de aplicare aprobate prin Ordinul nr. 839/2009*." Răspunsul organizatoarei a fost că unitatea de măsură rămâne neschimbată, ceea ce înseamnă că nu a modificat cu nimic documentația. Situația se repetă și în cazul răspunsului secund, cu rol confirmativ.

Nicio cerință nouă nu a fost introdusă prin răspunsurile la întrebările operatorilor interesați, rămânând în vigoare și operante cerințele din documentația originală.

În loc să depună la entitate notificare prealabilă în termenul de 10 zile începând cu cea următoare luării la cunoștință despre specificațiile pretins necorespunzătoare (26.05.2017), societatea a reacționat abia la răspunsul de păstrare a specificațiilor date la 28.06.2017, la diverse solicitări de clarificare, iar abia la 03.07.2017, în afara celor 10 zile, a înaintat entității notificarea antemenționată, la care aceasta a răspuns negativ.

Purtarea unei corespondențe cu entitatea contractantă, prin care operatorii cer clarificarea documentației licitației, nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a notificării sau a contestației împotriva documentației sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta. Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări privind documentația de atribuire duce la prelungirea termenului de notificare/atac al documentației, s-ar ajunge la eludarea termenului de notificare/contestare impus de legiuitor.

Operatorul economic cunoștea aspectele reclamate din documentație încă de la data publicării ei și trebuia să manifeste o minimă diligență pentru a le notifica și ataca în termenul legal, dacă dorea revizuirea aspectelor din caietul de sarcini. Acest termen ar ajunge să fie golit de orice fel de efect și, în acest fel, deturnat textul legii, dacă sub acoperirea unei adrese de solicitare de clarificări/modificări/completări și a răspunsului de nemodificare operatorul economic ar putea să conteste ulterior cerințele documentației, invocând curgerea termenului de la răspunsul primit la adresă.

În speță, se vădește a fi întemeiată excepția tardivității pe care o ridică entitatea 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. Astfel fiind, se va respinge ca inadmisibilă contestația SC ... SRL față de documentația de atribuire publicată în SEAP la 26.05.2017.

Desigur, dacă actul vătămător este răspunsul de clarificări primit de la autoritatea contractantă, termenul de notificare a lui curgea de la publicarea în SEAP. După cum a fost concepută contestația, se pare că presupusa vătămare a societății provine și din răspunsurile nr. 15 și 16 din clarificarea *„Topo_SolCl_10 ([CN175737/028]Topo_Raspuns solicitare clarificare _10.pdf.p7s)”*, act asupra legalității și temeiniciei căruia urmează a se pronunța organul administrativ-jurisdicțional.

Asupra acestui act, trebuie ținut seama că dispozițiile art. 172 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016, coroborate cu cele analoage ale art. 108 alin. (1) și (2) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016, prescriu că orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire, iar entitatea 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 entității contractante de a remedia documentația de atribuire astfel cum solicită sau propune fiecare operator economic care apreciază că este necorespunzător întocmită. Astfel fiind, entitatea contractantă nu avea nicio obligație legală de a modifica caietul de sarcini după voința operatorului economic care a adresat întrebările. Opțiunea modificării cerințelor impuse operatorilor economici reprezintă un drept al entității, iar nu o obligație, iar Consiliul nu poate sancționa entitatea contractantă pentru exercitarea dreptului său de a nu aduce modificări specificațiilor tehnice ori altor prevederi ale documentației. Singura obligație legală a entității 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 unității de măsură regăsită în caietul de sarcini ori a corelării cu art. 50 alin. (1) din Legea nr. 350/2001 privind amenajarea teritoriului și urbanismul, pe care operatorul economic putea să le notifice/conteste înainte de expirarea termenului legal. Consiliul nu se poate pronunța asupra legalității sau nelegalității clauzelor documentației de atribuire, fiind ținut de

excepția inadmisibilității contestării lor, care împiedică o analiză pe fond a acestora.

Chiar dacă, în speță, Consiliul ar dispune anularea și refacerea răspunsului clarificator din 28.06.2017, nu i s-ar putea dispune entității să schimbe informațiile cuprinse în caietul de sarcini, în sensul modificării unității de măsură sau al corelării cu art. 50 alin. (1) din Legea nr. 350/2001, deoarece, la acest moment, este inadmisibilă orice critică vizând informațiile din documentația de atribuire.

În speță, Consiliul apreciază că răspunsul clarificator în discuție nu aduce cu nimic atingere art. 172 invocat, acoperind în mod corespunzător întrebările adresate organizatoarei. Prin răspunsul acordat, autoritatea nu a restricționat în vreun fel accesul operatorilor interesați la licitație, dovadă fiind chiar participarea numeroasă la aceasta, astfel cum rezultă și din fișierul *„Topo_ Participanti ([CN175737/034] Declaratie participanti_semnat.pdf. p7s*)”, postat în SEAP la 17.07.2017.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că nu există motive pentru infirmarea totală sau parțială a clarificării din 28.06.2017. În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația SC ... SRL față de respectiva clarificare.

Vizavi de excepției lipsei de interes în formularea contestației, Consiliul nu o poate valida, întrucât entitatea contractantă ... SA nu aduce argumente concrete în acest sens și nici mijloace de probă, limitându-se la a susține în cuprinsul punctului de vedere nr. GCM-17-937/19.07.2017 că, din informațiile disponibile la o adresă de Internet, rezultă că SC ... SRL „are ca obiect de activitate alte servicii decât cele aflate în scopul acordului-cadru”, fără a identifica vreun anume obiect de activitate al reclamantei, dovedit cu documente concludente, care să nu îi permită participarea la licitație și, ulterior, prestarea de activități în cadrul contractului.

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

Respinge contestația SC ... SRL nr. 27793/ 10.07.2017, în contradictoriu cu ... SA, ca inadmisibilă față de documentația de atribuire și ca nefondată față de adresa de clarificare postată în SEAP la 28.06.2017.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere de către părțile cauzei, în termen de zece zile de la comunicare.

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

Redactată în patru exemplare, conține nouă pagini.