CONFORM CU ORIGINALUL

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 41659/04.10.2017, înaintată de ., cu sediul în
Cod Unic de Înregistrare , atribut fiscal înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. , reprezentată legal de , prin , formulată împotriva răspunsului la Notificarea prealabilă, transmis cu adresa nr. , emisă de COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE S.A., cu sediul în București, Bd. Dinicu Golescu nr. 38, sector 1, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată de în vederea atribuirii pe loturi a contractului de lucrări având ca obiect *„Proiectare și execuție drum expres Craiova-Pitești, Tronsonul 2, lotul 1 și lotul 2"*, coduri CPV: 45233120-6 Lucrări de construcții de drumuri (Rev. 2); 45221111-3 Lucrări de construcții de poduri rutiere (Rev. 2); 71322500-6 Servicii de proiectare tehnică pentru infrastructura de transport (Rev. 2), s-a solicitat eliminarea din întreaga documentație 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 să evidențieze 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 oferta 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 care pot conduce la o majorare a

valorii de contract acceptată conform clauzei 13; prelungirea termenului de depunere a ofertelor cu cel puțin 30 zile; suspendarea procedurii de atribuire în conformitate cu dispozițiile art. 22 din Legea nr. 101/2016."

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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 atacă răspunsul la notificarea prealabilă, transmis cu adresa nr. , emisă de COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE SA, în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii mai sus amintite, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Prin aceeași contestație, a solicitat suspendarea procedurii de atribuire în cauză, până la soluționarea pe fond a contestației sale. Cererea de suspendare a procedurii de atribuire în cauză a fost respinsă ca nefondată prin Încheierea nr. 06.10.2017.

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

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

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

Însă ulterior, prin clarificarea nr. 9, punctul „clarificare din oficiu" și răspunsul la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă diferențiază în mod clar Sumele Provizionate de Rezervele de Implementare, menționând expres că *„Rezervele de Implementare, ca și categorie de cheltuieli prevăzute în contract sunt diferite de Sumele Provizionate"* și că *„Pentru categoria de cheltuieli cuprinse în Sumele Provizionate, Autoritatea Contractantă a prevăzut posibilitatea ajustării acestora cu un procent de 5%, așa cum reiese din Anexa la oferta - Anexa I la Formularul nr. 8".*

În opinia sa, autoritatea contractantă nu a inclus în niciun document o valoare aferentă Sumei Provizionate și a stabilit prin clarificarea nr. 9 și

prin răspunsul la notificarea prealabilă și faptul că valoarea Sumei Provizionate este diferită față de Rezervele de Implementare, așadar, în acest moment nu mai există nicio referință în ceea ce privește Suma c. Provizionată.

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

Pentru remedierea acestei redundanțe, contestatoarea solicită:

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

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

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

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

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

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

„(4) Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare a proiectelor, precum și sumele alocate fiecărei categorii de cheltuieli se evidențiază distinct în documentația de atribuire a lucrărilor odată cu inițierea procedurilor de achiziție publică."

Așadar, în opinia sa, obligarea ofertanților să evidențieze distinct sumele alocate fiecărei categorii de cheltuieli în lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare a proiectelor este nelegală, contravenind dispozițiilor imperative ale art. XI alin. (2) și alin. (4) din O.U.G. nr. 83/2016.

În concluzie, contestatoarea solicită Consiliului să dispună *„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, și obligarea Autorității Contractante să evidențieze 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 O.U.G. nr. 83/2016".

În ceea ce privește cheltuielile aferente corectării erorilor de proiectare survenite în faza elaborării Studiului de Fezabilitate, invocând pozițiile 6, 11 și 13 din Anexa 3 – Anexa Grafic de Plăți, precum și Clarificarea nr. 4/12.09.2017 la documentația de atribuire, răspunsurile 1, 3, 12 și 18, contestatoarea subliniază că autoritatea contractantă arată că Studiul de Fezabilitate este incorect încă din anul 2007, nefiind elaborat în conformitate cu standardele, parametrii și normele în vigoare.

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

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

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

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

Invocând Condițiile Speciale, Sub-Clauza 5.3. [Obligațiile Asumate de către Antreprenor], al treilea paragraf, contestatoarea arată că a solicitat autorității contractante fie 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, fie includerea în Anexa 3 - Anexa Grafic de Plăți *„Lista categoriilor de cheltuieli care se finanteaza din rezervele de implementare"* a tuturor cheltuielilor generate de modificările care rezultă din corectarea erorilor tehnice din documentația pusă la dispoziție de către autoritatea contractantă (implicit, cu modificarea corespunzătoare a valorii Sumei Provizionate).

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

Contestatoarea solicită Consiliului să dispună completarea paragrafului 4 al Sub-Clauzei 13.3 [Procedura de Modificare] din Condițiile Speciale ale Contractului cu un nou sub-punct, care să stipuleze urmatoarele: *„m) erori/omisiuni/neconformități/necorelări din cadrul Studiului de Fezabilitate și care nu au fost remediate prin Cerințele Beneficiarului"*.

CONFORM CU ORIGINALUL

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

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

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

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

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

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

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. , a transmis punct de vedere, răspunzând astfel solicitării Consiliului, arătând că, prin Clarificarea nr. 3 invocată atât în contestație, cât și în notificarea prealabilă, se stipulează la punctul „Clarificare din Oficiu I": „În virtutea art. XI, alin. (3) din O.U.G. 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 3 la prezenta (...) a se vedea în acest sens Anexa 4 la prezenta: Acordul contractual revizuit: Metodologia de utilizare a rezervelor de implementare, prevăzute în Graficul de plăți aferent prezentului contract".

Așadar, în opinia sa, documentația de atribuire a fost modificată prin clarificarea nr. 3, graficul de plăți fiind completat cu anexa *"Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare"*, Acordul Contractual fiind și el modificat împreună cu Anexa I a acestuia.

Prin clarificarea nr. 9 autoritatea contractantă a recunoscut faptul că prin clarificarea nr. 3, invocată în contestație, s-a modificat documentația de atribuire, respectiv autoritatea contractantă a menționat prin clarificarea nr. 9, punctul „clarificare din Oficiu I", faptul că, *„având în vedere că prin clarificarea din oficiu I din clarificarea nr. 3 la prezenta procedură autoritatea contractantă a completat Graficul de plăți cu Anexa „lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare"*.

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

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

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

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

CONFORM CU ORIGINALUL

excepției de inadmisiblitate, raportat la nemodificarea expresă a documentației de atribuire.

Contestatoarea apreciază că o astfel de împrejurare ar fi în mod vădit contrară, atât legii comune, cât și principiilor speciale care guvernează materia achizițiilor publice, pe cale de consecință raționamentul este în mod evident greșit.

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

Prin adresa nr. , înregistrată la CNSC cu nr. COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE S.A. a transmis punctul său de vedere referitor la inadmisibilitatea contestației înaintate de , solicitând Consiliului respingerea acesteia ca inadmisibilă, în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, având în vedere obiectul ei și data la care a fost formulată.

În susținerea acestei excepții, arată că, în data de 08.07.2017, a publicat în SEAP anunțul de participare nr. 176941, împreună cu documentația de atribuire. În cadrul acestei documentații, au fost prevăzute, în Graficul de plăți și Graficului de prețuri, valorile aferente *Rezervelor de implementare* prevăzute în conformitate cu O.U.G. nr. 83/2016, respectiv 31.600.000 lei, fără TVA, pentru lotul 1 și 37.900.000 lei, fără TVA, pentru lotul 2.

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

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

Drept urmare, la momentul publicării Clarificării nr. 3, autoritatea contractantă subliniază nu a modificat 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 de autoritatea contractantă, operatorii economici luând la cunoștință de acest aspect încă de la data 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 modificări (altele decât cele menționate în Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare), autoritatea contractantă precizează 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 în mod evident tardive.

Având în vedere cele de mai sus, autoritatea contractantă apreciază 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.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

În vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect *„Proiectare și execuție drum expres Craiova-Pitești, Tronsonul 2, lotul 1 și lotul 2"*, coduri CPV: 45233120-6 Lucrări de construcții de drumuri (Rev. 2); 45221111-3 Lucrări de construcții de poduri rutiere (Rev. 2); 71322500-6 Servicii de proiectare tehnică pentru infrastructura de transport (Rev. 2), COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE S.A., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 176941/08.07.2017, odată cu care a postat și documentația de atribuire. Criteriul de atribuire este *„cel mai bun raport calitate-preț"*, valoarea estimată fiind de 1.476.349.583,89 lei, fără TVA.

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

- *«(1) Eliminarea din întreaga documentație a Procedurii de Atribuire (Documentația 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.*

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

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

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

este evident că nemulțumirea acesteia vizează conținutul documentației de atribuire.

CONFORM CU ORIGINALUL

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

Preliminar analizării acestei excepţii, este de remarcat că documentaţia de atribuire, alcătuită din fişa de date, caietul de sarcini (părţile tehnice), formularele necesare şi modelul de contract, nu a fost notificată de către în termenul legal de 10 zile de la publicarea ei în SEAP, drept pentru care toate prevederile ei şi-au consolidat forţa obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât şi pentru operatorul economic interesat să participe la procedura de atribuire. La acest moment nu pot fi emise pretenţii sau critici vizavi de prevederile documentaţiei de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive.

Verificând dosarul cauzei, Consiliul constată că autoritatea contractantă, în data de 07.10.2017, a postat Clarificarea nr. 3 la documentaţia de atribuire, în conţinutul căreia se regăseşte, printre altele, poziţia: „Clarificare din oficiu 1", cu următorul text: „În virtutea art. XI, alin. (3) din O.U.G. nr. 83/2016, Graficul de plăţi se completează cu Anexa *Lista categoriilor de cheltuieli care se finanţează din rezervele de implementare*, care va fi completată în mod obligatoriu de ofertanţi şi va fi inclusă în Propunerea financiară a acestora. A se vedea în acest sens Anexa 2 la prezenta (...)".

Prin notificarea prealabilă datată 18.09.2017, înregistrată la sediul autorităţii contractante cu nr. 70683/18.09.2017, deci la peste două luni depărtare de la publicarea în SEAP a documentaţiei, societatea contestatoare a reclamat *clarificarea din oficiu 1* din Clarificarea nr. 3, reprodusă mai sus. Aşadar, a apreciat că documentaţia sau clarificările pe marginea ei sunt eronate/incomplete, motiv pentru care a cerut adoptarea unor măsuri de corectare (eliminare a unor prevederi) a documentaţiei. Însă, această solicitare trebuie analizată prin prisma datei începând cu care îi era sau ar fi trebuit să îi fie cunoscută reclamantei deficienţele notificate şi apoi contestate. Trebuie realizată o distincţie între notificările şi contestaţia prin care se atacă clarificările provenind de la autoritatea contractantă şi cele prin care se atacă prevederi neschimbate ale documentaţiei de atribuire, opozabile petentei încă de la data de 08.07.2017.

În aceste condiţii, faţă de valoarea estimată a contractului de lucrări ce urmează a fi încheiat, Consiliul apreciază ca fiind relevante, pentru soluţionarea excepţiei, prevederile art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: *„Sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă, care poate fi invocată şi din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanţei de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligaţia să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislaţiei privind achiziţiile*

publice sau concesiunile, în termen de: (...) a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică sau de concesiune este mai mică sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii", precum şi cele ale alin. (3) al aceluiaşi articol, respectiv: *„(3) În cazul în care notificarea prealabilă priveşte* ***conţinutul documentaţiei de atribuire,*** *publicată în sistemul electronic de achiziţii publice, denumit în continuare SEAP,* ***data luării la cunoştinţă este data publicării documentaţiei de atribuire****".*

Prin urmare, ţinând seama că solicitările contestatoarei sunt îndreptate împotriva documentaţiei de atribuire, care a fost publicată în SEAP în data de 08.07.2017, potrivit anunţului de participare nr. 176941, în conformitate cu prevederile legale anterior citate, o notificare prealabilă împotriva documentaţiei de atribuire putea fi înaintată cel mai târziu la data de 18.07.2017. Or, faţă de cele prezentate anterior, este evident că formularea notificării prealabile la data de 18.09.2017 este un demers tardiv.

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

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

Relevant, în speţă, este faptul că societatea contestatoare a cunoscut Anexa nr. 2 la Formularul nr. 8 – *Grafic de plăţi*, conţinută de documentaţia de atribuire, prin care autoritatea contractantă a atras atenţia operatorilor economici, interesaţi să participe la procedură, că au obligaţia de a respecta Ordonanţa de Urgenţă nr. 83/2016, conform rubricii: „Suma provizionată – Rezerve de implementare conform O.U.G. nr. 83/2016", încă din data de 08.07.2017, rezultând că şi în lipsa clarificării din oficiu, ofertanţii avea cunoştinţă de aplicarea actului normativ invocat. Asupra acestei menţiuni, contestatoarea nu a avut nicio obiecţie în termenul legal, raportat la art. XI din O.U.G. nr. 83/2016, invocat anterior, la care chiar a făcut trimitere în cadrul contestaţiei sale, punctând alin. (2) şi (4) ale articolului XI.

Or, a cere, în acest moment, eliminarea din întreaga documentaţie de atribuire a evidenţierii de către ofertanţi, în mod distinct, a sumelor alocate fiecărei categorii de cheltuieli care se finanţează din rezervele de

ORIGINALUL

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 legala de mai sus (Ordonanța de Urgență nr. 83/2016), sunt evident tardive.

De asemenea, pe baza aceluiași raționament, Consiliul constată că sunt tardive și solicitările de la punctele 3 și 4 din contestație, referitoare la eliminarea cerinţei privind includerea, de către ofertanți, în ofertă a cheltuielilor aferente corectării erorilor de proiectare survenite în faza elaborării *Studiului de Fezabilitate* și, în subsidiar, de obligare a autorității contractante de a menționa sursa de finanțare pentru modificări (altele decât cele menționate în Lista categoriilor de cheltuieli care se finanțează din rezervele de implementare), întrucât aceste aspecte au fost deja cunoscute la momentul publicării documentației de atribuire (08.07.2017).

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

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

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

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

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

de legiuitor, ceea ce atrage sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă.

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

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

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

În soluționarea cauzei, Consiliu are în vedere, pe de o parte, că între data publicării documentației de atribuire (08.07.2017) și cea de depunere inițială a ofertelor (12.10.2017) a existat un interval mai mare de trei luni de zile, iar pe de altă parte, că autoritatea contractantă, după postarea Clarificării nr. 3 din 07.10.2017 și a Clarificării nr. 4 din 12.10.2017, a decalat termenul de depunere a ofertelor până pe data de 23.10.2017.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept expuse, în temeiul art. 6 alin. (1) şi al art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul admite excepția invocată de Consiliu și susținută și de autoritatea contractantă, și respinge, ca inadmisibilă, contestaţia formulată de în contradictoriu cu COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE S.A.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția invocată din oficiu, și respinge, ca inadmisibilă, contestaţia formulată de în contradictoriu cu COMPANIA NAȚIONALĂ DE ADMINISTRARE A INFRASTRUCTURII RUTIERE S.A.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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