



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnscl.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația fără număr de înregistrare și fără dată, transmisă prin mijloace electronice la data de ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... din ..., astfel cum a fost completată prin adresa fără număr de înregistrare și fără dată, transmisă prin mijloace electronice la data de ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ..., formulată de ... (înregistrată în SEAP ...), cu sediul social în strada ..., înregistrată la Registrului Comerțului ..., ..., eliberată la data de ..., reprezentată de ..., și convențional de Cabinet de Avocat „...”, cu sediul profesional în ..., acesta din urmă fiind sediul ales unde urmează să i se transmită comunicările privind soluționarea contestației, împotriva anunțului tip erată nr. ... la anunțul de participare nr. ..., emis de către ..., cu sediul în ..., în calitate entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, desfășurată în conformitate cu cap. IV, secțiunea 1, paragraful 2 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, modalitatea de derulare a procedurii de atribuire fiind prin mijloace electronice, fără etapă finală de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului sectorial de produse, având ca obiect „MATERIAL TUBULAR ȘI CURBE NECESARE PENTRU EXECUȚIA PROIECTULUI DEZVOLTAREA PE TERITORIUL ROMÂNIEI A SISTEMULUI NAȚIONAL DE TRANSPORT ÎN DIRECȚIA ..., LUCRĂRILE DE EXECUȚIE FAZA I/ «...»”, cod CPV 44161100-7 – Gazoducte (Rev.2), s-a solicitat Consiliului să dispună:

- anularea în parte a anunțului tip erată nr. ... în privința extinderii termenului-limită de depunere a ofertelor cu 10 zile;
- obligarea entității contractante să emită un act prin care să ofere o extindere a termenului de depunere a ofertelor superioară celor 10 zile inițiale;

- respingerea cererii de intervenție nr. ...în principal ca inadmisibilă, iar în subsidiar ca neîntemeiată.

Prin contestația nr. ... din ..., transmisă în original prin serviciul registratură, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... din ..., astfel cum a fost precizată prin adresa fără număr de înregistrare din ..., transmisă prin mijloace electronice la data de ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ...și completată prin adresa fără număr de înregistrare din ..., transmisă în original prin serviciul registratură, înregistrată la Consiliu cu nr. ..., formulată de ..., cu sediul social în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă ..., având CUI ..., atribut fiscal RO, reprezentată legal de ... în calitate de Director General, și convențional de Societatea Civilă de Avocați „...”, cu sediul profesional în ..., acesta din urmă fiind sediul ales unde urmează să i se transmită comunicările privind soluționarea contestației, prin avocat ... și avocat ..., împotriva adreselor - nr. 4080 din 20.02.2017 postată în SEAP la data de 20.02.2017 ora 18:17 cu denumirea ([...] *raspuns clarificare ..._operatori-semnat.pdf.p7s*) reprezentând răspunsul la solicitarea de clarificări emisă de contestatoare, - nr. 9031 din 27.02.2017 postată în SEAP la data de 27.02.2017 ora 11:48 cu denumirea ([...] *raspuns clarificare M212_operatori-semnat.pdf.p7s*) reprezentând răspunsul la o solicitare de clarificări emisă de ..., - nr. 9028 din 27.02.2017 postată în SEAP la data de 27.02.2017 ora 11:48 cu denumirea [...] *raspuns clarificare M213_operatori-semnat.pdf.p7s*) reprezentând răspunsul la o solicitare de clarificări emisă de ..., - nr. 8748 din 23.02.2017 postată în SEAP la data de 23.02.2017 ora 21:38 cu denumirea ([...] *raspuns clarificare_M210-semnat.pdf.p7s*) reprezentând răspunsul la o solicitare de clarificări emisă de ..., precum și împotriva răspunsului primit la notificarea prealabilă comunicat prin adresa nr. 10537 din 06.03.2017, emis de către ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-a solicitat Consiliului să dispună:

- anularea procedurii de atribuire deoarece grave abateri de la legislația achizițiilor publice viciază desfășurarea acesteia și nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere.

Prin contestația fără număr de înregistrare și fără dată, transmisă prin mijloace electronice la data de ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... din ..., astfel cum a fost completată prin adresa fără număr de înregistrare și fără dată, transmisă prin mijloace electronice la data de ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ..., formulată de ...(înregistrată în SEAP ...), cu sediul social în strada ..., înregistrată la Registrului Comerțului ..., ..., eliberată la data de ..., reprezentată de ..., și convențional de Cabinet de Avocat „...”, cu sediul profesional în ...,

acesta din urmă fiind sediul ales unde urmează să i se transmită comunicările privind soluționarea contestației, împotriva adresei nr. 9491 din 28.02.2017 postată în SEAP la data de 28.02.2017 ora 17:13 cu denumirea ([...] *raspuns clarificare M218_operatori-semnat.pdf.p7s*) reprezentând răspunsurile la solicitările de clarificări din partea unui operator economic interesat de participarea la procedură, precum și împotriva răspunsului primit la notificarea prealabilă comunicat prin adresa nr. 10546 din 06.03.2017, emis de către ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-a solicitat Consiliului să dispună:

- anularea în parte a măsurilor adoptate prin răspunsul la solicitarea de clarificare M218 nr. 9491 din 28.02.2017;

- obligarea entității contractante să emită un act prin care să asigure transparența și tratamentul egal al operatorilor economici participanți în privința consemnării garanției de participare, cu acordarea unui timp rezonabil suplimentar pentru depunerea ofertelor;

- respingerea cererii de intervenție nr. ...în principal ca inadmisibilă, iar în subsidiar ca neîntemeiată.

Prin „*cererea de intervenție în interesul autorității contractante, precum și în interes propriu*” nr. ..., transmisă prin mijloace electronice la data de ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... din ..., formulată de ..., cu sediul social în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă ..., având CUI ..., reprezentată legal de ...în calitate de administrator, s-a solicitat Consiliului să dispună:

- respingerea cererii privind suspendarea procedurii invocată de ...;

- respingerea contestației formulată de contestatoarea ... ca fiind tardiv introdusă;

- menținerea actelor entității contractante;

- menținerea procedurii de atribuire în derulare.

Prin „*cererea de intervenție în interesul autorității contractante, precum și în interes propriu*” nr. ... din ..., transmisă prin mijloace electronice la data de ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... din ..., formulată de ..., cu sediul social în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă ..., având CUI ..., reprezentată legal de ...în calitate de administrator, s-a solicitat Consiliului să dispună:

- respingerea cererii privind suspendarea procedurii invocată de ...;

- respingerea contestației formulată de contestatoarea ... ca fiind tardiv introdusă;

- menținerea actelor entității contractante;

- menținerea procedurii de atribuire în derulare.

Prin „cererea de intervenție în interesul autorității contractante, precum și în interes propriu” nr. ... din ..., transmisă prin mijloace electronice la data de ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... din ..., formulată de ..., cu sediul social în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă ..., având CUI ..., reprezentată legal de ... în calitate de administrator, s-a solicitat Consiliului să dispună:

- respingerea cererii privind suspendarea procedurii invocată de ...;
- respingerea contestației formulată de contestatoarea ... ca fiind tardiv introdusă;
- menținerea actelor entității contractante;
- menținerea procedurii de atribuire în derulare.

Prin contestația nr. ... din ..., transmisă prin mijloace electronice la data de ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de ..., cu sediul social în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă ..., având CUI ..., atribut fiscal RO, reprezentată legal de ... în calitate de Director General, și convențional de Societatea Civilă de Avocați „...”, cu sediul profesional în ..., acesta din urmă fiind sediul ales unde urmează să i se transmită comunicările privind soluționarea contestației, prin avocat ... și avocat ..., împotriva răspunsului primit la notificarea prealabilă comunicat prin adresa nr. ... din ..., emis de către ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-a solicitat Consiliului să dispună:

- anularea procedurii de atribuire, dată fiind încălcarea prevederilor imperative din domeniul achizițiilor sectoriale.

Pentru a se asigura pronunțarea unei soluții unitare, Consiliul a procedat la conexarea contestațiilor formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, în conformitate cu dispozițiile art. 17 alin. (1) și (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.

Contestațiile și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și prevederile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă.

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 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, să soluționeze contestațiile de față.

Prin contestația fără număr de înregistrare și fără dată, înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ..., astfel cum a fost completată prin adresa fără număr de înregistrare și fără dată, înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ..., ...(înregistrată în SEAP ...), în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de licitație deschisă, desfășurată în conformitate cu cap. IV, secțiunea 1, paragraful 2 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, modalitatea de derulare a procedurii de atribuire fiind prin mijloace electronice, fără etapă finală de licitație electronică, organizată de către entitatea contractantă ..., în vederea atribuirii contractului sectorial de produse, având ca obiect „MATERIAL TUBULAR ȘI CURBE NECESARE PENTRU EXECUȚIA PROIECTULUI DEZVOLTAREA PE TERITORIUL ROMÂNIEI A SISTEMULUI NAȚIONAL DE TRANSPORT ÎN DIRECȚIA ..., LUCRĂRILE DE EXECUȚIE FAZA I/ «...»”, inițiată prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP a anunțului de participare nr. ..., a solicitat Consiliului să dispună cele menționate în partea introductivă.

Prin aceeași contestație, ...(înregistrată în SEAP ...) a solicitat Consiliului să dispună, în temeiul art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, suspendarea procedurii de atribuire, până la soluționarea contestației sale. Cererea de suspendare a procedurii de atribuire în cauză a fost respinsă ca rămasă fără obiect, prin încheierea Consiliului nr. ... din ..., prin care a fost menținută măsura suspendării procedurii de atribuire, dispusă de entitatea contractantă, până la soluționarea contestației.

Referitor la solicitarea de extindere a termenului limită de depunere a ofertelor, ...(înregistrată în SEAP ...) arată următoarele:

- un prim argument în favoarea obligării entității contractante să extindă termenul limită este dat de faptul că un termen de 10 zile este nerezonabil în raport de activitatea pe care ofertantul trebuie să o desfășoare în acest termen. Astfel, pentru a interveni asupra soluțiilor tehnice inițiale, în sensul modificării acestora, contestatoarea și orice alt ofertant trebuie să recalculeze anumite secțiuni din cadrul ofertei și/sau să regândească soluțiile tehnice inițiale sau să stabilească soluții alternative. În funcție de rezultatele obținute în cadrul acestei demers trebuie întreprinse noi proceduri

de negociere cu proprii furnizori, iar abia în final, în funcție de toate aceste proceduri și elemente poate fi înaintată o ofertă către entitatea contractantă. Așadar, modificarea survenită, ca urmare a toleranței admise a generat modificări ale ofertelor participanților, iar termenul acordat de 10 zile, pentru implementarea unor astfel de modificări este în mod vădit unul care nu este rezonabil. Drept urmare, contestatoarea apreciază că este în interesul entității contractante ca ofertanții să aibă suficient timp la dispoziție pentru pregătirea ofertei în scopul obținerii unei concurențe reale;

- la evaluarea caracterului rezonabil al termenului de 10 zile, Consiliul trebuie să se raporteze și la prevederile art. 2 alin. (2) din legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, care transpun principiul ce stă la baza atribuirii contractelor sectoriale și a organizării concursurilor de soluții, respectiv tratamentul egal între participanți. Ori, este evident că pentru orice ofertant nerezident, termenul stabilit de entitatea contractantă este unul extrem de scurt, fiind de natură să creeze un avantaj participanților rezidenți. Mai mult decât atât, trebuie avută în vedere și data publicării, respectiv 30.12.2016, astfel o perioadă semnificativă din termenul pentru eliberarea ofertei a fost acoperită de perioada sărbătorilor legale.

Prin contestația nr. ... din ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ..., astfel cum a fost precizată prin adresa fără număr de înregistrare din ..., transmisă prin mijloace electronice la data de ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ... și completată adresa fără număr de înregistrare din ..., transmisă în original prin serviciul registratură, înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ..., în calitate de operator economic interesat de participarea la aceeași procedură de atribuire, a solicitat Consiliului să dispună cele menționate în partea introductivă.

Prin aceeași contestație, ... a solicitat Consiliului să dispună, în temeiul art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, suspendarea procedurii de atribuire, până la soluționarea contestației sale. Cererea de suspendare a procedurii de atribuire în cauză a fost respinsă ca rămasă fără obiect, prin încheierea Consiliului nr. ... din ..., prin care a fost menținută măsura suspendării procedurii de atribuire, dispusă de entitatea contractantă, până la soluționarea contestației.

În cuprinsul contestației, ... arată că prin răspunsurile cuprinse în clarificarea nr. 8040/20.02.2017, entitatea contractantă a refuzat luarea măsurilor de remediere ce se impuneau pentru a asigura respectarea dispozițiilor legale imperative ale legislației aplicabile, accesul său la procedura de atribuire fiind astfel obstrucționat.

În susținerea afirmației sale, contestatoarea precizează următoarele:

- a solicitat acceptarea unui plafon maxim al penalităților de 10% din valoarea contractului. În contradicție cu răspunsul postat de Autoritatea Națională pentru Achiziții Publice (ANAP) pe pagina de internet cu privire la această problemă, entitatea contractantă nu a acceptat reducerea plafonului maxim al penalităților la 10% din valoarea contractului;

- astfel, deși ANAP a învederat faptul că pentru un bun management al contractului, penalitățile trebuie plafonate la 10% din valoarea contractului, întrucât scopul organizării unei proceduri de atribuire nu este ca o entitate contractantă să colecteze penalități, ci să realizeze obiectivele pentru care organizează o procedură de atribuire, entitatea contractantă nu a acceptat reglementarea unui plafon maxim al penalităților.

În acest sens, ... solicită Consiliului dispunerea remedierii documentației de atribuire, în sensul că entitatea contractantă să accepte limitarea penalităților, care pot fi datorate de oricare dintre părți în temeiul contractului la maxim 10% din valoarea acestuia; iar în cazul în care nu mai pot fi adoptate măsuri de remediere, să dispună anularea procedurii de atribuire.

De asemenea, contestatoarea opinează că entitatea contractantă nu respectă prevederile legale imperative, referitoare la originea produselor și cele referitoare la evaluarea ofertelor egale sau echivalente.

În susținerea criticii, ... menționează următoarele:

- entitatea contractantă are obligația generală de a organiza și desfășura procedurile de atribuire pe care le inițiază prin publicarea unei documentații de atribuire, care să asigure tratamentul egal și nediscriminarea ofertanților, iar nu favorizarea anumitor ofertanți;

- lipsa unei informări complete și corecte a operatorilor economici interesați de participarea la procedura de atribuire în privința cerințelor necesare a fi respectate reprezintă o încălcare a principiului transparenței și a principiului egalității de tratament, ambele reglementate și ocrotite atât prin norme naționale, cât și comunitare;

- în cazul de față, prin emiterea răspunsului nr. 5 din cadrul clarificării nr. 8040/20.02.2017, entitatea contractantă nu respectă prevederile imperative ale art. 223 alin. (3) din legea nr. 99/2016, referitoare la respingerea ofertelor, care conțin produse care provin într-o proporție mai mare de 50% din state terțe, cu care Uniunea Europeană nu a încheiat niciun acord într-un cadru multilateral sau bilateral, care să asigure accesul efectiv al entităților comunitare la piețele acestor țări terțe;

- prin neaplicarea dispozițiilor imperative ale art. 223 alin. (3) din legea nr. 99/2016, entitatea contractantă creează o situație mai favorabilă ofertanților, care depun oferte ce conțin produse care

provin într-o proporție mai mare de 50% din state terțe, cu care Uniunea Europeană nu a încheiat niciun acord într-un cadru multilateral sau bilateral, care să asigure accesul efectiv al entităților comunitare la piețele acestor țări terțe, discriminând astfel ofertanții care depun oferte ce conțin produse provenind în majoritatea din Uniunea Europeană. Ori, pe lângă discriminarea creată, această abordare are ca efect distorsionarea semnificativă a concurenței între operatorii economici;

- prin urmare, având în vedere caracterul imperativ al prevederii reglementate la art. 233 alin. (3) din legea nr. 99/2016 („va fi”), rezultă că entitatea contractantă este obligată să respingă ofertele, care conțin produse care provin într-o proporție mai mare de 50% din state terțe, cu care Uniunea Europeană nu a încheiat niciun acord într-un cadru multilateral sau bilateral, care să asigure accesul efectiv al entităților comunitare la piețele acestor țări terțe. Ori, această obligație este ignorată de entitatea contractantă, deși contractul care se atribuie prin procedura de atribuire este finanțat din fonduri europene nerambursabile și este supus auditării Curții Europene de Conturi și verificărilor întreprinse de Comisia Europeană cu privire la documentele justificative care stau la baza efectuării plăților din fonduri nerambursabile europene;

- de altfel, ... consideră că entitatea contractantă nici măcar nu are intenția de a verifica existența sau inexistența unor astfel de acorduri bilaterale sau multilaterale, ignorând astfel obligația care îi revine de a respinge ofertele care conțin produse, care provin într-o proporție mai mare de 50% din state terțe, cu care Uniunea Europeană nu a încheiat niciun acord într-un cadru multilateral sau bilateral, care să asigure accesul efectiv al entităților comunitare la piețele acestor țări terțe;

- mai mult decât atât, potrivit art. 255 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016 „Entitatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru în următoarele cazuri: (...) c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului”;

- prin răspunsul formulat, entitatea contractantă tratează identic două situații diferite și face o greșită aplicare a art. 223 din legea nr. 99/2016;

- astfel, în situația reglementată la art. 144 alin. (2) din HG nr. 394/2016 este avută în vedere situația generală, în care două sau mai multe oferte sunt situate pe primul loc, caz în care o entitate contractantă solicită ofertanților o nouă propunere financiară, iar contractul va fi atribuit ofertantului a cărui nouă propunere financiară are prețul cel mai scăzut;

- spre deosebire de situația susmenționată, art. 223 alin. (3) din legea nr. 99/2016 se referă la cazul particular al atribuirii unui contract de furnizare și la originea produselor oferite;

- cele două situații expuse își găsesc reglementări diferite cu efecte diferite;

- astfel, pe lângă faptul că art. 223 alin. (3) din legea nr. 99/2016 are o forță juridică superioară față de art. 144 alin. (2) din HG nr. 394/2016, art. 223 alin. (3) din legea nr. 99/2016 reprezintă o situație derogatorie de la prevederile art. 144 alin. (2) din HG nr. 394/2016, care oricum adaugă la prevederile Directivei 2014/25/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile efectuate de entitățile care își desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale și de abrogare a Directivei 2004/17/CE;

- aflându-se în fața atribuirii unui contract de furnizare, entitatea contractantă are obligația să aplice prioritar prevederile art. 223 din legea nr. 99/2016, care prezintă o situație specială, derogatorie de la obligația generală reglementată de art. 144 alin. (2) din HG nr. 394/2016, ce poate fi aplicată în alte cazuri (de exemplu, contracte de lucrări, contracte de servicii). Mai mult decât atât, în cazul de față, entitatea contractantă nu este niciodată în situația în care să aplice art. 144 alin. (3) din HG nr. 394/2016, deoarece cazul special al ofertelor egale sau echivalente în cazul contractelor de furnizare este reglementat prin prevederile art. 223 din legea nr. 99/2016. Astfel, entitatea contractantă este în eroare cu privire la incidența art. 144 alin. (2) din HG nr. 394/2016 și la faptul că ar fi aplicabilă reofertarea prețului;

- pe de altă parte, interpretarea exactă a art. 223 din legea nr. 99/2016 trebuie să se facă prin raportare la art. 85 „Oferte care cuprind produse originare din țări terțe” din Directiva 2014/25/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014, privind achizițiile efectuate de entitățile care își desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale și de abrogare a Directivei 2004/17/CE, care vizează toate criteriile de atribuire reglementate de art. 82 „Criterii de atribuire a contractelor” din același act normativ;

- în cazul ofertelor echivalente, diferența de preț de 3%, raportată la valoarea contractului reprezintă o valoare semnificativă, însă, ofertanții care cuprind în ofertele lor produse care provin din state ale Uniunii Europene sunt discriminați, față de ofertanții care ofertează produse care provin din state terțe, cu care Uniunea Europeană nu a încheiat niciun acord, într-un cadru multilateral sau bilateral, care să asigure accesul efectiv al entităților comunitare la piețele acestor țări terțe și care sunt rezidenți în țări cu costuri foarte scăzute.

Astfel, contestatoarea solicită Consiliului remedierea situației create și obligarea entității contractante la verificarea originii produselor oferite în cadrul etapei de evaluare a ofertelor. În consecință, aceasta solicită obligarea entității contractante să respingă ofertele care conțin produse, care provin într-o proporție mai mare de 50% din state terțe, cu care Uniunea Europeană nu a încheiat niciun acord într-un cadru multilateral sau bilateral, care să asigure accesul efectiv al entităților comunitare la piețele acestor țări terțe, iar în cazul în care primește oferte egale sau echivalente în sensul art. 223 alin. (3) din legea nr. 99/2016, să fie obligată să aleagă oferta care conține produse în proporție mai mare de 50% din Uniunea Europeană; iar în cazul în care nu mai pot fi adoptate măsurile de remediere menționate, anularea procedurii.

Un alt aspect subliniat de ... este că entitatea contractantă nu a asigurat protejarea identității operatorilor economici care au transmis solicitări de clarificări și notificări prealabile.

Astfel, aceasta arată următoarele:

- prin publicarea clarificării nr. 9031/27.02.2017, emisă ca urmare a solicitării de clarificări nr. 186/22.02.2017, transmise de ..., clarificării nr. 9028/27.02.2017, emise ca urmare a solicitării de clarificări nr. 187/22.02.2017, transmise de ..., clarificării fără număr de la emitent din data de 23.02.2017, emise, ca urmare a solicitării de clarificări din data de 20.02.2017, transmise de ..., entitatea contractantă nu a asigurat protejarea identității operatorilor economici care au transmis solicitări de clarificare și notificări prealabile;

- potrivit art. ... alin. (3) din HG nr. 394/2016, entitatea contractantă avea obligația legală de a nu dezvălui identitatea operatorilor economici, care au depus solicitări de clarificări și notificări prealabile, pentru că, în acest mod, concurența între operatorii economici ar fi fost distorsionată;

- prin dezvăluirea identității operatorilor economici care au adresat solicitările de clarificare, ceilalți operatori economici cunosc experiența de care beneficiază ofertanții, modul de fabricare al produselor care vor fi oferite și prețurile la care acestea vor fi oferite;

Având în vedere, că față de această împrejurare nu mai pot fi luate măsuri de remediere, contestatoarea solicită anularea procedurii de atribuire.

În sprijinul solicitării de anulare a procedurii, ... mai arată următoarele:

- procedura de atribuire este viciată de o serie de neregularități de natură să conducă la anularea acesteia, altminteri continuarea acesteia și atribuirea contractului s-ar face cu încălcarea principiilor

achizițiilor sectoriale reglementate la art. 2 alin. (2) din legea nr. 99/2016;

- entitatea contractantă nu a asigurat protejarea identității unor operatori economici, care au adresat solicitări de clarificare și notificări prealabile, prin nerespectarea obligației de confidențialitate, concurența fiind în mod evident distorsionată; în condițiile în care participanții la procedura de atribuire cunosc identitatea operatorilor economici care au adresat solicitările de clarificări este foarte ușor să știe și know-how-ul pe care îl dețin, prețurile pe care le practică în mod uzual pe piața de profil, experiența de care beneficiază;

- entitatea contractantă și-a încălcat obligația legală de a răspunde solicitării de clarificări adresate de contestatoare, în mod clar, complet și fără ambiguități, astfel încât contestatoarea este obstrucționată să participe cu ofertă în cadrul procedurii de atribuire.

Prin contestația fără număr de înregistrare și fără dată, înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ..., astfel cum a fost completată prin adresa fără număr de înregistrare și fără dată, înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ..., ... (înregistrată în SEAP ...), în calitate de operator economic interesat de participarea la aceeași procedură de atribuire, a solicitat Consiliului să dispună cele menționate în partea introductivă.

Prin aceeași contestație, ... (înregistrată în SEAP ...) a solicitat Consiliului să dispună, în temeiul art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, suspendarea procedurii de atribuire, până la soluționarea contestației sale. Cererea de suspendare a procedurii de atribuire în cauză a fost respinsă ca rămasă fără obiect, prin încheierea Consiliului nr. ... din ..., prin care a fost menținută măsura suspendării procedurii de atribuire, dispusă de entitatea contractantă, până la soluționarea contestației.

Referitor la cererile de anulare parțială a clarificării M218 și de obligare a entității contractante de a lua măsuri, care să asigure tratamentul egal al operatorilor economici, ... precizează că actul contestat încalcă principiul transparenței și a tratamentului egal.

În susținerea afirmației sale, contestatoarea arată următoarele:

- având în vedere prevederile art. 42 alin. (2) din normele metodologice de aplicare a prevederilor, referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din legea nr. 99/2016, privind achizițiile sectoriale, aprobate prin HG nr. 394/2016, precum și prevederile relaționate ale legii nr. 99/2016, garanția de participare trebuie să fie constituită în sumă și pentru perioada de valabilitate prevăzute în documentație de atribuire;

- în plus, conform art. 2 alin. (2) din legea nr. 99/2016, privind achizițiile sectoriale, un alt principiu ce stă la baza atribuirii contractelor sectoriale este principiul transparenței;

- așadar, în conformitate cu legislația aplicabilă, garanția de participare trebuie să fie constituită cu respectarea documentației de atribuire. În plus, prin admiterea posibilității ca garanția de participare să fie constituită în mod distinct, față de cele stabilite inițial, se generează avantaje anumitor ofertanți în detrimentul celorlalți;

- prin clarificarea M218, entitatea contractantă stabilește modificări ale documentației și anumite măsuri, fără observarea procedurilor necesare în acest sens și fără publicarea unei erate în vederea respectării principiului transparenței, față de toți operatorii economici;

Astfel, ... solicită respectarea principiului transparenței și acordarea unui timp rezonabil suplimentar pentru depunerea ofertelor, în așa măsură, încât toți potențialii ofertanți să aibă în vedere aceste noi modificări.

În susținerea afirmației referitoare la nerespectarea principiului tratamentului egal, contestatoarea precizează următoarele:

- pornind de la prevederile art. 2 alin. (2) din legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, un alt principiu ce stă la baza atribuirii contractelor sectoriale și a organizării concursurilor de soluții este tratamentul egal între participanți;

- astfel, în vederea respectării principiului tratamentului egal, ... solicită obligarea entității contractante să adopte măsurile de remediere a clarificării M218, cu privire la tratamentul diferențiat între rezidenți și nerezidenți. În aceasta situație, de asemenea, se conferă avantaje unor ofertanți, astfel încât ofertele se vor întocmi, de asemenea, în mod diferit.

Prin „*cererea de intervenție în interesul autorității contractante, precum și în interes propriu*”, nr. ... din ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ..., ..., în calitate de operator economic interesat de participarea la aceeași procedură de atribuire, a solicitat Consiliului să dispună cele menționate în partea introductivă.

Intervenienta invocă tardivitatea contestației depusă de

În susținerea excepției invocate, ... precizează următoarele:

- documentația de atribuire a fost publicată în SEAP în data de 30.12.2016, astfel, coroborând conținutul prevederilor alin. (1) și (3) din cadrul art. 6 din legea nr. 101/2016, potențialele notificări cu privire la conținutul documentației de atribuire puteau fi depuse cel târziu, în data de 09.01.2017, astfel în funcție de răspunsul entității contractante, operatorul economic având opțiunea de a înainta contestația;

- prin conținutul celor 2 clarificări, respectiv 7680/17.02.2017 și 7035/14.02.2017, nu au fost aduse completări sau aspecte noi documentației de atribuire, astfel prin intermediul clarificării nr. 7035/14.02.2017, entitatea contractantă doar a confirmat înțelegerea unor aspecte formulate din documentația de atribuire de către un potențial ofertant, fără să aducă anumite completări documentației inițiale;

- prin intermediul clarificării nr. 7680/17.02.2017, s-a creat o situație favorabilă pentru toți potențialii ofertanți, în sensul că s-a lămurit că toleranța la grosimea maximă peretelui să fie mai mare pentru partea curbată, acceptându-se o valoare de până la +18%, spre deosebire de 10%, cât se prevedea inițial pentru partea curbată, astfel prevăzându-se toleranța maximă și solicitarea fiind în concordanță cu ce oferă majoritatea producătorilor pe piață;

- având în vedere aceste considerente, contestația înregistrată este tardivă, deoarece, luând în considerare că prin clarificările nr. 7680/17.02.2017 și 7035/14.02.2017 nu au fost aduse completări, contestația vizând, exclusiv, conținutul documentației de atribuire, publicată în data de 30.12.2016, documentația care putea fi notificată până în data de 09.01.2017;

- așa cum reiese din cele prezentate și raportat la normele legale cuprinse în art. 6 din legea nr. 101/2016, față de data de 30.12.2016, când s-a publicat documentația de atribuire și contestatoarea a luat la cunoștință de condițiile și criteriile pentru participarea la procedură, termenul de 06.03.2017, cânda înaintat contestația la Consiliu, este tardiv.

Prin *„cererea de intervenție în interesul autorității contractante, precum și în interes propriu”*, nr. ... din ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ..., ..., în calitate de operator economic interesat de participarea la aceeași procedură de atribuire, a solicitat Consiliului să dispună cele menționate în partea introductivă.

Intervenienta invocă tardivitatea contestației depusă de

În susținerea excepției invocate, ... precizează următoarele:

- documentația de atribuire a fost publicată în SEAP în data de 30.12.2016, astfel, coroborând conținutul prevederilor alin. (1) și (3) din cadrul art. 6 din legea nr. 101/2016, potențialele notificări cu privire la conținutul documentației de atribuire puteau fi depuse cel târziu, în data de 09.01.2017, astfel în funcție de răspunsul entității contractante, operatorul economic având opțiunea de a înainta contestația;

- prin răspunsul nr. 5 din cadrul clarificării nr. 8040/20.02.2017, privind neaplicarea dispozițiilor art. 223 alin. (3) din legea nr. 99/2016, entitatea contractantă nu a adus completări sau aspecte noi documentației de atribuire, prin urmare, entitatea contractantă doar a răspuns, în baza conținutului documentației de

atribuire, care este criteriul de evaluare stabilit în documentația inițială, fără să aducă anumite completări acesteia, fără să stabilească un criteriu nou de evaluare;

- de asemenea, în conformitate cu prevederile art. 223 din legea nr. 99/2016, în cazul în care ofertele prezentate în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de furnizare conțin produse originare din țări terțe, cu care Uniunea Europeană nu a încheiat niciun acord într-un cadru multilateral sau bilateral, care să asigure accesul efectiv al entităților comunitare la piețele acestor țări terțe, aceste oferte pot fi respinse dacă proporția produselor originare din țările terțe depășește 50% din valoarea totală a produselor care constituie oferta, rezultă că legiuitorul a reglementat posibilitatea respingerii ofertelor, dacă proporția produselor originare din țările terțe depășește 50% din valoarea totală a produselor care constituie oferta, aceasta nefiind o obligație imperativă a entității contractante și neconstituind în actuala procedură un criteriu de evaluare;

Având în vedere aceste considerente, ... consideră tardivă contestația depusă de

În referire la critica contestatoarei, cu privire la publicarea clarificării nr. 9031/27.02.2017, respectiv că entitatea contractantă nu a asigurat protejarea identității operatorilor economici care au transmis solicitări de clarificări și notificări prealabile, fiind astfel cunoscută identitatea operatorilor și distorsionând concurența, intervenienta evidențiază faptul că sistemul electronic SEAP oferă variante alternative de a transmite solicitările de clarificări, fără a folosi antet sau datele de identificare ale entității, precum și aceea de a transmite solicitările de clarificări direct în căsuța existentă în SEAP, fără semnătură.

Prin adresa fără număr de înregistrare din ..., transmisă în original prin serviciul registratură, înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ... a transmis un răspuns la cererea de intervenție nr. ... din ... depusă de ..., prin care solicită respingerea acestei din urmă cereri ca rămasă fără obiect, iar pe fond ca neîntemeiată.

Prin „*cererea de intervenție în interesul autorității contractante, precum și în interes propriu*”, nr. ... din ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ..., ..., în calitate de operator economic interesat de participarea la aceeași procedură de atribuire, a solicitat Consiliului să dispună cele menționate în partea introductivă.

Intervenienta invocă tardivitatea contestației depusă de

În susținerea excepției invocate, ... precizează următoarele:

- documentația de atribuire a fost publicată în SEAP în data de 30.12.2016, astfel, coroborând conținutul prevederilor alin. (1) și (3) din cadrul art. 6 din legea nr. 101/2016, potențialele notificări cu privire la conținutul documentației de atribuire puteau fi depuse cel târziu, în data de 09.01.2017, astfel în funcție de răspunsul entității

contractante, operatorul economic având opțiunea de a înainta contestația;

- prin conținutul clarificării M218 nr. 9491/28.02.2017, nu au fost aduse completări sau aspecte noi documentației de atribuire, astfel, prin intermediul clarificării M218, entitatea contractantă doar a confirmat înțelegerea unor aspecte formulate din documentația de atribuire de către un potențial ofertant, fără să aducă anumite completări documentației de atribuire inițiale, valoarea garanției rămânând neschimbată;

- având în vedere aceste considerente, contestația înregistrată este tardivă, deoarece, luând în considerare că prin clarificarea nr. M218 nr. 9491/28.02.2017, nu au fost aduse completări, contestația vizând, exclusiv, conținutul documentației de atribuire, publicată în data de 30.12.2016, documentația care putea fi notificată până în data de 09.01.2017;

- așa cum reiese din cele prezentate și raportat la normele legale cuprinse în art. 6 din legea nr. 101/2016, față de data de 30.12.2016, când s-a publicat documentația de atribuire și contestatoarea a luat la cunoștință de condițiile și criteriile pentru participarea la procedură, termenul de ..., când ...a înaintat contestația la Consiliu, este tardiv.

De asemenea, intervenienta precizează următoarele:

- în conformitate cu prevederile art. 41, reglementate în cadrul normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din legea nr. 99/2016, privind achizițiile sectoriale, aprobate prin HG nr. 394/2016, se stabilește faptul că fișa de date a achiziției trebuie să conțină următoarele informații privind constituirea garanției de participare:

- a) valoarea, ce nu poate depăși 2% din valoarea estimată a contractului sectorial sau în cazul acordului-cadru din valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent, fără a fi luată în calcul valoarea pentru diverse și neprevăzute, dacă este cazul;
- b) perioada de valabilitate care va fi cel puțin egală cu perioada minimă de valabilitate a ofertei, astfel cum a fost solicitată prin documentația de atribuire.

Prin urmare, ... susține că prin clarificarea invocată de contestatoare, respectiv M218, entitatea contractantă nu a adus modificări documentației de atribuire, astfel au fost menținute informațiile privind valoarea și perioada de valabilitate, condiții reglementate expres de normele legale, respectiv HG nr. 394/2016.

În concluzie, intervenienta evidențiază că entitatea contractantă nu a încălcat prevederile legale, prin acceptarea constituirii garanției de participare și în altă valută, deoarece aceasta

a păstrat condițiile din fișa de date a achiziției, a respectat legislația în domeniul achizițiilor publice, așa cum rezultă din art. 41 din cadrul Normelor metodologice aprobate prin HG nr. 394/2016, condiții cu privire la valoarea și perioada de valabilitate.

Prin adresele nr. ..., și nr. ..., Consiliul a solicitat entității contractante, copia dosarului achiziției sectoriale, orice alte documente considerate de aceasta edificatoare în soluționarea prezentei cauze, precum și punctul de vedere cu privire la contestațiile în cauză, respectiv dovada comunicării acestuia contestatoarelor.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ... a transmis un punct de vedere cu privire la contestația formulată de

Entitatea contractantă invocă excepția inadmisibilității contestației depusă de

În susținerea excepției invocate, ... arată că în lipsa unei notificări prealabile, promovate în termenul legal prevăzut de art. 6 din legea nr. 101/2016, de către persoana care se consideră vătămată, contestația este inadmisibilă.

De asemenea, entitatea contractantă menționează că, contestația formulată dea fost publicată în SEAP, la secțiunea întrebări, în data de 06.03.2017, ora 9:47, așa cum rezultă din extrasul de mai jos, fără ca în prealabil să publice sau să transmită entității contractante o notificare prealabilă, care să conțină nemulțumiri legate de actele emise de aceasta.

... invocă și excepția lipsei calității procesuale active a contestatoarei

În susținerea excepției invocate, entitatea contractantă precizează că nu există identitate între operatorul economic ..., înregistrat în SEAP, care operează contul de SEAP, prin intermediul căruia a fost transmisă contestația și ..., care are calitatea de contestatoare. Cu alte cuvinte, contestatoareaa transmis contestația prin intermediul contului de SEAP al ..., fără a face dovada identității celor doi operatori.

Totodată, ... invocă art. 36 din Codul de procedură civilă, susținând că în speța de față, raportul juridic litigios s-a născut între entitatea contractantă și operatorul economic ..., operator al contului de SEAP, ca persoană interesată de participare la procedura de atribuire. Între aceste subiecte ale raportului juridic litigios trebuie să existe identitate, în cadrul litigiului aceste subiecte devin părțile litigiului dedus judecății, respectiv în cadrul contestației înaintate la Consiliu. Astfel, între ... șinu există identitate, în sensul art. 36 din Codul de procedură civilă,nu are calitatea procesuală activă, de a promova pe cale administrativ-jurisdicțională, în fața Consiliului, contestația.

Drept urmare, entitatea contractantă a solicitat aplicarea dispozițiilor art. 40 alin. (1) din Codul de procedură civilă și respingerea contestației, ca fiind făcută de o persoană fără calitatea procesuală activă.

... invocă și excepția introducerii contestației de către o persoană fără calitate, ori neîmputernicită să formuleze contestația.

În susținerea excepției invocate, entitatea contractantă invocă art. 10 lit. a) și art. 68 din legea nr. 101/2016, subliniind că persoana semnatară a contestației nu poate fi identificată în calitate de reprezentant legal sau convențional al societății contestatoare, nu se cunoaște identitatea acestei persoane (a reprezentatului legal) și mai mult, contestatoarea este o societatea străină, cu sediul în ..., Nu a fost probată calitatea de reprezentant în relațiile cu terții, a semnatărilor contestației și, în aceste condiții, nu a operat transmiterea în mod legal a dreptului de reprezentare în fața Consiliului a persoanei care a semnat contestația, și prin urmare, este semnată de o persoană care nu are calitate de reprezentant legal/convențional.

De asemenea, entitatea contractantă precizează cănu a probat că persoana care a semnat este reprezentantul legal al societății și care sunt întinderile mandatului acordat, mai ales că aceasta este o persoană juridică străină, căreia îi sunt aplicabile anumite dispoziții legale, în ceea ce privește forma juridică de organizare și de reprezentare.

În aceeași ordine de idei, ... menționează că în fața organelor administrativ-jurisdicționale sau în fața instanței de judecată din România, contestatoarea avea obligația de a proba calitatea persoanei semnatară a contestației, de a proba dreptul de reprezentare al acestei persoane, în relațiile cu terții, prin depunerea dovezii privind persoana care reprezintă legal societatea din ..., care a semnat contractul de asistență juridică și dacă acea persoană avea mandat în acest sens, pentru verificarea transmiterii în mod legal a dreptului de reprezentare.

Entitatea contractantă subliniază că lipsa dovezii calității de reprezentant a celui care a acționat în numele contestatoarei, atrage anularea cererii, conform art. 82 alin. (1) din Codul de procedură civilă sau respingerea contestației, ca fiind introdusă de o persoană neîmputernicită să formuleze contestația, potrivit dispozițiilor art. 10 lit. a) din legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ... a transmis un punct de vedere cu privire la contestația formulată de

Entitatea contractantă prezintă istoricul procedurii și invocă excepția introducerii contestației de către o persoană fără calitate ori neîmputernicită să formuleze contestația.

În susținerea afirmației invocate, entitatea contractantă invocă art. 10 lit. a), precum și art. 68 din Legea nr. 101/2016, subliniind că persoanele semnatare a contestației nu pot fi identificate în calitate de reprezentanți legali sau convenționali ai societății contestatoare, nu se cunoaște identitatea persoanei reprezentantului legal și, mai mult, societatea contestatoare este o societate înființată în anul 2006, iar pe delegația avocațială emisă de SCA ..., se invocă pentru susținerea delegației, un „...” din anul 2005, deci anterior înființării societății contestatoare.

De asemenea, ... consideră că persoanele semnatare a contestației (cei doi avocați) nu au calitatea de reprezentanți legali ai societății contestatoare, în sensul art. 197 alin. (1) și (3) din legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale.

Mai mult decât atât, entitatea contractantă arată următoarele:

- în preambulul contestației se precizează că reprezentantul legal al societății este dl. ..., în calitate de Director General, care nu are calitatea de reprezentant legal, în sensul art. 197 alin. (1) și (3) raportat la art. 75 din legea nr. 31/1991, republicată și nici nu a fost probată delegarea de competențe către această persoană;

- nu a fost probată calitatea de reprezentant în relațiile cu terții a semnatarilor contestației și în aceste condiții nu a operat transmiterea în mod legal a dreptului de reprezentare în fața Consiliului a persoanelor care au semnat contestația, și prin urmare este semnată de persoane care nu au calitate de reprezentanți legali/convenționali;

- contestatoarea nu a probat că persoanele care au semnat sunt reprezentanți legali ai societății ... și care sunt întinderile mandatului acordat;

- în fața organelor administrativ-jurisdicționale sau în fața instanței de judecată din România, contestatoarea avea obligația de a proba calitatea persoanelor semnatare a contestației, de a proba dreptul de reprezentare al acestor persoane în relațiile cu terții, prin depunerea dovezii privind persoana care reprezintă legal societatea care a semnat contractul de asistență juridică, și dacă acea persoană avea mandat în acest sens, pentru verificarea transmiterii în mod legal a dreptului de reprezentare;

- lipsa dovezii calității de reprezentant a celui care a acționat în numele contestatoarei atrage anularea cererii, conform art. 82 alin. (1) din Codul de Procedură Civilă sau respingerea contestației, ca fiind introdusă de o persoană neîmputernicită să formuleze contestația, potrivit dispozițiilor art. 10 lit. a) din legea nr. 101/2016.

... invocă și excepția tardivității formulării notificării prealabile.

Astfel, entitatea contractantă precizează următoarele:

- punctul 1 al capătului 2 de cerere (anularea procedurii de atribuire) din contestația ... – „Entitatea contractantă nu a acceptat reglementarea unui plafon maxim al penalităților de 10% din valoarea contractului” dezvoltă motive de anulare a procedurii de atribuire, referitoare la prevederi din documentația de atribuire, mai exact, clauza privind penalitățile de întârziere prevăzută în modelul de contract de furnizare, parte componentă a documentației de atribuire;

- documentația de atribuire a fost publicată în SEAP în data de 29.12.2016 și a devenit accesibilă pentru orice operator economic interesat de procedură, începând cu data publicării în SEAP a anunțului de participare nr. ..., respectiv din data de 30.12.2016, valoarea estimată, fără TVA, a procedurii fiind între 166.650.756 și 199.980.907,2 euro, respectiv 908.093.301,5 RON (199.980.907,2 euro);

- ... a transmis către entitatea contractantă, în data de 02.03.2017 pe e-mail, documentul nr. 15947/02.03.2017, reprezentând notificarea prealabilă, invocând în cuprinsul acesteia motive prin care a solicitat luarea unor măsuri de remediere în legătură cu documentația de atribuire aferentă anunțului de participare nr. ...;

- notificarea prealabilă vizează o cerință din cadrul documentației de atribuire, respectiv cuantumul penalităților, prevăzute în modelul de contract de furnizare, publicat în cadrul documentației și asupra căreia, în opinia contestatoarei, entitatea contractantă trebuia să aplice o plafonare de 10% din valoarea contractului, prin adoptarea unei măsuri de remediere, ca urmare a notificării prealabile depusă de contestatoare;

- raportat la valoarea estimată a procedurii de atribuire, în speță sunt aplicabile dispozițiile art. 6 alin. (1) lit. a) din legea nr. 101/2016, precum și art. 6 alin. (3) din același act normativ. Ori, în cazul de față, data publicării documentației, și implicit accesibilității acesteia, este dată publicării anunțului de participare nr. ..., respectiv 30.12.2016. Drept urmare, termenul de formulare a unei notificări prealabile de remediere, prevăzut la art. 6 alin. (1) lit. a) din legea nr. 101/2016, s-a împlinit în ziua de 09.01.2017;

- data la care a fost depusă notificarea prealabilă a fost 02.03.2017, prin urmare, notificarea prealabilă de remediere a documentației de atribuire este tardiv formulată, atrăgând astfel inadmisibilitatea contestației.

- punctul 2 al capătului 2 de cerere din contestația ... (anularea procedurii de atribuire) „Entitatea contractantă nu respectă prevederile legale imperative referitoare la originea produselor și cele referitoare la evaluarea ofertelor egale sau echivalente”, dezvoltă motive de anulare a procedurii de atribuire, referitoare tot

la prevederi din documentația de atribuire, mai exact la criteriul de atribuire aplicabil pentru determinarea ofertelor câștigătoare și atribuirea contractului, care, în opinia contestatoarei ar fi fost selectat cu încălcarea dispozițiilor art. 223 alin. (3) din Legea nr. 99/2016;

- ... susține că motivele invocate de contestatoare, cum că „prin răspunsul nr. 5 din cadrul clarificării nr. 8040/20.02.2017 nu au fost respectate dispozițiile imperative ale art. 233 alin. (3) din legea nr. 99/2016” sunt neîntemeiate, deoarece dispozițiile acestui articol devin aplicabile în cazul în care două sau mai multe oferte sunt egale sau echivalente din punctul de vedere al punctajului obținut, în urma aplicării factorilor de evaluare. În cazul de față, fiind ales criteriul de atribuire, ca fiind „prețul cel mai scăzut”, nu se va realiza un punctaj în evaluarea ofertelor, ca urmare a aplicării unor factori de evaluare. Mai mult, prin modul în care sunt expuse motivele de anulare, contestatoarea solicită Consiliului, în mod nelegal, să intervină în procesul de evaluare a ofertelor;

- entitatea contractantă menționează că și față de motivele punctului 2, contestația apare, ca fiind inadmisibilă, raportat la notificarea prealabilă, care este tardiv formulată;

- cu referire la susținerea contestatoarei, conform căreia „entitatea contractantă nu a asigurat protejarea identității operatorilor economici care au transmis solicitări de clarificare și notificări prealabile”, aceasta este neîntemeiată și nefondată, putând fi verificabilă oricând de către Consiliu;

- ... consideră că afirmațiile de acest gen, trebuie desființate de către Consiliu, deoarece, în cazul procedurilor desfășurate integral online, în SEAP, toată corespondența purtată între operatorii economici și entitatea contractantă se realizează prin facilitățile sistemului electronic;

- pentru a înlătura orice dubiu, entitatea contractantă arată că s-a adresat instituției care gestionează platforma SEAP, pentru ca aceasta să confirme că prin răspunsurile la solicitările de clarificări, publicate în SEAP de entitatea contractantă, nu a fost dezvăluită identitatea operatorilor economici. Astfel, entitatea contractantă redă răspunsul Agenției Pentru Agenda Digitală a României: „Dacă operatorii economici atașează documente din care reiese identitatea acestora singurii răspunzători sunt doar operatorii economici, SEAP neavând competențe pentru a interveni asupra acestora în sensul modificării/ștergerii lor.”

Drept urmare, entitatea contractantă consideră că a respectat prevederile legale și nu a dezvăluit identitatea operatorilor economici, prin publicarea răspunsurilor la solicitările de clarificări, Consiliul putând verifica oricând acest lucru, prin accesarea SEAP la secțiunea „Documentații, clarificări și decizii”, unde entitatea

contractantă a publicat toate răspunsurile la solicitările de clarificări, inclusiv cele care face referire contestatoare.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ... a transmis un punct de vedere cu privire la contestația formulată de

Entitatea contractantă invocă excepția introducerii contestației de către o persoană fără calitate, ori neîmputernicită să formuleze contestația.

În susținerea excepției invocate, entitatea contractantă invocă art. 10 lit. a) și art. 68 din legea nr. 101/2016, subliniind că persoana semnatară a contestației nu poate fi identificată în calitate de reprezentant legal sau convențional al societății contestatoare, nu se cunoaște identitatea acestei persoane (a reprezentatului legal) și mai mult, contestatoarea este o societatea străină, cu sediul în ..., Nu a fost probată calitatea de reprezentant în relațiile cu terții a semnatarului contestației și, în aceste condiții, nu a operat transmiterea în mod legal a dreptului de reprezentare în fața Consiliului a persoanei care a semnat contestația, și prin urmare, este semnată de o persoană care nu are calitate de reprezentant legal/convențional.

De asemenea, entitatea contractantă precizează că, ...nu a probat că persoană care a semnat este reprezentantul legal al societății și care sunt întinderile mandatului acordat, mai ales că această persoană juridică este o persoană juridică străină, căreia îi sunt aplicabile anumite dispoziții legale, în ceea ce privește forma juridică de organizare și de reprezentare.

În aceeași ordine de idei, ... menționează că în fața organelor administrativ-jurisdicționale sau în fața instanței de judecată din România, contestatoarea avea obligația de a proba calitatea persoanei semnatare a contestației, de a proba dreptul de reprezentare al acestei persoane în relațiile cu terții, prin depunerea dovezii privind persoana care reprezintă legal societatea din ..., care a semnat contractul de asistență juridică și dacă acea persoană avea mandat în acest sens, pentru verificarea transmiterii în mod legal a dreptului de reprezentare.

Entitatea contractantă subliniază că lipsa dovezii calității de reprezentant a celui care a acționat în numele contestatoarei, atrage anularea cererii, conform art. 82 alin. (1) din Codul de procedură civilă sau respingerea contestației, ca fiind introdusă de o persoană neîmputernicită să formuleze contestația, potrivit dispozițiilor art. 10 lit. a) din legea nr. 101/2016.

... invocă și excepția tardivității formulării notificării prealabile.

În susținerea excepției invocate, entitatea contractantă arată următoarele:

- sub aparența solicitării de anulare parțială a răspunsului la solicitarea de clarificare M218, de fapt, contestatoarea încearcă solicitarea de modificare a unor prevederi din documentația de atribuire, mai exact, modalitatea de constituire a garanției de participare la procedura de atribuire, prevăzută în fișa de date a achiziției, parte componentă a documentației de atribuire;

- prin publicarea răspunsului la solicitările de clarificări, M218, nu se aduce nicio modificare a documentației de atribuire. Nemodificând prin răspunsul dat, documentația de atribuire, este evident că nu s-a impus necesitatea publicării unui anunț de tip erată la anunțul de participare, astfel că, nu a fost încălcat principiul transparenței, cum în mod eronat susține contestatoarea;

- sistemul SEAP, în momentul când entitatea contractantă publică o clarificare la documentația de atribuire, generează automat un anunț de tip erată, care se publică în SEAP și în JOUE, astfel ca orice persoană interesată care operează un cont de SEAP, este înștiințată de publicarea unei clarificări la documentația de atribuire, asigurându-se, în timp real informarea operatorilor economici și transparența;

- nu au fost aduse elemente noi la documentația de atribuire, față de cele publicate, care ar fi putut crea avantaje/dezavantaje operatorilor economici rezidenți/nerezidenți, ceea ce echivalează cu respectarea de către entitatea contractantă a principiului tratamentului egal;

- documentația de atribuire a fost publicată în SEAP în data de 29.12.2016 și a devenit accesibilă pentru orice operator economic interesat de procedură, începând cu data publicării în SEAP a anunțului de participare nr. ..., respectiv din data de 30.12.2016, valoarea estimată, fără TVA, a procedurii este între 166.650.756 și 199.980.907,2 euro, respectiv 908.093.301,5 lei;

- contestatoarea a transmis către entitatea contractantă, în data de 03.02.2017, prin SEAP, la secțiunea întrebări, documentul FN/02.03.2017, reprezentând notificarea prealabilă, invocând în cuprinsul acesteia, motive prin care a solicitat luarea unor măsuri de remediere în legătură cu documentația de atribuire;

- raportat la valoarea estimată a procedurii de atribuire, în speță sunt aplicabile dispozițiile art. 6 alin. (1) lit. a) din legea nr. 101/2016, precum și art. 6 alin. (3) din același act normativ. Ori, în cazul de față, data publicării documentației, și implicit accesibilității acesteia, este dată publicării anunțului de participare nr. ..., respectiv 30.12.2016. Drept urmare, termenul de formulare a unei notificări prealabile de remediere, prevăzut la art. 6 alin. (1) lit. a) din legea nr. 101/2016, s-a împlinit în ziua de 09.01.2017;

- data la care a fost depusă notificarea prealabilă a fost 03.03.2017, prin urmare, notificarea prealabilă de remediere a

documentației de atribuire este tardiv formulată, atrăgând astfel inadmisibilitatea contestației.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 9262/17.03.2017, ... arată că, contestația sa respectă prevederile legii nr. 101/2016.

În susținerea afirmației sale, acesta precizează următoarele:

- potrivit art. 10 lit. h) din legea nr. 101/2016 contestația trebuie să conțină „semnătura contestatorului persoană fizică sau a reprezentantului persoanei juridice”;

- din redactarea art. 10 lit. h) din legea nr. 101/2016 reiese că legiuitorul nu a distins între reprezentarea legală și reprezentarea convențională a persoanei juridice, iar astfel nu a limitat introducerea contestației de reprezentantul legal al persoanei juridice, fiind permisă formularea acesteia și prin reprezentant convențional;

- în ceea ce privește reprezentarea convențională, raportul avocat-client este guvernat de regulile mandatului, reglementat de Codul Civil, ale cărui dispoziții completează legea nr. 101/2016. Mandatul poate fi cu sau fără reprezentare;

- mandatul cu reprezentare este consacrat prin dispozițiile art. 2013 alin. (1) din Codul Civil, care dispun că mandatul poate fi încheiat în forma scrisă sub semnătura privată sau în forma verbală. De asemenea, acceptarea mandatului poate rezulta și din executarea sa de către mandatar;

- pe de altă parte, potrivit art. 2014 alin. (1) din Codul Civil, în absența unui refuz neîntârziat, mandatul se consideră acceptat, dacă privește actele a căror încheiere intră în exercitarea profesiei mandatarului, ori pentru care acesta și-a oferit serviciile, fie în mod public, fie direct mandantului. În cazul de față, este lipsit de orice echivoc faptul că avocații semnatori și-au oferit serviciile prin redactarea și semnarea actelor juridice transmise entității contractante, cât și în temeiul contractului de asistență juridică încheiat cu contestatoarea;

- raportat la faptul că ... ar fi introdus contestația prin doi avocați care nu au calitate de reprezentant, contestatoarea menționează că Societatea Civilă de Avocați ... a fost înființată prin decizia nr. ... emisă de ..., iar prin decizia nr. ... a fost cooptat d-nul ..., în calitate de avocat-asociat coordonator, societatea redenumindu-se ulterior ...;

- începând din anul 2005, SCA ... acordă asistență juridică mai multor societăți din România, care fac parte din cadrul grupului ..., devenit ulterior grupul ..., care include și compania În anul 2006, a fost înființată ..., cu care SCA ... a încheiat contractul de asistență juridică nr. ..., semnat de d-nul Director General ..., care a fost completat prin actul adițional din ...;

- potrivit actului adițional din ...4 la contractul de asistență juridică nr. ..., societatea ... este împuternicită, printre altele, să pregătească notificări prealabile și contestații în cadrul prezentei proceduri;

- referitor la faptul că d-nul ..., în calitate de director general, nu ar fi reprezentantul legal al ..., contestația precizează că, în conformitate cu prevederile art. 75 din legea societăților nr. 31/1990, republicată în 2004: „Dreptul de a reprezenta societatea aparține fiecărui administrator, afară de stipulație contrară în actul constitutiv”;

- potrivit art. 5.2 „Drepturile, atribuțiile și răspunderea administratorilor” din actul constitutiv al societății ..., actualizat prin Hotărârea din data de 11 septembrie 2014 „Dreptul de a reprezenta societatea aparține fiecărui administrator, precum și directorului general al societății. Administratorii, precum și Directorul General vor putea împuternici în scris alte persoane cu puterea de a încheia în numele societății anumite operațiuni sau tipuri de operațiuni”. Ori, atât timp, cât prin actul constitutiv al ... s-a stipulat, în mod expres, dreptul de reprezentare a societății de către directorul general, cât și dreptul acestuia de a sub-mandata puterile sale către alte persoane, rezultă că susținerile entității contractante cu privire la lipsa calității de reprezentant legal a directorului general sunt nefondate;

- în calitate de reprezentant legal al ..., d-nul director general a încheiat cu SCA ... contractul de asistență juridică nr. ... și actul adițional din ... la acesta.

De asemenea, ... opinează că notificarea prealabilă nu este tardiv formulată.

În susținerea afirmației sale, acesta precizează următoarele:

- motivele de contestare decurg din norme imperative, astfel că prevalează asupra conținutului documentației de atribuire;

- reglementarea unui plafon maxim al penalităților de 10% din valoarea contractului decurge din dispozițiile imperative aplicabile;

- cu privire la aplicarea corectă a quantumului penalităților la 10% din valoarea contractului, entitatea contractantă aplică incorect și abuziv prevederile ale art. 45 alin. (4) din Hotărârea nr. 394/2016. Ori, din moment ce legiuitorul a consacrat că entitatea contractantă este suficient protejată de un eventual comportament necorespunzător al ofertanților prin constituirea unei garanții de bună execuție în quantum de 10% din valoarea contractului, stabilirea unor penalități mai mari decât pragul de 10% din valoarea contractului este nelegală;

- reglementarea unui plafon maxim al penalităților de 10% din valoarea contractului, plafon la care a fost stabilită și garanția de bună execuție, decurge din interpretarea normelor legale imperative;

- raportarea entității contractante la data publicării documentației de atribuire și expirarea termenului-limită de formare a notificării prealabile este fără efect, deoarece ... a invocat intervenirea unor dispoziții imperative, a căror aplicabilitate este absolută și nu poate fi condiționată de invocarea acestora într-un anume termen-limită;

- entitatea contractantă nu răspunde cu privire la motivele pentru care nu aplică prevederile legale imperative referitoare la originea produselor și cele referitoare la evaluarea ofertelor egale sau echivalente;

- referitor la aplicarea cu prioritate a art. 223 alin. (3) din legea nr. 99/2016, entitatea contractantă nu aduce argumente pentru a justifica faptul că se află exact în situația descrisă prin prevederile art. 223 din legea nr. 99/2016, dar refuză aplicarea acestora, considerând în mod eronat că s-ar afla într-o altă situație juridică;

- entitatea contractantă ignoră faptul că dispozițiile ale art. 223 și în mod special ale alin. (3) din legea nr. 99/2016, prevalează asupra prevederilor documentației de atribuire, care se referă la o altă situație juridică inaplicabilă în cazul procedurii de atribuire;

astfel, situația invocată la art. 144 alin. (2) din HG nr. 394/2016 are în vedere situația generală în care două sau mai multe oferte sunt situate pe primul loc, caz în care o entitate contractantă poate solicita ofertanților o nouă propunere financiară, contractul urmând a fi atribuit ofertantului a cărui nouă propunere financiară are prețul cel mai scăzut;

- spre deosebire de situația mai sus expusă, art. 223 alin. (3) din legea nr. 99/2016 se referă la cazul particular al atribuirii unui contract de furnizare și la originea produselor ofertate. Situațiile își găsesc reglementări diferite cu efecte juridice diferite. Pe lângă faptul că art. 223 alin. (3) din legea nr. 99/2016 are o forță juridică superioară față de art. 144 alin. (2) din HG nr. 394/2016, astfel că interpretarea art. 223 din legea nr. 99/2016 ar trebui să se facă prin raportare la art. 85 din Directiva 2014/25/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014, privind achizițiile efectuate de entitățile care își desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale și de abrogare a Directivei 2004/17/CE care se referă la toate criticile de atribuire reglementate de art. 82 din același act normativ;

- rezultă că entitatea contractantă este obligată să aplice prioritar dispozițiile art. 223 din legea nr. 99/2016, interpretându-le și aplicându-le în acord cu dispozițiile Directivei 2014/25/UE, reprezentând o situație specială, derogatorie de la obligația generală care poate fi aplicată în alte cazuri;

- în cazul ofertelor echivalente, diferența de preț de 3%, raportată la valoarea contractului reprezintă o valoare semnificativă, însă ofertanții care cuprind în ofertele lor produse care provin din state ale Uniunii Europene sunt evident discriminați, față de ofertanții care ofertează produse care provin din state terțe, cu care Uniunea Europeană nu a încheiat niciun acord într-un cadru multilateral sau bilateral, care să asigure accesul efectiv al entităților comunitare la piețele acestor țări terțe și care sunt rezidenți în țări cu costuri foarte scăzute.

Mai mult decât atât contestatoarea susține că entitatea contractantă este responsabilă pentru organizarea și desfășurarea procedurii de atribuire.

În susținerea afirmației sale, ... arată următoarele:

- entitatea contractantă, în virtutea faptului că este organizatoarea procedurii de atribuire, nu trebuia să se limiteze la a insista ca solicitările de clarificări să fie postate în SEAP, ci trebuia să avertizeze și informeze ofertanții să nu își dezvăluie identitatea. Cele arătate sunt confirmate și de dispozițiile art. 5 alin. (2) din HG nr. 394/2016;

- mai mult decât atât, entitatea contractantă a dezvăluit identitatea ofertanților care au depus notificări prelabile, respectiv ..., ..., ... și ..., cât și răspunsurile date acestora;

- referitor la transmiterea notificărilor prelabile, ... arată că entitatea contractantă nu distinge cu acuratețe între etapa de desfășurare a procedurii de atribuire prin mijloace electronice, față de etapa depunerii notificărilor prelabile și a contestațiilor care este reglementată separat prin lege specială, și anume prin legea nr. 101/2016. În acest sens, contestatoarea invocă art. 16 alin. (5) din legea nr. 101/2016; respectiv art. 172 alin. (3) din legea nr. 99/2016.

Având în vedere cererea ...din cadrul contestațiilor sale, privind accesul la dosarul achiziției, acesta a fost invitat prin adresa nr.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ... din ..., ...a depus concluzii scrise, solicitând respingerea în principal ca inadmisibile, iar în subsidiar ca neîntemeiate a cererilor de intervenție nr. .../... și nr. .../... formulate de

În susținerea solicitării sale, ...invocă art. 17 alin. (3) din legea nr. 101/2016, precum și art. 61 din Codul de procedură civilă, subliniind că în cadrul niciuneia dintre cererile de intervenție formulate de ... nu a fost dovedit faptul că sunt îndeplinite criteriile prevăzute de lege și analizate, atât de doctrina, cât și de jurisprudența în vederea admisibilității cererilor de intervenție.

Referitor la excepția formulării de către o persoană fără calitate sau neîmputernicită, atât a contestației înregistrate la Consiliu cu nr. .../..., precum și a contestației nr. .../..., ...arată următoarele:

- în conformitate cu prevederile art. 10 lit. a) din legea nr. 101/2016, ...a identificat în cadrul contestațiilor formulate, reprezentantul legal și reprezentantul convențional al său;

- cu atât mai mult, în ceea ce privește ambele contestații, ...a transmis în mod legal, dovada dreptului de reprezentare, prin depunerea împuternicirii avocațiale, Seria ..., anexa a contestației, înregistrate la Consiliu cu nr. .../..., precum și a împuternicirii avocațiale, Seria ..., anexa a contestației înregistrată la Consiliu sub nr. .../...;

- așadar, calitatea de reprezentant convențional a persoanei care a acționat în numele ...este fără echivoc și, în plus, acesta calitate a fost probată pe deplin prin intermediul împuternicirilor avocațiale depuse la dosarul cauzei.

Pe cale de consecință, contestatoarea solicită respingerea excepției invocate, privind introducerea de către o persoană fără calitate sau neîmputernicită, a contestației înregistrată la Consiliu sub nr. .../..., precum și a contestației înregistrată la Consiliu sub nr. .../....

Cu privire la respingerea contestației, ca fiind formulată de către o persoană fără calitate procesuală activă, raportat la titularul contului SEAP, ...precizează următoarele:

- în ceea ce privește formularea contestației înregistrată la Consiliu sub nr. .../... de către o persoană fără calitate procesuală activă, raportat la titularul contului SEAP, încă din data de 10.03.2017, contestatoarea a înaintat, atât către Consiliu, cât și către entitatea contractantă, adresa cu privire la punctul de vedere nr. ...96/..., emis de către entitatea contractantă, prin care i se solicită să facă dovada identității între persoana semnatară a contestației și persoana care operează în SEAP, ca operator economic;

- având în vedere această solicitare a entității contractante, prin adresa mai sus menționată, contestatoarea a precizat faptul că, în cadrul contestației înregistrate la Consiliu cu nr. .../... a existat o eroare materială cu privire la denumirea sa, operatorul economic ..., toate celelalte date de identificare fiind corecte. De asemenea, a menționat faptul că orice diferență de denumire dintre ...și ... a rezultat doar în urma traducerii anumitor concepte;

- cu atât mai mult, ...afirmă că a transmis, în dovedirea celor susținute, certificatul emis de registrul comerțului din

Pe cale de consecință, ...susține că a formulat contestația înregistrată la Consiliu sub nr. .../... cu respectarea în integralitate a art. 36 din Codul de procedură civilă, având astfel calitate procesuală activă, solicitând respingerea acestei excepții.

Față de excepția inadmisibilității contestației sale, raportat la lipsa formulării și depunerii unei notificări prealabile, ...solicită respingerea excepției, susținând următoarele:

- prin anunțul de tip erată nr. ..., entitatea contractantă a adoptat măsuri de remediere, ce au dat naștere unei vătămări evidente pentru contestatoare, astfel încât a înțeles să formuleze și să înainteze contestația înregistrată la Consiliu sub nr. .../..., în temeiul art. 6 alin. (11) din legea nr. 101/2016;

- prin această dispoziție legală, legiuitorul a instituit o excepție de la prevederile alin. (1) și alin. (10) ale art. 6 din legea nr. 101/2016, stabilind dreptul oricărei persoane ce se consideră vătămată prin măsurile de remediere adoptate de entitatea contractantă să formuleze o contestație în fața Consiliului, fără a mai fi necesară îndeplinirea unei proceduri prealabile;

- așadar, pentru remedierea situațiilor de o extremă gravitate și urgență, prin care măsurile adoptate de către entitatea contractantă determină apariția unei vătămări, legiuitorul a prevăzut pârghiile necesare pentru remedierea de îndată a acestor împrejurări vătămătoare, permițând depunerea contestațiilor în fața Consiliului, fără îndeplinirea procedurii de notificare prealabile;

- prin urmare, în vederea admisibilității unei contestații formulate în baza art. 6 alin. (11) din legea nr. 101/2016, precum cea supusă atenției Consiliului prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr. .../..., sub nicio formă nu este obligatoriu a se formula notificare prealabilă.

Referitor la tardivitatea contestației sale, invocată de ... în cererea de intervenție nr. .../..., ...solicită respingerea acesteia, arătând următoarele:

- contestația înregistrată la Consiliu sub nr. .../..., a fost formulată în temeiul art. 6 alin. (11) din legea nr. 101/2016, împotriva anunțului de tip erată nr. ..., prin care entitatea contractantă a adoptat măsuri de remediere ce au dat naștere unei vătămări evidente;

- astfel, în mod clar, contestația înregistrată la Consiliu sub nr. .../... are în vedere anunțul de tip erată nr. ... și măsura de remediere vătămătoare adoptată prin acest anunț de către entitatea contractantă;

- drept urmare, contestatoarea susține că a trimis contestația înregistrată la Consiliu sub nr. .../... cu privire la anunțul menționat și raportat la măsura de remediere adoptată de către entitatea contractantă prin acest anunț încă din data de 03.03.2017;

- în niciun moment, contestația înregistrată la Consiliu sub nr. .../... nu are în vedere conținutul documentației de atribuire publicat la data de 30.12.2016, în privința căruia puteau fi formulate contestații în termen de 10 zile;

- în plus, ...afirmă că nu a înțeles să solicite analiza contestației înregistrate la Consiliu sub nr. .../... în baza art. 6 alin. (1) și alin. (3) din legea nr. 101/2016, așa cum în mod eronat este menționat în cadrul cererii de intervenție nr. .../..., ci contestația a fost formulată în mod întemeiat în baza art. 6 alin. (11) din aceeași lege, împotriva unui măsuri de remediere vătămătoare adoptată de către entitatea contractantă prin anunțul de tip erată nr.

Cu privire la excepția inadmisibilității contestației sale, prin raportare la tardivitatea formulării notificării prealabile, ...solicită respingerea acesteia, menționând următoarele:

- a înțeles să formuleze contestația înregistrată la Consiliu sub nr. .../..., urmând procedura legală instituită de către legea nr. 101/2016, împotriva măsurilor adoptate și modificărilor anunțului de participare, operate prin răspunsul la solicitarea de clarificare M218 nr. 9491/28.02.2017;

- astfel, în urma publicării clarificării M218, în data de 28.02.2017, ...a formulat împotriva acestei clarificări notificarea prealabilă din data de 02.03.2017. Ulterior, entitatea contractantă a formulat răspunsul nr. 10546/06.03.2017, fără a ține seama de solicitările formulate de către ...prin notificarea prealabilă;

- așadar, în mod subsecvent îndeplinirii procedurii și cu respectarea termenelor legale, ...a formulat contestația înregistrată la Consiliu sub nr. .../..., prin urmare, au fost respectate, în mod deplin și fără dubiu, atât procedura instituită de către legiuitor în vederea admisibilității contestației formulate, precum și termenele legale.

Față de respingerea contestației ca fiind nefondată, ...arată următoarele:

- în cadrul fișei de date a achiziției, secțiunea III.1.1.a) se prevede faptul că garanția de participare este în cuantum de 3.333.015 euro cu modalitate constituire: virament cont euro;

- astfel, este fără putință de tăgadă faptul că prin intermediul clarificării M218 și a stabilirii posibilității de a constitui garanția de participare în orice monedă euro, ron sau altă valută, entitatea contractantă a operat o modificare a documentației de atribuire. Prin urmare, s-au generat avantaje pentru anumiți agenți economici ofertanți, în detrimentul altora;

- așadar, această modificare a intervenit nu numai prin nerespectarea principiului transparenței în desfășurarea procedurii de atribuire, precum și prin nerespectarea principiului tratamentului egal între operatorii economici;

- astfel, în primul rând, în ceea ce privește nerespectarea principiului transparenței în desfășurarea procedurii de atribuire, prin clarificarea M218, entitatea contractantă a operat modificări ale documentației de atribuire și anumite măsuri, fără observarea

procedurilor necesare în acest sens și fără publicarea unei erate în vederea respectării principiului transparenței față de toți operatorii economici;

- în al doilea rând, pentru a se asigura respectarea principiului tratamentului egal, ...a solicitat obligarea entității contractante la adoptarea măsurilor de remediere a clarificării nr. M218, cu privire la tratamentul diferențiat între rezidenți și nerezidenți.

Prin contestația nr. ... din ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ..., în calitate de operator economic interesat de participarea la aceeași procedură de atribuire, a solicitat Consiliului să dispună cele menționate în partea introductivă.

Prin aceeași contestație, ... a solicitat Consiliului să dispună, în temeiul art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, suspendarea procedurii de atribuire în stadiul în care se află sau, alternativ, să confirme menținerea măsurii suspendării procedurii de atribuire până la soluționarea contestației sale. Cererea de suspendare a procedurii de atribuire în cauză a fost respinsă ca rămasă fără obiect, prin încheierea Consiliului nr. ..., lămurită prin încheierea nr. ..., menținută fiind, în același timp, măsura suspendării procedurii de atribuire, până la soluționarea contestației, astfel cum s-a dispus prin încheierea nr. ... din

În cuprinsul contestației, ... menționează că entitatea contractantă a emis clarificarea nr. 8522 din 22.02.2017, clarificarea nr. 8535 din 22.02.2017, clarificarea nr. 9349 din 28.02.2017, clarificarea nr. 9161 din 27.02.2017, clarificarea nr. 9026 din 27.02.2017, clarificarea nr. 9028 din 27.02.2017, clarificarea nr. 848 din 22.02.2017, clarificarea nr. 8529 din 22.02.2017, clarificarea nr. 8245 din 21.02.2017, clarificarea nr. 7590 din 17.02.2017, clarificarea nr. 10202 din 03.03.2017, cu nerespectarea legislației aplicabile.

De asemenea, afirmă că entitatea contractantă încalcă prevederile imperative ce dau dreptul ofertanților să depună, în cadrul ofertei, propuneri de modificare a contractului, din următoarele motive:

- sesizată fiind cu o solicitare de clarificări referitoare la depunerea remarcilor (propunerilor de modificare) la contract, în SEAP, odată cu depunerea ofertei, prin clarificarea nr. 8522 din 22.02.2017, entitatea a precizat că nu negociază clauzele contractului;

- prin răspunsul formulat, nu numai că nu răspunde la întrebarea adresată, dar precizează lapidar că, clauzele contractului nu sunt negociabile; or, potrivit dispozițiilor art. ... alin. (2) din HG nr. 394/2016, entitatea are obligația de a răspunde, în mod clar, complet și fără ambiguități la orice clarificare solicitată, iar în speță, nu a precizat care sunt argumentele pentru care nu acceptă să facă

aplicarea prevederilor imperative ale art. 143 alin. (3) lit. b) din HG nr. 394/2016;

- prevederile art. 143 alin. (3) lit. b) din HG nr. 394/2016, permit depunerea unor propuneri de modificare a clauzelor contractului, iar răspunsul formulat de entitatea contractantă ignoră acest drept al ofertanților și dorește acceptarea de plano a unui contract dezechilibrat ce o favorizează.

Având în vedere cele de mai sus, contestatoarea a solicitat Consiliului să dispună revocarea răspunsului cuprins în clarificarea nr. 8522 din 22.02.2017, în sensul recunoașterii prevalenței dispozițiilor imperative ale art. 143 alin. (3) lit. b) din HG nr. 394/2016 care reglementează explicit posibilitatea de a fi depuse în cadrul ofertei propuneri de modificare a contractului, cât și de a se preciza în cadrul cărei secțiuni se depun în SEAP.

Totodată, contestatoarea evidențiază faptul că entitatea contractantă impune condiții ce încalcă dispozițiile imperative și refuză, în mod nejustificat, limitarea numărului de evenimente asigurate, întrucât:

- sesizată fiind cu solicitarea de a limita numărul evenimentelor asigurate, prin răspunsul nr. 3 din clarificarea nr. 8535/22.02.2017, a precizat că nu este de acord cu această limitare;

- potrivit art. 16.6 din proiectul de Contract atașat documentației de atribuire, furnizorul va fi răspunzător pentru acoperirea oricărui prejudiciu care nu este acoperit de polița de asigurare;

- solicitarea unei asigurări este în afara cadrului legal aplicabil care reglementează exclusiv posibilitatea constituirii unei garanții de bună execuție;

- în aceste condiții, refuzul de a limita numărul evenimentelor este disproporționat raportat la obligația generală menționată, cu atât mai mult cu cât solicitarea în sine a unei polițe de asigurare este în afara legislației din domeniul achizițiilor sectoriale, fiind vădit nelegală, și în consecință inaplicabilă;

- prin menținerea unei clauze nelegale, ofertanții sunt puși în situația de a oferta financiar riscul eventual al incidenței unui număr nelimitat de evenimente, entitatea contractantă urmând să primească oferte mult mai scumpe decât ar fi fost proporțional pentru realizarea obiectivelor pentru care a organizat procedura de atribuire, prin încălcarea principiului utilizării eficiente a fondurilor publice.

În concluzie, contestatoarea a solicitat Consiliului revocarea răspunsului nr. 3 din cadrul clarificării nr. 8535/22.02.2017 și aplicarea corectă a legislației imperative ce guvernează domeniul achizițiilor sectoriale, în sensul de a accepta limitarea numărului de

evenimente asigurat, în condițiile în care solicitarea unei asigurări este în afara legislației imperative din domeniul achizițiilor sectoriale.

... menționează că ... a încălcat prevederile Legii nr. 72/2013 referitoare la condițiile și quantumul penalităților solicitate având în vedere următoarele:

- prin solicitarea de clarificări transmisă, a arătat că entitatea contractantă încalcă prevederile Legii nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități;

- prin răspunsul transmis, ... a precizat lapidar că nu acceptă modificarea propusă, fără a argumenta în vreun fel refuzul sau cu privire la solicitarea respectivă, contrar dispozițiilor art. ... alin. (2) din HG nr. 394/2016;

- potrivit art. 8 din Legea nr. 72/2013 se precizează, în mod expres, că „în raporturile dintre autoritățile contractante și profesioniști, creanța de plată constând în prețul bunurilor livrate sau tariful serviciilor prestate produce dobânzi penalizatoare [...]”;

- potrivit art. 3 alin. (21) din OG nr. 13/2011 din 24.08.2011, privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar, cu modificările și completările ulterioare, „în raporturile dintre profesioniști și între aceștia și autoritățile contractante, cu modificările și completările ulterioare, dobânda legală penalizatoare se stabilește la nivelul ratei dobânzii de referință plus 8 puncte procentuale”;

- a adresat solicitarea ca entitatea contractantă să aplice corect dispozițiile imperative ale Legii nr. 72/2013 și astfel penalitatea de 0,2%/zi de întârziere, ce nu a fost stabilită de părți, ci unilateral de entitatea contractantă, să fie înlocuită cu dobânda legală penalizatoare reglementată imperativ și explicit de legiuitor; un argument suplimentar pentru aplicarea corectă a dispozițiilor imperative ale Legii nr. 72/2013 este acela că părțile nu încheie un contract pentru a percepe reciproc dobânzi exagerate, ci pentru a realiza obiectul acestuia, care de altfel este scopul pentru care este organizată procedura de atribuire.

Având în vedere cele precizate mai sus, contestatoarea a solicitat Consiliului remedierea situației create prin aplicarea corectă a dispozițiilor imperative ale Legii nr. 72/2013 și înlocuirea penalității prevăzute în proiectul de contract atașat documentației de atribuire cu dobânda legală penalizatoare reglementată de dispozițiile imperative ale actului normativ invocat.

În continuare, contestatoarea susține că entitatea contractantă face referiri eronate cu privire la legislația aplicabilă și nu le remediază întrucât:

- prin publicarea clarificării nr. 10202/03.03.2016, entitatea face referire la aplicarea dispozițiilor Ordinului nr. 863/2008 pentru aprobarea „Instrucțiunilor de aplicare a unor prevederi din HG nr. 28/2008 privind aprobarea conținutului-cadru al documentației tehnica-economice aferente investițiilor publice, precum și a structurii și metodologiei de elaborare a devizului general pentru obiective de investiții și lucrări de intervenții”, care a fost abrogat de HG nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnica-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice care a fost publicată în Monitorul Oficial nr. 1061/29.12.2016;

- potrivit art. 18 alin. (1) din HG nr. 907/2016, prevederile hotărârii intră în vigoare la 60 de zile de la data publicării în Monitorul Oficial al României, Partea I, intrând în vigoare pe data de 27.02.2017.

În concluzie, ... a solicitat Consiliului să dispună revocarea clarificării nr. 10202/03.03.2017 și să oblige entitatea contractantă să emită o clarificare care să facă referire la legislația în vigoare.

De asemenea, în cuprinsul contestației, contestatoarea afirmă că entitatea contractantă a dezvăluit identitatea operatorilor economici care au transmis solicitări de clarificare, notificări prealabile și răspunsurile la acestea, arătând că:

- prin publicarea clarificării nr. 9349/28.02.2017, emisă ca urmare a solicitării de clarificări transmise de ..., clarificării nr. 9161/27.02.2017, emisă ca urmare a notificării prealabile transmise de ..., clarificării nr. 9026/27.02.2017, emisă ca urmare a solicitării de clarificări transmise de ..., clarificării nr. 9028/27.02.2017, emisă ca urmare a solicitării de clarificări transmise de ..., clarificării nr. 848/22.02.2017, emisă ca urmare a solicitării de clarificări depuse de ..., clarificării nr. 8529/22.02.2017, emisă ca urmare a solicitării de clarificări transmise de [...], clarificării nr. 8245/21.02.2017, emisă ca urmare a solicitării de clarificări transmise de ..., clarificării nr. 7590/17.02.2017, emisă ca urmare a solicitării de clarificări transmise de ..., ... a dezvăluit identitatea operatorilor economici care au transmis solicitări de clarificare;

- potrivit art. ... alin. (3) din HG nr. 394/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/201, entitatea contractantă avea obligația legală de a nu dezvălui identitatea operatorilor economici care au depus solicitări de clarificări și notificări prealabile pentru că, în acest mod, concurența între operatorii economici ar fi fost distorsionată;

- prin dezvăluirea identității operatorilor economici care au adresat solicitări de clarificare, notificări prealabile și răspunsurile la notificările prealabile, ceilalți operatori economici cunosc experiența

de care beneficiază ofertanții, modul de fabricare al produselor care vor fi oferite și prețurile la care acestea vor fi oferite;

- potrivit art. 225 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016, „Entitatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru în următoarele cazuri: [...] c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului;”.

Având în vedere că față de această împrejurare nu mai pot fi luate măsuri de remediere, ... contestatoarea a solicitat Consiliului să anuleze procedura de atribuire în condițiile în care aceasta se derulează cu încălcarea gravă și iremediabilă a prevederilor legale imperative.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la CNSC sub nr., ... a transmis punctul de vedere cu privire la contestația nr. .../..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 9650/21.03.2017, formulată de ... solicitând Consiliului „admiterea excepției inadmisibilității contestației, prin raportare la tardivitatea formulării notificării prealabile, raportat la pct. 1-4 al capătului 2 de cerere privind anularea procedurii de atribuire; în subsidiar, dacă se va respinge excepția invocată, respingerea contestației ca fiind nefondată și neîntemeiată”.

În ceea ce privește susținerea excepției tardivității formulării notificării prealabile, cu efecte asupra formulării contestației, entitatea contractantă precizează următoarele:

- punctele 1, 2, 3 ale capătului 2 de cerere (anularea procedurii de atribuire) dezvoltă motive de anulare a procedurii de atribuire, referitoare la prevederi din documentația de atribuire, mai exact, clauzele modelului de contract de furnizare, parte componentă a documentației de atribuire, conform art. 22 alin. (1) lit. c) din HG nr 394/2016;

- documentația de atribuire a fost publicată, în SEAP, în data de 29.12.2016 și a devenit accesibilă pentru orice operator economic interesat de procedură, începând cu data publicării, în SEAP, a anunțului de participare (sectoriale) nr. ..., respectiv din data de 30.12.2016, ora 01:30; valoarea estimată, fără TVA a procedurii este între 166,650,756 și 199,980,907.2 EUR, respectiv 908,093,301.5 RON (199,980,907.2 EUR);

- contestatoarea a transmis, în data de 06.03.2017, prin e-mail, documentul nr. 15960/06.03.2017 intitulat „Notificare prealabilă”, invocând în cuprinsul acestei notificări motive prin care a solicitat luarea unor măsuri de remediere în legătură cu documentația de atribuire aferenta anunțului de participare (sectoriale) nr. ...;

- notificarea prealabilă vizează un document • modelul de contract de furnizare • din cadrul documentației de atribuire, asupra căruia, în opinia contestatoarei, entitatea contractantă ar fi trebuit să accepte modificări prin adoptarea unei măsuri de remediere, ca urmare a notificării prelabile depusă de contestatoare;

- prin răspunsul publicat în adresa nr. 8522/22.02.2017, nu a interzis niciunui operator economic să depună propuneri de modificare a contractului, ci doar a precizat că nu se vor negocia clauzele contractului;

- prin răspunsul publicat în adresa nr. 8535/22.02.2017, nu a acceptat propunerea de modificare a clauzelor contractului, sugerată chiar de contestatoare, prin limitarea numărului de evenimente, deoarece nu se putea realiza o astfel de limitare, care ar fi presupus cunoașterea anticipată de către entitatea contractantă a tuturor evenimentelor ce ar putea avea loc în derularea viitorului contract; cu toate acestea, a acceptat ca limita maximă (în agregat) a sumei asigurate să fie de 8 mil. euro; oricâte evenimente vor avea loc, asigurătorul va plăti suma maximă de 8 mil.; ceea ce înseamnă că există o limitare, și încă una obiectivă, globală;

- prin răspunsul publicat tot în adresa nr. 8535/22.02.2017, nu a acceptat propunerea de modificare a clauzelor referitoare la cuantumul penalităților prevăzute în draftul de contract, deoarece art. 8 din Legea nr. 72/2013 prevede termenul de la care se plătește dobânda penalizatoare (nu cea legală). Art. 4 din același act normativ dispune „Dacă părțile nu au stabilit nivelul dobânzii pentru plata cu întârziere, se va aplica dobânda legală penalizatoare...”; în draftul de contract, entitatea contractantă a stabilit deja cuantumul dobânzii penalizatoare, la 0.2% și în acest caz, dispozițiile art. 4 nu își au aplicabilitate; doar în situația în care nu ar fi fost stabilit un nivel al dobânzii pentru plata cu întârziere, atunci se putea pune în discuție aplicarea art. 4 din Legea nr. 72/2013.

- prin răspunsul publicat tot în adresa nr. 10202/03.03.2017, a răspuns corect, față de clarificarea adresată de un operator economic, cu referire la conținutul unor fișe tehnice ale produsului, potrivit art. 15 alin. (1) din HG nr. 907/2016;

- raportat la valoarea estimată a procedurii de atribuire, în speță sunt aplicabile dispozițiile art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016; conform art. 6 alin. (3) din același act normativ, „În cazul în care notificarea prealabilă privește conținutul documentației de atribuire, publicată în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP), data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire”;

- în cazul de față, data publicării documentației, și implicit accesibilității acesteia, este data publicării anunțului de participare (sectoriale) nr. ..., respectiv 30.12.2016;

- termenul prevăzut de art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 pentru formularea unei notificări prealabile de remediere împotriva documentatei de atribuire atașata anunțului de participare nr. ... a început sa curgă din ziua următoare publicării anunțului, adică din data de 31.12.2016 și s-a împlinit în ziua de 09.01.2017; termenul s-a încheiat la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului, adică la ultima oră a zilei de 09.01.2017; data la care a fost depusă notificarea prealabilă: 06.03.2017 (depusă prin e-mail);

- prin urmare, notificarea prealabilă de remediere a documentației de atribuire este tardiv formulată;

- în lipsa unei notificări prealabile promovate în termenul legal prevăzut de art. 6 din Legea nr. 101/2016, de către persoana care se considera vătămată, contestația este inadmisibilă.

Cu referire la susținerea contestatoarei conform căreia „entitatea contractantă a dezvăluit identitatea operatorilor economici care au transmis solicitări de clarificare, notificări prealabile și răspunsurile la acestea”, ... susține că aceasta este neîntemeiată și nefondată, deoarece contestatoarea doar susține, fără a face, însă, dovada.

Totodată, subliniază că, pentru a înlătura orice dubiu și pentru a nu plana suspiciuni, s-a adresat instituției care gestionează platforma SEAP, pentru ca acesta să confirme că prin răspunsurile la solicitările de clarificări, publicate în SEAP de entitatea contractantă, nu a fost dezvăluită identitatea operatorilor economici. Răspunsul dat de AADR (Agenția pentru Agenda Digitală a României) a fost în sensul că: „Dacă operatorii economici atașează documente din care reiese identitatea acestora, singurii răspunzători sunt doar operatorii economici, SEAP neavând competente pentru a interveni asupra acestora în sensul modificării/ștergerii lor”.

De asemenea, entitatea contractantă afirmă că a respectat prevederile legale și nu a dezvăluit identitatea operatorilor economici, prin publicarea răspunsurilor la solicitările de clarificări.

În concluzie, ... a solicitat Consiliului respingerea contestației formulată de ..., în principal, ca fiind inadmisibilă, raportat la tardivitatea formulării notificării prealabile și, în subsidiar, dacă se va trece peste excepția invocată, ca fiind neîntemeiată și nefondată.

Cererile de „*intervenție în interesul autorității contractante, precum și în interes propriu*” formulate de ... sunt calificate de Consiliu ca fiind cereri de intervenție accesorii conform art. 63 din Codul de procedură civilă, operatorul economic interesat să participe la procedura de atribuire sprijinind apărările autorității contractante, fără nicio pretenție proprie suplimentară acestora. Aceste cereri sunt admisibile având în vedere că prin dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 legiuitorul a dispus că până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să

participe la procedura de atribuire, pot formula, cu înștiințarea părților cauzei, cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a faptului că s-au formulat contestații (n.n. ...).

Consiliul, constatând că sunt îndeplinite cerințele impuse de art. 61 alin. (1) și (3) Cod procedură civilă, în temeiul art. 63 și art. 64 alin. (2) Cod procedură civilă, a admis în principiu cererile de intervenție accesorii în sprijinul autorității contractante formulate de ..., și va dispune introducerea în cauză în calitate de intervenientă a

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

Procedura de licitație deschisă, desfășurată în conformitate cu cap. IV, secțiunea 1, paragraful 2 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, modalitatea de derulare a procedurii de atribuire fiind prin mijloace electronice, fără etapă finală de licitație electronică, a fost inițiată de ..., în calitate de entitate contractantă, în vederea atribuirii contractului sectorial de produse, având ca obiect „MATERIAL TUBULAR ȘI CURBE NECESARE PENTRU EXECUȚIA PROIECTULUI DEZVOLTAREA PE TERITORIUL ROMÂNIEI A SISTEMULUI NAȚIONAL DE TRANSPORT ÎN DIRECȚIA ..., LUCRĂRILE DE EXECUȚIE FAZA I/ «...»”, prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a anunțului de participare nr. ..., stabilind data-limită de depunere a ofertelor, astfel cum a fost modificată prin erata nr. ..., ca fiind 10.03.2017 ora 16:00. Potrivit acestuia, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a contractului fiind între 166.650.756,00 euro și 199.980.907,20 euro, fără TVA. Documentația de atribuire a fost publicată în SEAP odată cu anunțul de participare.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele cu privire la contestația fără număr de înregistrare și fără dată, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... din ... depusă de ... (înregistrată în SEAP ...):

Împotriva anunțului tip erată nr. ... la anunțul de participare nr. ..., emis de către entitatea contractantă, ... (înregistrată în SEAP ...) formulează contestație pentru motivele arătate anterior și solicită Consiliului să dispună:

- anularea în parte a anunțului tip erată nr. ... în privința extinderii termenului-limită de depunere a ofertelor cu 10 zile;
- obligarea entității contractante să emită un act prin care să ofere o extindere a termenului de depunere a ofertelor superioară celor 10 zile inițiale;

- respingerea cererii de intervenție nr. ...în principal ca inadmisibilă, iar în subsidiar ca neîntemeiată.

Procedând la verificarea excepției invocată de către intervenientă, privind tardivitatea depunerii contestației, Consiliul constată că aceasta este neîntemeiată având în vedere motivele prezentate în continuare.

Potrivit anunțului de participare nr. ..., valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit este fiind între 166.650.756,00 euro și 199.980.907,20 euro, fără TVA, valoare ce se situează peste pragul valoric prevăzut de art. 12 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016, fiind în fapt o *licitație deschisă* potrivit art. 84 și următoarele din Legea nr. 99/2016 coroborate cu art. 65 și următoarele din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale din 02.06.2016, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016, cu modificările și completările ulterioare, astfel că, potrivit art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, *„(1) [...] oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: [...] a) 10 zile, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică, achiziție sectorială sau de concesiune este 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, după caz” și art. 8 alin. (2) din același act normativ, „(2) Termenul de contestare prevăzut la alin. (1) se calculează după cum urmează: c) începând cu ziua următoare împlinirii termenului prevăzut la art. 6 alin. (5), când autoritatea contractantă a transmis un răspuns în sensul că urmează să adopte măsuri de remediere.”.*

Potrivit art. 6 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, *„(5) În cazul în care autoritatea contractantă transmite un răspuns în sensul că urmează să adopte măsuri de remediere, aceasta are la dispoziție un termen de 7 zile pentru implementarea efectivă a acestora. Termenul se calculează începând cu ziua următoare transmiterii răspunsului prevăzut la alin. (4)”.*

Contestația formulată în prezenta cauză vizează anunțul tip erată nr. ... prin care entitatea contractantă a modificat punctul IV.3.4) din anunțul de participare, în sensul că a modificat data-limită de depunere a ofertelor din data de 27.02.2017 ora 16:00 în

data de ... ora 16:00, această modificare reprezentând o măsură de remediere comunicată prin răspunsul la o notificare prealabilă a unui alt operator economic interesat de participarea la procedură, și anume adresa nr. 8747 din 23.02.2017, postată în SEAP la data de 23.02.2017 ora 16:58 cu denumirea ([CN.../228] *Adresa răspuns notificare prealabila_1-semnat.pdf.p7s*).

Consiliul reține că autoarea contestației a luat cunoștință la data de 23.02.2017 de răspunsul entității contractante, în sensul că urmează să adopte măsuri de remediere (adresa nr. 8747 din 23.02.2017), astfel că, termenul legal de contestare a anunțului tip erată nr. ..., se va calcula prin aplicarea prevederilor art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, citate anterior (10 zile), coroborate cu cele ale art. 6 alin. (5) din același act normativ (7 zile) și cu cele ale art. 5 din aceeași lege, potrivit căroră „Art. 5. - (1) *Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului. (2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare.*”, și s-a împlinit la data de 13.03.2017.

În aceste condiții, înaintarea contestației, atât la entitatea contractantă cât și la Consiliu, în data de 03.03.2017, respectiv ..., împotriva măsurii de remediere reprezentând anunțul de tip erată nr. ..., sa făcut în interiorul termenului legal calculat anterior, în speță nefiind incidente prevederile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care dispun că „(1) *Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare.*”. Prin urmare, contestația privind măsura de remediere a fost transmisă, atât la entitatea contractantă cât și la Consiliu în termenul legal.

În aceste condiții, contestația fără număr de înregistrare și fără dată, înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ..., astfel cum a fost completată prin adresa fără număr de înregistrare și fără dată, înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ..., transmisă atât entității contractante cât și Consiliului, este formulată cu respectarea termenului legal stabilit, Consiliul urmând a respinge excepția tardivității acesteia, invocată de intervenientă și va continua cu analiza următoarei excepții invocată de entitatea contractantă.

Consiliul va respinge excepția inadmisibilității contestației invocată de entitatea contractantă, deoarece autoarea contestației a formulat contestația profitând de o excepție de la regula notificării prealabile, astfel că potrivit prevederilor art. 6 alin (11) din Legea

nr. 101/2016, orice persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de entitatea contractantă potrivit alin. (5) din același act normativ poate depune contestație în fața Consiliului fără îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă și va continua cu analiza următoarei excepții invocată de entitatea contractantă.

Consiliul va respinge excepția lipsei calității procesuale active a contestatoarei ..., invocată de entitatea contractantă, deoarece, autoarea contestației a arătat că a existat o eroare materială cu privire la denumirea acesteia, menționând că orice diferență de denumire dintre ... și ... a rezultat în urma traducerii anumitor concepte și va continua cu analiza următoarei excepții invocată de entitatea contractantă.

Consiliul va respinge excepția introducerii contestației de către o persoană fără calitate ori neîmputernicită să formuleze contestația, invocată de entitatea contractantă, deoarece, la dosar există împuternicirea avocațială seria ..., încheiată în baza contractului de asistență juridică nr..., prin care Cabinetul de Avocat „...” este împuternicit de către clientul ... să exercite o serie de activități în fața Consiliului și va continua cu analiza fondului cauzei.

Analizând anunțul de tip erată nr. ..., transmis în SEAP la data de 21.02.2017 ora 16:58, Consiliul constată că entitatea contractantă a modificat punctul IV.3.4) din anunțul de participare, în sensul că a modificat data-limită de depunere a ofertelor din data de 27.02.2017 ora 16:00 în data de ... ora 16:00, decalând astfel data-limită de depunere a ofertelor cu 8 zile.

Prin anunțul de tip erată nr. ..., transmis în SEAP la data de 01.03.2017 ora 14:10, Consiliul reține că entitatea contractantă a modificat punctul IV.3.4) din anunțul de participare în sensul că a modificat data-limită de depunere a ofertelor din data de ... ora 16:00 în data de 10.03.2017 ora 16:00, decalând astfel data-limită de depunere a ofertelor cu 3 zile.

Având în vedere măsura luată de entitatea contractantă în sensul modificării datei-limită de depunere a ofertelor din actul atacat (erata nr. ...) printr-o nouă erată (nr. ...), Consiliul reține că această contestație, depusă de ... (înregistrată în SEAP ...), este rămasă fără obiect.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să respingă, ca rămasă fără obiect, contestația fără număr de înregistrare și fără dată, înregistrată la Consiliu cu nr.

... din ..., astfel cum a fost completată prin adresa fără număr de înregistrare și fără dată, înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ... depusă de ... (înregistrată în SEAP ...) în contradictoriu cu ...

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele cu privire la contestația nr. ... din ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... din ... depusă de ...:

Împotriva adreselor:

- nr. 4080 din 20.02.2017 postată în SEAP la data de 20.02.2017 ora 18:17 cu denumirea ([...] *raspuns clarificare ..._operatori-semnat.pdf.p7s*) reprezentând răspunsul la solicitarea de clarificări emisă de contestatoare;

- nr. 9031 din 27.02.2017 postată în SEAP la data de 27.02.2017 ora 11:48 cu denumirea ([...] *raspuns clarificare M212_operatori-semnat.pdf.p7s*) reprezentând răspunsul la o solicitare de clarificări emisă de ...;

- nr. 9028 din 27.02.2017 postată în SEAP la data de 27.02.2017 ora 11:48 cu denumirea [...] *raspuns clarificare M213_operatori-semnat.pdf.p7s*) reprezentând răspunsul la o solicitare de clarificări emisă de ...;

- nr. 8748 din 23.02.2017 postată în SEAP la data de 23.02.2017 ora 21:38 cu denumirea ([...] *raspuns clarificare_M210-semnat.pdf.p7s*) reprezentând răspunsul la o solicitare de clarificări emisă de ...;

precum și împotriva răspunsului primit la notificarea prealabilă comunicat prin adresa nr. 10537 din 06.03.2017, emise de către entitatea contractantă, ... formulează contestație pentru motivele arătate anterior și solicită Consiliului să dispună:

- anularea procedurii de atribuire deoarece grave abateri de la legislația achizițiilor publice viciază desfășurarea acesteia și nu mai pot fi dispuse măsuri de remediere.

Procedând la verificarea excepției invocată de către intervenientă, privind tardivitatea depunerii contestației, Consiliul constată că aceasta este neîntemeiată, având în vedere motivele prezentate în continuare.

Potrivit anunțului de participare nr. ..., valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit este între 166.650.756,00 euro și 199.980.907,20 euro, fără TVA, valoare ce se situează peste pragul valoric prevăzut de art. 12 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016, fiind în fapt o *licitație deschisă*, potrivit art. 84 și următoarele din Legea nr. 99/2016 coroborate cu art. 65 și următoarele din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale din 02.06.2016, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016, cu modificările și

completările ulterioare, astfel că, potrivit art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, „(1) Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum și oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: [...] a) 10 zile, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică, achiziție sectorială sau de concesiune este 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, după caz.” și art. 8 alin. (2) din același act normativ, „(2) Termenul de contestare prevăzut la alin. (1) se calculează după cum urmează: a) începând cu ziua următoare luării la cunoștință a răspunsului autorității contractante în sensul că nu urmează să revoce actele emise sau să adopte măsuri de remediere;”.

Contestația formulată în prezenta cauză vizează adresele nr. 4080 din 20.02.2017, nr. 9031 din 27.02.2017, nr. 9028 din 27.02.2017, nr. 8748 din 23.02.2017, prin care entitatea contractantă a răspuns la o serie de solicitări de clarificări,, precum și răspunsul primit la notificarea prealabilă comunicat prin adresa nr. 10537 din 06.03.2017.

Consiliul reține că autoarea contestației a luat cunoștință la data de 06.03.2017 de răspunsul entității contractante primit la notificarea prealabilă, prin care comunică că nu urmează să adopte măsuri de remediere a pretinsei încălcări (adresa nr. 10537 din 06.03.2017), astfel că termenul legal de contestare a adreselor nr. 4080 din 20.02.2017, nr. 9031 din 27.02.2017, nr. 9028 din 27.02.2017, nr. 8748 din 23.02.2017, precum și a adresei nr. 10537 din 06.03.2017, se va calcula prin aplicarea prevederilor art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, citate anterior (10 zile), coroborate cu cele ale art. 5 din același act normativ, potrivit cărora „Art. 5. - (1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului. (2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare.”, și s-a împlinit la data de

În aceste condiții, înaintarea contestației, atât la Consiliu cât și la entitatea contractantă, în data de ..., împotriva răspunsurilor entității contractante la o serie de solicitări de clarificări comunicate prin adresele nr. 4080 din 20.02.2017, nr. 9031 din 27.02.2017, nr. 9028 din 27.02.2017, nr. 8748 din 23.02.2017, precum și împotriva răspunsului primit la notificarea prealabilă comunicat prin adresa nr. 10537 din 06.03.2017, sa făcut în interiorul termenului legal calculat anterior, în speță nefiind incidente prevederile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care dispun că *„(1) Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare.”*. Prin urmare, contestația privind răspunsurile entității contractante la solicitările de clarificări a fost transmisă, atât la entitatea contractantă cât și la Consiliu în termenul legal.

În aceste condiții, contestația nr. ... din ..., transmisă atât entității contractante cât și Consiliului, este formulată cu respectarea termenului legal stabilit, astfel încât, Consiliul va respinge excepția tardivității acesteia, invocată de intervenientă și va continua cu analiza următoarei excepții, invocată de entitatea contractantă.

Consiliul va respinge excepția introducerii contestației de către o persoană fără calitate ori neîmputernicită să formuleze contestația invocată de entitatea contractantă, deoarece la dosar există împuternicirea avocațială seria B nr. 3495949 din 2017 încheiată în baza contractului de asistență juridică „...” din 28.03.2015, prin care Societatea Civilă de Avocați „...” este împuternicită de către clientul ... să exercite o serie de activități în fața Consiliului și va continua cu analiza fondului cauzei.

Consiliul va respinge excepția tardivității notificării prealabile invocată de entitatea contractantă, deoarece, potrivit dispozițiilor legale, persoana care se consideră vătămată are obligația să notifice entitatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretenției încălcări a legislației privind achizițiile sectoriale, în termen de 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul entității contractante considerat nelegal. Astfel, Consiliul constată că, actul considerat nelegal cel mai vechi ca dată (nr. 4080 din 20.02.2017) fiind luat la cunoștință la data de 20.02.2017, rezultă fără putință de tăgadă că notificarea prealabilă nr. 15947 din 02.03.2017, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) la data de 02.03.2017 și înregistrată la entitatea contractantă cu nr. 9964 din 03.03.2017, este formulată în termen legal și va continua cu analiza fondului contestației.

Analizând documentele aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că entitatea contractantă a comunicat refuzul de a modifica documentația de atribuire, prin adresa nr. 4080 din 20.02.2017, postată în SEAP la data de 20.02.2017 (...), arătând următoarele:

„Întrebare:

[...]

3. Vă solicităm să acceptați limitarea cuantumului penalităților care pot fi solicitate de o parte pentru neîndeplinirea obligațiilor sau îndeplinirea necorespunzătoare a obligațiilor de către cealaltă parte, la 10% din valoarea contractului sectorial de produse, având în vedere și punctul de vedere al ANAP: <http://anap.gov.ro/web/penalitati/>

[...]

Răspuns:

[...]

Pct. 3 Nu acceptăm propunerea dvs. Răspunsul invocat de dvs. se referă la reținerea cuantumului penalităților din garanția de bună execuție (care nu poate fi mai mare de 10% din valoarea contractului)."

Potrivit punctului de vedere al ANAP, invocat de autoarea contestației:

„Întrebare: Penalitățile și/sau majorările de întârziere pot fi reținute din garanția de buna execuție? Răspuns: În conformitate cu principiul unui management de contract eficient, precum și pentru asigurarea coerenței și predictibilității la nivelul execuției prevederilor contractuale, trebuie să existe un traseu foarte clar în legătură cu modul de aplicare a penalităților și utilizarea garanției de bună execuție. Pașii premergători sunt definiți astfel: 1. Aplicabilitatea penalităților până în procentul maxim stabilit la nivelul prevederilor contractuale, nu mai mare de 10% din valoarea totală a contractului; 2. Executarea garanției de bună execuție pentru remedierea acelor prejudicii la nivelul contractului din punct de vedere al neîndeplinirii cantitative și calitative a execuției lucrărilor, prestării serviciilor sau achiziției de bunuri; 3. Rezilierea contractului și chemare în instanță. Rolul garanției de bună execuție nu este pentru recuperarea penalităților de întârziere, ci este un instrument financiar managerial în vederea asigurării autorității contractante de îndeplinirea cantitativă și calitativă a obligațiilor contractuale. Executarea garanției de bună execuție trebuie privită ca un ultim pas al autorității contractante privind execuția contractului de achiziție în cauză. La nivelul contractului de achiziție, se pot utiliza pe lângă Garanția de Buna Execuție și alte instrumente financiare suplimentare care să descurajeze un eventual comportament incoerent al operatorilor economici pe durata execuției contractului."

Consiliul reține că punctul de vedere al ANAP nu reprezintă o normă legală ce trebuie respectată de către părțile unui contract de achiziție publică ori sectorial, criticile contestatoarei cu privire la refuzul entității contractante la reglementarea unui plafon maxim al penalităților de 10% din valoarea contractului, fiind tardive prin

raportare la data publicării documentației de atribuire în SEAP și la prevederile art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Analizând documentele aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că entitatea contractantă a comunicat refuzul de a modifica documentația de atribuire, prin adresa nr. 4080 din 20.02.2017 postată în SEAP la data de 20.02.2017 (...), arătând următoarele:

„Întrebare:

[...]

5. Vă rugăm să confirmați că în situația în care veți primi două oferte egale sau echivalente, veți respinge oferta care conține produse care provin cel puțin 50% din state terțe și veți accepta oferta care a oferat produse provenind în proporție de cel puțin 50% din Uniunea Europeană, în vederea respectării prevederilor art. 223 alin. (3) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare.

[...]

Răspuns:

[...]

Pct. 5 Nu confirmăm.”

Relevante în situația de fapt dată sunt prevederile art. 223 alin. (1), (3) și (4) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, potrivit cărora:

„(1) În cazul în care ofertele prezentate în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de furnizare conțin produse originare din țări terțe cu care Uniunea Europeană nu a încheiat niciun acord într-un cadru multilateral sau bilateral care să asigure accesul efectiv al entităților comunitare la piețele acestor țări terțe, aceste oferte pot fi respinse dacă proporția produselor originare din țările terțe, determinată în conformitate cu prevederile Regulamentului nr. 952/2013 al Parlamentului European și al Consiliului din 9 octombrie 2013 de stabilire a Codului vamal al Uniunii, depășește 50% din valoarea totală a produselor care constituie oferta.

[...]

(3) În cazul în care două sau mai multe oferte sunt egale sau echivalente din punctul de vedere al punctajului obținut în urma aplicării factorilor de evaluare, va fi aleasă acea ofertă care nu poate fi respinsă în temeiul dispozițiilor alin. (1).

(4) În sensul alin. (3), valoarea ofertelor este considerată echivalentă, în cazul în care diferența dintre prețurile prevăzute în propunerile financiare nu depășește 3%.”

Din economia prevederilor legale mai sus citate, rezultă că entitatea contractantă este obligată să respingă ofertele care conțin produse ce provin într-o proporție mai mare de 50% din state terțe cu care Uniunea Europeană nu a încheiat niciun acord într-un cadru

multilateral sau bilateral care să asigure accesul efectiv al entităților comunitare la piețele acestor țări terțe, *în cazul în care două sau mai multe oferte sunt egale sau diferența dintre prețurile prevăzute în propunerile financiare nu depășește 3%.*

Prin răspunsul formulat, entitatea contractantă face o greșită aplicare a dispozițiilor legale precizate, astfel încât Consiliul reține că demersul contestatoarei este întemeiat cu privire la această critică.

Cu privire la critica privind neprotejarea identității operatorilor economici care au transmis solicitări de clarificări și notificări prealabile, Consiliul constată că entitatea contractantă a răspuns la o serie de solicitări de clarificări prin adresele nr. 9031 din 27.02.2017 postată în SEAP la data de 27.02.2017 (M212), nr. 9028 din 27.02.2017 postată în SEAP la data de 27.02.2017 (M213), nr. 8748 din 23.02.2017 postată în SEAP la data de 23.02.2017 (M210), prin care entitatea contractantă a răspuns la o serie de solicitări de clarificări din partea operatorilor economici ..., respectiv

Consiliul reține că în cauză sunt aplicabile următoarele dispoziții legale:

- art. 172 alin. (1) și (3) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, care stabilesc următoarele:

„Art. 172. - (1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire.

[...]

(3) Entitatea 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. 160 alin. (3), luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea operatorului economic care a solicitat clarificările sau informațiile suplimentare respective.”

- art. ... alin. (3) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale din 02.06.2016, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016, cu modificările și completările ulterioare, care stabilesc următoarele:

„(3) Entitatea contractantă are obligația de a publica în SEAP răspunsul la solicitările de clarificări fără a dezvălui identitatea solicitanților.”

Consiliul constată, pe de o parte, că, din publicarea în SEAP a celor trei adrese, nu rezultă că entitatea ar fi încălcat prevederile art. 172 alin. (3) din Legea nr. 99/2016 și art. ... alin. (3) din Normele metodologice mai sus citate, iar pe de altă parte, că operatorii economici interesați de participarea la procedură au avut acces la identitatea operatorilor economici care au solicitat clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să admită, în parte, contestația nr. ... din ... depusă de ... în contradictoriu cu ..., și să anuleze în parte adresa nr. 4080 din 20.02.2017 postată în SEAP la data de 20.02.2017 (...) și anume răspunsul la întrebarea nr. 5.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga entitatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să continue procedura de atribuire, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în considerente prin publicarea în SEAP a unei clarificări prin care să confirme că va respecta dispozițiile art. 223 alin. (3) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele cu privire la contestația fără număr de înregistrare și fără dată, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... din ... depusă de ... (înregistrată în SEAP ...):

Împotriva adresei nr. 9491 din 28.02.2017 postată în SEAP la data de 28.02.2017 ora 17:13 cu denumirea (*[...] raspuns clarificare M218_operatori-semnat.pdf.p7s*) reprezentând răspunsurile la solicitările de clarificări din partea unui operator economic interesat de participarea la procedură, precum și împotriva răspunsului primit la notificarea prealabilă comunicat prin adresa nr. 10546 din 06.03.2017, emise de către entitatea contractantă, ... (înregistrată în SEAP ...) formulează contestație pentru motivele arătate anterior și solicită Consiliului să dispună:

- anularea în parte a măsurilor adoptate prin răspunsul la solicitarea de clarificare M218 nr. 9491 din 28.02.2017;

- obligarea entității contractante să emită un act prin care să asigure transparența și tratamentul egal al operatorilor economici participanți în privința consemnării garanției de participare, cu acordarea unui timp rezonabil suplimentar pentru depunerea ofertelor;

- respingerea cererii de intervenție nr. ... în principal ca inadmisibilă, iar în subsidiar ca neîntemeiată.

Procedând la verificarea excepției invocată de către intervenientă, privind tardivitatea depunerii contestației, Consiliul constată că aceasta este neîntemeiată având în vedere motivele prezentate în continuare.

Potrivit anunțului de participare nr. ..., valoarea estimată a contractului ce urmează a fi atribuit este fiind între 166.650.756,00 euro și 199.980.907,20 euro, fără TVA, valoare ce se situează peste pragul valoric prevăzut de art. 12 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016, fiind în fapt o *licitație deschisă* potrivit art. 84 și următoarele din Legea nr. 99/2016 coroborate cu art. 65 și următoarele din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale din 02.06.2016, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016, cu modificările și completările ulterioare, astfel că, potrivit art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, *„(1) Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum și oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: [...] a) 10 zile, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică, achiziție sectorială sau de concesiune este 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, după caz.”* și art. 8 alin. (2) din același act normativ, *„(2) Termenul de contestare prevăzut la alin. (1) se calculează după cum urmează: a) începând cu ziua următoare luării la cunoștință a răspunsului autorității contractante în sensul că nu urmează să revoce actele emise sau să adopte măsuri de remediere;”*.

Contestația formulată în prezenta cauză vizează adresa nr. 9491 din 28.02.2017, prin care entitatea contractantă a răspuns la solicitarea de clarificări, precum și răspunsul primit la notificarea prealabilă, comunicat prin adresa nr. 10546 din 06.03.2017.

Consiliul reține că autoarea contestației a luat cunoștință la data de 06.03.2017 de răspunsul entității contractante primit la notificarea prealabilă prin care comunică că nu urmează să adopte măsuri de remediere a pretensei încălcări (adresa nr. 9491 din 28.02.2017), astfel că termenul legal de contestare a adresei nr. 9491 din 28.02.2017 precum și a adresei nr. 10546 din 06.03.2017, se va calcula prin aplicarea prevederilor art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, citate anterior (10 zile), coroborate cu cele ale art. 5 din același act normativ, potrivit căroră *„Art. 5. - (1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile,*

încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului. (2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare.”, și s-a împlinit la data de ...

În aceste condiții, înaintarea contestației, atât la Consiliu cât și la entitatea contractantă, în data de ..., împotriva răspunsului entității contractante la solicitările de clarificări comunicat prin adresa nr. 9491 din 28.02.2017, precum și împotriva răspunsului primit la notificarea prealabilă comunicat prin adresa nr. 10546 din 06.03.2017, sa făcut în interiorul termenului legal calculat anterior, în speță nefiind incidente prevederile art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care dispun că *„(1) Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare.”*. Prin urmare, contestația privind răspunsul entității contractante la solicitările de clarificări a fost transmisă, atât la entitatea contractantă cât și la Consiliu în termenul legal de 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință a răspunsului entității contractante în sensul că nu urmează să revoce actele emise sau să adopte măsuri de remediere.

În aceste condiții, contestația fără număr de înregistrare și fără dată, transmisă prin mijloace electronice la data de ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... din ..., transmisă atât entității contractante, cât și Consiliului, este formulată cu respectarea termenului legal stabilit, astfel încât, Consiliul va respinge excepția tardivității acesteia, invocată de intervenientă și va continua cu analiza următoarei excepții invocate de entitatea contractantă.

Consiliul va respinge excepția introducerii contestației de către o persoană fără calitate ori neîmputernicită să formuleze contestația invocată de entitatea contractantă deoarece la dosar există împuternicirea avocațială seria B nr. 2735786 din 2017 încheiată în baza contractului de asistență juridică nr... prin care Cabinetul de Avocat „...” este împuternicit de către clientul ...să exercite o serie de activități în fața Consiliului și va continua cu analiza următoarei excepții invocate de entitatea contractantă.

Consiliul va respinge excepția tardivității notificării prealabile invocată de entitatea contractantă deoarece potrivit dispozițiilor legale persoana care se consideră vătămată are obligația să notifice entitatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile sectoriale, în termen de 10 zile, începând cu ziua următoare luării la

cunoștință despre actul entității contractante considerat nelegal. Astfel, Consiliul constată că actul considerat nelegal (nr. 9491 din 28.02.2017) fiind luat la cunoștință la data de 28.02.2017, rezultă fără putință de tăgadă că notificarea prealabilă fără număr de înregistrare și fără dată, postată în SEAP la data de 03.03.2017 este formulată în termen legal și va continua cu analiza fondului cauzei.

Analizând cauza supusă soluționării, Consiliul reține că, prin fișa de date, parte a documentației de atribuire elaborată de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de achiziție publică în cauză, secțiunea III – „Informații juridice, economice, financiare și tehnice”, capitolul III.1) – „Condiții referitoare la contract”, punctul III.1.1) – „Depozite valorice și garanții solicitate (după caz)”, subpunctul III.1.1.a) – „Garanție de participare”, s-au menționat, printre altele, următoarele:

„Cuantum: 3.333.015 euro.

Data la care se va face echivalența euro/valută este de 5 zile anterior datei limită de depunere a ofertelor la cursul de schimb al BNR.”

Analizând documentele aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că entitatea contractantă a clarificat documentația de atribuire, prin adresa nr. 9491 din 28.02.2017, postată în SEAP la data de 28.02.2017 (M218) arătând următoarele:

„Întrebare:

[...]

2. Dacă se acordă drept garanție de participare o scrisoare de garanție bancară aceasta trebuie să fie în EURO sau în RON, iar dacă se emite în EURO, vă rugăm să precizați dacă aceasta este plătită în RON (având în vedere că este vorba de două societăți rezidente în România între care decontările se fac în RON conform regulament BNR) și dacă da, vă rugăm să ne confirmați că plata în RON se va realiza la cursul de schimb al BNR valabil cu 5 zile calendaristice anterior datei limită de depunere a ofertei.

[...]

Răspuns:

[...]

2. Conform Secțiunii III.1.1.a) Garanție de participare, cuantumul acesteia este stabilit în Euro. În situația constituirii garanției de participare în altă valută, data la care se va face echivalența euro/valută este de 5 zile anterior datei limită de depunere a ofertelor la cursul de schimb al BNR.

În situația rezidenților se va aplica aceeași regulă amintită anterior, aceștia având deci posibilitatea de a constitui garanția de participare în orice monedă, EURO, RON sau altă valută.

În cazul în care entitatea contractantă se va găsi în situația de a executa garanția de participare constituită la ordinul unui ofertant

rezident în EURO/altă valută, aceasta va fi plătită în lei la cursul de schimb al BNR valabil cu 5 zile anterior datei limită de depunere a ofertelor sau la cursul de schimb BNR valabil în ziua plății, în conformitate cu practicile băncii emitente."

Consiliul reține că răspunsul autorității contractante la solicitarea de clarificări privind documentația de atribuire reprezintă lămuriri/explicitări/limpeziri cu privire la conținutul documentației de atribuire prin care nu s-au adus modificări cu privire la conținutul acesteia din urmă, astfel încât criticile privind adresa nr. 9491 din 28.02.2017 sunt tardive, prin raportare la data publicării documentației de atribuire în SEAP și la prevederile art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să respingă, ca nefondată, contestația fără număr de înregistrare și fără dată, înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ..., astfel cum a fost completată prin adresa fără număr de înregistrare și fără dată, înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ... depusă de ... (înregistrată în SEAP ...) în contradictoriu cu

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele cu privire la contestația nr. ... din ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de ...:

Împotriva adreselor:

- nr. 8522 din 22.02.2017 postată în SEAP la data de 22.02.2017 ora 17:35 cu denumirea ([CN.../211] *raspuns clarificare M193_operatori-semnat.pdf.p7s*) reprezentând răspuns la o solicitare de clarificări;

- nr. 8535 din 22.02.2017 postată în SEAP la data de 22.02.2017 ora 20:00 cu denumirea ([CN.../223] *raspuns clarificari M197-semnat.pdf.p7s*) reprezentând răspuns la o solicitare de clarificări;

- nr. 10202 din 03.03.2017 postată în SEAP la data de 03.03.2017 ora 15:33 cu denumirea ([CN.../256] *raspuns clarificare M239_operatori-semnat.pdf.p7s*) reprezentând răspuns la o solicitare de clarificări;

- nr. 9349 din 28.02.2017 postată în SEAP la data de 28.02.2017 ora 11:59 cu denumirea ([CN.../237] *raspuns clarificare M225_operatori-semnat.pdf.p7s*) reprezentând răspuns la o solicitare de clarificări,

- nr. 9161 din 27.02.2017 reprezentând răspuns la o solicitare de clarificări,

- nr. 9026 din 27.02.2017 postată în SEAP la data de 27.02.2017 ora 11:49 cu denumirea (*[CN.../233] raspuns clarificare M214_operatori-semnat.pdf.p7s*) reprezentând răspuns la o solicitare de clarificări,

- nr. 9028 din 27.02.2017 postată în SEAP la data de 27.02.2017 ora 11:48 cu denumirea (*...] raspuns clarificare M213_operatori-semnat.pdf.p7s*) reprezentând răspuns la o solicitare de clarificări,

- nr. 848 din 22.02.2017 postată în SEAP la data de 23.02.2017 ora 12:33 cu denumirea (*[CN.../227] raspuns clarificare M211_operatori-semnat.pdf.p7s*) reprezentând răspuns la o solicitare de clarificări,

- nr. 8529 din 22.02.2017 postată în SEAP la data de 22.02.2017 ora 17:52 cu denumirea (*[CN.../216] raspuns clarificare M194-semnat.pdf.p7s*) reprezentând răspuns la o solicitare de clarificări,

- nr. 8245 din 21.02.2017 postată în SEAP la data de 21.02.2017 ora 14:44 cu denumirea (*[CN.../206] raspuns clarificare M187-semnat.pdf.p7s*) reprezentând răspuns la o solicitare de clarificări,

- nr. 7590 din 17.02.2017 postată în SEAP la data de 17.02.2017 ora 12:07 cu denumirea (*[CN.../190] raspuns clarificare M183_operatori-semnat.pdf.p7s*) reprezentând răspuns la o solicitare de clarificări,

precum și împotriva răspunsului primit la notificarea prealabilă comunicat prin adresa nr. ... din ..., emise de către entitatea contractantă, ... formulează contestație pentru motivele arătate anterior și solicită Consiliului să dispună:

- anularea procedurii de atribuire, dată fiind încălcarea prevederilor imperative din domeniul achizițiilor sectoriale.

Consiliul va respinge, ca inadmisibile, criticile privind adresa nr. 7590 din 17.02.2017 postată în SEAP la data de 17.02.2017 ora 12:07 cu denumirea (*[CN.../190] raspuns clarificare M183_operatori-semnat.pdf.p7s*) reprezentând răspuns la o solicitare de clarificări și adresa nr. 8245 din 21.02.2017, postată în SEAP la data de 21.02.2017 ora 14:44 cu denumirea (*[CN.../206] raspuns clarificare M187-semnat.pdf.p7s*) reprezentând răspuns la o solicitare de clarificări, deoarece termenul de notificare prealabilă (27.02.2017) nu a fost respectat de către autoarea contestației, acesta notificând entitatea contractantă la data de 06.03.2017.

Consiliul va respinge excepția tardivității notificării prealabile, invocată de entitatea contractantă, deoarece, potrivit dispozițiilor legale, persoana care se consideră vătămată are obligația să notifice

entitatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretensei încălcări a legislației privind achizițiile sectoriale, în termen de 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul entității contractante considerat nelegal. Astfel, Consiliul constată că actele considerate nelegale cele mai vechi ca dată (emise în 22.02.2017) fiind luate la cunoștință la data de 22.02.2017, rezultă fără putință de tăgadă că notificarea prealabilă nr. 15960 din 06.03.2017, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) la data de 06.03.2017 și înregistrată la entitatea contractantă cu nr. 10556 din ... este formulată în termen legal și va continua cu analiza fondului cauzei.

Analizând documentele aflate la dosarul cauzei, Consiliul va reține în soluționare critica privind încălcarea entității contractante a prevederilor imperative care dau dreptul ofertanților să depună în cadrul ofertei propuneri de modificare a contractului.

Consiliul constată că entitatea contractantă a comunicat refuzul de a modifica documentația de atribuire, prin adresa nr. 8522 din 22.02.2017 postată în SEAP la data de 22.02.2017 (M193), adresa nr. 8535 din 22.02.2017 postată în SEAP la data de 22.02.2017 (M197), astfel că răspunsurile autorității contractante la solicitările de clarificări privind documentația de atribuire reprezintă refuzuri de modificare a conținutului documentației de atribuire prin care nu s-au adus modificări cu privire la conținutul acesteia din urmă, astfel încât criticile privind adresa nr. 8522 din 22.02.2017 postată în SEAP la data de 22.02.2017 (M193), adresa nr. 8535 din 22.02.2017 postată în SEAP la data de 22.02.2017 (M197), adresa nr. 10202 din 03.03.2017 postată în SEAP la data de 03.03.2017 (M239) sunt tardive, prin raportare la data publicării documentației de atribuire în SEAP și la prevederile art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Consiliul va respinge, ca lipsită de interes, critica privind adresa nr. 10202 din 03.03.2017, postată în SEAP la data de 03.03.2017 (M239,) deoarece contestatoarea nu precizează avantajul pe care îl obține ca urmare a actualizării de legislație solicitată, prevederile legislative nefiindu-i opozabile, deoarece se referă la întocmirea devizului general.

Cu privire la critica privind neprotejarea identității operatorilor economici care au transmis solicitări de clarificări și notificări prealabile, Consiliul constată că entitatea contractantă a răspuns la o serie de solicitări de clarificări din partea unor operatori economici.

Consiliul reține că în cauză sunt aplicabile următoarele dispoziții legale:

- art. 172 alin. (1) și (3) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, care stabilesc următoarele:

„Art. 172. - (1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire.

[...]

(3) Entitatea 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. 160 alin. (3), luând măsuri pentru a nu dezvălui identitatea operatorului economic care a solicitat clarificările sau informațiile suplimentare respective.”

- art. ... alin. (3) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale din 02.06.2016, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016, cu modificările și completările ulterioare, care stabilesc următoarele:

„(3) Entitatea contractantă are obligația de a publica în SEAP răspunsul la solicitările de clarificări fără a dezvălui identitatea solicitanților.”

Consiliul constată, pe de o parte, că publicarea în SEAP a adreselor în cauză nu rezultă că entitatea ar fi încălcat prevederile art. 172 alin. (3) din Legea nr. 99/2016 și art. ... alin. (3) din Normele metodologice mai sus citate, iar pe de altă parte, că operatorii economici interesați de participarea la procedură au avut acces la identitatea operatorilor economici care au solicitat clarificări sau informații suplimentare în legătură cu documentația de atribuire.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să respingă, ca nefondată, contestația nr. ... din ... depusă de ... în contradictoriu cu

Consiliul va respinge, ca rămasă fără obiect, cererile de intervenție accesorii în sprijinul autorității contractante depuse de ... vizând suspendarea procedurii invocate de ...(înregistrată în SEAP ...) și

Față de cele stabilite mai sus cu ocazia soluționării contestațiilor depuse de ...(înregistrată în SEAP ...) și ..., Consiliul va respinge cererile de intervenție accesorii în sprijinul autorității contractante depuse de

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părți potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de

10 zile de la comunicare potrivit prevederilor art. 29 alin. (1) și art. 32 din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca rămasă fără obiect, contestația fără număr de înregistrare și fără dată, înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ..., astfel cum a fost completată prin adresa fără număr de înregistrare și fără dată, înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ... depusă de ... (înregistrată în SEAP ...) în contradictoriu cu

Admite, în parte, contestația nr. ... din ... depusă de ... în contradictoriu cu ..., și anulează în parte adresa nr. 4080 din 20.02.2017 postată în SEAP la data de 20.02.2017 (...) și anume răspunsul la întrebarea nr. 5.

Obligă entitatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să continue procedura de atribuire, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în considerente prin publicarea în SEAP a unei clarificări prin care să confirme că va respecta dispozițiile art. 223 alin. (3) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale.

Respinge, ca nefondată, contestația fără număr de înregistrare și fără dată, înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ..., astfel cum a fost completată prin adresa fără număr de înregistrare și fără dată, înregistrată la Consiliu cu nr. ... din ... depusă de ... (înregistrată în SEAP ...) în contradictoriu cu

Respinge, ca nefondată, contestația nr. ... din ... depusă de ... în contradictoriu cu

Respinge, ca rămase fără obiect, cererile de intervenție accesorii în sprijinul autorității contractante depuse de ... vizând suspendarea procedurii invocate de ... (înregistrată în SEAP ...) și

Respinge, ca nefondate, cererile de intervenție accesorii în sprijinul autorității contractante depuse de ... în ceea ce privește contestațiile depuse de ... (înregistrată în SEAP ...) și

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată în 6 (șase) exemplare, conține 56 (cincizeci și șapte) pagini.