



# 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.cnsc.ro](http://www.cnsc.ro)

**În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea**

## **DECIZIE**

**Nr. 2224/C5/2420**

**Data: 09.12.2019**

Prin contestația neînregistrată și nedată la emitentă, transmisă prin mijloace electronice (e-...l), de două ori, prin poștă, în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 45888/12.11.2019, nr. 45961/12.11.2019 și, respectiv, sub nr. 46219/13.11.2019, ...SA, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de ..., în calitate de legal manager, a contestat adresa nr. 624572/30.10.2019, reprezentând comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă”, într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru având ca obiect „Servicii de telefonie mobilă (voce și date) și servicii de internet mobil, pentru toate unitățile M.A.I.”, cod CPV 64212000-5 (Rev.2), inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ... și a solicitat:

- „anularea rezultatului procedurii de atribuire, respectiv a înscrisului denumit comunicare rezultat procedură nr. 624572 din 30.10.2019 și comunicat către subscrisa în data de 31.10.2019, (...);
- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de achiziție prin evaluarea ofertelor depuse și finalizarea procedurii de achiziție prin semnarea acordului-cadru cu ofertantul declarat câștigător;
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu (...).”

...SA, în calitate de ofertant, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de ..., în calitate de jurist -împuternicit, a formulat „cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante” nr. 758/15.11.2019, transmisă prin mijloace electronice (e-...l) și prin poștă,

în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 46755/15.11.2019, respectiv sub nr. 47193/19.11.2019, prin care a solicitat:

„1) să încuviințați în principiu intervenția (...) voluntară accesorie și să dispuneți admiterea acesteia, în conformitate cu dispozițiile art. 17 (3) din Legea 101/2016, raportat la art. 61 alin. (3) din Codul de procedură civilă;

2) să respingeți contestația formulată de ... ca neîntemeiată”.

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

În susținerea contestației, ...SA a precizat că autoritatea contractantă a anulat, în mod nelegal și neîntemeiat, procedura de atribuire.

Pentru a justifica anularea prezentei proceduri de atribuire, autoritatea contractantă a invocat faptul că „documentația de atribuire prezintă omisiuni, în sensul că nu conține istoricul și profilul de trafic de consum al ... pentru cel puțin 3 luni, informații esențiale și utile potențialilor ofertanți în elaborarea propunerilor financiare, omisiune care poate conduce la nerespectarea principiilor menționate la art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare”.

...SA consideră că este evident faptul că autoritatea contractantă nu are motive întemeiate de a decide anularea procedurii de achiziție publică și motive care să respecte prevederile exprese ale Legii nr. 98/2016. Autoritatea contractantă invocă faptul că aceste informații, pe care consideră că a omis să le publice, în cadrul documentației de atribuire, „pot conduce la nerespectarea principiilor menționate la art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016”, fără să arate, însă, modalitatea efectivă prin care a dezavantajat operatorii economici.

Autoarea contestației a învederat faptul că autoritatea contractantă a ales să nu indice care sunt efectiv informațiile din „istoricul și profilul de trafic al ... pentru cel puțin 3 luni”, precum și modalitatea de cuantificare a relevanței acestor informații raportat la prezenta procedură de atribuire deoarece, inclusiv autoritatea contractantă le-a considerat irelevante la momentul întocmirii documentației de atribuire.

Împrejurarea invocată de către autoritatea contractantă în înscrisul denumit comunicare rezultat procedură nr. 624572/30.10.2019, respectiv constatarea conform căreia istoricul și profilul de trafic de consum al ... pentru cel puțin 3 luni, sunt esențiale și utile potențialilor ofertanți în elaborarea propunerilor financiare, constatare ce a intervenit ulterior finalizării procesului de evaluare a ofertelor și decriptării ofertelor financiare, iar rezultatul procedurii de atribuire ar fi afectat de această omisiune, este nesusținută și, astfel, prejudiciabilă pentru ...SA.

Istoricul și profilul de trafic de consum al autorității contractante pentru cel puțin 3 luni, reprezintă o simplă terminologie specifică utilizată de către operatorii care activează în piața de telecomunicații și care se referă la resursele utilizate efectiv de către fiecare utilizator al clientului, pentru fiecare dintre abonamentele contractante. Cu alte

cuvinte, istoricul de consum este un instrument pe care operatorii de telecomunicații îl utilizează pentru a determina comportamentul clientului în cadrul contractului și pentru a estima resursele pe care utilizatorii clientului le vor consuma efectiv. Totuși, ...SA consideră că aceste date au un caracter strict informativ și nu sunt angajamente, ofertanții fiind obligați să includă în cadrul propunerilor transmise cantitățile de servicii (abonamente) și resursele (minute, SMS-uri, trafic de date) prevăzute de autoritatea contractantă și incluse în documentația de atribuire.

...SA a învederat faptul că includerea unui astfel de istoric și profil de trafic de consum în cadrul documentației de atribuire, nu prezintă niciun fel de relevanță pentru potențialii ofertanți, în contextul în care autoritatea contractantă a transmis un număr minim și un număr maxim de abonamente, respectiv minute de depășire. ... mult decât atât, o astfel de practică ar fi contrară dispozițiilor caietului de sarcini, care dispune, prin tabelul inclus, art. 12, tipurile de servicii de comunicații și resursele minime pe care operatorii economici trebuie să le includă în cadrul ofertelor transmise, autoritatea contractantă fiind singura în măsură să stabilească oportunitatea impunerii cerințelor minime pe care ofertanții trebuie să le îndeplinească și a nivelului acestora.

Astfel, istoricul și profilul de trafic vizează exclusiv comportamentul de consum al utilizatorilor clientului, însă aceste informații nu pot fi utilizate la construirea efectivă a ofertei operatorului economic. În fapt, costurile acestuia sunt generate de:

- tarifele de interconectare reglementate la nivel național de către ANCOM pentru terminarea apelurilor în alte rețele fixe și mobile (tarife publice) adresabile minutelor și SMS urilor naționale;
- tarifele de interconectare la nivel internațional și roaming reglementate în spațiul SEE (tarife publice), iar pentru restul lumii reglementate prin contracte semnate, sub obligație de confidențialitate, de către operator cu operatori din țările respective;
- resursele minime (minute, SMS-uri, trafic de date în destinații naționale, internaționale și roaming) solicitate prin caietul de sarcini, ce trebuie asigurate lunar pentru fiecare serviciu.

În niciun caz operatorul de servicii de telecomunicații nu își poate întemeia oferta exclusiv pe datele rezultate din istoricul și profilul de trafic de consum, având în vedere cerințele minime prevăzute în cadrul caietului de sarcini. Este obligația ofertantului să aibă în vedere necesarul serviciilor ce urmează a fi prestate, cheltuielile totale pentru livrarea acestora, costurile de interconectare pentru terminarea apelurilor în alte rețele naționale, internaționale și roaming, echipamentele și accesoriile oferite, garanția extinsă a terminalelor oferite, precum și a lucrărilor necesare livrării serviciilor solicitate. În caz contrar, prețul ofertat nu va fi unul real, având caracter nejustificat, subevaluat și nesperios, iar aceste din urmă aspecte reprezintă veritabile temeiuri de neconformitate ale ofertei transmise.

De altfel, ...SA consideră că datele privind istoricul și profilul de trafic și consum nu sunt date incluse în majoritatea procedurilor de achiziție publică desfășurate în domeniul serviciilor de telecomunicații. În măsura în care este admisibilă susținerea autorității contractante

conform căreia această procedură de atribuire este viciată și trebuie să fie anulată, ...SA apreciază că se impune anularea tuturor procedurilor de atribuire aflate în desfășurare și în cadrul cărora nu a fost inclus istoricul și profilul de trafic de consum, pentru cel puțin 3 luni.

Așa cum rezultă, atât din prevederile art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016 și Ordinul ANAP nr. 1017/2019, cât și din documentația de atribuire corespunzătoare procedurii de atribuire, cerințele minime obligatorii pe care ofertantul trebuie să le respecte au fost precizate, fiind astfel îndeplinite exigențele Ordinului nr. 1017/2019. În acest context anularea procedurii de atribuire pentru aceste motive este nelegală și neîntemeiată, argumentația oferită de autoritatea contractantă nefiind în măsură să legitimeze măsura luată.

În acest context, autoritatea contractantă nu poate invoca o încălcare a principiilor tratamentului egal și al nediscriminării, în condițiile în care aceasta a stabilit de la bun început cerințele minime pentru serviciile de comunicații mobile, în conformitate cu prevederile legale și a dat posibilitatea tuturor operatorilor economici interesați să ofere servicii care să îndeplinească necesitățile acesteia, sau să procedeze la contestarea documentației de atribuire, în cazul în care aceștia s-ar fi considerat vătămați de documentația de atribuire publicată de către autoritatea contractantă.

Raportat la condițiile stabilite prin documentația de atribuire, precum și la situația concretă, anularea prezentei proceduri are caracter nelegal și neîntemeiat prin raportare și la faptul că prejudiciază drepturile și interesele ofertanților care au depus eforturi și au avansat cheltuieli pentru pregătirea ofertei.

De altfel, dreptul autorității contractante de a dispune anularea procedurii are un caracter excepțional, de care aceasta poate utiliza strict în cazurile prevăzute de art. 212 din Legea nr. 98/2016, ori justificarea oferită de autoritatea contractantă nu se încadrează în situațiile prevăzute de actul normativ.

...SA consideră că în măsura în care operatorii economici interesați de participarea la procedura de atribuire ar fi avut nevoie de informații suplimentare pentru a elabora oferte în condiții cât ... bune, aceștia aveau posibilitatea de a solicita autorității contractante să clarifice orice aspecte legate de cerințele documentației de atribuire. Solicitățile de clarificări promovate de către operatorii economici anterior depunerii ofertelor nu au vizat, în niciun caz, transmiterea de informații suplimentare privind istoricul și profilul de trafic de consum al autorității contractante, astfel încât, rezultă, fără niciun fel de dubiu, că informațiile în cauză nu prezintă relevanță faptică pentru aceștia din urmă, în caz contrar acestea ar fi fost solicitate pe calea solicitărilor de clarificări.

... mult decât atât, ...SA a precizat că documentația nu a fost contestată de niciun operator economic, astfel încât dispozițiile acesteia și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă cât și pentru ofertanți.

...SA a subliniat faptul că autoritatea contractantă își invocă propria culpă. Autoarea contestației consideră că, în mod evident, nu ne aflăm în ipoteza „imposibilității” de semnare a contractului datorată unor

împrejurări independente de voința autorității contractante, așa cum dispune art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, întrucât, chiar voința autorității contractante pare să fi fost aceea care prin propria culpă a condus la această situație, și care, ... mult decât, atât a ales un moment complet nefondat pentru adoptarea acestei măsuri în contextul în care a avut posibilitatea reevaluării cerințelor impuse anterior deschiderii ofertelor financiar.

...SA consideră că autoritatea contractantă a încălcat principiul asumării răspunderii, deoarece a hotărât anularea procedurii fără a avea la bază un motiv concret, ferm, real, obiectiv, astfel încât este întemeiată exclusiv pe propria conduită culpabilă.

Autoritatea contractanta s-a limitat în a invoca un temei cu caracter general, fără a argumenta în niciun fel modalitatea prin care lipsa acestor informații este vătămătoare pentru potențialii ofertanți conducând astfel la vicierea întregii proceduri. În schimb, aceasta ar fi trebuit să facă verificări, raportându-se la natura și specificul contractului ce urmează a fi atribuit și să stabilească dacă documentația de atribuire conținea vicii ce puteau sau nu puteau fi înlăturate (în alt mod). Cu toate acestea autoritatea contractantă a ales să invoce, în mod generic, o pretinsă eroare în documentația de atribuire și să anuleze, în mod neîntemeiat, procedura de atribuire.

În susținere, ...SA a invocat jurisprudența CNSC.

Contestatoarea a solicitat Consiliului acces la dosarul achiziției și „posibilitatea de a depune concluzii orale în fața Consiliului Național de Soluționare a Contestărilor, conform art. 21 din Legea 101/2016”.

În dovedire, contestatoarea ...SA a depus, în copie, un set de înscrisuri.

La data de 12.11.2019, ...SA a retransmis prin mijloace electronice (e-...l), corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 45961/12.11.2019, reprezentând contestația.

Prin adresa nr. „19/B2B/7779/55360”, înregistrată la Consiliu sub nr. 46042/12.11.2019, ...SA a depus, în original, Recipisa de consemnare nr. 205863110/1 eliberată la data de 08.11.2019 de CEC Bank – Sucursala Victoria, în sumă de 219.780,00 RON și Recipisa de consemnare nr. 205857115/1 eliberată la data de 06.11.2019 de CEC Bank – Sucursala Victoria, în sumă de 220,00 RON.

Prin adresa nr. 46252/2420 C5/13.11.2019, Consiliul a solicitat contestatoarei ...SA să depună la dosarul cauzei contestația în original, precum și, în copie, dovada privind data luării la cunoștință a actului atacat, respectiv a adresei nr. 624572/31.10.2019.

La data de 13.11.2019, Consiliul a înregistrat sub nr. 46219, contestația expediată prin poștă, în original, de ...SA.

Prin adresa nr. 46253/2420 C5/13.11.2019, Consiliul a solicitat autorității contractante documentele necesare soluționării contestației.

Prin adresa nr. 19/B2B/7779/55686, înregistrată la Consiliu sub nr. 46352/13.11.2019, ...SA a depus dovada luării la cunoștință a actului atacat, respectiv a adresei nr. 624572/30.10.2019.

Autoritatea contractantă a depus, în original, punctul de vedere nr. 624941/15.11.2019, înregistrat de Consiliu sub nr. 46911/18.11.2019, împreună cu o copie a dosarului achiziției.

Prin punctul de vedere autoritatea contractantă a precizat următoarele:

Contrar afirmațiilor ...SA, de la punctele 9 și 27 din contestație, comisia de evaluare a constatat existența unei omisiuni în cuprinsul documentației de atribuire pe parcursul procedurii de atribuire și nu ulterior finalizării procesului de evaluare. Înscrisul la care face referire contestatoarea, având nr. 624572/30.10.2019, trebuie privit exclusiv sub aspectul comunicării rezultatului procedurii de achiziție către toți ofertanții, document ulterior finalizării procedurii și nu ca un document de constatare, cum în mod greșit a afirmat ...SA.

Cu privire la afirmațiile de la punctele 25 și 26 ale contestației, autoritatea contractantă a precizat că prevederile legale invocate de contestatoare nu sunt aplicabile în discuție, deoarece art. 213 din Legea nr. 98/2016 reglementează dreptul și nu obligația autorității contractante de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în situațiile prevăzute la art. 78 alin. (8), art. 82 alin. (8), art. 88 alin. (8) și art. 97 alin. (8), ori, în speță, autoritatea contractantă a luat decizia de a anula procedura de achiziție în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la comunicarea deciziei de anulare, autoritatea contractantă a respectat obligația prevăzută la art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, de a informa fiecare ofertant cu privire la deciziile luate în ceea ce privește rezultatul procedurii, respectiv atribuirea/încheierea contractului de achiziție publică/acordului-cadru, inclusiv cu privire la motivele care stau la baza oricărei decizii de a nu atribui un contract, de a nu încheia un acord-cadru, de a nu implementa un sistem dinamic de achiziții ori de a relua procedura de atribuire.

Se poate observa că în adresa nr. 624572/30.10.2019, s-a precizat că a decis anularea procedurii de achiziție și a fost inserat și motivul care a stat la baza deciziei.

În ceea ce privește afirmația de la punctul 8 al contestației, potrivit căreia ...a ales să nu indice care sunt efectiv informațiile din „istoricul și profilul de trafic al ..., pentru cel puțin 3 luni”, autoritatea contractantă menționează că aceasta nu se susține atâta timp cât în conținutul Raportului de atribuire se precizează în concret ce reprezintă „istoricul și profilul de trafic al M.A.I.”.

Autoritatea contractantă a subliniat faptul că terminologia „istoricul și profilul de trafic al M.A.I.” a fost uzitată de ...S.A. în conținutul răspunsului la clarificarea nr. 624136/09.10.2019 și nr. 624385/2 din 22.10.2019.

Astfel, ...SA a afirmat că a luat în considerare la construcția prețului total al ofertei consumurile medii estimate ale fiecărui tip de serviciu obținute în baza „istoricului și profilului de trafic de consum”, având în vedere că autoritatea contractantă a folosit serviciile ...SA începând cu anul 2004. Contrar afirmațiilor din răspunsul la clarificare, la punctul 12 din prezenta contestație, ...SA a afirmat că „(...) aceste

informații (din istoricul și profilul de trafic n.n.) nu pot fi utilizate la construirea efectivă a ofertei operatorului economic. În fapt, costurile acestuia sunt generate de tarife de interconectare (...) etc.". Cu privire la acest aspect, autoritatea contractantă a solicitat ca ...SA să precizeze care afirmație este neconformă cu realitatea, cea din răspunsul la solicitarea de clarificare sau cea din prezenta contestație.

Așadar, contrar afirmațiilor din contestație, ...SA a recunoscut că pentru a construi prețul total al ofertei, un preț competitiv având în vedere că propunerea financiară a ...SA (8.144.851,22 euro) este cu aproximativ 10% ... mică decât a celuilalt competitor ...SA (9.081.089, 90 euro), s-a folosit de informații cuprinse în „istoricul și profilul de trafic de consum al ...”. Aceste informații sunt deținute exclusiv de ...SA și autoritatea contractantă.

Cu privire la afirmațiile contestatoarei de la punctul 23 și 24 din contestație, potrivit căroră „în măsura în care operatorii economici interesați de participarea la procedura de atribuire ar fi avut nevoie de informații suplimentare aveau posibilitatea de a solicita autorității contractante să clarifice orice aspecte...”, respectiv „...documentația nu a fost contestată...”, autoritatea contractantă consideră că acestea nu sunt relevante, atâta timp cât informațiile în discuție nu erau publice, fiind accesibile, nu... ...SA și autorității contractante, creând un avantaj exclusiv contestatoarei.

În ceea ce privește punctele 14, 15, 16 și 19 din contestație, autoritatea contractantă a făcut următoarele precizări:

Potrivit art. 154 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire, care trebuie să conțină toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici, o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.

... a opinat că, fiecare autoritate contractantă realizează achiziții publice de produse/lucrări/servicii potrivit necesităților acestora, astfel că pot insera în cuprinsul documentațiilor de atribuire orice cerință/criteriu/regulă/informație pe care o consideră relevantă în așa fel încât potențialii ofertanți să fie informați în mod complet, corect și explicit.

În speță, pe timpul evaluării ofertelor s-a constatat că nu toți operatorii economici au fost informați, în mod complet, existând omisiuni în documentația de atribuire referitoare la informații esențiale, procedura de achiziție fiind astfel viciată. În acest sens, autoritatea contractantă a menționat că nu are relevanță afirmația contestatoarei „(...) că datele privind istoricul și profilul de trafic și consum nu sunt date incluse în majoritatea procedurilor de achiziție publică desfășurate în domeniul serviciilor de telecomunicații (...)”, deoarece fiecare autoritate contractantă stabilește informațiile necesare operatorilor economici conținute de documentația de atribuire.

Autoritatea contractantă a învederat că afirmațiile sunt în contradicție cu răspunsul la clarificarea comisiei privind fundamentarea economică a modului de formare a prețului ofertei, transmis prin adresa

nr. 19/B2B/7779/48888 din 14.08.2019, iar contestatoarea se află într-o gravă confuzie și alterând în mod evident adevărul, întrucât autoritatea Contractantă, prin intermediul documentației de atribuire și a clarificărilor ulterioare, nu a pus la dispoziția potențialilor ofertanți „consumurile medii estimate ale fiecărui tip de serviciu”, aspect ce poate fi observat prin simpla lecturare a documentelor publicate.

Autoritatea contractantă a observat că autoarea contestației a afirmat, sub semnătură, că în construcția prețului total al ofertei unul din elementele luate în considerare este istoricul și profilul de trafic de consum, aspect reluat, ulterior, prin asumarea faptului că „Oferta tehnică și financiară pe care am depus-o în cadrul procedurii a fost construită pe baza caietului de sarcini, a profilului de consum al autorității contractante (...)”.

Totodată, autoritatea contractantă a învederat faptul că decizia autorității contractante de a anula procedura de achiziție este în spiritul principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică privind nediscriminarea și tratamentul egal pentru toți operatorii publici de servicii de comunicații, potențiali ofertanți și a fost luată în urma analizei răspunsului contestatoarei cu privire la fundamentarea economică a modului de formare a prețului.

Autoritatea contractantă a considerat că informațiile privind istoricul și profilul de trafic de consum a fost un instrument ce a putut fi utilizat doar de către contestatoare, ca un avantaj de stabilire a valorilor unitare aferente serviciilor, așa cum contestatoarea însăși afirma fără echivoc, respectiv prin mențiunea de la pct. 3. Prețul ofertat, „Metodologia ...de calculare a tarifelor ia în considerare necesitățile și profilul estimate de consum a autorității contractante (...)”, fapt pentru care valorile și costurile anumitor servicii au putut fi oferite cu 100% discount”, deoarece au fost „incluse în valorile și costurile oferite ale altor servicii”, fapt ce putea conduce la încălcarea principiilor menționate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Așadar, în mod întemeiat comisia de evaluare a constatat că documentația de atribuire prezintă omisiuni, în sensul că nu conține istoricul și profilul de trafic de consum al ...pentru cel puțin 3 luni, informații esențiale și utile potențialilor ofertanți în elaborarea propunerilor financiare, omisiune care conduce la nerespectarea principiilor menționate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, autoritatea contractantă a subliniat și faptul că, la acel moment, respectiv evaluarea propunerilor financiare, legislația în domeniu nu permitea autorității contractante să ... completeze documentația de atribuire, fiind în imposibilitate de a ... adopta măsuri corective.

Autoritatea contractantă consideră că în speță nu este aplicabil principiul de drept „*nemo auditor propriam turpitudinem allegans*”, așa cum afirmă ...SA la punctele 29 și 30 din contestație, deoarece omisiunea unor informații din documentația de atribuire, chiar dacă este culpabilă autorității contractante, a condus la încălcarea prevederilor legale [art. 154 din Legea nr. 98/2016 și art. 20 alin. (2) din Anexa la HG nr. 395/2016], aspect reglementat de art. 212 alin. (1) lit. c) din

Legea nr. 98/2016 prin instituirea obligației în sarcina autorității contractante de a anula procedura de atribuire.

Cu privire la punctele 17 și 18 din contestație, autoritatea contractantă a învederat că prevederile legale invocate de contestatoare nu sunt aplicabile în speță, deoarece Ordinul ANAP nr. 1017/2019, reglementează structura, conținutul și modul de utilizare a documentației standard de atribuire a contractului de achiziție publică/sectorială de produse, precum și a modalității de completare a anunțului de participare/ de participare simplificat, iar obiectul achiziției derulată de ...a fost achiziția publică de servicii de telefonie mobilă și servicii de internet mobil.

...SA, prin corespondența nr. 758/15.11.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 46755/15.11.2019, a formulat „cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante”. În prealabil, ...SA a precizat că acțiunea sa este admisibilă, având în vedere prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, cu trimitere la prevederile art. 61 alin. (3) din Codul de procedură civilă.

...SA consideră că ...SA acuză autoritatea contractantă fără a prezenta niciun fel de dovadă, de faptul că a ales să nu indice care sunt efectiv informațiile din istoricul și profilul de trafic al ...pentru cel puțin 3 luni. Practic, în contestație ...SA acuză autoritatea contractantă de rea-credință, fără să poată proba în vreun fel ceea ce susține. ... mult contestatoarea precizează că autoritatea contractantă „nu poate invoca o încălcare a principiilor” și totodată că „prin invocarea faptului că nu a inclus în cadrul documentației de atribuire istoricul și profilul de trafic de consum al ...pentru cel puțin 3 luni, autoritatea înțelege să își invoce propria culpă”, dar în același timp acuză autoritatea contractantă că nu și-a motivat decizia de anulare a procedurii, ori, în mod evident chiar și ...SA enumeră, argumentele pe care autoritatea contractantă le-a furnizat în vederea susținerii deciziei de anulare a procedurii.

Totodată, ...SA a subliniat că autoritatea contractantă a solicitat anularea procedurii toc... pentru a nu leza interesele ofertanților, întrucât a realizat că a omis informații de interes.

Prin adresele nr. 47243/2420 C5/19.11.2019 și nr. 47244/2420 C5/19.11.2019, Consiliul a solicitat părților susțineri cu privire la cererea de intervenție formulată de ...SA.

Având în vedere cererea ...SA de studiere a dosarului cauzei la sediul Consiliului, prin adresa nr. 47483/2420 C5/20.11.2019, contestatoarea a fost invitată, în acest sens, la data de 21.11.2019.

Prin adresa nr. 19/B2B/7779/56904, înregistrată la Consiliu sub nr. 47545/21.11.2019, referitor la cererea de intervenție, ...SA a formulat „întâmpinare”, prin care a solicitat respingerea cererii de intervenție, pe cale de excepție, ca lipsită de interes, iar pe fond ca nefondată.

În ceea ce privește respingerea cererii de intervenție ca lipsită de interes, ...SA a precizat că, în contradicție cu susțineri intervenientei de la punctele 1 - 6, acțiunea este evident lipsită de interes în ceea ce privește anularea procedurii de atribuire. Conform dispozițiilor art. 33 din Codul de procedură civilă, interesul de a acționa „trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual”. De altfel, în cadrul cererii

de intervenție, intervenienta a recunoscut faptul că oferta sa nu este competitivă, astfel raportat la situația de fapt și de drept în care se regăsește intervenienta, se impune respingerea cererii de intervenție formulată de către aceasta.

Interesul intervenientei în procedură nu îndeplinește una dintre condițiile cumulative prevăzute de lege, respectiv să fie actual. Este lipsită de interes cererea promovată (chiar dacă aceasta vizează anularea procedurii și reluarea acesteia), câtă vreme, pentru a fi actual, interesul trebuie să privească procedura de atribuire prezentă la care intervenienta a depus ofertă, iar nu o procedură de atribuire ulterioară.

Intervenienta nu are interes în promovarea cererii de intervenție, deoarece nu are cum să obțină contractul în discuție, motiv pentru care nu îi servește niciunui interes personal și direct, născut și actual, anularea procedurii pe care o solicită. Interesul verificat în cauză poate fi raportat doar la procedura actuală.

Interesul este o condiție de admitere a oricărui demers judiciar, iar în materia achizițiilor publice interesul în promovarea unei contestații este dat de vătămarea pe care operatorul economic o suferă într-un drept sau interes legitim prin modul de desfășurare a procedurii de achiziție publică.

Pe calea cererii de intervenție accesorie, intervenienta doar sprijină apărarea unei părți și nu poate lărgi cadrul procesual obiectiv. În acest sens, motivele invocate în cererea de intervenție accesorie trebuie să se limiteze la a susține apărările invocate de către autoritatea contractantă (în acest caz).

În acest sens, toate criticile intervenientei, potrivit cărora autoritatea contractantă a omis „informații esențiale și utile ofertantului în elaborarea propunerilor financiare”, trebuie respinse ca inadmisibile întrucât depășesc cadrul procesual stabilit de către ...SA pe calea contestației, acestea fiind specifice unei cereri de intervenție principale. Pe calea cererii de intervenție accesorii, intervenienta nu poate aduce niciun fel de critici noi.

...SA a invocat caracterul nefondat al cererii de intervenție. În acest sens, autoarea contestației, a învederat faptul că toate susținerile intervenientei se referă, în fapt, la modalitatea de întocmire a documentației de atribuire, de al cărei conținut ofertanții au luat la cunoștință odată cu publicarea acesteia, astfel încât, aceste susțineri au un vădit caracter tardiv. Prin elaborarea și prezentarea unei oferte pe baza prevederilor documentației de atribuire ce nu a fost contestată în termenul legal stabilit în acest sens, intervenienta și-a asumat cerințele autorității contractante.

Prin cererea formulată, intervenienta nu a fost în măsură să demonstreze modalitatea prin care pretinsa încălcare a principiilor achizițiilor publice a afectat oferta constituită de către aceasta, limitându-se să facă simple afirmații, fără vreun suport juridic. Intervenienta avea posibilitatea de a solicita autorității contractante să clarifice orice aspecte legate de cerințele documentației de atribuire. Niciuna dintre solicitările de clarificări promovate de către operatorii economici, anterior depunerii ofertelor, nu au vizat, în niciun caz,

transmiterea de informații suplimentare privind istoricul și profilul de trafic de consum al M.A.I., astfel încât rezultă, fără niciun fel de dubiu, că informațiile în cauză nu prezintă relevanta faptică pentru aceștia din urmă. De altfel, documentația de atribuire nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie, atât pentru autoritatea contractantă, cât ... ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire iar în acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vis-à-vis de prevederile documentației de atribuire, întrucât acestea ar fi vădit tardive.

Referitor la susținerea intervenientei potrivit căreia oferta sa ar fi fost competitivă dacă ar fi deținut informațiile la care face referire autoritatea contractantă în decizia de anulare a procedurii, ...SA a învederat faptul că interesul autorității contractante este acela de a avea oferte corect dimensionate, raportat la cerințele documentației de atribuire, astfel încât, aceasta să cunoască prețul real al contractului și nu doar în aparență, cum ar fi fost cazul dacă ar fi publicat rapoartele.

De asemenea, ...SA a menționat faptul că cererea de intervenție a fost promovată anterior transmiterii de către autoritatea contractantă a punctului de vedere în care aceasta din urmă, în mod total neîntemeiat, a dezvăluit valoarea ofertelor transmise. În aceste condiții, se poate prezuma, în mod rezonabil, faptul că intervenienta a avut acces la informații cu caracter confidențial, fiind astfel încălcat principiul transparenței pe care chiar aceasta îl invocă.

În ceea ce privește aspectele tehnice, respectiv „istoricul și profilul de trafic de consum al ...pentru cel puțin 3 luni”, ...SA a precizat că nici autoritatea contractantă și nici intervenienta nu au arătat rolul acestora și nici efectele rezultate. ... mult decât atât, niciuna dintre aceste entități nu aduce vreun argument pertinent pentru susținerea acestor afirmații. Singurele aspecte relevante în cadrul prezentei proceduri reprezintă cerințele minime prevăzute în cadrul documentației de atribuire și pe care fiecare dintre ofertanți s-a angajat să le respecte și care nu ar fi fost alterate în situația în care autoritatea contractantă ar fi depus „istoricul și profilul de trafic și de consum pentru cel puțin 3 luni, motiv pentru care aceste aspecte tehnice nu aveau cum să ducă la diminuarea prețului ofertat”.

În legătură cu susținerea intervenientei conform căreia „oferta ...SA ar fi fost ... competitivă (...) dacă ar fi avut informații privind rapoartele de trafic”, ...SA a învederat faptul că motivul formal pentru care autoritatea contractantă a ales să procedeze la anularea procedurii îl reprezintă „istoricul și profilul de trafic de consum al ...pentru cel puțin 3 luni”, fără să precizeze dacă se referă la ultimele 3 luni anterior lansării procedurii sau oricare perioadă de 3 luni din cadrul contractului precedent.

La data de 26.11.2019, ...SA a transmis prin mijloace electronice (e-...l), corespondența neînregistrată la emitentă, datată 25.11.2019, înregistrată al Consiliu sub nr. 48256/26.11.2019, intitulată „concluzii scrise”, prin care, cu privire la punctul de vedere al autorității contractante, a evidențiat faptul că autoritatea contractantă nu aduce

niciun fel de argumente sau probatoriu concludent, așa cum cere legislația, rezumându-se la simple alegații nedemonstrate și nefundamentate.

Cu privire la aplicabilitatea art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, invocat de către autoritatea contractantă, pentru a justifica decizia de anulare a procedurii de atribuire, ...SA apreciază că este evident faptul că nedepunerea informațiilor privind „istoricul și profilul de trafic al ...pentru cel puțin 3 luni”, nu afectează procedura și nici nu face imposibilă încheierea contractului așa cum netemeinic susține autoritatea contractantă.

...SA a învederat faptul că în SEAP nu a fost publicată justificarea măsurii de anulare, așa cum este prevăzut la art. 213 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Decizia de anulare nu menționează, în concret, care au fost considerentele pentru care procedura s-a anulat, în condițiile în care nu a existat nici un impediment legal care să oprească autoritatea contractantă să continue procedura, iar măsura afectează în mod grav imparțialitatea autorității contractante dat fiind faptul că are deja informații cu privire la ofertele financiare ale tuturor participanților, încălcând principiul tratamentului egal.

Argumentul de care autoritatea contractantă înțelege să se prevaleze atât în cadrul înscrisului denumit comunicare rezultat procedură nr. 624572/30.10.2019, cât și în punctul de vedere, nu reprezintă decât o circumstanță artificială care nu poate justifica decizia de anulare a procedurii de atribuire, cu atât ... mult cu cât aceste informații nu au fost solicitate sau contestate de niciunul dintre operatorii economici interesați de participarea la procedură.

Cu privire la documentele analizate cu ocazia studierii dosarului la sediul CNSC, ...SA a precizat următoarele:

Contrar susținerilor autorității contractante, din analiza Procesului Verbal nr. 7 privind evaluarea propunerilor financiare, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 624486/28.10.2019, se poate observa că celălalt operator economic participant la procedură, respectiv ...SA, a luat în calcul, pe de o parte, „traficul estimat”, iar pe de altă parte, „parteneriatul deja existent între părți” (filele 381, respectiv 382 din cadrul dosarului achiziției). Reiese astfel că toți participanții la procedură au avut posibilitatea cunoașterii informațiilor legate de trafic, astfel că în măsura în care acest operator economic ar fi considerat că sunt necesare informații și date suplimentare față de cele pe care le deținea, cu siguranță acesta ar fi procedat la formularea de solicitări de clarificare, având astfel posibilitatea să clarifice acest aspect.

Conduita autorității contractante a fost preluată și de către ...SA, care a susținut pe calea cererii de intervenție faptul că a fost prejudiciată de lipsa acestor informații, deși reiese că a utilizat propria estimare de trafic în procesul de ofertare, având la îndemână instituții juridice concludente în cazul în care aprecia necesar, iar faptul că nu a uzitat de acestea, nu este un argument care să justifice anularea procedurii. De altfel, niciunul dintre operatorii economici interesați să participe la procedură, respectiv niciunul din cei doi ofertanți, nu a notificat

autorității contractante lipsa acestor informații din documentația de atribuire.

Astfel, din simpla lecturare a dosarului achiziției rezultă că informațiile a căror lipsă o invocă autoritatea contractantă au fost avute în vedere de către ...SA, acesta din urmă, împreună cu ...SA, fiind singurii ofertanți în procedură, ceea ce demonstrează lipsa de vătămare a acestuia.

În continuarea concluziilor scrise, ...SA a formulat precizări privind construcția prețului ofertat și din care rezultă, fără niciun fel de dubiu, faptul că acesta este format, în fapt, din costurile aferente la care se adaugă marjă de profit.

...SA a precizat că în niciun moment nu a susținut că prețul ofertat a fost obținut exclusiv în baza „istoricului și profilului de trafic de consum”, așa cum autoritatea contractantă lasă să se înțeleagă prin punctul de vedere. În schimb, prin acest comportament, autoritatea contractantă dă dovadă de o totală lipsă de profesionalism și, în loc să aducă susțineri concrete față de argumentele sale arătate pe larg în contestație, acesta recurge, în mod tendențios, la denaturarea afirmațiilor sale.

Din raționamentul juridic, ...SA apreciază că nu poate fi primită nici susținerea autorității contractante conform căreia informațiile privind „istoricul și profilul de trafic de consum” nu erau publice fiind accesibile doar societății sale și autorității contractante.

Referitor la susținerea conform căreia comisia de evaluare a considerat „aceste informații relevante esențiale și utile în elaborarea ofertelor financiare”, ...SA a precizat că aceasta și-a depășit în mod evident atribuțiile prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016, astfel încât aceasta nu poate decide dacă documentația de atribuire nu conține informații relevante pentru operatorii economici. Procedând în acest fel, au fost introduse noi cerințe în documentația de atribuire, ceea ce conduce la încălcarea legislației achizițiilor publice, fapt ce încalcă, în mod grav, drepturile ...SA.

De altfel, autoritatea contractantă nu argumentează, în niciun fel, care a fost raționamentul juridic pentru care a ales termenul de 3 luni pentru stabilirea „istoricului și profilului de trafic de consum”, având în vedere faptul că acesta poate varia, în mod semnificativ, pe tot parcursul desfășurării contractului, într-o astfel de situație singurul efect obținut fiind comunicarea de informații nerelevante și inducerea în eroare a operatorilor economici.

În finalul susținerilor sale ...SA a învederat faptul că nu orice eroare sau omisiune poate determina anularea procedurii de atribuire, legiuitorul stabilind, în mod expres, că acestea trebuie să fie de o anumită gravitate, respectiv să aibă ca efect încălcări ale prevederilor legale sau să facă imposibilă încheierea contractului, condiții neîndeplinite în speță.

În vederea respectării principiului contradictorialității, stipulat de art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, concluziile scrise au fost însoțite de dovada comunicării acestora către părțile din dosarul cauzei.

Autoritatea contractantă a confirmat primirea adresei CNSC nr. 47244/2420 C5/19.11.2019, așa cum reiese din corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 47285/19.11.2019.

La data de 03.12.2019, ...SA a transmis, prin mijloace electronice (e-...l), corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 49573/03.12.2019, reprezentând mandatul d-nei Maria-Raluca Dudău privind depunerea cererii de intervenție.

Prin adresa nr. 49582/2420 C5/03.12.2019, Consiliul a informat părțile cu privire la prelungirea, cu 10 zile, a termenului de soluționare a contestației formulată de ...SA, în conformitate cu prevederile art. 24 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresele nr. 50009/2420 C5/05.12.2019 și nr. 50011/2420 C5/05.12.2019, Consiliul a înștiințat părțile că pot transmite susțineri cu privire la concluziile scrise înregistrate la Consiliu sub nr. 48256/26.11.2019, formulate de ...SA.

Prin corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 49970/05.12.2019, ...SA a remis, în original, Procura datată la 15.11.2019, a dnei. ..., în calitate de Senior Legal Manager al Departamentului Juridic al ...SA, prin care o împuternicește pe dna. ..., să reprezinte ...SA în relația cu CNSC.

...SA a răspuns la solicitarea CNSC nr. 50009/2420 C5/05.12.2019 prin corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 50284/06.12.2019, solicitând Consiliului să aibă în vedere aspectele menționate în cererea sa de intervenție. De asemenea, intervenienta solicită respingerea contestației ca neîntemeiată.

... a răspuns prin adresa nr. 625451/06.12.2019, transmisă prin mijloace electronice și fax, înregistrată la Consiliu sub nr. 50273/06.12.2019, respectiv, sub nr. 50274/06.12.2019, arătând faptul că, la formularea argumentelor din contestație, s-a raportat exclusiv la informațiile menționate de ...SA în contestație, respectiv „istoricul și profilul de trafic de consum al ... /.../ au un caracter strict informativ și nu sunt angajamente”, „includerea unui astfel de istoric și profil de trafic de consum nu prezintă niciun fel de relevanță pentru potențialii ofertanți”, „istoricul și profilul de trafic /.../ nu pot fi utilizate la construirea efectivă a ofertei”, fără a denatura argumentele contestatoarei, așa cum aceasta încearcă să inducă ideea prin argumentele din concluziile scrise.

Referitor la afirmația contestatoarei, potrivit căreia „și celălalt operator economic participant la prezenta licitație, respectiv ...S.A, a luat în calcul pe de o parte traficul estimat, iar pe de altă parte parteneriatul deja existent între părți”, autoritatea contractantă susține că a considerat că afirmația ...S.A. este irelevantă întrucât, începând cu anul 2009, autoritatea contractantă a derulat acorduri-cadru doar cu ... ROMÂNIA.

În ceea ce privește celelalte susțineri ale contestatoarei, autoritatea contractantă reiterează justificarea transmisă anterior Consiliului, și anume „Autoritatea contractantă a considerat că informațiile privind istoricul și profilul de trafic de consum a fost un instrument ce a putut fi utilizat doar de către contestator, ca un avantaj de stabilire a valorilor

unitare aferente serviciilor, așa cum contestatarul însuși afirma fără echivoc, prin adresa de răspuns anterior invocată, respectiv prin mențiunea de la pct. 3. Prețul ofertat «Metodologia ...de calculare a tarifelor ia în considerare necesitățile și profilul estimate de consum a autorității contractante (...)», fapt pentru care valorile și costurile anumitor servicii «au putut fi oferite cu 100% discount», deoarece au fost «incluse în valorile și costurile oferite ale altor servicii».

Având în vedere aceste mențiuni, autoritatea contractantă observă că, prin concluziile scrise transmise, ...S.A. nu aduce niciun argument valid în sprijinul solicitării de anulare a rezultatului procedurii de atribuire.

#### **Aspecte privind confidențialitatea ofertelor:**

Prin actul de sesizare a Consiliului, ...SA, care nu a formulat critici în contestație cu privire la oferta depusă de ...SA), a solicitat acces la dosarul achiziției publice.

Analizând documentele aflate la dispoziția sa, Consiliul a decis să nu pună la dispoziția contestatoarei ...SA, care și-a manifestat dorința de a studia dosarul cauzei, oferta depusă în cadrul procedurii de către ofertantul ...SA, având în vedere faptul că autoarea contestației nu a formulat critici referitoare la această ofertă, fiind astfel, lipsită de interes studierea acestei oferte.

În consecință, Consiliul a pus la dispoziția contestatoarei întregul dosar al achiziției publice, astfel cum a fost transmis de către autoritatea contractantă, cu excepția ofertei ...SA.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat, procedura de atribuire, prin „licitație deschisă”, într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a acordului-cadru având ca obiect „Servicii de telefonie mobilă (voce și date) și servicii de internet mobil, pentru toate unitățile M.A.I.”, cod CPV 64212000-5 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., stabilind data limită de primire a ofertelor la 04.09.2019 ora 15<sup>00</sup>, criteriul de atribuire „prețul cel ... scăzut” și valoarea estimată de 9.478.119,60 EURO, fără TVA, valoarea celui ... mare contract subsecvent pentru 12 luni fiind de 2.577,54 euro fără TVA, respectiv 12.258,78 lei fără TVA.

În cadrul procedurii de atribuire au depus oferte 2 operatori economici, respectiv ...SA și ...SA, aspect consemnat în procesul verbal nr. 623397/05.09.2019. După evaluarea ofertelor, autoritatea contractantă a stabilit rezultatul procedurii de atribuire, consemnat în raportul procedurii nr. 624571/30.10.2019, în sensul că a anulat procedura de atribuire, în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

Nemulțumit de acest rezultat al procedurii, comunicat prin adresa nr. 624572/30.10.2019, ofertantul ...SA a depus contestația care face obiectul prezentei cauze.

Autoarea contestației a prezentat Consiliului dovada respectării dispozițiilor art. 61<sup>1</sup> alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respectiv Recipisa de consemnare nr. 205863110/1 eliberată la data de 08.11.2019 de CEC

Bank – Sucursala Victoria, în sumă de 219,780,00 RON și Recipisa de consemnare nr. 205857115/1 eliberată la data de 06.11.2019 de CEC Bank – Sucursala Victoria, în sumă de 220,00 RON.

Recipisele de consemnare a cauțiunii se vor restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă: *[„(1) Cauțiunea depusă se va restitui, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a procesului în legătură cu care s-a stabilit cauțiunea, respectiv după încetarea efectelor măsurii pentru care aceasta s-a depus. (2) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o în măsura în care asupra acesteia cel îndreptățit nu a formulat cerere pentru plata despăgubirii cuvenite până la împlinirea unui termen de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor măsurii, prevăzute la alin. (1). Cu toate acestea, cauțiunea se restituie de îndată dacă partea interesată declară în mod expres că nu urmărește obligarea celui care a depus-o la despăgubiri pentru prejudiciile cauzate prin încuviințarea măsurii pentru care aceasta s-a depus”]*, coroborate cu dispozițiile art. 61<sup>1</sup> alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare *[„(5) Cauțiunea depusă se restituie, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (6) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o, nu ... devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanța, după caz, se pronunță asupra cererii de restituire a cauțiunii cu citarea părților, printr-o încheiere supusă nu... recursului la instanța ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare”]*.

Cu privire la cererea de intervenție formulată de ...SA, transmisă, atât prin mijloace electronice (e-...) cât și prin poștă, în data de 15.11.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 46755/ 15.11.2019, respectiv sub nr. 47193/19.11.2019, Consiliu constată că aceasta a fost depusă cu respectarea prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, care stipulează că *„Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți 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-a formulat contestație. În cazul prevăzut la art. 6 alin. (7), termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării faptului că s-a formulat contestație”*, în condițiile în care autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de 12.11.2019, contestația formulată de ...SA, astfel că termenul limită de depunere a unor astfel de cereri, calculat prin aplicarea dispozițiilor anterior citate, s-a împlinit la data de 22.11.2019. Rezultă, astfel, că această cerere de intervenție a fost depusă în cadrul termenului legal anterior calculat.

Analizând excepția lipsei de interes a intervenientei, invocată de contestatoare, Consiliul constată că aceasta este nefondată, în condițiile

în care, în procedură au fost depuse doar două oferte, iar în ipoteza în care se va relua procedura de achiziție publică în condiții de legalitate, poate depune ofertă având șansă de a deveni ofertant câștigător.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, art. 64, art. 65 și art. 67 din Codul de procedură civilă, dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză, ...SA a avut calitatea de ofertant, iar cererea sa privește menținerea deciziei autorității contractante de a anula procedura de atribuire și respingerea contestației formulată de ...SA, Consiliul admite, în principiu, cererea de intervenție

Din conținutul contestației rezultă că autoarea acesteia este nemulțumită de decizia autorității contractante de a anula procedura, contestatoarea considerând că aceasta este nelegală și neîntemeiată.

Din conținutul raportului procedurii nr. 624571/30.10.2019 rezultă că membrii comisiei de evaluare au anulat procedura de atribuire având în vedere următoarele aspecte:

*«Comisia a constatat că informațiile cuprinse în **istoricul și profilul de trafic de consum al autorității contractante (M.A.I.) au fost esențiale în elaborarea propunerii financiare.** Arătăm că S.C. ...S.A. a avut exclusiv acces la aceste informații, având semnat cu ...Acordul - cadru nr. 4455615 din 26.04.2017 pentru prestarea serviciilor de telefonie mobilă (voce și date) și servicii de internet mobil, pentru toate unitățile ...pentru perioada 01.05.2017 - 31.12.2019. În temeiul acestui acord-cadru toate unitățile ...au semnat contracte subsecvente de prestare a serviciilor la care am făcut referire, servicii identice cu cele care fac obiectul prezentei proceduri de achiziție publică. În urma centralizării tuturor datelor, S.C. ...S.A. a putut realiza un istoric în ceea ce privește consumul total efectiv al serviciilor consumate de M.A.I., istoric care se afla și în posesia M.A.I., dar care nu a fost atașat Documentației de atribuire ce a fost postată în SEAP în vederea realizării acestei achiziții publice, astfel că potențialii ofertanți nu au avut acces la aceste informații esențiale.*

*Comisia a constatat că S.C. ...S.A. a beneficiat în mod exclusiv de informații esențiale în elaborarea propunerii financiare, aspect care îl confirmă chiar răspunsul acestei societăți la clarificarea sus menționată.*

*Subliniem că, propunerea financiară a S.C. ...S.A. (8.144.851,22 Euro) este cu aproximativ 10 % ... mică decât a celui alt competitor S.C. ...S.A. (9.081.089, 90 Euro). Arătăm că potrivit art. 154 din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care trebuie să conțină toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire. Menționăm că, la acest moment documentația de atribuire nu ... poate fi completată, autoritatea contractantă aflându-se în imposibilitate de a a ... adopta măsuri corective.*

*Prin urmare, comisia a constatat că documentația de atribuire prezintă omisiuni, în sensul că nu conține istoricul și profilul de trafic de*

consum al ...pentru cel puțin 3 luni, informații esențiale și utile potențialilor ofertanți în elaborarea propunerilor financiare, omisiune care poate conduce la nerespectarea principiilor menționate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare. De asemenea, potrivit prevederilor art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr.98/2016 (...).

Totodată, învedereăm că alin. (2) al aceluiași articol din Legea nr. 98/2016, stipulează că în sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin încălcări ale prevederilor legale se înțelege situația în care, pe parcursul procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective, fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2).

Având în vedere constatările expuse, în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 (...), comisia propune anularea procedurii de achiziție „Acord-cadru de servicii de telefonie mobilă (voce și date) și servicii de internet mobil, pentru toate unitățile M.A.I.”».

Verificând lucrările membrilor comisiei de evaluare, Consiliul constată că, în etapa de evaluarea a propunerilor financiare, aceștia au stabilit că oferta de preț a ofertantului ...SA (în valoarea de 8.446.502,82 Euro) are un preț aparent neobișnuit de scăzut și au stabilit, printre altele, necesitatea transmiterii unei solicitări de clarificări ofertantului ...SA, aspect consemnat în procesul verbal nr. 5, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 624135/09.10.2019.

În acest sens, prin adresa nr. 624136/09.10.2019, au solicitat contestatoarei, în conformitate cu prevederile art. 136 din HG nr. 395/2016 și art. 210 din Legea nr. 98/2016, prezentarea de explicații însoțite de dovezi concludente privind:

- „fundamentarea economică a modului de formare a prețului, prin raportare la serviciile furnizate sau metodele de construcție utilizate;
- soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru prestarea serviciilor;
- originalitatea serviciilor propuse de ofertant;
- respectarea obligațiilor prevăzute la art. 51 alin. (1) din Legea 98/2016;
- respectarea obligațiilor prevăzute la art. 218 din Legea 98/2016;
- posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat”.

Prin adresa nr. 19/B2B/7779/48888, ofertantul ...SA a răspuns aceste solicitări precizând, printre altele, următoarele:

„La elaborarea ofertei financiare, ...a folosit o metodologie de formare a prețurilor care ia în considerare: **necesarul serviciilor** ce urmează a fi prestate, **cheltuielile totale** ce urmează a fi suportate pentru livrarea acestora, determinate după o metoda de calculare a tarifelor, avându-se în vedere necesitățile de consum ale autorității contractante, costurile de interconectare pentru terminarea apelurilor în alte rețele naționale, internaționale și roaming, echipamentele și accesoriile oferite, garanția extinsă a terminalelor oferite, precum și a lucrărilor necesare livrării serviciilor solicitate. Toate acestea devin contributorii la formarea prețului ofertat către autoritatea contractantă.

1. *Necesar servicii.(...)*

2. *Construcția ofertei*

*În construcția prețului total al ofertei de 8.446.502,82 Euro au fost luate în considerare următoarele elemente:*

**• Consumurile medii estimate ale fiecărui tip de serviciu, obținute în baza:**

- *informațiilor puse la dispoziție de Autoritatea Contractantă prin intermediul documentației de atribuire și a clarificărilor ulterioare;*
- **a istoricului și profilului de trafic de consum** *având în vedere că Autoritatea Contractată a folosit serviciile noastre de comunicații începând cu anul 2004.*

**• Costurile generate de: (...)**

3. *Prețul ofertat*

*Având în vedere costurile cumulate pentru livrarea tuturor serviciilor solicitate, care se ridică la suma de peste 7.500.000 euro, noi ... ROMÂNIA, respectând integral cerințele caietului de sarcini și legislația în vigoare, am fost în măsură să prezentăm oferta de preț în valoare de 8.446.502,82 EURO.*

*În conformitate cu prevederile art. 210 alin. (2) din Legea 98/2016, vă transmitem justificarea prețului ofertat:*

*a) Fundamentarea economică a modului de formare a prețului, prin raportare la serviciile furnizate: (...)*

*b) Soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebite de favorabile de care beneficiază ...pentru prestarea serviciilor precum și c) originalitatea produselor și serviciilor propuse: (...)*

*c) originalitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor propuse de ofertant: (...)*

*d) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 51 alin. (1):*

*Oferta tehnică și financiară pe care am depus-o în cadrul procedurii a fost construită pe baza caietului de sarcini, a profilului de consum al autorității contractante, capacităților serviciilor solicitate, amplasamentele locațiilor și tehnologiile peste care se livrează serviciile”.*

*Membrii comisiei de evaluare a analizat acest răspuns și, în cadrul procesului verbal nr. 7, înregistrat sub nr. 624486/28.10.2019, au stabilit că aceasta este acceptabilă, însă în cadrul raportului procedurii nr. 624571/30.10.2019, au menționat că ...SA a avut la dispoziție pentru elaborarea ofertei, informații care nu au fost puse la dispoziția tuturor potențialilor ofertanți, ceea ce a condus la anularea procedurii, așa cum s-a reținut la pag. 17-18 a prezentei decizii.*

*Consiliul apreciază ca fiind corectă decizia autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire, în condițiile în care aceasta a constatat, cu ocazia verificării prețurilor oferite, faptul că autoarea contestației a avut la dispoziție informații la care alți ofertanți nu au avut acces.*

*Astfel, așa cum rezultă din răspunsul citat în paragrafele anterioare, însăși contestatoarea a susținut în fața autorității contractante faptul că, unul din elementele luate în considerare în „construcția prețului total al ofertei de 8.446.502,82 Euro”, este*

consumul mediu estimat ale fiecărui tip de serviciu, obținut și în baza **„istoricului și profilului de trafic de consum”**.

Consiliul constată că însăși contestatoarea a stabilit importanța și utilitatea acestor informații, în condițiile în care a înțeles să-și justifice prețul aparent neobișnuit de scăzut prin raportare și la acest element, susținerile contestatoarei din cadrul contestației, potrivit cărora, datele care se referă la istoricul și profilul de trafic de consum „au un caracter strict informativ și nu sunt angajante”, respectiv faptul că acestea „nu prezintă relevanță”, și „nu pot fi utilizate la construirea efectiv a ofertei operatorului”, fiind contradictorii susținerilor din cadrul răspunsului transmis autorității contractante, neputând fi reținute de Consiliu.

Potrivit art. 3 alin. (1) lit. z) din Legea nr. 98/2016, **„documentația de atribuire** - *documentul achiziției care cuprinde cerințele, criteriile, regulile și alte informații necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și explicită cu privire la cerințe sau elemente ale achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire, inclusiv specificațiile tehnice ori documentul descriptiv, condițiile contractuale propuse, formatele de prezentare a documentelor de către candidați/ofertanți, informațiile privind obligațiile generale aplicabile”*.

Ori, în condițiile în care aceste informații nu se regăsesc în cadrul documentației de atribuire, nefiind, astfel, puse la dispoziția tuturor potențialilor ofertanți, rezultă faptul că deținerea și folosirea lor în elaborarea propunerii financiare, în mod exclusiv de către ...SA, are ca efect denaturarea concurenței, fiind încălcat principiul tratamentului egal și principiul nediscriminării, prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora ofertanții trebuie să aibă la dispoziție pentru elaborarea ofertelor, aceleași informații.

Consiliu apreciază că este irelevant soluționării prezentei spețe, faptul că majoritatea procedurilor de atribuire desfășurate nu conțin aceste informații, în condițiile în care fiecare procedură de atribuire are propriile reguli de desfășurare stabilite pentru a satisface nevoile autorităților contractante, iar obligația Consiliului este de a soluționa contestația cu care a fost investit, în speță contestația care vizează procedura de atribuire a acordului-cadru având ca obiect „Servicii de telefonie mobilă (voce și date) și servicii de internet mobil, pentru toate unitățile M.A.I.”.

Susținerea contestatoarei referitoare la faptul că informațiile a căror lipsă din documentația de atribuire a condus la anularea procedurii de atribuire nu prezintă relevanță, întrucât acestea nu au fost solicitate de potențialii ofertanți pe calea solicitărilor de clarificări ce puteau fi adresate autorității contractante, nu poate fi reținută de Consiliu motivat de faptul că potențialii ofertanți nu aveau cunoștință de existența acestor informații.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei referitoare la faptul că intervenienta a luat în calcul „traficul estimat” astfel că a avut posibilitatea cunoașterii informațiilor legate de trafic, Consiliul constată că aceasta nu este de natură a constata că documentația de atribuire a conținut toate informațiile în condițiile în care intervenienta face referire

la estimarea unui trafic, deci nu la date certe, iar contestatoarea face referire la *„istoricul și profilul de trafic de consum având în vedere că Autoritatea Contractată a folosit serviciile noastre de comunicații începând cu anul 2004”*, prin urmare la date certe, astfel încât se constată că informațiile deținute de cei 2 ofertanți nu au fost identice.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei referitoare la invocarea de către intervenient, în justificarea prețului ofertat, a *„parteneriatului deja existent”*, Consiliul constată că aceasta este nerelevantă în condițiile în care, atât din susținerile autorității contractante cât și din susținerile contestatoarei rezultă faptul că, în fapt, cel puțin în ultimii 10 ani, aceste servicii au fost prestate în favoarea autorității contractante de către contestatoarea ... SA și nu de către ...SA.

Consiliul nu poate reține nici susținerea contestatoarei referitoare la faptul că autoritatea contractantă a decis anularea procedurii de atribuire după decriptarea propunerilor financiare și a solicitărilor de justificare a prețurilor oferate, în condițiile în care, membrii comisiei de evaluare au sesizat lipsa din documentația de atribuire a unor informații doar după primirea justificării de preț a ofertantului contestator și, neputând ignora această situație și persista în eroare, la data de 30.10.2019, au anulat procedura de atribuire.

În aceste condiții, Consiliul constată că, într-adevăr, în speță sunt incidente dispozițiile art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 *„Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri: (...) c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului”*, neputându-se reține încălcarea de către autoritatea contractantă a dispozițiilor art. 146 alin. (2) din HG nr. 395/2016, așa cum susține contestatoarea.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei, formulată în cadrul concluziilor scrise, referitoare la faptul că autoritatea contractantă nu a publicat în SEAP justificarea măsurii de anulare a procedurii de atribuire, Consiliul constată că autoarea contestației nu a fost prejudiciată de această situație, în condițiile în care, în cadrul actului atacat, autoritatea contractantă a indicat motivul anulării procedurii de atribuire.

În ceea ce privește practica națională și a CNSC, invocată de către contestatoare, Consiliul o apreciază ca nerelevantă, având în vedere, pe de o parte, faptul că în dreptul românesc precedentul judiciar nu constituie izvor de drept, iar pe de altă parte, faptul că fiecare speță în parte are specificul său și un anumit probatoriu administrat în cauză de părți.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de a depune *„concluzii orale”*, Consiliul o va respinge, aceasta nefiind utilă cauzei întrucât documentele depuse de părți la dosarul cauzei au fost suficiente pentru soluționarea cauzei.

Capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate cu soluționarea prezentei contestații va fi respins, în condițiile în care autorității contractante nu îi sunt incidente dispozițiile art. 453 alin. (1) din Codul de procedură civilă (*„Partea care pierde*

*procesul va fi obligată, la cererea părții care a câștigat, să îi plătească acesteia cheltuieli de judecată”), contestația formulată de ...fiind nefondată.*

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de ...SA, în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă și, pe cale de consecință, va admite cererea de intervenție formulată de ...SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

### **CONSILIUL DECIDE:**

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ...SA, în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă.

Admite cererea de intervenție formulată de ...SA.

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

### **PREȘEDINTE COMPLET**

...

### **MEMBRU COMPLET**

...

...

### **MEMBRU COMPLET**

Redactat în 5 exemplare originale, conține 22 pagini.