CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C. N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, 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. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., formulată de către S.C. ..... S.R.L., în calitate de lider al asocierii S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.A. – S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.R.L., cu sediul în ....., str. ..... nr....., sectorul....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., împotriva adreselor nr. 12368/19.07....., de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, nr. 12511/24.07....., de răspuns la notificarea prealabilă, emise de către ..... S.A., cu sediul în ....., ...nr....., județul ....., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de negociere, organizată în vederea atribuirii contractului de servicii, având ca obiect „..... S.A.”, s-a solicitat .....

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

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., S.C. ..... S.R.L., în calitate de lider al asocierii S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.A. – S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.R.L. critică decizia autorității contractante de declarare a participării sale ca inacceptabilă.

Contestatorul precizează că a depus solicitarea de participare a asocierii la procedura de licitație, scrisoare de garanție bancară pentru participare la licitație, împuterniciri, acord de asociere, declarație de acceptare a condițiilor contractuale, precum și, pentru fiecare membru al asocierii, DUAE și Declarație privind neîncadrarea în situațiile prevăzute de art. 73 din Legea nr. 99/2016. Solicitarea de participare a asocierii, împreuna cu toate documentele depuse în conformitate cu prevederile legale, este admisibilă, întrunește toate exigentele documentației de

achiziție și prevederile legale, iar aceasta are capacitatea tehnico-economică și profesională superioare cerințelor entității contractante și o vastă experiență similară, respectiv poate executa serviciile licitate în condițiile impuse de entitatea contractantă.

Astfel, contestatorul arată că la data de 03.07....., la ora 15:55, a primit, prin fax, o solicitare de clarificări din partea entității contractante, cu termen limită de răspuns la data de 06.07..... ora 14:00. Prin adresa respectivă se solicita detalierea acordului de asociere, din care să rezulte, în mod clar, activitățile ce vor fi prestate de fiecare membru al asocierii, completarea DUAE cu informații privind capacitate de a furniza certificate fiscale pentru fiecare dintre asociați. În aceeași zi, la ora 17:45, s-a primit aceeași comunicare și prin e-mail.

Ulterior depunerii acestui răspuns la clarificări, contestatorul precizează că nu a mai primit nicio altă solicitare de clarificări, prin niciun mijloc de comunicare.

Cu toate acestea, la data de 19.07....., acesta menționează că a primit, prin fax, adresa nr. 12368 de comunicare a rezultatului procedurii, prin care a fost înștiințat că oferta asocierii a fost respinsă ca inacceptabilă, întrucât nu a răspuns unei presupuse solicitări de clarificare.

În temeiul art. 6 din Legea nr. 101/2016, S.C. ..... S.R.L. susține că a formulat notificarea prealabilă nr. 985/21.07....., împotriva măsurii nefondate de respingere ca inacceptabilă a participării sale, iar prin adresa nr 12511/24.07....., entitatea contractantă i-a comunicat faptul că notificarea prealabilă este fără obiect, că își menține poziția anterioară, respectiv faptul că ar fi comunicat solicitarea de clarificări nr. 11743/07.07....., iar acesta nu a răspuns, precum și împrejurarea că în lipsa răspunsului la această solicitare de clarificări, este obligată să aplice prevederile art. 140 alin. (4) din H.G. nr. 394/2016 și de aceea a declarat drept inacceptabilă oferta asocierii.

Contestatorul apreciază că măsura dispusă de entitatea contractantă este nefondată și neîntemeiată, iar prevederile legale încălcate sunt art. 40 din Directiva 25/2014/UE, precum și art. 2, art. 62, art. 199 și art. 221 din Legea nr. 99/2016.

Cu privire la necomunicarea pretinsei adrese de clarificări din 07.07....., S.C. ..... S.R.L. susține faptul că entitatea contractantă avea obligația expresă de a comunica, prin mijloace electronice, orice cerință/solicitare de clarificare, iar această obligație se realizează, așa cum se arată în lege, prin mijloace nediscriminatorii, care asigură interoperabilitatea și trebuie făcută de o asemenea manieră încât să nu fie limitat accesul operatorilor economici la procedura de achiziție publică.

Totodată, contestatorul evocă faptul că solicitarea de clarificări din 03.07..... a fost transmisă de entitatea contractantă atât prin fax, cât și prin e-mail, iar cea din 07.07..... nu a mai fost transmisă prin niciun mijloc de comunicare electronică, iar ulterior, pentru a transmite faptul că oferta a fost respinsă ca inacceptabilă, entitatea contractantă a identificat din nou mijloace electronice prin care să comunice.

În fapt, contestatorul susține că „membrii directoratului, iar nu comisia de evaluare” pretind că ar fi comunicat prin fax solicitarea de clarificări din 07.07..... și că din analiza așa zisei dovezi a comunicării din

07.07....., rezultă că nu s-a transmis absolut nimic, iar din analiza raportului tuturor comunicărilor electronice ale sale din 07.07....., se constată următoarele:

- nu s-a primit în data de 07.07..... niciun e-mail de la entitatea contractantă;

- nu s-a primit în data de 07.07..... niciun fax de la entitatea contractantă;

- a existat în data de 07.07..... o încercare eșuată de comunicare a unui fax la ora 4:19 PM de la numărul entității contractante, dar nu s-a primit nimic, fiind menționată o eroare de comunicare.

- nici entitatea contractantă nu susține că ar fi încercat în data de 07.07..... să comunice de mai multe ori sau prin mai multe mijloace, respectiva adresă, așa cum susține și cu documente că ar fi făcut anterior, în data de 03.07.....

Analizând comparativ raportul fiecărei transmisii prin fax de la entitatea contractantă către contestator, pe care aceasta le-a atașat răspunsului la notificarea prealabilă (din 03.07..... și 07.07.....), cu raportul fiecărei transmisii prin faxul contestatorului din același zile, S.C. ..... S.R.L. arată următoarele:

Raport fax entitate contractantă: 03.07,15:29, prints: 002/002

Raport fax contestator: 03.07, 3:55 pm, primite, 2 pag.

Raport fax entitate contractantă: 07.07, 15:50 prints: 000/001

Raport fax contestator: 07.07, 4:19 pm, primite 0 pag. COMMUNICATION ERROR,

iar, deși ora la care sunt setate cele două aparate fax ale părților este diferită, diferența de timp, dacă sunt luate în calcul și duratele transmisiilor. este aceeași.

Contestatorul arată că respectivele transmisii atestă date ce converg:

- la 03.07 ambele aparate atestă transmisia și primirea a două file;

- la 07.07, aparatul entității contractante a transmis, iar între cele două aparate s-a încercat conexiunea tehnică (aparatul contestatorului a înregistrat încercarea de transmisie, dar nu s-a realizat efectiv transmisia de date și nu s-a reușit realizarea comunicării documentelor, motiv pentru care aparatul său a emis, pentru acea încercare de transmisie, mesajul *communication error*).

- această împrejurare este confirmată și de faptul că nicio pagină nu a fost comunicată la data de 07.07, conform aparat fax entitate contractantă.

Contestatorul reiterează faptul că entitatea contractantă avea obligația să se asigure că orice comunicare este recepționată (în mesajele sale anterioare chiar pretinzând să îi fie expres confirmată primirea), iar aceasta nu are înregistrat că a transmis acel fax, astfel încât nu putea considera că a efectuat o comunicare valabilă, care ar fi putut să producă consecințe juridice.

Întrucât entitatea contractantă nu a comunicat în data de 07.07..... asocierii contestatoare nicio solicitare de clarificări, prin niciun mijloc de comunicare electronică (deși 3 zile înainte comunicase și prin e-mail și prin fax o altă cerere de clarificări), S.C. ..... S.R.L. apreciază că este nulă comunicarea rezultatului procedurii, realizată prin adresa nr. 12368 din 19.07....., întrucât ipoteza acesteia este falsă. Viciul procedural al

necomunicării cererii de clarificări a produs o vătămare ce nu poate fi înlăturată decât prin anularea actului, întrucât declararea ca inacceptabilă a solicitării asocierii contestatoare a fost făcută strict în considerarea lipsei răspunsului la pretinsa cerere de clarificări.

În continuare, contestatorul susține că adresa de solicitare de clarificări din 07.07..... viza aspecte deja comunicate și clarificate, iar prin așa zisa noua cerere de clarificări (necomunicată), nu se urmărea completarea documentației, ci s-a vizat expres inventarea unui motiv pentru a putea descalifica oferta asocierii, în scopul avantajării altor participanți la procedura de atribuire.

Cu privire la acest aspect, contestatorul arată că la data de 03.07....., a primit prin fax, o solicitare de clarificări din partea entității contractante, prin care i se solicita detalierea acordului de asociere, din care să rezulte în mod clar activitățile ce vor fi prestate de fiecare membru al asocierii și completarea DUAE cu informații privind capacitate de a furniza certificate fiscale pentru fiecare dintre asociați, la care, acesta a răspuns, în cadrul termenului impus, prin adresa nr. 906/05.07....., înregistrată la entitatea contractată cu nr. 39949/06.07....., însoțită de documente ce conțin toate clarificările solicitate.

Totodată, se susține că, inițial, în documentația atașată solicitării de participare, în fiecare DUAE menționase calificările profesionale - autorizările - fiecărui asociat și experiența sa similară, iar prin acordul de asociere nr. 770/07.06....., de la filele 8-10 (ce a fost întocmit cu respectarea formularului din documentația de achiziție), prevăzuse cota de participare a fiecărui asociat la realizarea serviciilor obiect al achiziției și la împărțirea beneficiilor.

Ca urmare a solicitării de clarificări din 03.07....., se precizează că a depus entității contractante, DUAE revizuit pentru cei trei asociați, conform cerințelor, precum și detalierea acordului de asociere, din care rezultă în mod clar activitățile ce vor fi desfășurate de către fiecare dintre asociați, precum și în ce proporții din total pe fiecare activitate (document întocmit în deplină concordanță cu prevederile caietului de sarcini și cu indicarea expresă a fiecăreia dintre activitățile prevăzute la Cap. 3 Descrierea detaliată a modului de desfășurare a activității din caietul de sarcini și pct. III.2.1. din fișa de date a achiziției).

Concluzionând, S.C. ..... S.R.L., în calitate de lider al asocierii S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.A. – S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.R.L. solicită C.N.S.C. admiterea contestației, anularea raportului procedurii prin care oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, anularea adreselor nr. 12368/19.07..... de comunicare a rezultatului procedurii și nr. 12511/24.07..... de răspuns la notificarea prealabilă, anularea tuturor actelor subsecvente emise de entitatea contractantă după excluderea sa din procedura de atribuire, inclusiv a comunicărilor privind rezultatul procedurii și a contractului de achiziție, obligarea entității contractante la reluarea, de la momentul excluderii sale, a procedurii de atribuire, respectiv obligarea acesteia la solicitarea propunerii tehnice și financiare sau orice alte documentații prevăzute de lege și de documentația de achiziție și evaluarea participărilor în baza criteriilor de atribuire prevăzute în documentația de atribuire, precum și obligarea entității contractante la respectarea deciziei

C.N.S.C, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice.

În punctul său de vedere nr. 13589/08.08....., înregistrat la C.N.S.C. cu nr. 33057/09.08....., ... S.A. solicită respingerea contestației ca nefondată și neîntemeiată, precum și menținerea ca legale a actelor a căror anulare se solicită, având în vedere următoarele considerente:

După deschiderea solicitărilor de participare, inclusiv DUAE, entitatea contractantă arată că a întocmit trei procese-verbale de analiză a documentelor de participare:

- la data de 03.07....., în urma căruia a solicitat, prin fax, clarificări tuturor operatorilor economici participanți;
- la data de 07.07....., urmare a răspunsurilor primite, în urma căruia au mai solicitat clarificări, prin fax, unui număr de 3 operatori economici, printre care și contestatorului;
- la data de 12.07....., urmare a răspunsurilor primite, în baza căruia a fost elaborat raportul intermediar de calificare/selectare a solicitărilor de participare și DUAE nr. 12367/19.07.....,

iar la data de 19.07....., au fost comunicate operatorilor economici participanți, rezultatele selecției, solicitarea de participare a contestatorului fiind respinsă ca inacceptabilă în temeiul art. 140 alin. (4) din H.G. nr. 394/2016.

Cu privire la contestație, entitatea contractantă solicită, pe cale de excepție, să se constate inadmisibilitatea acesteia în raport cu primul capăt de cerere (anularea adresei nr. 12368/19.07..... prin care a fost comunicat rezultatul selecției), având în vedere dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016, care stabilește că o contestație în fața C.N.S.C. poate avea ca obiect doar răspunsul entității contractante că nu va adopta măsuri de remediere, lipsa răspunsului la notificarea prealabilă sau măsurile de remediere efectiv adoptate, iar adresa a cărei anulare se cere, nu se încadrează în niciuna dintre aceste situații prevăzute de lege.

Pe fond, entitatea contractantă arată că nu pot fi reținute alegațiile contestatorului cu privire la necomunicarea pretinsei cereri de clarificări din 07.07....., deoarece în răspunsul său nr. 12511/24.07....., formulat la notificarea prealabilă înregistrată sub nr. 12477/21.07....., se arată că solicitarea de clarificări nr. 11743/07.07..... a fost transmisă contestatorului prin fax, la ora 15:50, ataşând confirmarea („result OK") transmiterii faxului.

Potrivit art. 78 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, entitatea contractantă evocă faptul că orice comunicare, solicitare, informare, notificare și altele asemenea, prevăzute de prezenta lege, sunt transmise în scris, prin mijloace electronice de comunicare sau, ca excepție, prin alte mijloace decât cele electronice.

Astfel, în procedurile offline, ... S.A. aplică regula generală de comunicare a documentelor prevăzute de lege prin fax și, prin excepție, dacă fax-ul nu emite confirmarea („result OK"), și prin e-mail (situație în care a fost transmisă prima solicitare de clarificări din data de 03.07.....). Întrucât ..... S.A. a avut confirmarea transmiterii fax-ului din data de 07.07....., nu a fost necesară transmiterea și prin e-mail a adresei nr. 11743, prin care au fost solicitate clarificări.

Susținerea contestatorului că, potrivit raportului comunicărilor electronice ale acestuia din 07.07....., nu a primit nicio adresă prin fax, acesta afișând „communication error", nu dovedește culpa entității contractante în comunicarea respectivei adrese, iar conform confirmării („result OK"), adresa a fost transmisă la ora 15:50, în timpul programului normal de lucru, contestatorul având posibilitatea, în momentul în care a constatat eroarea transmisiunii, să o contacteze și să solicite retransmiterea adresei.

Cu privire la discriminare, invocată de contestator, entitatea contractantă precizează că prin prima solicitare de clarificări din data de 03.07....., a solicitat detalierea acordului de asociere, din care să rezulte în mod clar activitățile ce vor fi prestate de fiecare membru al

asocierii, iar ca urmare a răspunsului primit, s-a emis cea de-a doua solicitare de clarificări, prin care se cerea corelarea activităților ce vor fi prestate de fiecare membru al asocierii, cu atestările (ANRE, ANCPI) pe care le deține fiecare membru al asocierii. Comisia de evaluare, având în vedere detalierea acordului de asociere/etapele de realizare detaliate procentual pe fiecare asociat, precum și atestările declarate în DUAE pe care le deține fiecare asociat, a constatat inadvertențe între activitățile ce vor fi prestate de fiecare membru al asocierii și atestările necesare prestării acestora, respectiv:

- pentru identificarea prin etichetare a elementelor în teren este necesar atestat ANRE tip C1A, iar asociații S.C. ..... S.R.L. și S.C. ..... S.R.L., ce vor realiza 40 % și respectiv 25% din această activitate, nu dețin un astfel de atestat;
- pentru colectarea coordonatelor geografice ale tuturor elementelor situate pe domeniul public sau pe proprietate privată, este necesar certificatul ANCPI, iar S.C. ..... S.R.L., ce va realiza 10 % din această activitate, nu deține un astfel de atestat;
- pentru colectarea numărului și direcției indicative a branșamentelor fiecărui element (situate atât pe proprietate privată, cât și pe publică), în vederea desenărilor pe schemă, este necesar atestat ANRE tip C1A, iar asociații S.C. ..... S.R.L. și ..... S.A., ce vor realiza 20% și respectiv 30% din această activitate, nu dețin un astfel de atestat;
- pentru colectarea atributelor elementelor este necesar atestat ANRE tip C1A, iar asociații S.C. ..... S.R.L. și ..... S.A., ce vor realiza 20% și respectiv 30% din această activitate, nu dețin un astfel de atestat.

Având în vedere prevederile art. 58 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016 și cerința prevăzută la Cap. III.2.1 b) din fișa de date a achiziției („... cu condiția ca respectivul membru să execute partea din contract pentru care este solicitată autorizația respectivă"), ... S.A. a considerat oportună solicitarea unor clarificări suplimentare cu privire la acest aspect, acordând contestatorului posibilitatea de a revizui DUAE în cazul în care, din eroare, asociații s-au angajat să execute activități/părți din contract pentru care nu dețineau autorizațiile specifice.

Prin urmare, entitatea contractantă susține că tuturor participanților la procedură, în egală măsură, li s-a oferit posibilitatea de remediere a eventualelor vicii de formă ale documentelor de calificare depuse, astfel că nu poate fi reținută sub nicio formă acuzația de discriminare, nici chiar în situația în care aceasta ar fi aplicat dispozițiile art. 228 alin. (6) din Legea nr. 99/2016 și a Notificării ANAP privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectorială, respectiv respingerea candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAE.

Totodată, entitatea contractantă precizează că se invocă, eronat, încălcarea art. 199 și art. 200 din Legea nr. 99/2016, întrucât art. 199 vizează cumulul resurselor asociaților în ce privește îndeplinirea criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională (în speță, criteriul de calificare este Capacitatea de exercitare a activității profesionale, distinct de Capacitatea tehnică și profesională, conform art. 185 din Legea nr. 99/2016), iar în ce privește art. 200 invocat ca pretins încălcat, se precizează faptul că nicio entitate contractantă nu poate impune unui operator economic/membru al asocierii, sarcini care exced calificării acestuia.

Referitor la capătul de contestare cu privire la nulitatea comunicării rezultatului procedurii, întrucât este emisă de membrii directoratului societății, în loc să fie emise de către organul competent, comisia de evaluare, ... S.A. arată că nici acest motiv nu subzistă criticii, întrucât art. 133 din H.G. nr. 394/2016 stabilește, printre atribuțiile comisiei de evaluare, verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați, elaborarea solicitărilor de clarificări, stabilirea participărilor admisibile și elaborarea proceselor-verbale aferente fiecărei ședințe, a rapoartelor intermediare aferente fiecărei etape și a raportului procedurii de

atribuire. Rapoartele intermediare şi raportul procedurii de atribuire se înaintează de către preşedintele comisiei de evaluare conducătorului entităţii contractante, spre aprobare. Comunicările aferente acestor rapoarte sunt semnate de către conducătorul entităţii contractante, în speţă directoratul societăţii, conform principiului accesorium sequitur principale.

Pe cale de consecinţă, ... S.A. solicită C.N.S.C. respingerea ca nefondată a contestaţiei formulată de către S.C. ..... S.R.L., în calitate de lider al asocierii S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.A. – S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.R.L. şi menţinerea ca legale a actelor a căror anulare se solicită.

Prin adresa nr. 1083/16.08....., înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 34084/....., S.C. ..... S.R.L. transmite note scrise, cu privire la excepţia inadmisibilităţii contestaţiei, invocată de autoritatea contractantă în punctul de vedere, pe care solicită să fie respinsă ca neîntemeiată, pentru următoarele motive:

Contestatorul evocă prevederile art. 2 şi art. 3 din Legea nr. 101/2016, precizând că adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire este nelegală şi vătămătoare, iar anularea restului actelor ar fi fără sens, dacă ar rămâne valabilă o comunicare a rezultatului procedurii, care este nelegală.

Astfel, contestatorul arată că doar printr-o interpretare restrictivă şi contrară sensului legii, a putut autoritatea contractantă să invoce excepţia inadmisibilităţii solicitării de anulare a comunicării rezultatului procedurii şi citează prevederile art. 26 din Legea nr. 101/2016.

În continuare, contestatorul precizează că a atacat si prin notificarea prealabilă şi prin contestaţie, toate actele emise de autoritatea contractantă la acel moment, respectiv 07.07..... (comunicările, raportul procedurii, procesele-verbale.

Concluzionând, contestatorul solicită respingerea ca neîntemeiată a excepţiei inadmisibilităţii capătului de cerere cu privire la anularea adresei nr. 12368/19.07..... de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, invocată de autoritatea contractantă.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situaţie de fapt:

În calitate de entitate contractantă, ... S.A. a iniţiat o procedură de negociere, organizată în vederea atribuirii contractului de servicii, având ca obiect „..... S.A”, cod CPV 72314000-9 Servicii de colectare şi de colaţionare de date (Rev.2) şi 71351810-4 Servicii de topografie (Rev.2), prin publicarea în S.E.A.P. a anunţului de participare nr. ...../.....

Conform anunţului de participare şi a documentaţiei de atribuire, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preţ”, iar valoarea estimată a contractului de servicii este de 21.735.000 lei, fără TVA.

Conform menţiunilor existente în procesul-verbal nr. 9932/08.06..... de deschidere şi evaluare a participărilor şi a formularului DUAE, 4 operatori economici au depus cereri de participare, unul dintre aceştia fiind asocierea S.C. .....S.R.L. – S.C. ..... S.A. – S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.R.L., contestatorul din prezenta cauză.

Comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire a fost făcută de autoritatea contractantă către S.C. ..... S.R.L., în calitate de lider al asocierii S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.A. – S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.R.L., prin adresa nr. 12368/19.07.....

În conformitate cu prevederile Legii nr. 101/2016, S.C. ..... S.R.L., în calitate de lider al asocierii S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.A. – S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.R.L. a transmis autorităţii contractante notificarea prealabilă nr. 985/21.07....., la care, aceasta a răspuns prin adresa nr. 12511/24.07....., precizând că nu se impune adoptarea de măsuri de remediere.

Analizând contestaţia formulată de către S.C. ..... S.R.L., în calitate de lider al asocierii S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.A. – S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.R.L., Consiliul constată că cererea acestuia vizează

rezultatul procedurii, comunicat prin adresa nr. 12368/19.07....., respectiv decizia de respingere, ca inacceptabilă, a solicitării de participare, motivat de faptul că ofertantul contestator nu a răspuns la solicitarea de clarificare transmisă de entitatea contractantă prin adresa nr. 12368/19.07.....

Temeiul de drept invocat de ..... S.A. în decizia de respingere, ca inacceptabilă, a solicitării de participare depusă de către asocierea S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.A. – S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.R.L. a fost art. 140 alin. (4) din H.G. nr. 394/2016, și anume netransmiterea, în termen, a răspunsului la clarificări, deși solicitarea de clarificări, înaintată prin adresa nr. 11743/07.07....., i-a fost transmisă ofertantului în discuție prin fax, la numărul 0212218377, adică prin același mijloc de comunicare utilizat și în cazul altor solicitări.

Verificând susținerile părților prin raportare la documentele aflate la dosarul achiziției publice și la prevederile legale aplicabile, Consiliul constată că decizia autorității contractante, de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei depusă de către S.C. ..... S.R.L., în calitate de lider al asocierii S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.A. – S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.R.L., a fost legală, motiv pentru care o va menține ca atare.

În luarea deciziei, Consiliul constată că prezintă relevanță în cauză, pe de-o parte, dispozițiile art. 78 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, care stabilește că *„(1) Orice comunicare, solicitare, informare, notificare și altele asemenea, prevăzute de prezenta lege, sunt transmise în scris, prin mijloace electronice de comunicare sau, prin excepție, prin alte mijloace decât cele electronice*", iar, pe de altă parte, faptul că, pe tot parcursul derulării prezentei proceduri de atribuire, entitatea contractantă a utilizat „faxul", ca modalitate de transmitere a documentelor scrise.

Astfel, ținând seama de cele menționate anterior, Consiliul reține faptul că pe parcursul derulării procedurii, autoritatea contractantă a procedat în aceeași manieră în care a procedat și atunci când i-a transmis ofertantului contestator adresa nr. 11394/03.07....., purtând corespondența cu candidații participanți, așadar inclusiv cu ofertantul în cauză, prin intermediul faxului.

Sub acest aspect, Consiliul constată că, în etapa de evaluare a ofertelor, entitatea contractantă a folosit același număr de fax 0212218377 (indicat de ofertantul contestator în oferta sa, formularul 7.1) pentru alte solicitări de clarificări la care acesta a răspuns, cu titlu exemplificativ urmând a se reține faptul că, în data de 03.07....., entitatea contractantă i-a transmis acestui candidat, la numărul de fax 0212218377, solicitarea de clarificare nr. 11394, solicitare trimisă și recepționată, dovada în acest sens constituind-o dovada faxului trimis de către entitatea contractantă, care a listat, în afară de numărul de fax, ora și data transmisiei, durata transmisiei, numărul de pagini trimise, imaginea documentului care s-a transmis și dacă transmisia a fost efectuată sau nu cu succes.

Argumentul prezentat de contestator conform căruia această solicitare de clarificări a fost transmisă atât prin fax cât și prin e-mail, spre deosebire de solicitarea de clarificări din data de 07.07....., nu poate fi primit de către Consiliu, în condițiile în care se constată că prima solicitare a fost

transmisă prin fax, de trei ori fiind recepționat mesajul „Result: no ans” (a se vedea filele 481-483 din D.A.P., vol. 1) iar a patra oară mesajul „Result: ok” (a se vedea filele 484, 485 din D.A.P. vol. 1), motiv pentru care autoritatea contractantă a transmis documentul și prin e-mail, iar solicitarea de clarificări din data de 07.07..... a fost transmisă prin fax și recepționată, conform documentului existent la dosarul achiziției publice, la fila 764, vol. 2.

Se constată că în aceeași manieră a procedat entitatea contractantă și atunci când a transmis adresa de clarificări nr. 11743/07.07..... la același număr de fax la care i-a mai transmis și alte clarificări S.C. ..... S.R.L., în calitate de lider al asocierii S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.A. – S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.R.L., la dosarul achiziției publice regăsindu-se dovada faxului trimis de către entitatea contractantă, cu toate informațiile indicate anterior (a se vedea filele 754-755 din D.A.P., vol. 1/2).

Astfel, susținerile contestatorului conform cărora motivul reținut de entitatea contractantă, în decizia de respingere, ca inacceptabilă, a participării sale, este nelegal, în condițiile în care nu i-a fost transmisă solicitarea de clarificări prin niciun mijloc de comunicare: poștă, fax sau mijloace electronice, sunt neîntemeiate, Consiliul constatând că la dosarul cauzei se regăsește dovada confirmării de primire a adresei nr. 11743/07.07.....

Sub aspectul realității comunicării adresei nr. 11743/07.07....., Consiliul constată că entitatea contractantă a făcut dovada expedierii acesteia, confirmarea „ok” obținută în mod automat din partea terminalului având semnificația primirii acestei adrese de către ofertantul contestator.

În consecință, constatând că asocierea S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.A. – S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.R.L. nu a făcut dovada contrară aspectului dovedit de autoritatea contractantă, respectiv al comunicării adresei nr. 11743 în data de 07.07....., Consiliul nu poate să ia în considerare simplele susțineri ale contestatorului referitoare la nerecepționarea adresei de clarificări menționată anterior, depunerea de către contestator a documentului anexat contestației, existent la pagina 26, unde se menționează „communication error” de la nr. 0372523811, aparținând autorității contractante, neputând fi luat în considerare atâta timp cât, din conținutul acestuia, nu se poate identifica dacă este vorba despre clarificarea din 07.07.....

În sensul că raportul aparatului fax (singur sau coroborat cu alte probe) poate face dovada primirii documentului transmis:

– deciziile nr. 3226 din 23 mai 2012 (raportul de comunicare a rezultatului procedurii prin fax face proba acestei comunicări în absența unei probe contrare. Termenul de contestare se calculează în funcție de data primirii pe fax a comunicării, nu de la data primirii prin poștă) și nr. 7049 din 19 iunie 2013 (raportul fax cu mențiunea „*ok*” face dovada comunicării și primirii adresei transmise ofertantei de către autoritate. Ofertanta este cea care trebuie să dovedească faptul că nu a primit adresa transmisă prin fax), Curtea de....., Secția de contencios administrativ și fiscal;

– decizia nr. .....din 18 septembrie 2013 (raportul fax cu mențiunea „*ok*”, coroborat cu relațiile primite din partea operatorilor de telefonie la care sunt abonate părțile, face dovada comunicării și primirii adresei transmise

ofertantei de către autoritate), Curtea de Apel....., Secția contencios administrativ și fiscal;

– deciziile civile nr. .....din 30 mai 2011 (raportul de transmitere a contestației pe fax face dovada primirii contestației de către autoritate, în contextul în care aceasta nu demonstrează că a primit altceva de la contestatoare prin respectiva transmisiune fax) și nr. 2729 din 25 iunie 2012 (raportul fax cu mențiunea „ok" face dovada comunicării și primirii adresei transmise ofertantei de către autoritate. Ofertanta este cea care trebuie să dovedească faptul că, în realitate, nu ar fi primit adresa transmisă prin fax), Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal.

În ceea ce privește excepţia inadmisibilităţii capătului de cerere, de anulare a adresei nr. 12368/19.07....., de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, formulat de către S.C. ..... S.R.L., în calitate de lider al asocierii S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.A. – S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.R.L., invocată de autoritatea contractantă ..... S.A. motivat de faptul că dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016 stabilesc că o contestație în fața C.N.S.C. poate avea ca obiect doar răspunsul entității contractante că nu va adopta măsuri de remediere, lipsa răspunsului la notificarea prealabilă sau măsurile de remediere efectiv adoptate, iar adresa a cărei anulare o cere contestatorul nu se încadrează în niciuna dintre aceste situații prevăzute de lege, Consiliul o va respinge, ca neîntemeiată (excepția fiind, totodată, unită cu fondul cauzei), în condițiile în care rezultatul procedurii de atribuire a fost materializat în adresa nr. 12368/19.07....., rezultat contestat prin notificarea prealabilă și, implicit, prin contestație.

În consecință, pentru toate aceste considerente, constatând că decizia de respingere, ca inacceptabilă, a participării depusă de către asocierea S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.A. – S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.R.L., a fost legală, în baza art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, Consiliul respinge contestația formulată de către S.C. ..... S.R.L., în calitate de lider al asocierii S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.A. – S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.R.L., în contradictoriu cu ..... S.A., ca nefondată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge contestația formulată de către S.C. ..... S.R.L., în calitate de lider al asocierii S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.A. – S.C. ..... S.R.L. – S.C. ..... S.R.L., cu sediul în ....., str. .....nr....., sectorul....., în contradictoriu cu ..... S.A., cu sediul în ....., Calea Severinului nr. 97, județul ....., ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREŞEDINTE, MEMBRU, MEMBRU,
…… …… ……