CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.
Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, Bucureşti, 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) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia nr. 2410/12.07.2016, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 21223/12.07.2016, depusă de către ..., cu sediul în ... având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului J... şi Cod Unic de Înregistrare ..., formulată împotriva adresei nr. 7025/27.06.2016 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, emisă de către ...., în calitate de autoritate contractantă cu sediul în ..., referitoare la procedura de cerere de oferte cu fază finală de licitaţie electronică, privind atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „Modernizare DJ 112 de la km 10 + 100 până la km 18 + 500, Limita judeţ Braşov – limita UAT Sfântu Gheorghe”, s-a solicitat anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. 7025/27.06.2016, reevaluarea ofertelor conform fişei de date a achiziţiei şi reluarea procedurii de atribuire şi stabilirea ofertei câştigătoare.

Prin adresa nr. 1691/20.07.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 22258/21.07.2016, SC ... SRL cu sediul în ... având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului J... şi Cod Unic de Înregistrare ..., calitate de câştigătoare a procedurii antemenţionate, formulează cerere de intervenţie în interes propriu, în care solicită respingerea contestaţiei SC ... SRL ca nefondată şi pe cale de consecinţă menţinerea actelor întocmite în cadrul procedurii de către autoritatea contractantă ca temeinice şi legale şi pe cale de consecinţă continuarea procedurii de atribuire.

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia de faţă prin care SC ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de cerere de oferte indicată mai sus, organizată de ..., critică adresa nr. 7025/27.06.2016 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii de

atribuire, prin care oferta sa a fost declarată neconformă în temeiul art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006, rezultat considerat ca fiind netemeinic şi emis în completă ignorare a prevederilor legale aplicabile în materia achiziţiilor publice.

În fapt, contestatoarea menţionează că pe parcursul perioadei de evaluare a ofertelor, a primit din partea autorităţii contractante solicitarea de clarificări formale prin adresa nr. 4433/20.04.2016, termenul pentru transmiterea răspunsului fiind 27.04.2016 ora 09.00:

„Ofertantul nr. 1 – SC ... SRL.

Conform art. 11 alin. (5) din HG nr. 925/2016 cu modificările şi completările ulterioare, solicităm prezentarea următoarelor documente:

1. *Cifra globală de afaceri pe ultimii 3 ani din formularul G8, inclusiv anul 2015, cerinţă formulată conform fişei de date III.2.2 (2013, 2014, 2015),*
2. *Valabilitatea declaraţiilor de disponibilitate (G15) pentru ..., datele completării fiind 11.04.2016, ulterioare datei de deschidere"*.

Având în vedere cele precizate anterior, contestatoarea învederează că clarificările solicitate vizează aspecte total nesemnificative, documentele menţionate fiind depuse în cadrul documentelor de calificare.

În ceea ce priveşte situaţia sa economico-financiară, contestatoarea susţine că au fost depuse documente din care reieşea care este cifra globală de afaceri, iar în ceea ce privesc declaraţiile de disponibilitate pentru dna ... şi pentru dnul ..., este vorba despre o eroare materială, consemnându-se eronat data completării ca fiind 11.04.2016 în loc de 01.04.2016. Nici nu se poate trage o astfel de concluzie în condiţiile în care declaraţiile existau în cadrul documentelor de calificare iar oferta şi documentele au fost deschise anterior datei de 11.04.2016.

Contestatoarea susţine că a răspuns solicitării de clarificări prin adresa nr. 1379/27.04.2016, optând pentru transmiterea acestor documente prin fax, în conformitate cu prevederile art. 59 şi art. 60 din OUG nr. 34/2006.

În data de 27.04.2016, în jurul orei 8.00, contestatoarea susţine că a încercat să transmită adresa sa la nr. de fax 0267.351.228, comunicat în invitaţia de participare publicată în SEAP sub nr. .....

De la momentul publicării invitaţiei de participare, la procedură nu a existat nicio erată sau vreun alt document postat prin care să fie anunţat faptul că numărul de fax a fost schimbat, invocarea că prin solicitarea de clarificări s-a indicat un alt număr, nu este un argument necesar şi suficient pentru a se reţine vreo culpă din partea sa.

Contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă nu-şi poate invoca propria turpitudine, invocând faptul că numărul de fax la care trebuia trimis răspunsul la clarificări este 0267.310.060.

În data de 27.04.2016, faxul autorităţii contractante era cel mai probabil defect, astfel că transmiterea prin fax a eşuat. Astfel, având în vedere faptul că, în perioada 26 – 27.04.2016 nu a funcţionat faxul autorităţii contractante, contestatoarea nu a reuşit să trimită răspunsul până la termenul stabilit prin acest mijloc de comunicare, transmiţând răspunsul pe adresa de mail specificată în fişa de date a achiziţiei. În urma unei verificări ulterioare efectuate la registratura generală a autorităţii

contractante, s-a confirmat faptul că faxul nu a funcţionat, existând o problemă tehnică.

Astfel, au fost încălcate dispoziţiile art. 2 alin. (2) lit. a) şi lit. b) din OUG nr. 34/2006, prin încălcarea principiului nediscriminării şi tratamentului egal al participanţilor la procedură, precum şi prevederile art. 26 alin. (2) din HG nr. 925/2006, autoritatea contractantă modificând informaţiile din anunţul de participare, indicând un alt număr de fax prin solicitarea de clarificări şi nu prin anunţ tip erată la anunţul iniţial.

În opinia contestatoarei, decizia autorităţii contractante de declarare a ofertei sale ca neconformă, este abuzivă, în condiţiile în care întârzierea sa de 1 oră şi 37 minute a fost cauzată de nefuncţionarea faxului autorităţii contractante. Mai mult, clarificările solicitate sunt formale, „eroarea de dactilografiere" strecurată în cuprinsă declaraţiilor de disponibilitate se încadrează în categoria „viciilor de formă".

De asemenea, se învederează faptul că autoritatea contractantă a transmis pe fax, încă o dată aceleaşi solicitări de clarificări, având nr. 6829/22.06.2016, conţinutul solicitării fiind identic cu cel din 20.04.2016:

„Ofertantul nr. 1 – SC ... SRL.

Conform art. 11 alin. (5) din HG nr. 925/2016 cu modificările şi completările ulterioare, solicităm prezentarea următoarelor documente:

1. *Cifra globală de afaceri pe ultimii 3 ani din formularul G8, inclusiv anul 2015, cerinţă formulată conform fişei de date III.2.2 (2013, 2014, 2015),*
2. *Valabilitatea declaraţiilor de disponibilitate (G15) pentru ..., datele completării fiind 11.04.2016, ulterioare datei de deschidere.*

Vă rugăm să ne transmiteţi documentele solicitate în original, până la data de 23.06.2016, ora 10.00 la Registratura Generală a Consiliului Judeţean ...".

De data aceasta, autoritatea contractantă a solicitat transmiterea documentelor, în original, până la data de 23.06.2016, ora 10.00, la Registratura Generală a Consiliului Judeţean ...

Contestatoarea afirmă că a depus documentele solicitate în original până la data de 22.06.2016 la Registratura Generală a Consiliului Judeţean Covasna aşa cum a solicitat autoritatea contractantă şi totuşi, oferta sa a fost declarată neconformă, prin adresa nr. 7025/27.06.2016.

Astfel, nu se poate reţine că SC ... SRL nu a răspuns sau că aceasta a răspuns neconcludent, în condiţiile în care întârzierea a fost nesemnificativă şi neimputabilă acesteia.

Prin adresa nr. 1691/20.07.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 22100/20.07.2016, SC ... SRL a formulat cerere de intervenţie principală, în care solicită respingerea contestaţiei ca nefondată, menţinerea tuturor actelor întocmite în cadrul procedurii ca temeinice şi legale şi pe cale de consecinţă, continuarea procedurii de atribuire prin semnarea contractului de achiziţie publică cu ofertantul câştigător.

În subsidiar, în cazul în care cererea de intervenţie principală va fi respinsă, SC ... SRL solicită admiterea în principiu a cererii de intervenţie accesorie, prin care sprijină apărările autorităţii contractante în legătură cu procedura de atribuire în discuţie.

În privinţa formulării de către contestatoare a plângerii prealabile conform art. 6 din Legea nr. 101/2016, intervenienta invocă excepţia inadmisibilităţii contestaţiei formulate de către SC ... SRL, în ipoteza în care plângerea prealabilă nu a fost formulată cu respectarea termenului prevăzut de art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

De asemenea, în măsura nerespectării de către contestatoare a termenului de formulare a contestaţiei, reglementat de art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, intervenienta invocă excepţia tardivităţii formulării contestaţiei.

Referitor la criticile potrivit cărora ”clarificările solicitate vizează aspecte total nesemnificative, documentele menţionate fiind în cadrul documentelor de calificare (...)”, intervenienta apreciază că acestea sunt neîntemeiate conform art. 11 alin. (5) din HG nr. 925/2006.

De asemenea, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări operatorilor economici cu privire la documentele din ofertă conform art. 35 şi 78 din HG nr. 925/2006, precum şi art. 201 din OUG nr. 34/2006.

Astfel, odată recepţionată solicitarea de clarificări din partea autorităţii contractante, ofertantul are obligaţia de a răspunde la aceasta în termenul prevăzut de către autoritatea contractantă, sub sancţiunea prevăzută în mod expres la art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006, respectiv respingerea ofertei ca neconformă.

În măsura în care contestatoarea ar fi considerat că solicitările de clarificări ale autorităţii contractante sunt nelegale/nejustificate sau că vizează aspecte nesemnificative, aceasta ar fi putut contesta solicitările de clarificări, în termenul legal, ce curge de la data primirii solicitărilor de clarificări. În lipsa unei contestări sub acest aspect, operatorul economic devine debitorul obligaţiei de a răspunde solicitării de clarificări în măsura în care nu a atacat-o cu contestaţie.

Astfel, orice critici invocate la acest moment cu privire la natura clarificărilor solicitate de către autoritatea contractantă (caracterul temeinic, justificat sau legal al acestora) sunt tardive, sens în care invocăm excepția tardivității criticilor contestatoarei cu privire la caracterul pretins nesemnificativ/nelegal al clarificărilor solicitate de către autoritatea contractantă.

Referitor la criticile contestatoarei potrivit cărora aceasta s-a aflat în imposibilitatea transmiterii în termen a răspunsului la clarificările solicitate de către autoritatea contractantă, din cauze imputabile autorităţii contractante, respectiv nefuncţionarea fax-ului, intervenienta menţionează că aceasta a ales prin propria sa voinţă să depună răspunsul la clarificări ulterior termenului indicat de către autoritatea contractantă (prin e-mail, în data de 27.04.2016, ora 10:36 a.m.), aspect recunoscut de către contestatoare şi în cadrul contestaţiei depuse.

Mai mult, cunoscând implicaţiile şi efectele transmiterii răspunsului după momentul stabilit de către autoritatea contractantă în cadrul adresei de solicitare de clarificări (termen acceptat prin necontestarea acestuia în termenul legal), contestatoarea alege să transmită prin e-mail răspunsul la clarificări, abia ulterior momentului impus de autoritatea contractantă şi acceptat de contestatoare.

Rezultă, aşadar, că operatorul economic este singurul în măsură să stabilească modalitatea şi momentul transmiterii răspunsului la solicitările de clarificări.

Astfel, potrivit principiului de drept „nemo auditur propriam turpitudinem allegans" contestatoarea nu poate invoca propria culpă, propria pasivitate, ca motiv al imposibilităţii depunerii răspunsului la solicitările de clarificări în termenul impus de către autoritatea contractantă, întrucât nu a funcţionat faxul autorităţii contractante, deoarece avea la îndemână, în ipoteza în care într-adevăr nu funcţiona faxul, şi alte mijloace de comunicare a răspunsului la clarificări, cu respectarea termenului indicat de către autoritatea contractantă, respectiv personal, prin serviciul registratură al autorităţii, prin servicii de curierat/poștă, prin e-mail.

Mai mult, contestatoarea a optat şi pentru varianta e-mail, prin care s-a şi comunicat răspunsul la clarificări, însă cu nerespectarea termenului indicat de către autoritatea contractantă. Netransmiterea clarificărilor prin e-mail, în interiorul termenului, este imputabilă contestatoarei.

Faţă de aceste aspecte, aplicând principiul simetriei actelor juridice coroborat cu cel al analogiei legii, se poate constata că în speţă sunt aplicabile şi dispoziţiile art. 172 din OUG 34/2006 în sensul că riscul transmiterii ofertelor/răspunsului la solicitările de clarificări cade în sarcina operatorului economic, clarificările aduse ofertei prezentate în procedură făcând parte din ofertă, având astfel acelaşi regim de transmitere.

Dacă contestatoarea ar fi fost diligentă şi prudentă, ar fi putut din vreme să-şi conserve dreptul de a răspunde la solicitările de clarificări şi să împiedice astfel aplicarea de către autoritatea contractantă a sancţiunii de respingere a ofertei sale potrivit art. 79 din HG nr. 925/2006, cu atât mai mult cu cât legiuitorul a stabilit în mod expres regulile de comunicare la art. 60 din OUG nr. 34/2006 „documentele scrise pot fi transmise prin oricare dintre următoarele modalităţi: poştă, fax, prin mijloace electronice".

Se poate consta, astfel, că societatea ... a ales şi alte mijloace de comunicare a răspunsului, în afară de fax, abia ulterior împlinirii termenului de transmitere. Astfel, contestatoarea nu a depus diligenţele necesare pentru transmiterea prin e-mail a răspunsului, în interiorul termenului indicat de către autoritatea contractantă, sau personal (având în vedere că ... are sediul în ..., la fel ca autoritatea contractantă) ori prin servicii de curierat/poștă, fapt ce nu poate fi imputabil autorităţii contractante, ci doar contestatoarei.

De asemenea, intervenienta învederează faptul că societatea contestatoare nu a motivat cum, anume, a fost discriminată şi i s-a aplicat un tratament inechitabil faţă de alţi operatori economici. În condiţiile în care faxul autorităţii contractante, chiar nu ar fi funcţionat, această "problemă" era întâmpinată de către toţi ceilalţi operatori economici, sens în care nu se poate vorbi de un tratament discriminatoriu, inechitabil.

De asemenea, nu există probe care să dovedească o aşa zisă schimbare a informaţiilor din documentaţia de atribuire cu privire la numărul de fax al autorităţii contractante. Mai mult, intervenienta susţine că nu a întâmpinat probleme cu privire la numărul de fax indicat în documentaţia de atribuire, inclusiv adresa sa din data de 05.07.2016 fiind comunicată către

autoritatea contractantă la numărul de fax indicat în fişa de date, respectiv: +40 267351228.

Contestatoarea mai afirmă că întârzierea în transmiterea răspunsului la clarificări de 1 ora şi 37 de minute este una nesemnificativă şi în plus, solicitările de clarificări primite din partea autorităţii sunt formale, „eroare de dactilografiere" strecurată în cuprinsul declaraţiilor de disponibilitate se încadrează în categoria "viciilor de formă".

Cu privire la aceste afirmaţii, intervenienta arată că legiuitorul nu face vreo distincţie după cum întârzierea vizează o depăşire cu un minut, o oră sau o zi, redactarea imperativă a textului fiind clară, în sensul că autoritatea este obligată să respingă oferta indiferent de durata întârzierii.

Prin afirmaţiile sale, contestatoarea nu face altceva decât să ceară un tratament privilegiat/diferenţiat, ce încalcă tocmai principiile pe care reclamă că le încalcă autoritatea contractantă (tratamentul egal şi nediscriminarea), aceasta întrucât, contestatoarea solicită în realitate ca sancţiunea de la art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006 să nu-i fie aplicabilă, pe motiv că întârzierea nu a fost mare, iar natura clarificărilor este una formală.

Autoritatea contractantă a transmis documentele necesare soluţionării contestaţiei, fiind înregistrate la Consiliu sub nr. 22.029/20.07.2016 şi sub nr. 22975/28.07.2016 precum şi punctul său de vedere nr. 7851/15.07.2016, în care menţionează că prin adresa nr. 4433/20.04.2016 a solicitat completarea de către contestatoare a documentelor de eligibilitate depuse iniţial.

În solicitarea comisiei de evaluare s-a motivat această cerere prin faptul că documentele în cauză erau completate în mod eronat de către SC ... SRL. Drept urmare, comisia de evaluare nu a respins oferta, ci a uzat de dreptul de a cerere corectarea actelor în conformitate cu cerinţele fişei de date a achiziţiei. În consecinţă, toate precizările contestatoarei privind neimportanţa acestor documente nu îşi au rostul în argumentaţie, acest caracter nefiind important, în situaţia în care contestatoarea din vina sa a completat în mod eronat acte ce au fost solicitate prin fişa de date a achiziţiei.

Autoritatea contractantă menţionează că a solicitat o serie de clarificări de la mai mulţi ofertanţi, inclusiv de la contestatoare. Solicitările de clarificări au fost transmise către ofertanţi pe aceeaşi dată 20.04.2016. Termenul limită pentru primirea răspunsului era pentru toţi ofertanţii acelaşi, mai precis data de 27.04.2016, ora 09.00. Toţi ofertanţii au răspuns înăuntrul termenului solicitat, cu excepţia contestatoarei SC ... SRL. Toţi ceilalţi ofertanţi (care aveau obligaţia de a răspunde la solicitările comisiei de evaluare) au sediul la o distanţă multiplă faţă de distanţa contestatoarei, care avea de parcurs 1 km până la Registratura Generală a Consiliului Judeţean .... Cele 7 zile date pentru elaborarea răspunsului şi pentru transmiterea acestuia au fost îndeajuns pentru toţi ofertanţii în afara contestatoarei SC ... SRL.

În ceea ce priveşte critica contestatoarei referitoare la nefuncţionalitatea faxului şi necesitatea publicării unei erate de către autoritatea contractantă, aceasta din urmă precizează următoarele:

a) modalitatea şi cazurile în care se publică o erată sunt cele prevăzute la art. 33 alin. (1) din HG nr. 925/2006.

b) justificările invocate de către contestatoare în ceea ce priveşte numărul de fax precizat de comisia de evaluare în solicitarea de clarificări nu sunt acceptabile în situaţia în care ofertantul are obligaţia de a respecta şi satisface toate solicitările comisiei de evaluare, ofertanţii neavând dreptul de a „selecta" doar părţi de care vor ţine cont la elaborarea răspunsului.

c) alegaţiile conform cărora faxul „era cel mai probabil defect sau inactiv" nu sunt susţinute de nicio dovadă iar simplele afirmaţii în lipsa altor elemente probatorii nu pot fi reţinute. Mai mult, având în vedere răspunsul SC ...SA transmis prin fax la data de 27.04.2016 ora 07.27 reiese clar că acestea nu sunt fondate. Defecţiunea invocată de către contestatoare putea fi cauzată chiar de o defecţiune a propriului său fax.

Considerarea ca abuzivă a deciziei autorităţii contractante prin care s-a considerat oferta contestatoarei ca neconformă este neîntemeiată, având în vedere obligaţiile stabilite de legislaţia românească pentru comisia de evaluare, respectiv art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006, care prevede obligaţia ca „în cazul în care ofertantul nu transmite în perioada precizată de comisia de evaluare clarificările/răspunsurile solicitate (...) oferta sa va fi considerată neconformă". Invocarea unor simple afirmaţii privind nefuncţionalitatea faxului nu pot fi reţinute fără dovezi, mai cu seamă că acesta era funcţional pentru ceilalţi ofertanţi. Totodată contestatoarea nu a precizat niciun temei legal pentru nesocotirea precizărilor (luarea în considerare a unui alt număr de fax) din solicitarea de clarificări nr. 4433/20.04.2016, caz în care este valabil principiul „proprium factum nemo impugnare potest" (propria faptă nimeni nu poate să şi-o atace).

Referitor la afirmaţia contestatoarei conform căreia „...autoritatea contractantă a transmis pe fax, încă odată, aceleaşi solicitări de clarificări având nr. 6829/22.06.2016, conţinutul solicitării fiind identic cu cel din 20.04.2016, autoritatea contractantă precizează următoarele:

a) cu excepţia contestatoarei, toţi operatorii economici care au transmis prin fax sau email răspunsurile lor la solicitările din 20.04.2016 a comisiei de evaluare, au depus ulterior şi în original răspunsurile în cauză,

b) actele cerute de la ... SRL au fost solicitate din start prin fişa de date a achiziţiei la cap. III.2.2 Capacitatea economică şi financiară şi cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică şi/sau profesională, astfel conform fişei de date s-a prevăzut obligativitatea depunerii Formularelor nr. G14 (Declaraţiilor de disponibilitate) semnate în original de către titular,

c) SC ... SRL nu a depus până la data începerii elaborării raportului de atribuire, documentele în cauză în conformitate cu prevederile fişei de date, astfel comisia de evaluare a fost nevoită să solicite depunerea acestor documente şi în original.

Având în vedere cele precizate anterior, autoritatea contractantă apreciază că în lipsa altor elemente probatorii, simplele afirmaţii ale contestatoarei nu pot fi luate în considerare.

Vina contestatoarei de a nu transmite în timp răspunsul la clarificarea comisiei de evaluare nr. 4433/20.04.2016 îi revine în exclusivitate, mai cu seamă în condiţiile în care aceasta are sediul situat la 1 km distanţă de autoritatea contractantă şi avea 7 zile pentru transmiterea răspunsului său, coroborat cu faptul că ceilalţi ofertanţi au reuşit să se încadreze în termen, prin transmiterea cu succes a răspunsului lor prin fax, email sau poştă.

Totodată nu este neglijabil nici faptul că dacă SC ... SRL a observat înaintea orei 9.00 (a zilei 27.04.2016 – data limită de răspuns) că nu poate comunica pe faxul ales de acesta (alt fax decât cel din solicitarea de clarificări) contestatoarea nu are nicio explicaţie pentru nealegerea căii de a se prezenta fizic la Registratura Generală a ... în termen de 1 oră şi 37 minute, timp cât i-a luat (peste termenul limită) ca să trimită prin email răspunsul său scanat.

În contextul celor antemenţionate, autoritatea contractantă apreciază contestaţia depusă de către SC ... SRL ca un abuz continuu asupra dreptului de a depune contestaţii, solicitând, în acest sens, respingerea ca nefondată a contestaţiei.

Prin adresa nr. 1754/27.07.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 22914/27.07.2016, SC ... SRL formulează concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului prin care susţine că îşi menţine criticile din cadrul cererii sale de intervenţie.

În completarea celor susţinute în cadrul cererii de intervenţie, SC ... SRL menţionează că prin adresa nr. 4433/20.04.2016, autoritatea contractantă a solicitat SC ... SRL să comunice clarificările solicitate prin una din următoarele modalităţi: prin fax la nr. 0267.310.060, curierat rapid, poştă sau personal la registratura instituţiei.

Contrar opţiunilor expres prevăzute de către autoritatea contractantă şi a prevederile art. 60 din OUG nr. 34/2006, SC ... SRL a ales doar varianta transmiterii răspunsului la clarificări prin fax, la numărul indicat în documentaţia de atribuire, fără a lua în calcul şi alte modalităţi de transmitere, invocându-şi propria culpă în netransmiterea răspunsului în termenul solicitat de către autoritatea contractantă.

Pe lângă faptul că numărul de fax indicat în documentaţia de atribuire era funcţional, dovadă în acest sens fiind faptul că alţi operatori economici au folosit acest mijloc de comunicare pentru a transmite clarificările, contestatoarea nici măcar nu a încercat să transmită clarificările la celălalt număr de fax, indicat în adresa nr. 4433/20.04.2016, contrar menţiunilor în acest sens ale autorităţii contractante.

În privinţa menţiunilor contestatoarei potrivit cărora nu a existat o eroare cu privire la modificarea numărului de fax indicat în documentaţia de atribuire, intervenienta susţine susţine că acestea nu sunt întemeiate pentru următoarele motive:

- numărul de fax indicat în documentaţia de atribuire nu a fost modificat dovadă în acest sens fiind transmiterea cu succes de documente la acest număr, respectiv inclusiv adresa SC ... SRL nr. 138/05.07.2016, prin care se solicită informaţii cu privire la stadiul semnării contractului de achiziţie publică.
- obligaţia autorităţii contractante de a publica o eroare în situaţia invocată de către contestatoare nu se circumscrie cazurilor prevăzute la art. 33 alin. (1) din HG nr. 925/2006.

Mai mult, operatorul economic a fost informat în mod direct cu privire la varianta utilizării şi a unui alt număr de fax decât cel indicat în documentaţia de atribuire.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de cerere de oferte pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „Modernizare DJ 112 de la km 10 + 100 până la km 18 + 500, Limita judeţ Braşov – limita UAT Sfântu Gheorghe". În acest sens, a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP invitaţia de participare nr. .../07.03.2016.

Potrivit procesului-verbal al şedinţei de deschidere a ofertelor nr. 4078/07.04.2016, în cadrul procedurii au fost depuse nouă oferte, printre care şi cea a SC ... SRL, contestatoarea din prezenta cauză.

Potrivit raportului procedurii nr. 6945/27.06.2016, oferta contestatoarei SC ... SRL a fost respinsă ca neconformă în temeiul art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006, deoarece nu a răspuns la solicitarea de clarificări solicitate prin adresa nr. 4433/20.04.2016 în termenul indicat de autoritatea contractantă, câştigătoare fiind oferta depusă de SC ... SRL, oferta cu cel mai scăzut preţ.

Ca urmare a acestui rezultat, SC ... SRL a formulat contestaţia în analiză, considerând că respingerea ofertei sale este rezultatul unui abuz, în condiţiile în care autorităţii contractante nu i-a funcţionat faxul indicat în documentaţia de atribuire, adresa de răspuns fiind comunicată, cu o întârziere modică, prin e-mail.

După depunerea contestaţiei, SC ... SRL a formulat cererea de intervenţie în interes propriu, în temeiul art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 şi art. 61 şi următoarele din Codul de procedură civilă. Cu privire la admisibilitatea în principiu a cererii de intervenţie formulată de SC ... SRL, Consiliul consideră că intervenienta, în calitate de ofertantă câştigătoare, are interesul în menţinerea rezultatului procedurii. Prin urmare, Consiliul va admite, în principiu, cererea de intervenţie formulată de SC ... SRL.

Cu privire la inadmisibilitatea contestaţiei cauzată de nerespectarea termenului de formulare a notificării prealabile, Consiliul reţine că autoritatea contractantă a transmis comunicarea rezultatului procedurii prin fax, în data de 28.06.2016.

Potrivit art. 6 din Legea nr. 101/2016, ,,(1) Sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă, care poate fi invocată şi din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanţei de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligaţia să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislaţiei privind achiziţiile publice sau concesiunile, în termen de:

b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii".

Cum valoarea estimată a achiziţiei de faţă este sub pragul de 23.227.215 lei, prevăzut la art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016,

rezultă că notificarea prelabilă se transmite la autoritatea contractantă în termen de 5 zile. Termenul împlinindu-se în data de 3 iulie 2016, zi nelucrătoare, notificarea putea fi depusă până în data de 04.07.2016. După cum rezultă din răspunsul autorităţii contractante la notificarea respectivă, aceasta a fost înregistrată la registratura Consiliului Judeţean cu nr. 7329/04.07.2016, deci cu respectarea termenului de 5 zile.

În ceea ce priveşte tardivitatea contestaţiei invocată de intervenientă, Consiliul constată că şi această excepţie este nefondată, din moment ce răspunsul autorităţii contractante la notificarea prealabilă este transmis în data de 07.07.2016. Depunerea contestaţiei atât la Consiliu, cât şi la autoritatea contractantă în data de 12.07.2016 respectă termenul de 5 zile stabilit la art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

Pe fondul contestaţiei formulară de SC ... SRL, această societate se arată nemulţumită de respingerea ofertei sale ca urmare a comunicării răspunsului la solicitarea de clarificări după ora limită nimpusă de autoritatea contractantă.

În fapt, contestatoarea menţionează că pe parcursul perioadei de evaluare a ofertelor, a primit din partea autorităţii contractante o solicitare de clarificări prin adresa nr. 4433/20.04.2016, termenul pentru transmiterea răspunsului fiind 27.04.2016 ora 09.00:

„Ofertantul nr. 1 – SC ... SRL.

Conform art. 11 alin. (5) din HG nr. 925/2016 cu modificările şi completările ulterioare, solicităm prezentarea următoarelor documente:

3. *Cifra globală de afaceri pe ultimii 3 ani din formularul G8, inclusiv anul 2015, cerinţă formulată conform fişei de date III.2.2 (2013, 2014, 2015),*

4. *Valabilitatea declaraţiilor de disponibilitate (G15) pentru ... şi ..., datele completării fiind 11.04.2016, ulterioare datei de deschidere.*

Vă rugăm să ne transmiteţi documentele solicitate ***până la data de 27.04.2016, ora 9,00,*** *prin fax, la numărul 0267-310.060, curierat rapid, poştă sau la registratura generală a ...”*.

În urma acestei adrese, contestatoarea a formulat răspunsul său pe care l-a comunicat autorităţii contractante prin e-mail, la data indicată, dar la ora 10,37. Contestatoarea nu neagă transmiterea e-mailului la ora 10,37, ci susţine, în apărarea sa, o serie de argumente:

- faxul autorităţii contractante indicat în invitaţia de participare nr. 040.267.351.228 nu a funcţionat;
- autoritatea contractantă a menţionat în adresa de solicitare de clarificări un alt fax, respectiv 0267-310.060, fără a publica, în acest sens, o erată la invitaţia de participare;
- solicitările de clarificări erau pur formale şi inutile, din moment ce informaţiile din conţinutul lor se aflau în documentele depuse odată cu oferta, respectiv bilanţurile aferente anilor 2013, 2014 şi 2015, iar declaraţiile de disponibilitate (G15) pentru .. şi ..., era clar că erau completate în data de 01.04.2016, întrucât se aflau în dosar la data deschiderii ofertelor, respectiv 07.04.2016, data menţiontă pe ele fiind 11.04.2016, ulterior datei de deschidere a ofertelor.

Argumentele contestatoarei nu pot fi reţinute de Consiliu, ele fiind simple speculaţii juridice. Faptul că autoritatea contractantă a indicat în

adresa nr. 4433/20.04.2016 un alt număr de fax decât cel din invitaţia de participare, nu înseamnă că a modificat adresa de corespondenţă. Dimpotrivă, înseamnă că a pus la dispoziţia ofertanţilor un fax de rezervă. Contestatoarea susţine că nu a putut comunica pe fax cu autoritatea contractantă. Consiliul consideră că acest argument nu poate fi luat în considere, din moment ce ofertantul este cel care trebuie să se asigure de recepţionarea în timp util a documentelor de către autoritatea contractantă. Aşa cum după ora indicată, a avut posibilitatea să transmită prin e-mail documentele la autoritatea contractantă, nimic nu l-a împiedicat să procedeze în acelaşi mod până la ora indicată de autoritate. Ofertantul trebuia să prevadă că, fiind nouă ofertanţi, există posibilitatea ca faxul să fie ocupat sau chiar să apară o defecţiune tehnică. Nici chiar defecţiunea tehnică a faxului autorităţii contractante nu ar fi fost de natură să îl repună pe ofertant în termen, în condiţiile în care sancţiunea prevăzută pentru nerespectarea termenului, astfel cum este aceasta stabilită la art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006, este respingerea ofertei ca neconformă. Mai mult, nimic nu o împiedica pe contestatoare să depună documentele la registratură, din moment ce sediul său se află în aceeaşi localitate cu autoritatea contractantă.

Solicitările de clarificări erau justificate, din moment ce cifra de afaceri globală este o cerinţă de calificare expres stabilită în documentaţia de atribuire, la cap. III.2.3-Capacitatea economică şi financiară. Este nereală susţinerea contestatoarei potrivit căreia informaţiile respective s-ar fi regăsit în documentele depuse odată cu oferta. Astfel, la fila 21 din documentele de calificare se observă că ofertantul a calculat cifra de afaceri medie pe anii 2012, 2013 şi 2014, deci nu pe perioada menţionată expres în documentaţia de atribuire, prin urmare, solicitarea de clarificări era necesară. Similar, şi în ceea ce priveşte declaraţiile de disponibilitate, Consiliul observă că era utilă solicitarea de clarificări din partea contestatoarei, din moment ce data completării menţionată în conţinutul lor era ulterioară datei depunerii ofertei.

Contestatoarea mai învederează faptul că autoritatea contractantă a transmis pe fax, încă odată aceleaşi solicitări de clarificări, având nr. 6829/22.06.2016, conţinutul solicitării fiind identic cu cel din 20.04.2016:

„Ofertantul nr. 1 – SC ... SRL.

Conform art. 11 alin. (5) din HG nr. 925/2016 cu modificările şi completările ulterioare, solicităm prezentarea următoarelor documente:

3. *Cifra globală de afaceri pe ultimii 3 ani din formularul G8, inclusiv anul 2015, cerinţă formulată conform fişei de date III.2.2 (2013, 2014, 2015),*

4. *Valabilitatea declaraţiilor de disponibilitate (G15) pentru ... şi ..., datele completării fiind 11.04.2016, ulterioare datei de deschidere.*

Vă rugăm să ne transmiteţi documentele solicitate în original, până la data de 23.06.2016, ora 10.00 la Registratura Generală a Consiliului ...".

Din această adresă rezultă foarte clar că autoritatea contractantă nu a solicitat o nouă clarificare, acest lucru nefiind posibil, ci a solicitat depunerea documentelor originale transmise prin e-mail ca urmare a adresei nr. 4433/20.04.2016. Autoritatea contractantă a acţionat excesiv solicitând originalele, din moment ce acestea erau lipsite de orice relevanţă în

condiţiile în care răspunsul la solicitarea de clarificări a fost transmis peste termenul fixat de autoritate. În condiţiile în care sancţiunea legală aplicabilă în cauză era una singură, respectiv respingerea ofertei (Art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006 stabilind expres că ,,În cazul în care ofertantul nu transmite în perioada precizată de comisia de evaluare clarificările/ răspunsurile solicitate sau în cazul în care explicaţiile prezentate de ofertant nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată neconformă), solicitarea unei noi clarificări ar fi încălcat principiul egalităţii de tratament şi ar fi dus la eludarea prevederii legale citate. Sancţiunea respingerii ofertei fiind clară, solicitarea originalelor după un termen de două luni apare ca inutilă.

Nu în ultimul rând, trebuie luat în considerare şi faptul că oferta contestatoarei nu avea cel mai mic preţ, deci nu există, în niciun caz, suspiciunea că autoritatea contractantă ar fi respins oferta contestatoarei pentru a favoriza pe ofertanta câştigătoare.

În ceea ce priveşte susţinerile contestatoarei din concluziile scrise referitoare la preţul aparent neobişnuit de scăzut al ofertei SC ... SRL, Consiliul sesizează că nici în notificarea prealabilă şi nici în contestaţia depusă nu se face vorbire despre acest lucru. Potrivit art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 citat mai sus, sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă, înainte de a se adresa Consiliului sau instanţei de judecată competente, persoana care se consideră vătămată **are obligaţia să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislaţiei privind achiziţiile publice sau concesiunile.**

Deci, contestatoarea trebuia să notifice autoritatea contractantă şi cu privire la această pretinsă încălcare a legii, ori, acest lucru nu s-a întâmplat, fapt ce conduce la respingerea acestui capăt de cerere ca inadmisibil.

Un alt argument care conduce la respingerea respectivului capăt de cerere ca inadmisibil, este şi faptul că nu se poate completa contestaţia, pe calea concluziilor scrise, cu alte capete de cerere, deoarece dispoziţiile art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 stabilesc că ,,Persoana care se consideră vătămată **de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4)**, precum şi oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorităţii contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim'', deci cadrul procesual este stabilit prin raportare la răspunsul autorităţii contractante, ori cu privire la acest aspect, autoritatea nu a formulat niciun răspuns, nefiind notificată de contestatoare. Nu în ultimul rând, acceptând o astfel de completare a contestaţiei, s-ar încălca grav principiul contradictorialităţii, nefiind pusă în discuţia părţilor chestiunea ridicată suplimentare de contestatoare pe calea concluziilor scrise.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (1) şi (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestaţia formulată de SC ... SRL.

Pentru aceste motive,

în baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (1) şi (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestaţia formulată de către SC ... SRL în contradictoriu cu ... prin ....

În temeiul art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, art. 61 alin. (2) şi 62 din Codul de Procedură Civilă, admite în principiu cererea de intervenţie principală formulată de SC ... SRL, pe care, în temeiul art. 66 din Codul de procedură civilă, o admite pe fond.

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

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**

Redactată în 5 (cinci) exemplare, conţine 13 (treisprezece) pagini.