**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

**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 contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...., formulată SC ..... SRL, Lider al ..... SC ..... SRL – .... SA, cu sediul social în ....., ....., județul ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având cod unic de înregistrare RO..., reprezentată prin administrator ....., în cadrul procedurii de licitație deschisă, online, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică, având ca obiect ”Delegarea gestiunii serviciului public de salubritate - activitatea de dezinsecție, dezinfecție, deratizare în municipiul .....”, cod CPV 90921000-9, organizată de ....., cu sediul în ..... ... ....., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, s-au solicitat următoarele:

1. Suspendarea procedurii de atribuire, până la data soluţionării prezentei contestaţii, în temeiul prevederilor art. 22 din Legea 101/2016;
2. ..... emisă de către autoritatea contractantă, a procesului verbal de evaluare care a stat la baza emiterii acestei adrese, precum şi a tuturor actelor subsecvente;
3. Obligarea autorităţii contractante să constate ca fiind îndeplinită cerinţa privind experienţa similară cu contractele indicate de contestator în DUAE;
4. Obligarea autorităţii contractante la reevaluarea ofertei ..... formate din ..... SRL, .... SA, în conformitate cu dispoziţiile legale în materie;
5. În subsidiar, anularea procedurii de achiziţie publică.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la CNSC cu nr. ..., .... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având cod unic de înregistrare RO ..., reprezentată legal prin ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ... a depus „Cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante”, în calitate de operator economic participant la procedură, solicitând Consiliului admiterea prezentei

cereri de intervenţie în interesul autorității contractante și pe cale de consecinţă, în principal:

I. Să mențină ca temeinice și legale adresa autorității contractante nr. 190 din 15.07.2019, procesul verbal de evaluare intermediară care a stat la baza emiterii adresei anterior menționate și actele subsecvente acestora;

II. Să respingă solicitarea formulată la petitul 3 al contestației, privind obligarea autorității contractante la constatarea îndeplinirii cerinței privind experiența similară, potrivit contractelor indicate în DUAE, ca nefondată;

III. Să respingă ca nefondată solicitarea contestatoarei privind reevaluarea ofertei ..... formate din ..... SRL, ... SA și să mențină ca temeinice și legale prevederile procesului verbal de evaluare intermediară, precum și actele subsecvente acestora;

IV. Să respingă ca nefondată solicitarea formulată în subsidiar, privind anularea procedurii de atribuire, și

în subsidiar:

i) solicită acceptul pentru studiul dosarului achiziției publice;

ii) pentru a beneficia de dreptul prevăzut la art. 21 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, privind posibilitatea părților de a depune concluzii scrise, raportat la petitul cererii, solicită amânarea pronunțării deciziei la o dată ulterioară accesului la dosarul achiziției.

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 soluționeze contestația de față, prin care SC ..... SRL reclamă solicitarea de clarificări nr. 190/15.07.2019 potrivit căreia autoritatea contractantă îi cere să clarifice aspectele privind experiența similară și cash-flow-ul.

În fapt, contestatorul susține că a depus ofertă în cadrul acestei proceduri, până la data limită de depunere a ofertelor, respectiv 03.06.2019, ulterior la data de 05.07.2019 fiind publicată în SEAP decizia autorității contractante de admitere a ofertei sale ca urmare a evaluării DUAE.

Contestatorul arată că autoritatea contractantă a formulat o solicitare de clarificări, adresa nr. 190/15.07.2019, prin care îi cere să clarifice aspectele privind experienţa similară, cât şi cash-flow-ul.

Se menționează că adresa nr. 190/15.07.2019 a fost publicată în SEAP, în data de 15.07.2019, ora 16.25, iar termenul de răspuns a fost stabilit pentru data de 16.07.2019, ziua următoare publicării.

În acest context, petentul consideră că această solicitare de clarificări a fost formulată cu nerespectarea prevederilor legale în materia achiziţiilor publice, întrucât a completat în DUAE toate informaţiile solicitate de autoritatea contractantă, făcând dovada îndeplinirii cerinţelor de calificare din documentaţia de atribuire; analizând conţinutul DUAE, autoritatea contractantă, l-a admis la data de 05.07.2019, acceptând ca fiind conforme atât cerinţele privind experienţa similară, cât şi cea privind cash-flow-ul.

Astfel, autorul contestației este de părere că autoritatea contractantă trebuia să procedeze la analiza ofertei tehnice, nu să revină la faza de analizare a DUAE.

SC ..... SRL redă conținutul solicitării de clarificări în dezbatere afirmând totodată că autoritatea contractantă nu a indicat care sunt temeiurile legale în baza cărora a formulat solicitarea:

*"vă solicităm următoarele clarificări:*

*- din cadrul DUAE prezentat rezultă că experienţa similară se face din 2 contracte (cu Primaria ..... și Primaria Constanța) și un ACORD-CADRU (încheiat cu .....);*

*- conform Instrucţiunii 2/2017 a ANAP, îndeplinirea cerinţei legate de numărul minim/maxim de contracte se raportează la contractele executate și nu la acordurile-cadru;*

*- având în vedere cerinţa minimă stipulată în FDA, respectiv "[...] a realizat și finalizat în ultimii 3 ani, în cadrul a maximum 3 contracte servicii similare în valoare de minim 8.000.000 lei fără TVA[...]", vă rugăm să clarificaţi și să transmiteți DUAE revizuit în acest sens*".

Deşi autoritatea contractantă indică ca fiind incidente prevederile din Instrucţiunile 2/2017, emise de către ANAP, în sensul că numărul de contracte se raportează la contractele executate, iar nu la acordurile-cadru, petentul subliniază că autoritatea nu indică, în concret, care articol din acest act administrativ a fost încălcat.

Mai mult, contestatorul învederează că autoritatea contractantă nu indică care sunt prevederile legale primare, cuprinse în Legea 98/2016, care interzic dovedirea experienţei similare cu serviciile efectiv prestate în executarea acordului cadru.

În aceste condiții, asocierea contestatoare opinează că autoritatea contractantă face o confuzie în ceea ce priveşte dovezile sale privind experienţa similară, ca fiind "acordul-cadru" încheiat cu ..... SA, înţelegând prin aceasta prezentarea pur şi simplu a unui accord-cadru, fară să fi făcut dovada executării şi finalizării acestuia.

Se afirmă de către contestator că a susţinut şi a anexat dovezi cu privire la prestarea efectivă a tuturor serviciile în executarea acordului-cadru, respectiv recomadările acestei autorităţi contractante, fiind vorba despre servicii executate efectiv în perioada de referinţă menţionată în documentaţia de atribuire.

Prin urmare, ofertantul contestator susține că sub incidenţa prevederilor Legii 98/2016 intră atribuirea contractului/acordului-cadru, iar nu a contractului subsecvent, motiv pentru care consideră că oferta sa respectă prevederile legii.

Contestatorul menționează că la art. 1 din Legea 98/2016 este definit generic contractul de achiziţie publică, atât în ceea ce priveşte atribuirea, cât şi executarea acestuia, absorbând totodată în noţiunea de "contract" și acordul-cadru atribuit potrivit aceleiaşi legi - *"Prezenta lege reglementează modul de realizare a achiziţiilor publice, procedurile de atribuire a contractelor de achiziţie publică şi de organizare a concursurilor de soluţii, instrumentele şi tehnicile specifice care pot fi utilizate pentru atribuirea contractelor de achiziţie publică, precum şi anumite aspecte specifice în legătură cu executarea contractelor de achiziţie publică*".

Analizând conţinutul articolelor din Legea 98/2016, petentul constată că acestea se referă la executarea acordului-cadru, esenţiale fiind prevederile art. 179 din Legea 98/2016 care reglementează cantităţi de lucrării/servicii executate într-un interval de timp, dovedite inclusiv prin recomandările emise de către beneficiar.

Contestatorul precizează că din lecturarea prevederilor art. 37, alin. (4) din Legea 98/2016, care reglementează excepţiile de la aplicarea legii, rezultă că vizează atribuirea şi executarea acordului-cadru:

*"(4) Prezenta lege nu se aplică contractelor de achiziţie publică/acordurilor-cadru sau concursurilor de soluţii în legătură cu care este îndeplinită cel puţin una dintre următoarele condiţii:*

*a) atribuirea şi executarea contractului de achiziţie publică/acordului-cadru sau a concursului de soluţii reprezintă informaţii secrete de stat, în conformitate cu dispoziţiile legale privind protecţia informaţiilor clasificate;*

*b) atribuirea şi executarea contractului de achiziţie publică/acordului-cadru sau a concursului de soluţii necesită impunerea, potrivit dispoziţiilor legale, a unor măsuri speciale de securitate pentru protejarea unor interese esenţiale de securitate ale statului, cu condiţia ca acestea să nu poată fi garantate prin măsuri mai puţin invazive, cum ar fi cerinţele prevăzute la alin. (2)"*, iar o altfel de interpretare ar duce la încălcarea prevederilor art. 209, alin. (2) din Legea 98/2016, care dipune: *"(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat"*.

Se arată că prin solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă încalcă aceste principiu, în sensul că un ofertant ar putea dovedi îndeplinirea cerinţei privind experienţa similară cu un contract de delegare de gestiune, încheiat pe o perioadă de 5 ani, de către un alt ofertant, şi care are ca obiect exact aceleaşi servicii care fac obiectul şi al unui acord-cadru încheiat pe o perioadă de 4 ani, încheiat de un alt ofertant.

Asocierea contestatoare apreciază că o astfel de interpretare eronată şi nelegală nu face decât să deservească scopului introducerii cerinţei de calificare privind experienţa similară, prevăzută de art. 178, alin. (1) din Legea 98/2016: *"art. 178 (1) Autoritatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentele achiziţiei cerinţe privind capacitatea tehnică şi profesională care sunt necesare şi adecvate pentru a se asigura că operatorii economici deţin resursele umane şi tehnice şi experienţa necesare pentru a executa contractul de achiziţie publică/acordul-cadru la un standard de calitate corespunzător"*; astfel, ar fi încălcate şi principiile instituite de art. (2) din Legea 98/2016, cu referire în special la literele a), b) şi e) -nediscriminarea, tratamentul egal şi proporţionalitatea.

Se reține că în cadrul procedurii de achiziţie publică a mai depus ofertă o societate comercială, care îşi dovedeşte experienţa similară cu un contract de delegare încheiat chiar cu autoritatea contractantă; în aceste condiții petentul consideră că prin solicitarea de clarificări emisă în condiţii de nelegalitate, autoritatea contractantă a urmărit să favorizeze pe acest candidat, care ar fi rămas singur în procedura de achiziţie, dacă el ar fi fost exclus.

În continuare, autorul contestației menționează că, prin speța nr. 585, ANAP a lămurit că prevederile din Instrucţiunile ANAP 2/2017, de

nivel terțiar, trebuie interpretate întotdeauna şi în corelare cu actul normativ de nivel primar, Legea 98/2016 în ansamblul său, fără ca aceste prevederi să fie limitative:

*"Speţa 585. Se solicită consiliere metodologică privind aplicabilitatea art. 11 din Instrucţiunea preşedintelui ANAP nr. 2/2017 autorităţii contractante din punctul de vedere al întocmirii fişei de date şi aplicabilitatea art. 12 din aceeaşi instrucţiune operatorilor economici participanţi la procedura de atribuire, în vederea demonstrării experienţei similare.*

*Ultima actualizare: 11 mai 2018, 13:14:16*

*Răspuns:*

*Având în vedere că obligaţia de a aplica legislaţia în domeniul achiziţiilor publice aparţine autorităţilor contractante, nu se poate spune că anumite prevederi legislative din cadrul acesteia sunt aplicabile operatorilor economici, inclusiv dispoziţiile legale ce fac referire la aceştia din urmă având în final, ca scop, stabilirea unui drept sau a unei obligaţii în sarcina autorităţilor contractante. In altă ordine de idei, deşi emiterea Instrucţiunii preşedintelui ANAP nr. 2/2017 are ca scop explicarea modului de aplicare a art. 178 şi art. 179 lit. a) şi b) din Legea nr. 98/2016, ţinem să subliniem că prevederile acestui act normativ de nivel terţiar trebuie interpretate întotdeauna în concordanţă şi în corelare cu actul normativ de nivel primar (Legea nr. 98/2016) în ansamblul său. Astfel, potrivit Legii nr. 98/2016, în realizarea achiziţiilor publice, autorităţile contractante au obligaţia respectării principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) şi, în acelaşi timp, au obligaţia de a concepe şi de a structura achiziţiile ori elementele acestora fără a restrânge în mod artificial concurenţa (art. 50 din respectiva lege). Pe cale de consecinţă, având în vedere atât cele de mai sus, cât şi dispoziţiile art. 12 alin. (6) din Instrucţiunea preşedintelui ANAP nr. 2/2017, precizăm că prevederile art. 11 alin. (3) lit. a) - c) din cadrul aceleiaşi instrucţiuni nu trebuie interpretate ca fiind limitative, autoritatea contractantă având obligaţia să accepte orice mijloc de probă relevant prin care operatorii economici pot demonstra faptul că lucrările similare pe care le-au executat în perioada solicitată au fost duse la bun sfârşit".*

Mai mult, contestatorul susține că din documentaţia de atribuire rezultă că se solicită ca dovada experienţei similare să se facă cu 3 contracte, fară a preciza ce contracte trebuie să fie şi fară a fi excluse un anumit tip de contracte.

Având în vedere şi prevederile legale indicate de petent la pct.2 din prezenta contestaţie, acesta apreciază că în cauză este aplicabil principiul de drept *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

Prin urmare, contestatorul opinează că prin solicitarea de clarificare în discuție autoritatea contractantă modifică/completează documentaţia de atribuire, lucru nepermis în această fază, drept pentru care ofertantul solicită Consiliului să constate că a dovedit îndeplinirea cerinţei de calificare privind experienţa similară, potrivit cerinţelor legale şi ale documentaţiei de atribuire.

Totodată, asocierea contestatoare învederează că autoritatea contractantă, cu rea-credinţă, a stabilit un termen nerealist pentru depunerea răspunsului la solicitarea de clarificări, de o zi lucrătoare, cu atât mai mult cu cât adresa a fost publicată în SEAP la ora 16,25, după

terminarea programului de lucru, ofertantul putând lua cunoştinţă despre această solicitare numai în cursul zilei de 16.07.2019, care era şi data limită stabilită pentru răspuns.

SC ..... SRL precizează că de regulă primește alerte de notificări privind publicările în SEAP pentru achiziţiile publice la care participă în calitate de ofertant, pe telefoanele de serviciu, însă, urmare a unor defecţiuni ale sistemului SICAP, pe o perioadă destul de lungă, 10-15 zile, acestea nu i-au parvenit; petentul anexează explicaţiile prezentate de către Agenţia pentru Agenda Digitală a României.

De asemenea, contestatorul afirmă că termenul de o zi stabilit pentru răspunsul la solicitarea de clarificări, respectiv de a depune DUAE revizuit, nu reprezintă un timp suficient şi real, având în vedere că oferta depusă în cadrul procedurii de achiziţie publică este formulată de către Asociere, aceasta fiind formată din 3 societăţii cu sedii diferite, respectiv SC ..... SRL, cu sediul în ....., jud. ....., SC ...., fiecare depunând un DUAE distinct.

Autorul contestației face precizarea că în faza de evaluare a DUAE, autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări, prin adresa nr. 321591/20.06.2019, chiar dacă nu i s-a solicitat depunerea unor DUAE revizuite, clarificările fiind cu privire la spaţiul deţinut pe raza ....., acordând termen de răspuns la data de 24.06.2019.

Contestatorul afirmă că a încercat postarea în SEAP a răspunsului la solicitarea de clarificări contestată, dar acesta nu a mai fost validat de către sistemul electronic fiind depăşit termenul de răspuns.

Se arată că ofertantul contestator a anexat ofertei depuse toate recomandările emise de către terţii beneficiari cu privire la prestarea efectivă a serviciilor DDD, pentru o sumă mai mare decât nivelul experienţei similare solicitate, autoritatea contractantă putând lua la cunoştinţă despre acestea, nefiind nevoie şi util scopului transmiterea acestora încă o dată şi a unor DUAE revizuite.

Petentul redă speţa nr. 644 a ANAP, care reţine că nu se impune declararea unei oferte ca inacceptabilă dacă documentele probante se află la dosarul ofertei:

*„Speţa 644. Ca urmare a analizării conţinutului DUAE, autoritatea contractantă a solicitat clarificări ofertanţilor cu privire la experienţa similară, precum şi retransmiterea DUAE-urilor revizuite cu informaţiile aferente. Având în vedere că unii dintre ofertanţi au răspuns solicitării de clarificări prin transmiterea unor adrese/documente probante (contracte, procese verbale de recepţie solicitate totodată de autoritate) fără a retransmite însă şi DUAE-urile revizuite, se solicită consiliere metodologică cu privire la încadrarea sau nu a ofertelor în cauză în prevederile art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, respectiv dacă, prin solicitarea retransmiterii DUAE-ului cu informaţiile menţionate în adresele de răspuns se încalcă principiul tratamentului egal.*

*Ultima actualizare: 27 iun. 2018, 13:32:34*

*Răspuns:*

*Pornind de la premisa că în speţa dată autoritatea contractantă a aplicat o procedură de atribuire competitivă prin intermediul SEAP, precizăm, în primul rând, că, potrivit prevederilor art. 65, precum şi cele ale art. 132 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, în cazul în care, în cadrul*

*documentaţiei de atribuire, a fost prevăzută obligaţia îndeplinirii unor criterii de calificare şi selecţie comisia de evaluare are obligaţia verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conţinutului DUAE în conformitate cu prevederile cuprinse în Capitolul IV, Secţiunea a 8-a din Legea nr. 98/2016. în temeiul art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, autoritatea contractantă, prin intermediul comisiei de evaluare, are dreptul de a solicita clarificări/completări în scopul lămuririi unor aspecte determinate de existenţa unor neconcordanţe intre informaţiile prezentate în cadrul DUAE, cu respectarea principiilor tratamentului egal şi a transparenţei. Autoritatea contractantă trebuie să aibă în vedere însă dispoziţiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 potrivit cărora aceasta nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat. Precizăm totodată că, în această fază de verificare DUAE, din cadrul procesului de evaluare, comisia va avea în vedere şi Notificarea nr. 245/2016. Astfel, conform notificării invocate mai sus, situaţiile care conduc la respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări privind DUAE vizează inadvertenţe de fond, respectiv reprezintă acele informaţii completate de către ofertanţi/candidaţi care nu confirmă îndeplinirea cerinţelor minime de calificare/selecţie formulate de către autoritatea contractantă în fişa de date a achiziţiei. în acest sens, dispoziţiile art. 137 alin. (2) Ut. b) din H.G. nr. 395/2016 prevăd în mod clar că oferta este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de un ofertant care nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă. Pe de altă parte, potrivit aceleiaşi notificări sus-menţionate, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări pentru inadvertenţele de formă apărute în completarea DUAE de către ofertanţi/candidaţi, în condiţiile în care informaţiile sunt susţinute de alte precizări existente la nivelul aceluiaşi DUAE sau al DUAE depus de subcontractant/terţ susţinător/asociat. Subliniem că situaţiile în care sunt identificate inadvertenţe de formă cu privire la DUAE prezentat în cadrul ofertei/solicitării de participare, şi care au condus la clarificarea unor informaţii, obligă la transmiterea de către ofertanţi/candidaţi, a unui DUAE revizuit. în acelaşi timp, conform prevederilor art. 196 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are posibilitatea de a „solicita candidaţilor/ofertanţilor să depună toate sau o parte dintre documentele justificative ca dovadă a informaţiilor cuprinse în DUAE în orice moment pe durata desfăşurării unei proceduri de atribuire" dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfăşurarea corespunzătoare a procedurii, iar ofertanţii au obligaţia să depună documentele solicitate. în cazul în care, în temeiul art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, candidatul/ofertantul, căruia i se solicită clarificări, nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă. în speţa dată înţelegem că autoritatea contractantă, în urma analizării conţinutului DUAE, a solicitat clarificări ofertanţilor privind demonstrarea îndeplinirii cerinţei referitoare la experienţa similară, prevalându-şi totodată de dispoziţiile legale sus-menţionate prin solicitarea retransmiterii DUAE-urilor revizuite. Astfel, o parte dintre ofertanţi a probat îndeplinirea*

*cerinţei respective prin prezentarea diferitor adrese/documente relevante, fără a transmite însă şi documentul DUAE completat cu informaţiile specifice în cauză solicitate de autoritate. Pe cale de consecinţă, în măsura în care informaţiile din cadrul adreselor/documentelor (contracte, procese verbale de recepţie) depuse de către ofertanţii respectivi sunt concludente, demonstrând îndeplinirea cerinţei referitoare la experienţa similară, si, prin urmare, scopul pentru care autoritatea contractantă a solicitat clarificări este atins, apreciem că nu se justifică în acest caz incidenţa dispoziţiilor art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, cu privire la declararea ofertelor ca fiind inacceptabile, obligaţia autorităţii fiind însă de a se asigura de retransmiterea de către ofertanţi a DUAE-urilor completate în mod corespunzător, astfel încât să reflecte întocmai informaţiile prezentate în cadrul adreselor/documentelor depuse anterior privind demonstrarea îndeplinirii cerinţei de calificare. în acest sens, comisia de evaluare are dreptul de a transmite o nouă solicitare pentru retransmiterea DUAE-urilor revizuite".*

În ceea ce priveşte cash-flow, contestatorul susține că această cerinţă este similară cu cea care vizează experienţa similară, respectiv prin faptul că autoritatea contractantă a acceptat DUAE, s-a considerat ca fiind îndeplinită cerinţa.

Se indică prevederilor art. 193, alin. (1) din Legea 98/2016: *"Art. 193*

*(1) Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, constând într-o declaraţie pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară..."*

Contestatorul învederează că din conţinut Fişei de Date a procedurii, rezultă că cerinţa menţionată la cap. III.1.2, pct.2.)2) se va îndeplini completând DUAE potrivit art. 193, alin. (1) din Legea 98/2016, documentele justificative urmând a fi prezentate numai după solicitarea autorităţii contractante, de către ofertantul clasat pe primul loc.

Se menționează că în acest moment, procedura de achiziţie publică se află numai în faza evaluării ofertei tehnice, deci încă nu s-a stabilit care va fi ofertantul clasat pe primul loc.

Petentul afirmă că în condiţiile caietului de sarcini, cap.3 - Condiţii organizatorice minimale, se prevedă că *prestatorul va beneficia de o perioadă de mobilizare de 60 zile de la data semnării contractului şi până la începerea activităţii*.

Totodată, ofertantul contestator arată că potrivit prevederilor art. 3, alin. (6) din contractul de delegare prezentat în documentaţia de atribuire - *„(6) Prestatorul trebuie să demonstreze că, la momentul semnării contractului, va avea acces la disponibilităţi băneşti, resurse reale negrevate de datorii sau linii de credit pentru 6 luni de derulare a contractului".*

Așadar, contestatorul opinează că obligaţia de demonstrare a împrejurării că va avea acces la cash-flow se face la momentul semnării contractului, iar documentele justificative se vor solicita numai ofertantului clasat pe primul loc.

În concluzie, asocierea contestatoare apreciază că a respectat întocmai prevederile documentaţie de atribuire, iar solicitarea de clarificări formulată de către autoritatea contractantă excede prevederilor legale şi

prevederilor documentaţiei de atribuire, motiv pentru care aceasta se impune a fi anulată.

Contestatorul precizează că va respecta obligaţia de a prezenta documentele justificative la solicitarea autorității contractante dacă va fi declarat câştigător, aceasta constând în Scrisoare de garanţie bancară sau alte forme de punere la dispoziţie aşa cum s-a angajat conform declaraţiilor anexate ofertei depuse, potrivit art. 193, alin. (1) din Legea 98/2016.

Pentru motivele expuse mai sus, contestatorul solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. .., ..... comunică faptul că nu a primit din partea SC ..... SRL contestația în dezbatere, autoritatea aflând despre înregistrarea acesteia la CNSC din consultarea site-ului instituției în ziua de luni (29.07.2019).

Totodată, autoritatea contractantă învederează că a primit, pe e-mail, din partea contestatorului dovada constituirii cauțiunii, precum și faptul că a informat autoritatea că nu a primit prezenta contestație.

Cu adresa nr. ..., Consiliul a solicitat SC ..... SRL să facă dovada înaintării prezentei contestații către autoritatea contractantă.

.....În răspuns la solicitarea Consiliului, SC ..... SRL a transmis adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., precizând că și-a îndeplinit obligația legală privind transmiterea contestației concomitent către CNSC și către autoritatea contractantă, la adresa de e-mail înscrisă de autoritate în fișa de date a achiziției, respectiv .....

….Totodată, petentul anexează la răspuns e-mailul din care rezultă că a transmis contestația către CNSC la adresa de e-mail: ... și către ... la adresa de e-mail: ....., la data de 25.07.2019, ora 12,56, e-mailul fiind adus și la cunoștința asociaților; ulterior, petentul a mai comunicat încă odată e-mailul către CNSC și autoritatea contractantă la ora 13,03, de data aceasta fără includerea în e-mail a asociaților.

Autorul contestației consideră că nerecepționarea de către autoritatea contractantă a e-mailului transmis, în condițiile în care a uzat de e-mailul menționat în fișa de date, iar CNSC a recepționat în timp util acest e-mail, nu i se poate imputa, ofertantul respectând astfel prevederile art. 16, alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Contestatorul apreciază că este imposibil ca același e-mail, comunicat către două părți chiar de două ori, să fi fost recepționat numai de către o parte, iar de către cealaltă parte să nu fie recepționat, numai dacă aceasta din urmă are probleme tehnice care nu se pot imputa petentului.

Așadar, contestatorul susține că relevant în cauză este faptul că a comunicat contestația și înscrisurile aferente la adresele de e-mail menționate în documente oficiale.

.....Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 29876/01.08.2019, MUNICIPIUL ..... arată că adresa oficială a autorității contractante, pentru achiziții publice este ..... care este echivalentă cu .....

De asemenea, autoritatea contractantă face precizarea că în data de 25.07.2019 nu a intrat în niciunul dintre folderele aferente căsuței de e-mail de la adresa sus numită, adresa din partea SC ..... SRL privind vreo anumită contestație.

Se menționează că autoritatea a văzut pentru prima dată conținutul acestei contestații în data de 30.07.2019, subliniind totodată că nu a fost sunată ori înștiințată în vreun alt fel cu privire la contestație de către SC ..... SRL în data de 25.07.2019.

Prin adresa ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., autoritatea contractantă transmite *Punct de vedere* în care susține că prezenta contestație (înregistrată la CNSC cu nr. ...) a fost primită la sediul autorității în data de 30.07.2019, sub forma unui e-mail în care există un link, conținutul acestuia fiind contestația în discuție.

Totodată, autoritatea contractantă anexează dovada că e-mailul cu contestația nu a intrat în căsuța de e-mailuri la data de 25.07.2019, în niciunul dintre folderele programului privind gestionarea e-mailurilor (Inbox, Deleted, Junk, Trach, etc.).

Ulterior primirii contestației, autoritatea contractantă a înțeles că aceasta se îndreaptă împotriva solicitării de clarificări trimisă de comisia de evaluare sub nr. 190/15.07.2019, clarificare care potrivit dispozițiilor art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, putea fi contestată până la data de 25.07.2019 inclusiv.

În aceste condiții, ..... invocă excepția privind tardivitatea introducerii contestației, deoarece aceasta nu a fost înaintată în termenul legal atât la CNSC cât și la autoritatea contractantă, indicând în acest sens prevederile art. 16, alin. (1) din Legea nr. 101/2016 - „(1) Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare”.

De asemenea, autoritatea contractantă invocă excepția lipsei de interes, motivând faptul că asocierea contestatoare avea dreptul să conteste o solicitare de clarificări în măsura în care răspundea cererii de clarificări.

Autoritatea contractantă susține că în această situație sunt incidente prevederile art. 134, alin. (5) și art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, respectiv oferta este inacceptabilă și respinsă, având în vedere că SC ..... SRL nu a dat curs solicitării de clarificări.

Așadar, autoritatea contractantă apreciază că SC ..... SRL nu are calitatea de ofertant, astfel că nu poate dovedi un interes în promovarea unei contestații împotriva unei solicitări de clarificări la care nu a dat curs.

.....Cu adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., SC ..... SRL transmite Răspuns la punctul de vedere al autorității contractante privind faptul că nu a primit contestația în discuție, precizând că adresa de e-mail a autorității contractante este ....., așa cum este înscris în fișa de date a achiziției, iar toate comunicările vizând prezenta procedură trebuiau să fie făcute către această adresă, nu către un e-mail al numitei ....

În acest context, asocierea contestatoare consideră că a respectat prevederile art. 16, alin. (1) din Legea nr. 101/2016, comunicarea prezentei contestații către . ..... fiind făcută pe adresa de e-mail înscrisă de autoritate în fișa de date a achiziției.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. .., . ..... formulează punct de vedere pe fondul contestației solicitând respingerea acesteia ca fiind neîntemeiată, cu menținerea procedurii astfel cum a fost derulată de către autoritatea contractantă.

Autoritatea contractantă susține că la termenul limită de depunere ofertelor s-a constat existența a doi ofertanți, SC ..... SRL și asocierea contestatoare, procedura de atribuire în discuție aflându-se sub supravegherea ANAP, verificatorii fiind numiți prin decizia nr. 8684/12.11.2018.

Se arată că pe parcursul evaluării ofertelor, comisia de evaluare a întocmit procesul-verbal cu nr. 330996/26.06.2019 prin care a definitivat verificarea ofertelor din punct de vedere al garanțiilor de participare și DUAE, concluziile rezultatului verificării regăsindu-se în procesul-verbal referit.

Autoritatea contractantă învederează că în urma analizării documentelor aferente finalizării fazei de evaluare referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă și a criteriilor de calificare, verificatorii ex-ante au emis un ”Aviz conform condiționat” cu nr. 6534/1369/CN/AC/02.07.2019 în temeiul prevederilor OUG 98/2017, făcând referire la demonstrarea cerinței de calificare privind experiența similară arătând că: ”îndeplinirea cerinței legate de numărul minim/maxim de contracte, în relația cu un anumit nivel minim stabilit pentru experiența similară, se raportează întotdeauna la contractele executate în trecut și nu la acordurile-cadru”; în același aviz ANAP a mai reținut cu privire la cerința privind cash-flow-ul: ”comisia de evaluare consideră îndeplinită cerința de calificare privind cerința de mai sus de către ofertantul asocierea SC ..... SRL, ... deși acesta prezintă în DUAE declarație cash-flow fără a preciza valoarea”.

. ..... redă concluzia avizului condiționat emis de ANAP: '”exercitarea de către comisia de evaluare a atribuțiilor prevăzute de art. 127 lit. b), i) și j) din HG 395/2016 și reanalizarea[...] respectiv solicitarea tuturor clarificărilor care se impun în vederea analizării ofertelor și încadrarea acestora în categoria ofertelor admisibile sau, după caz, inacceptabile/neconforme[...]''. Totodată, se mai arată în același aviz ”în cazul în care autoritatea contractantă decide continuarea procedurii fără a remedia abaterile de la legislația aplicabilă, devin incidente prevederile art. 14 alin. (3)-(4) și (8) coroborate cu prevederile art. 25 din OUG 98/2017”.

Ulterior emiterii acestui aviz de către ANAP, comisia de evaluare a reluat procesul de verificare a documentelor depuse de către asocierea contestatoare, solicitând ofertantului clarificări suplimentare prin adresa nr. 190/15.07.2019, astfel: ”din cadrul DUAE prezentat rezultă că experiența similară se face din 2 contracte (cu . ..... și ....) și un acord-cadru (încheiat cu .....);

*conform Instrucțiunii 2/2017 a ANAP, îndeplinirea cerinței legate de numărul minim/maxim de contracte se raportează la contractele executate și nu la acordurile-cadru;*

*având în vedere cerința minimă stipulată în FDA, respectiv ”[...]a realizat și finalizat în ultimii 3 ani, în cadrul a maximum 3 contracte servicii similare în valoare de minim 8.000.000 lei fără TVA[...]”, vă rugăm să clarificați și să transmiteți DUAE revizuit în acest sens;*

*în ceea ce privește cerința privind cash-flow, veți prezenta DUAE revizuit cu valoarea acestuia, așa cum este solicitat prin cerința minimă din FDA: ''[...]ofertanții trebuie să demonstreze ....cash-flow de prestare a serviciilor pentru o perioada de 6 luni în sumă de 4.000.000 lei”*.

Autoritatea contractantă face precizarea că termenul acordat pentru a răspunde la clarificări a fost de o zi lucrătoare, așa cum este prevăzut în art. 134 din HG 395/2016:

*”(1) Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările şi completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia.*

*(2) Comisia de evaluare, înainte de a lua o decizie de respingere a candidaturii/ofertei în baza art. 137 alin. (2) lit. h), solicită clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate iniţial de candidat/ ofertant/subcontractant/terţ susţinător cu privire la neîncadrarea în prevederile art. 60 alin. (1) lit. d) şi e) din Lege.*

*(3) Comisia de evaluare va stabili termenul-limită în funcţie de volumul şi complexitatea clarificărilor şi completărilor formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte. Termenul astfel stabilit va fi, de regulă, de minimum 1 zile lucrătoare.”*

Se menționează că solicitarea de clarificări a făcut referire cu strictețe doar la aspectele cuprinse în avizul emis de ANAP, iar termenul acordat a fost stabilit conform cu prevederile legale incidente.

. ..... afirmă că nu a considerat că se impune un termen mai lung deoarece revizuirea unui DUAE se face în maxim 30 minute (atât cât sa fie completat) iar experiența similară o are deja ofertantul, nu o realizează acum, astfel încât trebuia să fie oferită doar o clarificare asupra acesteia; nu erau aspecte ce țineau de terți sau de instituții ale statului care să impună anumite termene, erau lucruri deja prezentate și care trebuiau doar clarificate.

În plus, autoritatea contractantă susține că în cazul în care acest termen era neîndestulător, ofertantul putea solicita prelungirea lui și comisia ar fi decis în consecință.

Totodată, autoritatea contractantă afirmă că asocierea contestatoare trebuia să dea curs în termen solicitării de clarificări în discuție pentru a-și păstra o șansă reală la câștigarea contractului; doar în urma prezentării unui răspuns comisia de evaluare putea să admită/respingă oferta.

În acest sens, ..... invocă prevederile art. 134 alin. (5) din HG 395/2016 raportat la art. 137 alin. (1) din același act normativ care stabilesc că atunci când ofertantul nu dă curs unei solicitări de clarificări oferta este respinsă ca inacceptabilă.

Prin urmare, autoritatea contractantă apreciază lipsit de interes demersul ..... de a formula o contestație, fără să trimită un răspuns la clarificări, deoarece nu mai poate deține calitatea de ofertant în cadrul procedurii.

Din punctul de vedere al autorității, Consiliul, în temeiul art. 26 din Legea 101/2016 nu poate constata admisibilitatea/respingerea unei oferte ci doar să dispună măsuri de reevaluare/remediere, ori în situația de față nu poate dispune repunerea într-un termen de clarificări, neexistând un temei legal în acest sens.

Se arată de către autoritate că clarificările au fost solicitate iar ofertantul a ales să nu răspundă în termenul acordat, astfel că acordarea unui nou termen pentru aceleași clarificări nu poate fi decât un avantaj

incorect acordat ofertantului față de restul ofertanților(chiar dacă aici e vorba de unul singur).

În aceste condiții, ..... consideră că a procedat în mod corect și diligent, aplicând îndrumările Autorității Naționale pentru Achiziții Publice, astfel încât se impune menținerea rezultatului evaluării în forma stabilită de autoritatea contractanta și respingerea contestației pe fondul său ca fiind neîntemeiată.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la CNSC cu nr. ..., ..... SRL a depus „Cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante", în calitate de operator economic participant la procedură, solicitând Consiliului admiterea prezentei cereri de intervenţie în interesul autorității contractante și pe cale de consecinţă, în principal:

I. Să mențină ca temeinice și legale adresa autorității contractante nr. 190 din 15.07.2019, procesul verbal de evaluare intermediară care a stat la baza emiterii adresei anterior menționate și actele subsecvente acestora;

II. Să respingă solicitarea formulată la petitul 3 al contestației, privind obligarea autorității contractante la constatarea îndeplinirii cerinței privind experiența similară, potrivit contractelor indicate în DUAE, ca nefondată;

III. Să respingă ca nefondată solicitarea contestatoarei privind reevaluarea ofertei ..... formate din ..... SRL, ... SA și să mențină ca temeinice și legale prevederile procesului verbal de evaluare intermediară, precum și actele subsecvente acestora;

IV. Să respingă ca nefondată solicitarea formulată în subsidiar, privind anularea procedurii de atribuire, și

în subsidiar:

i) solicită acceptul pentru studiul dosarului achiziției publice;

ii) pentru a beneficia de dreptul prevăzut la art. 21 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, privind posibilitatea părților de a depune concluzii scrise, raportat la petitul cererii, solicită amânarea pronunțării deciziei la o dată ulterioară accesului la dosarul achiziției.

Ofertantul intervenient susține că a formulat o serie de contestații la procedura de atribuire în dezbatere, având ca obiect remedierea în parte a documentației de atribuire, iar ulterior adoptării unor măsuri de remediere, la data de 03.06.2019, data limită de depunere a ofertelor, a încărcat în SICAP oferta cu toate anexele acesteia.

Se menționează că la procedura de atribuire, potrivit declarației de participare publicate de autoritatea contractantă în SEAP la data de 05.06.2019, atașat anunțului de participare ..... au depus ofertă în procedură:

- ca ofertant unic - ..... SRL, și
- asocierea formată din ..... SRL, ... SA.

Intervenientul precizează că în urma analizării DUAE în data de 05.07.2019, autoritatea contractantă a publicat în SEAP decizia de admitere cu privire la oferta depusă de asociere.

Ulterior, la data de 15.07.2019, autoritatea contractantă a solicitat ....., prin adresa nr. 190 din 15.07.2019, o serie de clarificări cu privire la experiența similară și îndeplinirea cerinței privind asigurarea

cash-flow-ului, raportat la prevederile documentației de atribuire, urmând ca transmiterea răspunsului să se facă până la data de 16.07.2019.

SC ..... SRL afirmă că la data de 31.07.2019, autoritatea contractantă a publicat în SICAP contestația formulată de societatea ..... SRL, ce face obiectul prezentei cauze.

În ce privește admisibilitatea în principiu a prezentei cereri de intervenție, ofertantul intervenient învederează că în raport de prevederile art. 61 alin. (2) cod procedură civilă ce presupun existența unui interes propriu care să justifice intervenția în litigiu, acesta a depus ofertă în procedura de atribuire, cu scopul de a obține contractul de delegare.

Astfel, ofertantul susține că apară atât interesul autorității contractante cât și un interes propriu, privitor la:

- neadevărul referitor la emiterea solicitărilor de clarificări cu scopul favorizării sale;
- solicitarea ....., din petitul 5 al contestației, de a se anula procedura de atribuire dacă oferta sa nu va fi reevaluată și declarată admisibilă, motivat de faptul că oferta nu ar mai putea fi comparată cu o altă ofertă admisibilă, fapt care aduce o vătămare atât autorității contractante care va fi nevoită să organizeze o nouă procedură de atribuire cât și scopului participării sale la procedura de față;

Raportat la prevederile art. 61 alin. (3) cod procedură civilă ce presupun sprijinirea apărării unei părți, în speță a autorității contractante, în legătură cu legalitatea actelor emise în procedura de atribuire, la care și SC ..... SRL a depus ofertă, intervenientul subliniază că nu reclamă o pretenție proprie întrucât prin cererea formulată solicită cele mai sus enunțate.

În referire la critica SC ..... SRL potrivit căreia solicitarea de clarificări nr. 190/15.07.2019, actul contestat, a avut un termen scurt de răspuns, intervenientul face mențiunea că acesta a fost stabilit cu respectarea prevederilor legale, în speță art. 134 alin. (1) și (3) din HG nr. 395/2016.

Totodată ofertantul arată că în măsura în care asocierea contestatoare a depus documentele care dovedesc îndeplinirea cerințelor privind experiența similară și cash flow-ul, aceasta nu trebuia decât să facă precizări referitoare la aceste documente, astfel că termenul acordat de autoritate a fost suficient.

Față de susținerea SC ..... SRL că a completat DUAE cu toate informațiile solicitate de autoritatea contractantă și, prin admiterea DUAE, autoritatea contractantă a acceptat ca fiind îndeplinite cerințele referitoare la experiența similară și cash flow, intervenientul indică art. 3 alin. (1) lit. s) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 137 alin. (1) și alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, subliniind că o completare corectă a DUAE sau admiterea DUAE de către autoritatea contractantă, nu echivalează cu îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție stabilite prin documentația de atribuire.

În referire la dovada experienței similare, prin prezentarea de către asocierea contestatoare a unui acord-cadru încheiat cu ....., ofertantul intervenient precizează că în motivarea solicitării de clarificări, autoritatea a menționat că potrivit Instrucțiunii nr. 2 din 19.04.2017 emisă de Agentia Națională pentru Achiziții Publice, în aplicarea prevederilor art. 178 şi art.

179 lit. a) şi b) din Legea nr. 98/2016, îndeplinirea cerinței referitoare la experiența similară se referă la contracte executate și nu la acorduri cadru.

Așadar, SC ..... SRL arată că în măsura în care acordul cadru constituie o promisiune privind executarea unor contracte care se vor încheia în viitor, într-o perioadă expres stabilită, experiența similară se dovedește prin contractele de prestare subsecvente, încheiate ulterior în baza acordului cadru; prin urmare, dacă asocierea a ales să facă dovada experienței similare cu un acord cadru, trebuia să prezinte contractele subsecvente încheiate în baza acordului cadru.

Totodată, SC ..... SRL precizează că în cuprinsul Instrucțiunii ANAP nr. 2/2017 se face referire exclusiv la valoarea contractelor și nu la valoarea acordului cadru, iar interpretarea conform căreia valoarea totală a acordului cadru nu poate fi avută în vedere, rezultă din legislația primară, respectiv art. 178 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Se reține că în jurisprudență s-a statuat, referitor la experiența similară dovedită prin prezentarea acordului cadru că:

"Cerinţa dovedirii experienţei similare printr-un contract, maximum două.

Cerinţa nu este îndeplinită prin prezentarea unui acord - cadru în baza căruia s-au executat 12 contracte subsecvente”. ....., jurispridența comentată în materia achizițiilor publice, Ed. Hamangiu 2017, speța 255 - Curtea de Apel Craiova - Secția contencios administrativ și fiscal:

În concluzie, intervenientul susține că pentru a nu depăși numărul limită de contracte prevăzut în fișa de date a achiziției, respectiv 3 contracte, asocierea putea adiționa la valorile celor două contracte, încheiate cu Municipiile ..... și Constanța, cel mult un contract subsecvent acordului cadru încheiat cu .....

SC ..... SRL opinează că asocierea contestatoare nu a respectat dispozițiile exprese ale punctului III.1.3.a) subpunctul 4 referitor la numărul limită de contracte prin care poate fi dovedită cerința, respectiv 3 contracte, întrucât acordul cadru a avut mai mult de un contract subsecvent.

În plus, intervenientul menționează că asocierea contestatoare trebuia să facă dovada experienței similare prin prezentarea contractelor încheiate cu cele doua unități administrativ teritoriale și un singur contract subsecvent, care să se încadreze în termenul de 3 ani, instituit prin documentația de atribuire.

Față de susținerile ..... contestatoare că: *"Ceea ce intră sub incidența prevederilor Legii 98/2016 este atribuirea contractului/acordului cadru, iar nu a contractului subsecvent. Astfel încât, oferta noastră respectă prevederile legii."*, cât și *"este definit generic contractul de achiziție publică, atât în ceea ce privește atribuirea, cât și executarea acestuia, absorbind totodată în noțiunea de contract și acordul cadru, atribuit potrivit aceleiași legi”*, intervenientul apreciază că acestea sunt netemeinice și nu pot fi reținute, pentru următoarele considerente:

• art. 3 alin. (1) din Legea 98/2016, face distincție între acordul cadru și contractul de servicii, după cum urmează:

*"c) acord-cadru - acordul încheiat în formă scrisă între una sau mai multe autorități contractante şi unul ori mai mulţi operatori economici care are ca obiect stabilirea termenilor şi condiţiilor care guvernează contractele*

*de achiziţie publică ce urmează a fi atribuite într-o anumită perioadă, în special în ceea ce priveşte preţul şi, dupa caz, cantităţile avute în vedere;*

*o) contract de achiziţie publică de servicii - contractul de achiziţie publică care are ca obiect prestarea de servicii, altele decât cele care fac obiectul unui contract de achiziţie publică de lucrari potrivit lit m)*".

Așadar, ofertantul intervenient afirmă că prestarea de servicii este stabilită prin contractele de servicii subsecvente și nu prin acordul cadru propriu zis.

De asemenea, SC ..... SRL constată că afirmația contestatoarei - "Esențiale sunt prevederile art. 179 din Legea 98/2016 care reglementează cantități de lucrări/servicii executate într-un interval de timp, dovedite inclusiv prin recomandările emise de către beneficiar", este nefondată întrucât art. 179 din Legea 98/2016 nu conține o prevedere, raportat la care experiența similară să fie dovedită numai printr-o recomandare emisă de un beneficiar.

Raportat la susținerea ..... contestatoare că o interpretare din partea autorității contrară prevederilor art. 37 alin. (4) din Legea 98/2016, ar determina nerespectarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea 98/2016, este în opinia intervenientului nefondată, din următoarele considerente:

- dreptul autorității contractante de a stabili cerințe privind capacitatea tehnică și profesională a ofertantului, este prevăzut de art. 178 din Legea 98/2016, așa cum chiar contestatoarea a arătat;
- potrivit art. 1 din Instrucțiunea nr. 2/2017 a ANAP, emisă în aplicarea prevederilor art. 178 și art. 179 lit. a) și b) din Legea 98/2016:

*" Autoritatea/Entitatea contractantă are dreptul de a solicita, atât prin anunţul de participare/de participare simplificat, cât şi prin documentaţia de atribuire, ca operatorul economic care participă la procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/de achiziţie sectorială/acordului-cadru să facă dovada capacităţii sale tehnice şi profesionale referitoare la experienţa în implementarea unui/unor contract/contracte similar/similare atât ca tip şi complexitate, cât şi din punctul de vedere al rezultatului/funcţionalităţii urmărite prin scopul contractului de achiziţie publică/de achiziţie sectorială/acordului-cadru ce se atribuie prin respectiva procedură."*

- autoritatea contractantă nu a introdus acest drept al său ulterior depunerii ofertelor;
- cerința prevăzută la punctul III.3.1. lit. a), subpunctul 4) din fișa de date a achiziției, referitoare la experiența similară a fost cunoscută de contestatoare de la data de 09.11.2018 când fișa de date a fost publicată în SICAP anexat anunțului de participare inițial nr. CN 1005963 din 09.11.2018;
- cunoscând de asemenea, că serviciile au fost executate practic de asociatul său, în baza contractelor subsecvente acordului cadru, ..... și/sau asociații săi aveau la dispoziție, fie calea de atac împotriva prevederilor punctului III.3.1. lit. a), subpunctul 4) din fișa de date a achiziției, în sensul solicitării remedierii acesteia, fie formularea unor solicitări de clarificări adresate autorității contractante, cu privire la îndeplinirea cerinței.

Prin urmare, intervenientul reține că asocierea contestatoare nu a motivat care sunt, în concret, actele autorității contractante care au

determinat nerespectarea principiilor nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității, formularea unei solicitări de clarificări de către comisia de evaluare nereprezentând o încălcare a principiilor enunțate, cerința din documentația de atribuire rămânând neschimbată.

Se menționează că în situația în care contestatoarea sau unul dintre membrii ....., considerau că cerința privind experiența similară este disproporționată raportat la ceea ce urmează a fi prestat pe durata de 8 ani a contractului, aveau posibilitatea contestării cerinței din documentația de atribuire.

Ofertantul intervenient învederează că afirmația contestatoarei că *solicitarea de clarificări a fost formulată cu scopul de a crea un avantaj SC ..... SRL* este nefondată, culpa contestatoarei privind modul defectuos în care și-a întocmit oferta, care a determinat decizia comisiei de a-i solicita clarificări cu privire la îndeplinirea cerinței, neputând fi considerată ca o favorizare.

Se reține că critica petentei cu privire la faptul că prin eliminarea ofertei sale, oferta ..... SRL ar rămâne singura în procedură este hilară în măsura în care în procedură nu a mai depus oferta decât aceasta.

Referitor la speța 585 extrasă de pe site-ul ANAP, redată în cuprinsul contestației, privitoare la consiliere metodologică privind aplicabilitatea art. 11 din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, referitoare la întocmirea fișei de date și aplicabilitatea art. 12 din aceeași instrucțiune, referitoare la demonstrarea experienței similare de către operatorii economici, SC ..... SRL învederează că art. 11 din Instucțiunea ANAP nr. 2/2017 nu este incidentă în speță.

Intervenientul argumentează această susținere arătând că prevederile art. 11 alin. (3) lit. a) la c) din Instrucțiunea nr. 2/2017 din 19.04.2017, emisă în aplicarea prevederilor art. 178 şi art. 179 lit. a) şi b) din Legea nr. 98/2016, respectiv a prevederilor art. 191 şi art. 192 lit. a) şi b) din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale, din cuprinsul Capitolului IV - Formularea cerinţelor privind experienţa similară în cazul contractelor de lucrari, reglementează modalitatea de îndeplinire a cerinței minime privind experiența similară în cazul procedurilor în urma cărora se atribuire contracte de lucrări și nu de servicii.

Astfel, ofertantul susține că alineatul ultim al speţei citate are în vedere acceptarea de livrări, servicii și lucrări asemănătoare și nu limitarea la cele identice obiectului procedurii de atribuire, neavând nici un fel de legătură cu numărul de contracte stabilit de autoritatea contractantă pentru dovedirea nivelului experienței similare valoric ori cantitativ.

Totodată, SC ..... SRL face precizarea că la data formulării contestației, contestatoarea nu mai poate formula critici cu privire la conținutul fișei de date a achiziției, de care a luat cunoștință cu mai mult de 8 luni în urmă, respectiv de la 09.11.2018, acestea fiind tardive.

Se arată că contestatoarea a avut suficient timp pentru a se lamuri cu privire la ce contracte se admit și/sau exclud, dacă a apreciat că prevederile punctului III.3.1.a) subpunctul 4) din fișa de date a achiziției îi sunt neclare, astfel că orice critică la fișa de date a achiziției este tardiv formulată, raportat la data depunerii contestației.

În referire la incidenta principiului de drept *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* - unde legea nu distinge, nici noi nu trebuie să

distingem, raportat la prevederile invocate la punctul 2 din contestație, intervenientul învederează că acest principiu nu are aplicabilitate atâta timp cât contestatoarea invocă prevederi care nu sunt în strânsă legătură cu problema juridică care privește fondul cauzei, în speță legalitatea aplicării prevederilor art. 134 alin. (1) din HG 395/2016, referitoare la cazurile în care comisia de evaluare are obligația formulării de clarificări.

De asemenea, ofertantul intervenient afirmă că legiuitorul a avut în vedere ca protecția acordată unui ofertant, prin posibilitatea de a lămuri aspecte referitoare la îndeplinirea cerințelor sau completarea ofertei cu înscrisuri noi, să nu se creeze un dezavantaj celorlalți ofertanți care au depus oferte admisibile.

Având în vedere cele expuse, SC ..... SRL solicită Consiliului să respingă ca nefondate solicitările contestatoarei privind constatarea îndeplinirii cerințelor privind răspunsul la solicitarea de clarificări, raportat la prevederile legale invocate și îndeplinirea cerinței prevăzute la pct. III.3.1. lit. a) subpunctul 4) din fișa de date a achiziției, privind experiența similară, stabilirea acceptabilității și conformității, potrivit art. 127 alin. (1) lit. b) i) și k), verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, elaborarea solicitărilor de clarificări şi/sau completări necesare în vederea evaluării solicitărilor de participare şi/sau ofertelor și stabilirea ofertelor admisibile, intrând în sarcina comisiei de evaluare a ofertelor.

Referitor la susținerea contestatoarei că termenul de 1 zi pentru postarea unui DUAE revizuit este insuficient, mai ales că asocierea este formată din 3 agenți economici cu sedii în localități diferite, precum și faptul că aceasta a încărcat în SEAP răspunsul la solicitarea de clarificări contestată după expirarea termenului de răspuns, ofertantul intervenient subliniază că SC ..... SRL nu își poate invoca propria culpă cu privire la modul în care a înțeles să gestioneze modalitatea de comunicare cu autoritatea contractantă pe durata procedurii de atribuire.

Astfel, intervenientul precizează că nu pot fi reținute susținerile contestatoarei privind:

• situația potrivit căreia ..... nu a văzut solicitarea de clarificări a autorității contractante la data postării în SEAP, 15.07.2019, motivat de faptul că nu a primit o notificare alertă de la sistemul electronic nu poate fi reținută întrucât accesarea SEAP în vederea verificării documentelor/comunicărilor realizate prin intermediul SEAP nu este condiționată de existența unei notificări alertă;

• lipsită de relevanță este și susținerea contestatoarei privitoare la faptul că 10-15 zile nu a primit notificări alertă de la SEAP, deși SEAP-ul funcționa, intervenientul opinând că trebuia să existe o minimă diligență cu privire la verificarea documentelor postate de autoritatea contractantă în procedură;

• imposibilitatea luării la cunoștință de existența solicitării de clarificări la data de 15.07.2019, motivat de lipsa notificării tip alarmă transmisă de SEAP, întrucât verificarea documentelor postate de autoritatea contractantă în SEAP se poate face oricând fără existența unei notificări alertă din partea sistemului informatic, interesul pentru verificarea oricăror informații cu privire la procedură fiind al ofertantului;

• faptul că niciunul dintre angajații celor trei agenți economici care formează asocierea, responsabili cu gestionarea ofertei depuse în

procedura în care angajatorul lor este parte, nu a verificat eventuala postare de documente în SEAP, cu privire la procedura în cauză, în ziua de 15.07.2019, nu i se poate imputa autorității contractante;

- de asemenea, este lipsită de relevanță susținerea că termenul acordat a fost foarte scurt, respectiv de la 15.07.2019 ora 16:25 până la 16.07.2019 ora 24:00, motivat de faptul că sediile firmelor din asociere sunt în localități diferite întrucât pe cale electronică documentele scanate ajung în timp de câteva minute în state diferite, cu atât mai mult în localități ale aceluiași stat;
- tot lipsită de relevanță este susținerea contestatoarei privitoare la faptul că nu trebuia să se mai posteze un DUAE revizuit întrucât această declarație, potrivit art. 193 alin. (1) lit. c) din Legea 98/2016 privește și îndeplinirea criteriilor de selecție stabilite de autoritatea contractantă; în măsura în care contestatoarea a formulat clarificări a devenit necesară actualizarea/revizuirea DUAE; în cazul de față toți operatorii economici incluși în asociere urmau să depună un DUAE revizuit în calitatea de asociat deținută în procedură.

SC ..... SRL solicită respingerea, ca nefondată, a solicitării formulată la petitul 3 al contestației privind obligarea autorității contractante la constatarea îndeplinirii cerinței privind experiența similară, potrivit contractelor indicate în DUAE.

În egală măsură intervenientul menționează că contestatoarea face o gravă confuzie între:

- data la care documentul angajant referitor la cash-flow devine operațional, respectiv la momentul semnării contractului și
- existența documentului angajant la data participării la procedura de atribuire, ca dovadă certă că această cerință poate fi îndeplinită de ofertant în cazul desemnării ofertei sale ca fiind câștigătoare.

Așadar, SC ..... SRL opinează că contestatoarea nu a înțeles că la data limită de depunere a ofertelor trebuia să facă dovada deținerii documentului angajat privind cash flow-ul în suma de 4.000.000 lei; astfel, în vederea posibilității verificării declarațiilor cuprinse în DUAE, documentul angajant trebuie să existe la data ofertării/completării DUAE.

Prin urmare, în măsura în care contestatoarea nu susține că deține în mod efectiv un astfel de document, intervenientul presupune că la data ofertării acesta nu exista, sens în care cerința nu este îndeplinită.

Astfel fiind, ofertantul intervenient conchide că documentul angajant referitor la cash-flow nu a existat nici la data ofertării și nici la data solicitărilor de clarificări întrucât asocierea nu l-a prezentat autorității contractante.

Intervenientul arată că, dacă s-ar admite că acest document nu este necesar la ofertare, așa cum apreciază în mod eronat contestatoarea, în situația în care ofertantul desemnat câștigător nu va putea prezenta documentul angajant, care urmează să devină operațional la semnarea contractului și nu mai există o ofertă admisibilă sau ofertantul clasat pe locul II, neavând poziția I în clasament nu a mai fost interesat de obținerea unui astfel de document, în lipsa unei astfel de verificări procedura de atribuire ar fi anulată, motivat de lipsa unei verificări prealabile a îndeplinirii acestei cerințe.

Din cele arătate, SC ..... SRL reține că cerința privind capacitatea financiară (cash-flow) nu poate fi îndeplinită prin depunerea unei declaraţii pe propria răspundere fără a indica actul angajant.

Se menționează că invocarea de către contestatoare a capitolului 3 din caietul de sarcini nu are legătură cu obiectul cauzei, deoarece la punctul 3.1.1 al documentului invocat se descriu activitățile ce trebuie derulate în cele 60 de zile pentru mobilizare, aceste activități neavând legătură cu documentul privind dovada cash-flow-ului.

Astfel, cerinţa art. 3 alin. 6 din proiectul 2 contract, citată de contestatoare, nu este decât o reluare a primei fraze a cerinței de calificare a fișei de date, a cărei invocare apare ca inutilă în accepțiunea intervenientului.

În considerarea celor arătate, SC ..... SRL solicită respingerea ca nefondate a alegațiilor contestatoarei cu privire la îndeplinirea cerinței referitoare la dovada cash-flow, precum și solicitarea contestatoarei privind reevaluarea ofertei ..... formate din ..... SRL, ... SA și să se mențină ca temeinice și legale adresa nr. 190 din 15.07.2019, prevederile procesului verbal de evaluare intermediară, precum și actele subsecvente acestora.

Totodată, ofertantul intervenient solicită respingerea ca inadmisibilă a solicitării contestatoarei privind anularea procedurii de atribuire, motivat de faptul că motivul real al solicitării anularii procedurii de atribuire îl constituie nemulțumirea contestatoarei cu privire la constatarea inadmisibilității ofertei sale, însă nemulțumirea contestatoarei nu se circumscrie situațiilor exprese prevăzute de lege pentru incidența în cauză a deciziei de anulare a procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., SC ..... SRL formulează Concluzii scrise în urma studierii dosarului achiziției publice, solicitând respingerea excepţiei tardivităţii contestaţiei, excepţie invocată de către autoritatea contractantă în punctul de vedere-adresa nr. ..., motivat de faptul că "deoarece aceasta nu a fost introdusă în termenul legal atât la CNSC cât și la autoritatea contractantă."

.....În susținerea solicitării de respingere a excepției tardivității contestației invocată de autoritatea contractantă, SC ..... SRL, redă argumentele expuse în cuprinsul adresei nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ... și a adresei nr. ..., înregistrată la CNSC cu nr. ..., subliniind că şi-a îndeplinit obligaţia legală privind transmiterea contestaţiei concomitent către CNSC şi catre autoritatea contractanta, la adresa de e-mail menționată în fișa de date, respectiv .....

Față de excepția lipsei interesului legitim în formularea contestației invocată de autoritatea contractantă, SC ..... SRL solicită respingerea acestei excepții ca neîntemeiată și nefondată, motivând următoarele:

- pe deoparte, potrivit art. 3, alin 3 din Legea 101/2016, Asocierea are calitate de ofertant şi persoană interesată, atâta timp cât nu a fost exclusă defintiv din procedură: *”(3) În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat şi fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanţă, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac."*

- pe de altă parte, contestatoarea apreciază că putea ataca orice act vătămător, inclusiv solicitarea de clarificări, drept recunoscut prin prevederile art. 2 din Legea 101/2016.

Asocierea contestatoare apreciază acest act vătămător deoarece prin această solicitare de clarificare, autoritatea contractantă modifică/completează documentaţia de atribuire, lucru nepermis în această fază.

Chiar dacă ar fi răspuns la solicitarea de clarificări, împrejurarea că autoritatea contractantă consideră că nu putea dovedi experienţa similară cu seviciile executate, finalizate şi recepţionate, în baza unui acord-cadru, ar fi condus în opinia petentului la considerarea răspunsului ca fiind neconcludent, respectiv declararea ofertei ca neconforme; aceeaşi situaţie fiind şi în cazul solicitării de clarificări cu privire la "a face dovada" cash flow.

Autorul contestației face precizarea că a dovedit experienţa similară prin serviciile executate, inclusiv în baza acordului-cadru, încheiat cu S.C. ..... SA, în perioada anterioară 2016-2018, perioadă inclusă în perioada de referinţă menţionată în fişa de date, indicând în DUAE şi ataşând toate recomandările emise de către autorităţile contractante prin care se atestă realizarea şi finalizarea serviciilor în perioada respectivă.

Deci, chiar dacă se numeşte acord-cadru, petentul arată că acesta a fost executat, asocierea prezentând serviiile care au fost executate efectiv până la finele anului 2018, serviciile fiind recepţionate şi de bună calitate; nu a menţionat serviciile care făceau obiectul acordului-cadru, rămase de executat.

În ceea ce priveşte cash flow, contestatoare precizează că autoritatea i-a solicitat a face "dovada" cash flow în sumă de 4.000.000 lei, dar această cerinţă nu respectă prevederile art. 134, alin. 4 din HG 395/2016, ofertantul înţelegând că autoritatea contractantă i-a solicit a face "dovada", astfel că dovada a fost făcută cu respectarea prevederilor art. 193, alin. 1 din Legea 98/2016.

Petentul susține că abia la data luării la cunoştinţă a Avizului conform condiţionat emis de către ANAP, comunicat de autoritatea contractantă la dosarul cauzei la data de 02.08.2019, a înţeles că ANAP a reţinut că nu ar fi indicat valoarea cash flow, nu că s-a solicitat a "face dovada", aşa cum i-a comunicat autoritatea contractantă prin solicitarea de clarificare.

Se arată că asocierea contestatoare a menţionat în DUAE şi a anexat acestuia cele trei declaraţii date de către fiecare asociat în parte, din care rezultă valoarea de 4.000.000 lei, declaraţie care este conformă cu prevederile art. 193, alin. 1 din Legea 98/2016; din lecturarea opisului documentelor de calificare, care conţine şi DUAE, rezultă că aceste declaraţii sunt depuse la dosarul de achiziţie publică, autoritatea contractantă putând lua uşor cunoştinţă despre acestea.

Totodată, petentul susține că numai în situaţia în care cele trei declaraţii nu ar fi existat fizic anexate ofertei sale, s-ar fi putut susţine că nu a indicat valoarea de 4.000.000 lei pentru cash flow, sens în care se putea formula o solicitare de clarificări.

Raportat la avizul ANAP emis ca urmare a controlului ex-ante, asocierea contestatoare menționează că autoritatea contractantă avea

posibilitatea uzării de prevederile art. 14, alin. 4 din OUG 98/2017, respectiv continuarea procedurii de achiziţie, fără a lua măsurile de remediere impuse către ANAP, atitudine pe care aceasta trebuia să o urmeze în concordanţă cu prevederile art. 15 din OUG 98/2017, precum şi în baza principiului asumării răspunderii instituit de art. 2, alin. 2 din Legea 98/2016.

Se afirmă de către petent că prevederile art. 14, alin. 8 din OUG 98/2017, instituie nulitatea contratului de achiziţie, încheiat ca urmare a neluării măsurilor de remediere, dar aceste prevederi au şi o excepţie, cea prevăzută de art. 25, alin. 2 din OUG 98/2017, care dispun:

*"(2) În cazul în care Consiliul sau instanţa de judecată competentă s-a pronunţat în mod definitiv în legătură cu acte ale autorităţii contractante care au făcut obiectul unui aviz conform condiţionat al ANAP, iar din deciziile pronunţate rezultă invalidarea în tot a constatărilor din avizul conform condiţionat respectiv, ANAP nu va ataca în instanţă contractul încheiat în cadrul procedurii de atribuire ce a făcut obiectul deciziei definitive a Consiliului sau instanţei de judecată, acesta nefiind lovit de nulitate absolută pe motivul prevăzut la art. 14 alin. (8)."*

În acest context, SC ..... SRL este de părere că autoritatea contractantă putea proceda la continuarea procedurii de achiziţie publică, ținând cont că singura sancţiune prevăzută de OUG 98/2017 este ceea a unei eventuale nulităţi a contractului încheiat ca urmare a neluării măsurilor de remediere, precum și de împrejurarea că autoritatea contractantă, prin procesul-verbal din data de 26.06.2019, a apreciat ca fiind conformă oferta sa prin mențiunea "ADMIS".

Cât privește susținerea autorității privind lipsa răspunsului la solicitarea de clarificări, petentul afirmă că în comparație cu alte solicitări de clarificări adresate anterior celei contestate, în cazul de față, autoritatea contractantă a stabilit un termen nerealist pentru depunerea răspunsului la solicitarea de clarificări, de o zi lucrătoare, cu atât mai mult cu cât adresa a fost publicată în SEAP la ora 16:25, după terminarea programului de lucru, ofertantul putând lua cunoştinţă despre această solicitare numai în cursul zilei de 16.07.2019, care era şi data limită stabilită.

SC ..... SRL observă că autoritatea contractantă i-a indicat că putea formula o cerere privind prelungirea termenului stabilit pentru depunerea răspunsului la clarificări, dar ofertantul susține că nu există o prevedere legală în acest sens, de care să se fi putut prevala.

În plus, petentul constată că Avizul conform condiţionat a fost dat de către ANAP la data de 02.07.2019, iar autoritatea contractantă a avut nevoie de 13 zile pentru a formula solicitarea de clarificări - 15.07.2019, în condiţiile în care ofertantului i-a acordat termen de răspuns 1 zi.

Se reține de către contestatoare că nu corespunde realităţii susţinerea autorităţii contractante cum că răspunsul la clarificări se putea formula în 30 minute, prin completarea DUAE; ofertantul afirmă că pentru redactarea răspunsului la clarificări, atâta timp cât s-a indicat de către autoritatea contractantă că experienţa similară nu se dovește cu acordul-cadru și pentru ca răspunsul să fie considerat concludent, era imperios necesar a formula o motivare complexă, similar cu cea prezentată în contestaţie.

SC ..... SRL reține că a doua zi după data limită stabilită pentru răspunsul la clarificări (16.07.2019), autoritatea contractantă a încheiat procesul verbal din data de 17.07.2019, prin care s-a declarat oferta sa neconformă, aspect de care a luat cunoştinţă numai cu ocazia studierii dosarul la CNSC.

Pe fondul cauzei, SC ..... SRL redă susținerile expuse inițial în contestație și solicită admiterea acesteia astfel cum a fost formulată.

.....Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ..., ..... reiterează faptul că căsuța poștală ..... este una și aceeași cu ....., din punct de vedere informatic neexistând distincție între cele două adrese de email.

Se arată că numita ... este șeful serviciului de achiziții publice din cadrul ..... și nu are un alt e-mail personal, aceasta având atribuții în a controla/verifica toate e-mailurile care intră/ies din instituție cu subiectul ”achiziții publice”.

În susținerea excepției tardivității contestației invocate, autoritatea contractantă afirmă că prezenta contestație i-a fost comunicată, prin wetransfer,abia la data de 30.07.2019, sub forma unui link; doar această modalitate de transmitere a putut fi confirmată de autoritate ca fiind un e-mail care a intrat și la care s-a regăsit contestația, însă nici autoritatea nici contestatoarea nu poate afirma că a trimis un e-mail cu contestația in integrum, care a fost confirmat ca primit de către autoritatea contractantă.

. ..... învederează că susține admiterea în principiu a cererii de intervenție accesorie formulată în dosar, având în vedere îndeplinirea condițiilor de procedură prevăzute de art. 61 alin. (3) și art. 63 din Codul de procedură civilă.

Prin adresa nr. .., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., SC ..... SRL formulează Răspuns la susținerile autorității contractante comunicate prin e-mail la data de 12.08.2019.

Referitor la afirmația autorității contractante că „căsuța poştală ..... este una și aceeași cu ....., din punct de vedere informatic nu există distincție între cele doua!", SC ..... SRL precizează că aceasta este nefondată și totodată învederează că a solicitat un punct de vedere de la specialiști în domeniu care i-au comunicat că o căsuță de email nu poate fi, tehnic vorbind, una și aceeași cu o altă căsuță.

În continuare, SC ..... SRL redă explicațiile specialiștilor în domeniu:

”În structurile cu nume multiple pentru același cont de email, se setează un nume primar și mai multe "alias"-uri sau redirectări.

În consecință, pentru corectitudinea tehnică a exprimării, unul dintre nume este "primary", iar cel de-al doilea este "alias" sau "redirect/forwarder". Email-urile sunt redirectate în interiorul serverului, deci cel puţin teoretic, pot apărea erori de livrare între conturile de email.

Acest lucru este important când ai de-a face cu trimiterea de emailuri în acelaşi server de email de la o căsuță/nume, la altul.”

2. Emailul a fost trimis de pe un cont de yahoo.

Yahoo email trimite toate emailurile fără confirmare de primire, însă specialiștii IT susţin că toate emailurile care nu sunt livrate, primesc înapoi un mesaj de eroare.

https://help.yahoo.com/kb/SLN3386.html

Aşadar, dacă nu a fost primit un mesaj de eroare, emailul a fost confirmat/ primit de serverul mx.primariaclujnapoca.ro
3. Dacă e-mail-lul transmis de SC ..... SRL nu a fost recepţionat de către autoritatea contractantă, atunci este culpa exclusivă a acesteia, care se datorează unor greşeli ale setărilor din server, aşa cum comunică specialistul din domeniu:
„Par să fie erori în setările Zonelor DNS:
The SPF string cannot be parsed, do you have any typos in it?
Decision permanent error in processing
Explanation SPF Permanent Error: No valid SPF record for included domain: mx.primariaclujnapoca.ro: include:mx.primariaclujnapoca.ro
Record v=spf1
include:spf.mailjet.cominclude:spf.google.cominclude:
mx.primariaclujnapoca.ro~all
Este probabil să aibă unele probleme cu livrarea unor emailuri. Probabil că serverul este în încărcare mare (heavy load), sau cu probleme de comunicare în timp util/configurare."

Concluzionând, autorul contestației arată că din punct de vedere tehnic, nu este posibil ca o adresă de e-mail să fie una şi aceeaşi cu altă adresă de e-mail, astfel că susţinerile autorităţii contractante sunt false.

Se menționează de către petent că este posibil doar ca un e-mail să fie redirecţionat în cadrul serverului, caz în care ar trebui ca acesta să se regăsească în ambele adrese de e-mail.

...SC ..... SRL mai arată că erorile tehnice din cadrul serverului autorităţii contractante nu îi pot fi imputate, aceasta având obligaţia de a se asigura, pe toată durata procedurii de achiziţie despre funcţionalitatea adreselor electronice menţionate în fişa de date, în speţă ahizitiipublice@primariaclujnapoca.ro.

Contestatorul anexează explicaţiile specialistului în domeniu, comunicate pe e-mail, solicitând Consiliului să dispună consultarea unui specialist IT care poate confirma susţinerile sale şi poate adeveri afirmațiile specialistului consulat de acesta.

Cu adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu sub nr. ..., SC ..... SRL formulează *Concluzii Scrise* prin care reiterează solicitările enunțate în cuprinsul cererii de intervenție în interesul autorității contractante depusă în prezenta cauză și solicită admiterea acesteia astfel cum a fost formulată.

În ce privește legalitatea solicitărilor de clarificări, SC ..... SRL arată că potrivit art. 134 din HG nr. 395/2016, solicitarea de clarificări reprezintă o obligație legală a comisiei de evaluare, iar în altă ordine de idei aceasta a fost dispusă de ANAP în executarea măsurilor consemnate în avizul conform condiționat nr. 6534/1369/CN 1005963/02.07.2019, emis în urma controlului ex ante.

Se menționează că în urma controlului efectuat, ANAP a dispus exercitarea de către comisia de evaluare a atribuțiilor prevăzute la art. 127 alin. (1), lit. b), i) și j) din HG 395/2016, termenul acordat de autoritate pentru formularea răspunsului la solicitările de clarificări fiind emis cu respectarea prevederilor legale (art. 134 alin. (2) din HG nr. 395/2016).

SC ..... SRL susține că în contestația formulată, contestatoarea a recunoscut că a transmis răspunsul său la solicitarea de clarificări cu depășirea termenului fixat de autoritatea contractantă în adresa nr. 190

din 15.07.2019, astfel: „*Fiind depășit termenul de răspuns la solicitarea de clarificare, deși am încercat postarea în SEAP al răspunsului la solicitări, acesta nu a fost validat de sistemul electronic*." ( a se vedea fila 8 contestație prim aliniat).

Se reține de către intervenient că contestatoarea își invocă propria culpă cu privire la modul în care a înțeles să gestioneze modalitatea de comunicare cu autoritatea contractantă pe durata procedurii de atribuire (e.g. a văzut postarea SEAP abia a doua zi, nu a primit notificări de tip alertă de la SEAP, a ieșit din termenul acordat și nu a putut valida răspunsul la solicitarea de clarificări, etc.)

În acest sens, SC ..... SRL precizează că astfel de apărări nu pot fi reținute întrucât:

• faptul că ..... nu a văzut solicitarea de clarificări a autorității contractante la data postării în SEAP, 15.07.2019, din cauza sistemului electronic SEAP, care nu i-a transmis o notificare alertă cu privire la publicarea adresei nr. 190 din 15.07.2019, ca urmare a nefuncționării, nu este imputabil Agenției Naționale pentru Agenda Digitală a României (AADR) sau autorității contractante;

De altfel, ofertantul învederează că AADR a confirmat că disfuncționalitatea SEAP în primirea notificărilor de tip alertă este, în realitate o culpă a ....., astfel:

"1. Sistemul transmite notificările către entitatea dumneavoastră. Însă această problemă apare în cazul clienților care au adresa de e-mail de yahoo, drept pentru care vă recomandăm, daca aveți o altă adresă (nu pe yahoo, ci pe alt domeniu) să ne solicitați - precizându-ne noua adresă de e-mail, printr-o adresă scrisă modificarea actualei adrese de yahoo în secțiunea Listă adrese și pentru fiecare cont de utilizator (user).

2. Va comunicăm că aveți și dumneavoastră posibilitatea de a înlocui actual adresa de yahoo în sistem efectuând următorii pași: după ce vă autentificați în contul de utilizator în SEAP (cu dreptul de administrare profil/utilizatori), accesați secțiunea Contul meu...]" ( a se vedea e-mail din 24.07.2019, ora 12:21 este către ... -vol. I CNSC).

În acest context, intervenientul expune următoarele concluzii:

• accesarea SEAP în vederea verificării documentelor/comunicărilor realizate prin intermediul SEAP nu este condiționată de existența unei notificări alertă, existența publicării documentelor anexate anunțului de participare putând fi efectuată oricând sistemul fiind funcțional permanent;

• lipsită de relevanță și credibilitate este susținerea contestatoarei privitoare la faptul că 10-15 zile nu a primit notificări alertă de la SEAP întrucât în condițiile în care într-un asemenea interval de timp nu a primit niciun fel de notificări, deși SEAP-ul funcționa, trebuia să existe o minimă diligență cu privire la verificarea documentelor postate de autoritatea contractantă în procedură;

• imposibilitatea luării la cunoștință de existența solicitării de clarificări la data de 15.07.2019, motivat de lipsa notificării tip alarmă transmisă de SEAP, nu are susținere întrucât verificarea documentelor postate de autoritatea contractantă în SEAP se poate face oricând fără existența unei notificări alertă din partea sistemului informatic, interesul pentru verificarea oricăror informații cu privire la procedură fiind al ofertantului;

• faptul că niciunul dintre angajații celor trei agenți economici care formează asocierea, responsabili cu gestionarea ofertei depuse în procedura în care angajatorul lor este parte, nu a verificat eventuala postare de documente în SEAP, cu privire la procedura în cauză, în ziua de 15.07.2019, nu i se poate imputa autorității contractante sau AADR:
• de asemenea, este lipsită de relevanță susținerea că termenul acordat a fost foarte scurt, respectiv de la 15.07.2019 ora 16:25 până la 16.07.2019 ora 23:59, motivat de faptul că sediile firmelor din asociere sunt în localități diferite întrucât pe cale electronică documentele scanate ajung în timp de câteva minute în state diferite, cu atât mai mult în localități ale aceluiași stat:
• tot lipsită de relevanță este susținerea contestatoarei privitoare la faptul că nu trebuia să se mai posteze un DUAE revizuit întrucât această declarație, potrivit art. 193 alin. (1) lit. c) din Legea 98/2016 privește și îndeplinirea criteriilor de selecție stabilite de autoritatea contractantă; intervenientul apreciază că în măsura în care contestatoarea a formulat clarificări, a devenit necesară actualizarea/revizuirea DUAE; în cazul de față toți operatorii economici incluși în asociere urmau să depună un DUAE revizuit în calitatea de asociat, deținută în procedură.

SC ..... SRL face precizarea că lipsa răspunsului la solicitările de clarificări este sancționată cu inacceptabilitatea ofertei, așa cum prevede art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

În continuare, ofertantul intervenient reiterează argumentele expuse în cuprinsul *Cererii de intervenție* referitor la cerința privind experiența similară prin care s-a solicitat ofertantului să facă dovada că a realizat și finalizat în ultimii 3 ani, în cadrul a maxim 3 contracte, servicii similare în cuantum de minim 8.000.000 lei, fără TVA.

Se arată că asocierea contestatoare a prezentat în dovedirea experienței similare un acord cadru încheiat cu ....., astfel că autoritatea i-a solicitat clarificări în acest sens, având în vedere că potrivit Instrucțiunii nr. 2 din 19.04.2017 emisă de ANAP, în aplicarea prevederilor art. 178 şi art. 179 lit. a) şi b) din Legea nr. 98/2016, îndeplinirea cerinței referitoare la experiența similară se refera la contracte executate și nu la acorduri cadru.

Intervenientul constată că această situație este recunoscută chiar de ..... SRL care, în concluziile scrise recunoaște că; „...am dovedit experiența similară prin serviciile executate, inclusiv în baza acordului cadru, încheiat cu S.C. ..... SA, în perioada 2016-2018, perioadă inclusă în perioada de referință menționată în fișa de date..." ( a se vedea fila 6, paragraf 3 de sus, concluzii scrise nr. 350 din 12.08.2019 vol. I CNSC).

Ori, în măsura în care, pentru atingerea pragului valoric de 8.000.000 lei, fără TVA asocierea a luat în calcul toate contractele subsecvente acordului cadru din perioada 2016-2018, SC ..... SRL observă că cerința din fișa de date nu mai este îndeplinită, raportat la numărul maxim de 3 contracte; valoarea experienței similare cumulând toate contractele subsecvente încheiate cu ..... este de 8.103.614,71 lei.

Raportându-se la obiectul celor două contracte, ofertantul intervenient menționează că acordul cadru nu face dovada prestării serviciilor și, în plus, valoarea executată în baza unui acord cadru poate fi

diferită de cea inserată în cuprinsul său ca urmare a solicitării executării unor cantități de servicii între o valoare minimă și maximă anuală.

Prin urmare, SC ..... SRL învederează că prestarea de servicii este stabilită prin contractele de servicii subsecvente și nu prin acordul cadru propriu zis.

SC ..... SRL solicită respingerea ca nefondate a alegațiilor contestatoarei cu privire la îndeplinirea cerinței referitoare la dovada cash flow.

De asemenea, ofertantul solicită Consiliului să respingă ca nefondată solicitarea contestatoarei privind reevaluarea ofertei ..... formate din ..... SRL, ... SA și să mențină ca temeinice și legale adresa nr. 190 din 15.07.2019, prevederile procesului verbal de evaluare intermediară, precum și actele subsecvente acestora.

Totodată, SC ..... SRL solicită Consiliului să respingă ca inadmisibilă solicitarea contestatoarei privind anularea procedurii de atribuire.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ..., . ....., transmite următoarele aspecte comunicate de către Serviciul IT din cadrul Primăriei . .....:

*''1. Adresa de e-mail ..... este un grup de distribuție care are setat unul dintre membrii, respectiv adresa de e-mail .....;*

*2. nu suntem răspunzători pentru setările serverelor Yahoo în ceea ce privesc notificările trimise pentru nelivrarea unor e-mailuri;*

*3. nu au existat probleme de comunicare sau de nefuncționalitate a serverului de e-mail.''*

Alături de cele reținute de Serviciul IT, autoritatea contractantă precizează că opinia specialistului adusă ca probă de către ..... conține doar opinii, și acest lucru este dovedit de faptul că în opinie se precizează doar ''probabil'', ''este probabil'', ''par'' , ''sunt șanse'' și din punctul autorității de vedere nu este nici utilă, nici concludentă și nici pertinentă în soluționare o astfel de probă.

Totodată, autoritatea contractantă susține că a dovedit buna credință în momentul în care a recepționat e-mail din partea ....., a răspuns acestuia, a răspuns la telefon, a discutat cu reprezentații contestatorului și le-a sugerat să trimită un e-mail pe wetransfer cu contestația, iar acesta a intrat, fiind confirmat de autoritatea contractantă.

În aceste condiții, autoritatea contractantă consideră că această atitudine trebuia să o aibă încă de la început contestatoarea.

Concluzionând, . ..... precizează că susține în continuare cele deja expuse în dosarul cauzei și solicită Consiliului să respingă contestația înaintată mai întâi pe cale de excepție, iar în subsidiar ca fiind nefondată.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică, având ca obiect ”Delegarea gestiunii serviciului public de salubritate - activitatea de dezinsecție, dezinfecție, deratizare în .....”, cod CPV 90921000-9. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. .., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

Împotriva documentației de atribuire, SC ..... SR a formulat contestația care a format obiectul dosarului nr. .., soluționată prin decizia CNSC nr. .., prin care s-a admis, în parte, contestația formulată de către SC ..... SRL, în contradictoriu cu ....., în calitate de autoritate contractantă.

Tot împotriva documentației de atribuire, SC ..... SR a formulat contestația care a format obiectul dosarului nr. .., soluționată prin decizia CNSC nr. .., prin care s-a admis, în parte, contestația formulată de către SC ..... SRL, în contradictoriu cu . ....., în calitate de autoritate contractantă.

De asemenea, SC ..... SRL a formulat împotriva documentației de atribuire și contestația care a format obiectul dosarului nr. ..., soluționată prin decizia CNSC nr. ..., prin care Consiliul a luat act de renunțarea la contestația formulată de către SC ..... SRL, în contradictoriu cu ....., în calitate de autoritate contractantă.

În procesul-verbal privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare, înregistrat sub nr. 330996/26.06.2019, s-a consemnat depunerea a 2 oferte, respectiv a SC ..... SRL și a ..... SC ..... ... SA, precum și admisibilitatea acestora.

Împotriva solicitării de clarificări comunicată de autoritatea contractantă prin adresa nr. 190/15.07.2019, Asocierea SC ..... SRL-... SA a formulat contestația care face obiectul dosarului nr. 1483/2019.

În procesul-verbal privind reevaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare ca urmare a avizului condiționat nr. 6534/1369/CN/AC/02.07.2019 al ANAP, înregistrat sub nr. 367092/17.07.2019, s-a consemnat respingerea ofertei depuse de SC ..... SRL.

Conform prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul trebuie să se pronunțe mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond.

Având în vedere norma anterior invocată, Consiliul va proceda la soluționarea excepției tardivității contestației formulată de SC ..... SRL, invocată de autoritatea contractantă, pe care o va respinge ca neîntemeiată.

.....În acest sens, potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că împotriva solicitării de clarificări nr. 190/15.07.2019, publicată în SEAP la data de 15.07.2019, ora 16.25, SC ..... SRL a transmis contestația nr. ... către autoritatea contractantă în data de 25.07.2019, prin e-mail, la adresa ....., indicată în anunțul de participare nr. ... și în fișa de date a achiziției.

Astfel, luând în considerare că SC ..... SRL critică solicitarea de clarificări emisă de autoritatea contractantă cu adresa nr. 190/15.07.2019, despre care a luat la cunoştinţă la data de 15.07.2019, raportat la data formulării contestaţiei, respectiv 25.07.2019, Consiliul reţine că, în cauză, contestatorul a respectat termenul de 10 zile impus de legiuitor, conform dispoziţiilor art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu cele ale art. 8 alin. (1) lit. a) din același act normativ.

În ceea ce privește excepția lipsei de interes a SC ..... SRL în formularea contestației, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul urmează să o respingă ca neîntemeiată, pentru următoarele considerente:

În soluționare acestei excepții, Consiliul constată că în speță sunt incidente dispozițiile art. 2 și art. 3 din Legea nr. 101/2016, care stipulează următoarele:

- Art. 2 alin. (1) ”Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi”;
- Art. 3 alin. (1) lit. f) ”*persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:*

*(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și*

(i) *a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire”;*
- Art. 3 alin. (3) ”*În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat şi fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanţă, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac*”.

Prin urmare, legiuitorul definește foarte clar ce înseamnă „persoană vătămată" și ”interes”, respectiv faptul că orice operator economic care nu a fost exclus definitiv din procedură are interes în legătură cu respectiva procedură.

În ceea ce privește fondul contestației, analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să o respingă ca nefondată pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că, în urma analizării documentelor aferente finalizării fazei de evaluare referitoare la îndeplinirea condițiilor de formă și a criteriilor de calificare, verificatorii ex-ante din cadrul ANAP au emis un „Aviz conform condiționat” cu nr. 6534/1369/CN/AC/02.07.2019 în temeiul prevederilor OUG 98/2017, făcând referire la demonstrarea cerinței de calificare privind experiența similară arătând că: „îndeplinirea cerinței legate de numărul minim/maxim de contracte, în relația cu un anumit nivel minim stabilit pentru experiența similară, se raportează întotdeauna la contractele executate în trecut și nu la acordurile-cadru”; în același aviz ANAP a mai reținut cu privire la cerința privind cash-flow-ul: „comisia de evaluare consideră îndeplinită cerința de calificare privind cerința de mai sus de către ofertantul asocierea SC ..... SRL, ... deși acesta prezintă în DUAE declarație cash-flow fără a preciza valoarea”.

În aceste condiții, autoritatea contractantă a solicitat clarificări contestatorului SC ..... SRL prin adresa nr. 190/15.07.2019, având termen de răspuns 16.07.2019 ora 23.59, astfel: ”din cadrul DUAE

prezentat rezultă că experiența similară se face din 2 contracte (cu ..... și ....) și un acord-cadru (încheiat cu .....);
*conform Instrucțiunii 2/2017 a ANAP, îndeplinirea cerinței legate de numărul minim/maxim de contracte se raportează la contractele executate și nu la acordurile-cadru;*
*având în vedere cerința minimă stipulată în FDA, respectiv "[...]a realizat și finalizat în ultimii 3 ani, în cadrul a maximum 3 contracte servicii similare în valoare de minim 8.000.000 lei fără TVA[...]", vă rugăm să clarificați și să transmiteți DUAE revizuit în acest sens;*
*în ceea ce privește cerința privind cash-flow, veți prezenta DUAE revizuit cu valoarea acestuia, așa cum este solicitat prin cerința minimă din FDA: ''[...]ofertanții trebuie să demonstreze ....cash-flow de prestare a serviciilor pentru o perioada de 6 luni în sumă de 4.000.000 lei"*.

Deși contestatorul critică prin prezenta contestație solicitarea de clarificări nr.190/15.07.2019, acesta recunoaște că a încercat *„postarea în SEAP a răspunsului la solicitarea de clarificări contestată, dar acesta nu a mai fost validat de către sistemul electronic fiind depăşit termenul de răspuns".*

Susținerile contestatorului referitoare la faptul că sistemul SICAP, pe o perioadă destul de lungă, 10-15 zile, ar fi funcționat cu defecțiuni nu pot fi primite ca întemeiate de Consiliu, de vreme ce explicațiile prezentate de Agenţia pentru Agenda Digitală a României (anexate de însuși SC ..... SRL) nu relevă disfuncționalități în funcționarea sistemului, o eventuală defecțiune fiind în fapt datorată adresei de e-mail utilizată de contestator. De remarcat este și faptul că SC ..... SRL a solicitat explicații de la AADR abia în data de 24.07.2019.

De asemenea, nici susținerile referitoare la termenul de răspuns la solicitarea de clarificări nu apar ca fiind întemeiate, din moment ce, pe de o parte, acesta respectă termenul minim prevăzut de art.134 alin.(3) din HG 395/2016, iar, pe de altă parte, termenul de răspuns ar fi putut fi prelungit dacă ofertantul contestator ar fi solicitat acest lucru argumentat.

În opinia Consiliului, susținerile contestatorului apar ca fiind contradictorii, în sensul că, pe de o parte critică conținutul solicitării de clarificări nr.190/15.07.2019, iar pe de altă parte afirmă că nu a avut cunoștință de solicitarea de clarificări din cauza așa zisei funcționări defectuoase a sistemului SICAP sau că termenul acordat pentru răspuns ar fi fost prea scurt.

Potrivit dispozițiilor art. 196 alin.(1) din Legea nr.98/2016, *„Autoritatea contractantă poate solicita candidaţilor/ofertanţilor să depună toate sau o parte dintre documentele justificative ca dovadă a informaţiilor cuprinse în DUAE, în orice moment pe durata desfăşurării unei proceduri de atribuire, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfăşurarea corespunzătoare a procedurii".*

Având în vedere dispozițiile legale anterior citate, Consiliul reține că solicitarea de clarificări cu privire la informațiile cuprinse în DUAE, chiar și în lipsa avizului conform condiționat nr. 6534/1369/CN/AC/02.07.2019, are suport legal, ofertantul având obligația de a răspunde în termenul precizat de autoritatea contractantă, sau, în cazuri justificate, solicitând prelungirea termenului de răspuns.

În ceea ce privește conținutul solicitării de clarificări nr.190/15.07.2019, Consiliul apreciază că acesta nu este excesiv ci urmărea lămurirea unor aspecte din DUAE, așa cu precizaseră reprezentanții ANAP. Prin urmare ofertantul contestator avea obligația să transmită răspunsul său referitor la modalitatea de îndeplinire a cerinței prind experiența similară și a cerinței referitoare la dovada cash flow, analizarea acestuia fiind atributul autorității contractante, prin comisia de evaluare. În situația în care contestatorul ar fi transmis în termen răspunsul la solicitările de clarificări iar autoritatea contractantă ar fi luat o decizie privind admisibilitatea/inadmisibilitatea ofertei acestuia, organismul administrativ-jurisdicțional ar fi avut competența să verifice modalitatea de evaluare a justificărilor transmise.

Având în vedere însă că ofertantul contestator nu a transmis răspunsul la solicitarea de clarificări, Consiliul apreciază că oferta acestuia trebuie respinsă în conformitate cu dispozițiile art.134 alin.(5) coroborate cu dispozițiile art.137 alin.(1) din HG nr.395/2016. În opinia Consiliului, acordarea unui nou termen pentru răspunsul la solicitarea de clarificări nr.190/15.07.2019 ar constitui un avantaj evident în favoarea ofertantului SC ..... SRL, încălcându-se astfel dispozițiile art.209 alin.(2) din Legea nr.98/2016 și principiul tratamentului egal, în condițiile în care contestatorul nu a transmis răspunsul la clarificări din motive care îi sunt imputabile și nu țin de buna funcționare a sistemului SEAP (SICAP).

Consiliul nu poate primi ca întemeiate alegațiile contestatorului referitoare la faptul că autoritatea contractantă a luat în considerare precizările din avizul conform condiționat nr. 6534/1369/CN/AC/02.07.2019, întrucât, pe de o parte, decizia continuării procedurii de atribuire fără remedierea aspectelor reprezentanților ANAP aparține exclusiv autorității contractante, iar, pe de altă parte, ignorarea mențiunilor dintr-un aviz conform condiționat poate avea ca și consecință nulitatea absolută a contractului de achiziție publică, risc major pe care autoritatea contractantă, în situația de față, nu și l-a asumat și nici nu ar fi trebuit să și-l asume.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ..... SRL.

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de SC ..... SRL.

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

## CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) teza I din Legea nr. 101/2016, respinge excepția tardivității contestației și excepția lipsei de interes a SC ..... SRL în formularea contestației, invocate de . ....., în calitate de autoritate contractantă.

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

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, Consiliul admite cererea de intervenție formulată de SC ..... SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare.