



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 23 și ale art. 27 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr. 459/27.09.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 29326/28.09.2016, S.C. ... S.R.L., cu sediul în municipiul ..., str., județul ..., înregistrată în Registrul Comerțului sub nr., având CIF RO ..., reprezentată legal de dl. ..., în calitate de administrator, a contestat documentația de atribuire, și respectiv răspunsul autorității contractante formulat prin adresa nr. 3120/22.09.2016 cu privire la notificarea prealabilă, întocmită în cadrul procedurii de atribuire „simplificată” într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „...”, cod CPV: ... (Rev.2), inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ..., str. ... nr. ..., județul și a solicitat următoarele:

„- modificarea încadrării procedurii din achiziție de lucrări având în vedere că este vorba de un contract (...) mixt furnizare echipamente hardware și software și prestare servicii de dezvoltare și integrare software, urmată de respectarea termenelor și a procedurii de atribuire necesare pentru valoarea estimată a achiziției;

- încadrarea corectă a procedurii pe Legea nr. 98/2016 având în vedere că această achiziție nu este relevantă pentru încadrarea pe Legea nr. 99/2016;

- modificarea cerințelor prevăzute în documentația de atribuire [(punctul III 2.3 lit. a) a fișei de date a achiziției, respectiv Cerința nr.1 privind capacitatea tehnică], (...), în sensul eliminării cerinței privind dovada experienței similare pentru proiectare.”

În cadrul aceleiași proceduri S.C. ... S.A., cu sediul în municipiul București, str. sector ..., având adresă de comunicare a actelor de

procedură în ... înregistrată în Registrul Comerțului sub nr. ..., CIF RO ..., reprezentată legal de dl., în calitate de Director General Unic, a depus contestația nr. MT 6558/03.10.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 29935/03.10.2016, prin care a contestat documentația de atribuire, respectiv „*punctul de vedere al autorității contractante formulat prin adresa nr. 3201/29.09.2016 și comunicat la aceeași dată subscrisei, față de notificarea prealabilă înregistrată sub nr. MT 6381/26.09.2016 privind încălcarea prevederilor legale prin emiterea de către autoritatea contractantă a adresei nr. 3098/20.09.2016*”, și a solicitat:

- admiterea contestației, în sensul eliminării cerinței privind experiența similară conținută în adresa nr. 3098/20.09.2016 și revenirea la cerința inițială din Fișa de date în ceea ce privește Condițiile de participare - Capacitatea tehnică și/sau profesională - Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea cerințelor menționate - Cerința 1 - Informații privind capacitatea tehnică (Cap. III.2.3.a);

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a contestației”;

- anularea procedurii de atribuire, în situația în care nu este posibilă remedierea aspectelor sesizate.

În cadrul aceleiași proceduri, S.C. ... S.R.L., cu sediul în municipiul .., str. .. nr. 14, județul ..., înregistrată în Registrul Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de dl., în calitate de administrator a depus contestația fără număr de înregistrare și nedată la emitent, înregistrată la Consiliu sub nr. 30603/11.10.2016, prin care a contestat adresa nr. 3151/27.09.2016 privind răspunsul la solicitările de clarificări, întocmită de către autoritatea contractantă, respectiv răspunsul la întrebările 5, 6, 11, 12 și 17, solicitând Consiliului să dispună obligarea autorității contractante la eliminarea prevederilor restrictive și nelegale ale răspunsului la clarificări nr. 3151/27.09.2016 sub aspectul răspunsurilor la întrebările 5, 6, 11, 12 și 17.

Cererea de suspendare a procedurii formulată de S.C. ... S.A. a fost soluționată prin Încheierea nr. 136 /C5/.../2139/06.10.2016, fiind respinsă.

În temeiul art. 17 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a procedat la conexarea celor trei contestații.

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

Prin contestația nr. 459/27.09.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 29326/28.09.2016, formulată de S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă, împotriva documentației de atribuire, și respectiv împotriva răspunsului autorității contractante formulat prin adresa nr. 3120/22.09.2016 cu privire la notificarea

prealabilă, întocmite în cadrul procedurii de atribuire „simplificată”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „...”, cod CPV: 45314320-0 (Rev.2), inițiată de ..., s-au solicitat următoarele:

„- modificarea încadrării procedurii din achiziție de lucrări având în vedere că este vorba de un contract (...) mixt furnizare echipamente hardware și software și prestare servicii de dezvoltare și integrare software, urmată de respectarea termenelor și a procedurii de atribuire necesare pentru valoarea estimată a achiziției;

- încadrarea corectă a procedurii pe Legea nr. 98/2016 având în vedere că această achiziție nu este relevantă pentru încadrarea pe Legea nr. 99/2016;

- modificarea cerințelor prevăzute în documentația de atribuire [punctul III 2.3 lit. a) a fișei de date a achiziției, respectiv Cerința nr.1 privind capacitatea tehnică], (...), în sensul eliminării cerinței privind dovada experienței similare pentru proiectare.”

Prin contestația nr. MT 6558/03.10.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 29935/03.10.2016, formulată de S.C. ... S.A., în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă, împotriva documentației de atribuire respectiv împotriva „punctului de vedere al autorității contractante formulat prin adresa nr. 3201/29.09.2016 și comunicat la aceeași dată subscrisei, față de notificarea prealabilă înregistrată sub nr. MT 6381/26.09.2016 privind încălcarea prevederilor legale prin emiterea de către autoritatea contractantă a adresei nr. 3098/20.09.2016”, s-a solicitat:

- eliminarea cerinței privind experiența similară conținută în adresa nr. 3098/20.09.2016 și revenirea la cerința inițială din fișa de date în ceea ce privește Condițiile de participare - Capacitatea tehnică și/sau profesională - Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea cerințelor menționate - Cerința 1 - Informații privind capacitatea tehnică (Cap. III.2.3.a);

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea pe fond a contestației”;

- anularea procedurii de atribuire, în situația în care nu este posibilă remedierea aspectelor sesizate.

Prin contestația fără număr de înregistrare și nedatată la emitent, înregistrată la Consiliu sub nr. 30603/11.10.2016, S.C. ... S.R.L. a contestat adresa nr. 3151/27.09.2016 privind răspunsul la solicitările de clarificări, întocmită de către autoritatea contractantă, respectiv răspunsul la întrebările 5, 6, 11, 12 și 17, solicitând Consiliului să dispună obligarea autorității contractante la eliminarea prevederilor restrictive și nelegale ale răspunsului la clarificări nr. 3151/27.09.2016 sub aspectul răspunsurilor la întrebările 5, 6, 11, 12 și 17.

În temeiul art. 17 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a procedat la conexarea celor trei contestații.

Contestatoarea S.C. ... S.R.L. susține că a notificat, în termen legal, autoritatea contractantă, potrivit procedurii reglementate de Cap. II din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă răspunzând în mod nefavorabil.

În susținerea contestației nr. 459/27.09.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 29326/28.09.2016, cu privire la cerințele privind experiența similară în proiectare și execuție de lucrări - punctul III 2.3 lit. a) din fișa de date a achiziției, respectiv Cerința nr.1 privind capacitatea tehnică, S.C. ... S.R.L. arată că acestea sunt nejustificate și contravin atât dispozițiilor Legii nr. 98/2016 (Art. 172) și H.G. nr. 395/2016 (art. 31) cât și Legii nr. 99/2016 (art.185) și H.G. nr. 394/2016 (art. 37), raportat la obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, acesta neavând ca obiect servicii de proiectare sau execuție de lucrări ci de livrare echipamente și software și servicii de interconectare IT, motiv pentru care contestatoarea apreciază că, în speță, nu se impune dovedirea capacității tehnice și profesionale a participanților de a presta servicii de proiectare întrucât o asemenea experiență similară nu prezintă interes pentru desfășurarea contractului ce face obiectul procedurii de achiziție desfășurată de autoritatea contractantă și nu dovedește posibilitatea de a-l duce la bun sfârșit în condiții corespunzătoare.

Contestatoarea consideră că argumentația autorității contractante din punctul de vedere conform căreia „în cuprinsul Fișei de date se menționează că tipul contractului este Lucrări/Proiectare și executare, fapt ce ar justifica solicitarea de experiență similară în domeniul proiectării”, nu poate fi reținută întrucât, pornind de la dispozițiile legale, cerințele/condițiile de participare trebuie să se raporteze la serviciile ce urmează să fie prestate efectiv de către operatorul economic, așa cum sunt acestea detaliate în cuprinsul caietului de sarcini. Or, în caietul de sarcini nu se regăsesc servicii de proiectare de natură să justifice cerințele de experiență similară, motiv pentru care se solicită eliminarea acestor cerințe din cadrul fișei de date.

Contestatoarea supune atenției și faptul că există discrepanțe între cerințele din cuprinsul caietului de sarcini și cele din fișa de date astfel:

(1) potrivit caietului de sarcini (pag. 45 - Măsuri de securitate și sănătate în muncă și situații de urgență) se solicită prezentarea Certificatelor ISO fără însă ca o asemenea solicitare să se regăsească și în fișa de date;

(2) potrivit Anexei 3 se solicită implicarea unor echipe de specialiști fără însă ca aceștia să fie menționați și în fișa de date.

Raportat la acest aspect, invocând dispozițiile art. 30 din H.G. nr. 395/2016, contestatoarea consideră că, cerințele menționate nu pot fi impuse participanților întrucât nu se regăsesc în cuprinsul fișei de date iar argumentele invocate de autoritatea contractantă nu pot fi reținute întrucât nu sunt de natură să justifice neconcordanța dintre fișa de date și caietul de sarcini.

În dovedirea contestației sale, S.C. ... S.R.L. a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Contestatoarea S.C. ... S.A. susține că, prin notificarea prealabilă înregistrată sub nr. MT 6381/26.09.2016 - transmisă autorității contractante prin fax și poștă în aceeași zi, a solicitat adoptarea măsurilor de remediere adecvate constând în eliminarea cerinței privind experiența similară conținută în adresa nr. 3098/20.09.2016 și revenirea la cerința inițială din Fișa de date în ceea ce privește Condițiile de participare - Capacitatea tehnică și/sau profesională - Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea cerințelor menționate - Cerința 1 - Informații privind capacitatea tehnică (Cap. III.2.3.a), însă, prin punctul de vedere înregistrat sub nr. 3201/29.09.2016, autoritatea contractantă a precizat că „nu este necesară adoptarea măsurii de remediere a Fișei de date a achiziției”, în condițiile în care „... desfășoară activitate relevantă, respectiv distribuția energiei electrice, (...) experiența similară trebuie dovedită cu proiecte similare din domeniul energie electrică, așa cum a fost specificat și prin adresa nr. 3098/20.09.2016”.

Contestatoarea consideră că, prin răspunsul transmis, autoritatea contractantă a procedat la restrângerea, în mod nepermis, a cerinței vizând serviciile similare numai la cele din domeniul energiei electrice, în condițiile în care serviciile ce fac obiectul acestei proceduri nu aparțin doar domeniului energiei electrice.

Contestatoarea formulează critici și cu privire la încadrarea acestei achiziții într-un contract de lucrări, în condițiile în care se achiziționează un sistem informatic suport (echipamente, licențe și servicii integrare) pentru gestionarea întreruperilor în alimentarea cu energie electrică, ceea ce are drept consecință, încadrarea în procedură de achiziție - cerere de ofertă și nu în procedura de licitație (deschisă/restrânsă), prin raportare la pragurile valorice prevăzute la art. 12 din. Legea nr. 99/2016 și reducerea semnificativă a numărului de zile necesare pregătirii corespunzătoare a ofertei.

În drept, contestatoarea își întemeiază contestația pe dispozițiile art. 8 și urm. din Legea nr. 101/2016.

În dovedirea contestației sale, S.C. ... S.A. a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

În cuprinsul celei de a doua contestații, S.C. ... S.R.L. susține că a notificat, în termen legal, autoritatea contractantă, potrivit procedurii reglementate de Cap. II din Legea nr. 101/2016, iar autoritatea contractantă nu a răspuns în termenul prevăzut de art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016

Contestatoarea apreciază că răspunsul, formulat de autoritatea contractantă la solicitările de clarificări ale operatorilor economici, prin adresa nr. 3151/27.09.2016, respectiv răspunsul la întrebările 5, 6, 11, 12 și 17, este neîntemeiat și nelegal, întrucât se stabilesc cerințe restrictive de participare fapt ce contravine exigențelor reglementate de

dispozițiile legale incidente, motiv pentru care solicită "revenirea" asupra răspunsului formulat prin adresa nr. 3151/27.09.2016 în sensul:

- Eliminării cerinței de prezentare a certificării profesionale pentru schimbul de date OMS-SAP, respectiv OMS-SCADA și OMS- alte sisteme (întrebarea 5);

- Eliminării cerințelor restrictive din descrierea experților și a soluției OMS solicitate prin caietul de sarcini (întrebarea 6);

- Completării cerinței privind solicitarea unei certificări SCADA SCATES cu motiunea "sau echivalent" (întrebarea 11);

- Considerării ca îndeplinită a cerinței privind experiența similară și experiența profesională a experților solicitați în cadrul CS3 anexa punctul 1 prin prezentarea CV-urilor menționată în cadrul întrebării 12 și considerarea ca fiind îndeplinită cerința privind experiența similară și experiența profesională a experților solicitați în cadrul CS3 anexa punctul 2 prin prezentarea CV-urilor menționată în cadrul întrebării 12;

- Eliminării cerinței privind experiența similară în baza căreia se solicită prezentarea de documente din care să rezulte că operatorul economic a realizat lucrări de implementare a unui sistem de urmărire a întreruperilor (OMS- Ou tage Management Sistem) integrat cu sistemul SCADA/DMS;

- Stabilirea unui nou termen de depunere a ofertelor.

În ceea ce privește răspunsul la întrebarea 9, prin care se arată faptul că termenul de depunere a ofertelor nu poate fi prelungit, contestatoarea susține că acesta este nelegal întrucât, potrivit art. 152 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are obligația de a corela și stabili perioada de depunere a ofertelor în funcție de complexitatea contractului de achiziție publică/acordului-cadru și de cerințele specifice, astfel încât operatorii economici interesați să beneficieze de un interval de timp adecvat și suficient pentru elaborarea ofertelor sau solicitărilor de participare și pentru pregătirea documentelor de calificare și selecție care sunt solicitate prin documentele achiziției.

În dovedirea contestației sale, S.C. ... S.R.L. a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 29633/... C5/29.09.2016, Consiliul a încunoștințat autorității contractante depunerea contestației nr. 459/27.09.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 29326/28.09.2016 formulată de S.C. ... S.R.L. și i-a solicitat să transmită documentele necesare soluționării acesteia în conformitate cu dispozițiile art. 18 din Legea nr. 101/2016, precum și dovada publicării în SEAP a contestației în conformitate cu art. 16 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Având în vedere cererea formulată de S.C. ... S.R.L. în cuprinsul contestației nr. 459/27.09.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 29326/28.09.2016, ce formează obiectul dosarului nr. .../2016, privind accesul la dosarul achiziției publice, prin adresa nr. 30279/.../2139 C5/07.10.2016, Consiliul, a invitat-o pe aceasta la sediul instituției, în data de 10.10.2016, precizându-i că, în vederea respectării principiului

contradictorialității, eventualele concluzii scrise reieșite din consultarea dosarului cauzei urmează a fi comunicate Consiliului, în termen de o zi lucrătoare de la data studierii dosarului, însoțite de dovada transmiterii acestora (prin fax și/sau e-mail), către autoritatea contractantă. Contestatoarea a dat curs invitației, însă nu a formulat Concluzii scrise.

Autoritatea contractantă ... S.A. prin adresa nr. 3257/05.10.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 30130/05.10.2016, a comunicat "Punct de vedere" cu privire la contestația formulată de S.C. S.A., în cuprinsul căruia menționează că își menține punctul de vedere nr. 3201/29.09.2016 și apreciază că solicitarea de remediere a cerinței cap. II.2.3.a) cuprinsă în fișa de date este neîntemeiată și prezintă argumentele sale.

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că este entitate contractantă în temeiul art. 4 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 și desfășoară activitate relevantă - distribuția energiei electrice - în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 99/2016.

Autoritatea contractantă precizează că data limită de depunere a ofertelor în SEAP fiind 29.09.2016 ora 15:00, procedura se află în faza de analiză a documentelor DUAE și a documentelor de calificare privind cerințele tehnice oferite de operatorii economici participanți la procedură și nu în faza de încheiere a contractului.

Autoritatea contractantă ... S.A. prin adresa nr. 6046/12.10.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 30846/12.10.2016, a comunicat "Punct de vedere" cu privire la contestația formulată de S.C. ... S.R.L. (ce face obiectul dosarului nr. 2196/2016), solicitând respingerea acesteia ca inadmisibilă, întrucât contestatoarea nu a formulat o notificare prealabilă împotriva adresei nr. 3151/27.09.2016, cu privire la solicitarea de remediere a pretensei încălcări a legislației privind achizițiile publice.

Prin adresa nr. 30872/.../2139/2196 C5/12.10.2016, Consiliul a solicitat contestatoarei S.C. ... S.R.L., în temeiul art. 11 alin. (2) și art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să comunice, în termen de cel mult 2 zile, începând cu cea următoare primirii prezentei, în copie, dovada transmiterii notificării prealabile către autoritatea contractantă și copia răspunsului acesteia, dacă există, cu menționarea datei primirii lui.

Contestatoarea a răspuns solicitării prin adresa nr. 486/13.10.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 31102/14.10.2016, susținând că „Notificarea prealabilă a fost comunicată autorității contractante prin fax, la nr. 0244405304 în data de 03.10.2016, după cum reiese din înscrisul atașat”.

În replică la punctul de vedere al autorității contractante nr. 6064/12.10.2016 cu privire la inadmisibilitatea contestației pentru nedepunerea notificării prealabile, prin adresa nr. 492/17.10.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 31381/17.10.2016, contestatoarea S.C. ... S.R.L. solicită autorității contractante să indice „care a fost înscrisul comunicat în data de 03.10.2016 de către subscrisa”.

Cu adresele nr. 33041, nr. 33043 și nr. 33044/.../22139/2196 C5/31.10.2016 Consiliul a adus la cunoștință atât autorității contractante cât și părților prelungirea termenului termenului de soluționare a contestațiilor cu 10 (zece) zile.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul reține următoarele:

Autoritatea contractantă S.A. a inițiat procedura de atribuire, online, a contractului având ca obiect „Sistem de management al intreruperilor integrat în sistemul SCADA/DMS și SAP-ERP al FDEE EDMN”, cod CPV 45314320-0, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr./....2016, stabilind data limită de depunere a ofertelor la 2016, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și o valoare estimată a contractului, fără TVA, de 21.637.420 lei.

Împotriva documentației de atribuire, așa cum a fost modificată prin clarificări, publicată în SEAP în data de 13.09.2016, au formulat contestații S.C. ... S.R.L. (două contestații) și S.C. ... S.A., ce fac obiectul prezentelor cauze.

Prin contestația formulată de S.C. ... S.A. se solicită suspendarea procedurii de atribuire, cerere asupra căreia Consiliul s-a pronunțat prin Încheierea nr. 136/C5/.../2139 din data de 06.10.2016, în sensul respingerii ca nefondată a acesteia.

Consiliul reține că prezenta procedură de atribuire a fost inițiată la data de 13.09.2016, ulterior intrării în vigoare a Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale potrivit căreia, „La data intrării în vigoare a prezentei legi se abrogă prevederile cap. VIII din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare” și a Legii nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, acte normative aplicabile în prezentelor cauze.

Prin contestația nr. 459/27.09.2016, formulată de S.C. ... S.R.L., ce face obiectul dosarului nr. .../2016 este criticată decizia autorității contractante de a încadra procedura de atribuire în categoria contractelor de lucrări, derularea procedurii de atribuire, în mod greșit, în opinia sa, pe prevederile Legii nr. 99/2016 cât și cerința de selecție nr. 1 prevăzută în fișa de date a achiziției privind experiența similară pentru proiectare, solicitând:

- modificarea încadrării procedurii din achiziție de lucrări având în vedere că este vorba de un contract mixt furnizare echipamente hardware și software și prestare servicii de dezvoltare și integrare software, urmată de respectarea

termenelor și a procedurii de atribuire necesare pentru valoarea estimată a achiziției;

- încadrarea corectă a procedurii în dispozițiile Legii nr. 98/2016 având în vedere că această achiziție nu este relevantă pentru încadrarea în dispozițiile Legii nr. 99/2016;
- modificarea cerințelor prevăzute în documentația de atribuire [(punctul III 2.3 lit. a) a fișei de date a achiziției, respectiv Cerinței nr. 1 privind capacitatea tehnică], respectiv *„să eliminați aceste cerințe din cadrul fișei de date întrucât nu respectă dispozițiile legale”*.

Consiliul reține în soluționare că, prin adresa nr. 448/19.09.2016, contestatoarea a notificat autoritatea contractantă cu privire la aspectele care, în opinia sa, încalcă prevederile legale.

Cu adresa nr. 3120/22.09.2016 autoritatea contractantă a răspuns notificării comunicând contestatoarei faptul că nu consideră necesară adoptarea unor măsuri de remediere a fișei de date a achiziției și decalarea termenului de depunere a ofertelor stabilit.

Un prim aspect criticat de către contestatoare îl reprezintă obiectul contractului cu privire la care solicită modificarea încadrării procedurii în achiziție de lucrări având în vedere că este vorba de un contract mixt de furnizare echipamente hardware și software și prestare de servicii de dezvoltare și integrare software, *„urmată de respectarea termenelor și a procedurii de atribuire necesare pentru valoarea estimată a achiziției”*.

Sub acest aspect, Consiliul constată că autoritatea contractantă prin prezenta procedură urmărește atribuirea unui contract, pentru care a fost menționat codul CPV 45314320-0 Instalare de cabluri de rețele informatice, această prevedere a documentației de atribuire nefăcând obiectul criticilor contestatoarei.

Consiliul va reține că valoarea estimată a contractului este de 21.637.420 lei, iar potrivit Cap. II.1.5) *„Descrierea succintă a contractului sau achiziției/achizițiilor”, „Scopul lucrării este de implementarea unui sistem de urmărire a întreruperilor, integrat cu sistemul SCADA/DMS și SAP-ERP. Pentru realizarea investiției sunt necesare lucrări de montaj a dulapurilor rack în care se vor monta serverele aferente și echipamentele de comunicație. Se vor realiza circuite de alimentare cu energie electrică a tuturor echipamentelor cât și a instalațiilor de climatizare. Toate echipamentele vor trebui integrate în rețeaua informatică a FDEE cât și interconexiunii rețea /FO cu sistemele existente. Sistemul OMS va funcționa în mod integrat cu aplicația SCADA/DMS, folosind calcule de rețea (colorarea dinamică, circulații de puteri, analize de scurt circuit, etc) deja implementate în serverele DMS. Sistemul OMS trebuie să folosească schemele monofilare existente în SCADA/DMS și va trebui să afișeze informații specifice întreruperilor în mediul de lucru Real-Time existent. Sistemul trebuie să se integreze operațional cu sistemul de management și ERP existent și,*

împreună cu ele, trebuie să devină platforma primară pentru viitoarele aplicații și tehnologii Smart Grid”.

Este reținut, de asemenea, în soluționare, faptul că în documentul „Strategia de contractare” autoritatea contractantă a stabilit cu privire la valoarea estimată a contractului, următoarele valori defalcate pe tipuri de activități, astfel:

„Valoarea estimată a procedurii de achiziție publică este în sumă 21.637.420 lei, rezultă din TOTAL GENERAL deviz general al lucrării, întocmit conform HG nr. 28/2008 din care:

<i>cap.3 Proiectare</i>	<i>385.000 lei</i>
<i>cap.4 Cheltuieli pentru investiția de bază</i>	<i>20.428.420 lei</i>
<i>cap.5 Alte cheltuieli – 5.1 organizare de șantier</i>	<i>0 lei</i>
<i>cap.6 Cheltuieli cu instruirea personalului</i>	<i>824.000 lei”.</i>

De asemenea, se constată că în conținutul Devizului general la Cap. 4 – Cheltuieli pentru investiția de bază, la subcap. 4.2 „Montaj utilaje tehnologice” este menționată valoarea de 12.199.630 lei, valoare care este mai mare decât jumătate din valoarea totală estimată pentru întregul contract în valoare de 21.637.420 lei.

Se vor reține în acest sens și prevederile caietului de sarcini în conținutul cărora se regăsesc aceste lucrări pentru care au fost puse la dispoziția operatorilor economici Formularul F1 „Centralizatorul cheltuielilor pe obiectiv”, Formularul F2 „Centralizatorul cheltuielilor pe categorii de lucrări, pe obiect”, respectiv „Obiect 1. Lucrări OMS” în cuprinsul tabelului regăsindu-se lucrări de terasamente, instalații electrice, instalații climatizare și altele, informații similare fiind prezentate în SEAP și pentru „Obiect 2: Lucrări – INTEGRARI”, fiind puse la dispoziția potențialilor ofertanți inclusiv Formularele F3 – „Lista cu cantitățile de lucrări”.

Potrivit dispozițiilor art. 32 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, „Entitățile contractante aplică criterii de calificare și selecție prevăzute la art. 176 din Lege, precum și motivele de excludere prevăzute la art. 177 și 179 din Lege”.

Față de informațiile puse la dispoziția operatorilor economici în SEAP cât și cele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată că în mod corect autoritatea contractantă a încadrat obiectul contractului ce urmează a fi atribuit în „contract de lucrări”.

În acest sens, Consiliul va reține că în prezenta procedură de atribuire autoritatea contractantă a făcut în mod corect aplicarea dispozițiilor art. 17 alin. (2) H.G. nr. 394/2016, potrivit cărora „Obiectul achiziției sectoriale se pune în corespondență cu codul/codurile CPV care descriu cât mai exact, relevant în acest context fiind activitatea ce caracterizează scopul principal al contractului sectorial/acordului-cadru”.

Consiliul reține că prin raportare la contravaloarea lucrărilor ce urmează a se executa cât și la tipul achizițiilor, autoritatea contractantă a stabilit în mod corect atât tipul contractului cât și codul CPV în care acestea sunt definite cât mai precis.

Prin urmare, având în vedere cele constatate în cuprinsul documentației de atribuire Consiliul **va respinge ca nefondată** critica contestatoarei și, pe cale de consecință, și solicitarea acesteia privind modificarea tipului procedurii de atribuire.

Analizând critica autoarei contestației referitoare la experiența similară, Consiliul constată că, S.C. ... S.R.L. invocă prevederile Legii nr. 98/2016, respectiv dispozițiile art. 31 și art. 172, apreciind că cerința privind experiența similară în activitatea de proiectare și execuție de lucrări nu respectă aceste ingerințe în condițiile în care obiectul contractului ce urmează a fi atribuit nu are ca obiect servicii de proiectare sau execuție de lucrări ci de livrare echipamente și software și servicii de interconectare IT.

În analiza criticii contestatoarei referitoare la cerința de calificare privind experiența similară în proiectare, Consiliul constată că potrivit fișei de date a achiziției, cap. III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” autoritatea contractantă a stabilit în sarcina ofertanților „Cerința nr. 1 – Informații privind capacitatea tehnică”, astfel:

„Operatorul economic trebuie să facă dovada experienței similare, astfel:

- pentru proiectare se impune/solicită să demonstrează că a prestat servicii similare de natură și complexitatea similară/comparabilă cu cele care fac obiectul contractului, în ultimii 3 ani (calculați până la data limită de depunere a ofertelor stabilită inițial prin invitația de participare publicată în SEAP, chiar dacă ulterior inițierii procedurii autoritatea contractantă va decala această dată) pentru valoarea minimă de 385.000 lei, fără TVA la nivelul cumulată de maxime 3 contracte. Serviciile similare se confirmă prin prezentarea unor documente emise sau contrasemnate de către beneficiar, însoțite de certificări de bună execuție care să indice beneficiarii, valoarea, perioada și locul prestării serviciilor avute în vedere la încadrarea în pragul valoric minim impus.

- pentru execuție se impune/solicită să demonstreze că a executat lucrări similare de natură și complexitate similară/comparabilă cu cele care fac obiectul contractului, în ultimii 5 ani (calculați până la data limită de depunerea ofertelor stabilită inițial prin invitația de participare publicată în SEAP, chiar dacă ulterior inițierii procedurii autoritatea contractantă va decala această dată) la nivelul a maxim 3 contracte, a căror valoare cumulată, să fie cel puțin egală cu valoarea de 21.252.420 lei fără TVA”.

Așa cum Consiliul a reținut anterior, obiectul prezentei proceduri de atribuire îl constituie execuție de lucrări, prestare de servicii de proiectare și instruire personal și furnizare de produse, situație în care autoritatea contractantă, în mod corect, și-a exercitat dreptul de a stabili criterii de calificare în sarcina ofertanților, așa cum este acesta stabilit de art. 176 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 potrivit căruia „Entitățile contractante au dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii de calificare și selecție referitoare la:

- a) motive de excludere a candidatului/ofertantului;
- b) capacitatea candidatului/ofertantului”.

Consiliul va reține ca relevante și prevederile art. 185 din Legea nr. 99/2016 potrivit cărora:

“(1) Entitatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii privind capacitatea referitoare la:

- a) capacitatea de exercitare a activității profesionale;
- b) situația economică și financiară;
- c) capacitatea tehnică și profesională. (...)

(5) Toate criteriile privind capacitatea, solicitate de entitatea contractantă, trebuie să aibă legătură cu obiectul contractului sectorial/acordului-cadru și să fie proporționale prin raportare la obiectul acestuia”.

Or, în condițiile în care obiectul contractului cuprinde categorii de activități (executare de lucrări, prestare de servicii de proiectare și instruire personal și furnizare de produse) și nu doar livrare echipamente, software și servicii de interconectare IT, cum în mod eronat susține contestatoarea, cerința a fost stabilită în mod corect raportat la obiectul contractului.

În acest sens, Consiliul va reține, contrar susținerilor contestatoarei, că și activitatea de „Proiectare și asistență tehnică” se regăsește în caietul de sarcini la cap. 4 „Etapile principale”, respectiv anul 1 “Proiectare și realizare a documentelor de definire a activităților proiectului”, activitate care este menționată la pagina 43 din caietul de sarcini, respectiv “Design, engineering, Statement of Work” împreună cu activitatea denumită „Realizarea investiției” care cuprinde, conform graficului, în mare parte lucrări.

De altfel, Consiliul va reține că din „Devizul general” rezultă că a fost alocată suma de 385.000 lei pentru activitatea de „Proiectare și inginerie” (cap. 3 Cheltuieli pentru proiectare și asistență tehnică” – subcap. 3.3) și 12.199.630 lei pentru lucrări (cap. 4 Cheltuieli pentru investiția de bază).

Având în vedere că autoritatea contractantă a stabilit criterii de calificare privind experiența similară în funcție de obiectul contractului și aspecte referitoare la acesta, considerate relevante pentru verificarea capacității tehnice și/sau profesionale a ofertanților, criticile aduse acestei cerințe se dovedesc a fi nefondate.

În ceea ce privește solicitarea de încadrare corectă a procedurii de atribuire în prevederile Legii nr. 98/2016, în susținerea căreia contestatoarea afirmă că „achiziția nu este relevantă pentru încadrarea pe Legea 99/2016”, Consiliul o va respinge ca nefondată având în vedere că autoritatea contractantă desfășoară activitate relevantă în domeniul energiei electrice, aceasta indicând, în mod corect în fișa de date a achiziției, la secțiune „Tip legislație: Legea nr. 99/23.05.2016”.

În acest sens, vor fi reținute ca relevante dispozițiile stabilite la “Paragraful 1 Contracte din sectoarele de apă, energie, transporturi și

servicii poștale”, unde potrivit art. 26 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice potrivit căreia *”Prezenta lege nu se aplică:*

a) contractelor de achiziție sectorială, acordurilor-cadru sectoriale și concursurilor de soluții sectoriale atribuite sau organizate de autorități contractante care au obligația de a aplica prevederile legii privind achizițiile publice sectoriale”.

Având în vedere cele reținute anterior, în prezenta procedură de atribuire sunt aplicabile prevederile Legii nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale.

Astfel, potrivit art. 6 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, *”Sunt considerate activități relevante în domeniul energiei electrice:*

a) punerea la dispoziție sau exploatarea de rețele fixe destinate furnizării de servicii publice în domeniul procedurii, transportului sau distribuției de energie electrică;

b) livrarea în regim reglementat, a energiei electrice prin rețele de natura celor prevăzute la lit. a).

(2) Livrarea energiei electrice prin rețele destinate furnizării de servicii publice de către o entitate contractantă, alta decât o entitate contractantă, nu se consideră a fi o activitate relevantă în sensul alin. (1), dacă sunt îndeplinită cumulativ condițiile următoare:

a) producerea de energie electrică de către entitatea contractantă respectivă are drept scop desfășurarea unei alte activități decât cele considerate de prezenta lege ca fiind relevante;

b) livrarea energiei electrice prin rețele publice depinde doar de consumul propriu al entității contractante respective, ținând cont de media ultimilor 3 ani, inclusiv anul în curs”.

Prin urmare, față de activitatea desfășurată de aceasta, respectiv *”Tip Activitate: Electricitate”*, prezenta procedură de atribuire este reglementată de prevederile Legii nr. 99/2016.

Contestatoarea supune atenției Consiliului și aspectul referitor la existența unor discrepanțe între cerințele din cuprinsul caietului de sarcini și cele ale fișei de date a achiziției, respectiv:

1) potrivit caietului de sarcini (pag. 45 – Măsurile de securitate și sănătate în muncă și situații de urgență) se solicită prezentarea Certificatelor ISO fără însă ca o asemenea solicitare să se regăsească și în fișa de date;

2) potrivit Anexei 3 se solicită implicarea unor echipe de specialiști fără însă ca aceștia să fie menționați și în fișa de date, solicitând să se aibă în vedere că aceste cerințe nu pot fi impuse participanților întrucât nu se regăsesc în cuprinsul fișei de date a achiziției.

Consiliul constată că, în caietul de sarcini, punctul 8 *„Cerințe privind asigurarea calității”* autoritatea contractantă a stabilit în sarcina ofertanților următoarele:

„Pentru ca FDEE EDM să aibă siguranța că se va realiza și implementa un Sistem OMS integrat care îndeplinește cerințele tehnice și condițiile contractuale, se solicită Ofertantului să aibă implementat și

certificat un Sistem de Management al Calității și Mediului în conformitate cu standardele SR EN ISO 9001:2015, SR EN ISO 14001:2007, SR OHSAS 18001:2008 în vigoare și să adopte un Program de asigurarea calității pentru toate fazele de realizare și implementare a Proiectului, program care va fi aprobat de către Beneficiar”, cerință care nu se regăsește în fișa de date la cap. III.2.3.b) Standarde de asigurare a calității și de protecție a mediului.

Aceeași situație se regăsește și în cazul specialiștilor pentru care ofertanții trebuie să facă dovada că îi dețin, așa cum s-a solicitat prin Anexa 3 - *„Cerințe de specialiști pentru implementarea unui sistem de urmărire a întreprinderilor OMS – Outage Management System”* la caietul de sarcini unde s-a stabilit existența unui număr minim de 5 specialiști, aceștia nefiind menționați și în fișa de date a achiziției.

Or, potrivit art. 195 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 solicitarea prezentării unor certificări referitoare la respectarea standardelor de asigurarea calității ori sisteme de management de mediu, constituie cerințe de calificare așa cum de altfel potrivit art. 192 lit. g) reprezintă cerințe de calificare și calificările personalului care prestează servicii sau execută lucrări.

Relevante în soluționarea criticii vor fi reținute dispozițiile art. 36 alin. (6) H.G. nr. 394/2016 potrivit cărora *„Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în fișa de date a achiziției/anunțul de participare sunt considerate clauze nescrise”*.

Față de prevederea legală care reglementează o astfel de situație, Consiliul va reține că la evaluarea ofertelor autoritatea contractantă nu poate lua o decizie de respingere a vreunei oferte pentru neîndeplinirea unor cerințe de calificare nepreluate și în fișa de date a achiziției, motiv pentru care criticile cu privire la aceste două solicitări ale autorității contractante vor fi respinse.

Față de cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația formulată de S.C. ... S.R.L., conform celor reținute în motivare.

Prin contestația nr., formulată de S.C. ... S.A., ce face obiectul dosarului nr. 2139/2016 este criticat răspunsul autorității contractante comunicat cu adresa nr. 3201/29.09.2016 la notificarea prealabilă cu nr. MT 6381/26.09.2016 privind nelegalitatea adresei nr. 3098/20.09.2016 emisă de către autoritatea contractantă.

Consiliul constată că prin adresa nr. MT 6381/26.09.2016 contestatoarea a transmis autorității contractante o notificare prealabilă invocând nelegalitatea măsurii de remediere luată prin adresa nr. 3098/20.09.2016, referitoare la experiența similară, solicitare căreia autoritatea contractantă i-a dat curs prin adresa nr. 3201/29.09.2016 prin care i-a comunicat acesteia că *„apreciază că solicitarea de remediere a cerinței cuprinsă în Fișa de date (cap. II.2.3.a) formulată de către ofertantul economic este neîntemeiată”*.

Prin contestația formulată, S.C. ... S.A. critică caracterul restrictiv al modului în care a fost modificată cerința de calificare, restrângând-o la servicii similare numai la cele din domeniul energiei electrice.

Consiliul reține că printr-o solicitare de clarificări un operator economic a formulat următoarea întrebare:

„Referitor la cerința din fișa de date, III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională – proiecte similare, vă rugăm să ne confirmați că pentru îndeplinirea acestei cerințe se pot prezenta proiecte care au implicat sisteme de management al activităților cu caracter operativ/de urgență, proiecte care nu au fost implementate exclusiv în domeniul energetic”, iar răspunsul autorității contractante a fost următorul „Experiența similară trebuie dovedită cu proiecte similare din domeniul energiei electrice”, cerința în legătură cu care contestatoarea solicită înlăturarea și revenirea la forma anterioară, respectiv forma inițială din fișa de date a achiziției.

Cerința de calificare privind experiența similară în forma prezentată de către autoritatea contractantă în fișa de date a achiziției la cap. III.2.3.a) „Capacitatea tehnică și/sau profesională” are următorul conținut:

„Operatorul economic trebuie să facă dovada experienței similare, astfel:

- pentru proiectare se impune/solicită să demonstreze că a prestat servicii similare de natura și complexitatea similară/comparabilă cu cele care fac obiectul contractului, în ultimii 3 ani (calculați până la data limită de depunere a ofertelor stabilită inițial prin invitația de participare publicată în SEAP, chiar dacă ulterior inițierii procedurii autoritatea contractantă va decala această dată) pentru valoarea minimă de 385.000 lei, fără TVA la nivelul cumulată de maxim 3 contracte. Serviciile similare se confirmă prin prezentarea unor documente emise sau contrasemnate de către beneficiar, însoțite de certificări de bună execuție care să indice beneficiarii, valoarea, perioada și locul prestării serviciilor avute în vedere la încadrarea în pragul valoric minim impus”.

În soluționarea criticii, Consiliul va reține ca relevante prevederile Legii nr. 99/2016:

- art. 126 alin. (6) potrivit căruia „Dacă entitățile contractante prevăzute la art. 4 alin. (1) lit. a) și b) decid să solicite criterii de calificare și selecție, entitățile contractante prevăzute la art. 4 alin. (1) lit. a) și b) pot solicita doar cerințe privind:

a) motive de excludere, în conformitate cu capitolul V, secțiunea a 6-a, paragraful 2;

b) capacitatea de exercitare a activității profesionale, în conformitate cu art. 187;

c) experiența similară, în conformitate cu art. 192 lit. a) și b),

-art. 192 potrivit căruia „Operatorul economic face dovada îndeplinirii criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională prin

prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente:

a) o listă a lucrărilor realizate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 5 ani, însoțită de certificate de bună execuție pentru lucrările cele mai importante; atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurență, entitatea contractantă poate stabili că sunt luate în considerare lucrări relevante realizate cu mai mult de 5 ani în urmă;

b) lista principalelor livrări de produse efectuate sau a principalelor servicii prestate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani, cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publici sau privați; atunci când este necesar în scopul asigurării unui nivel corespunzător de concurență, entitatea contractantă poate stabili că sunt luate în considerare livrări de produse relevante efectuate sau servicii relevante prestate cu mai mult de 3 ani în urmă”.

H.G. nr. 394/2016:

- art. 37 alin. (1) „Entitatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru prin introducerea unor criterii minime de calificare, care:

a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului sectorial/acordului-cadru ce urmează să fie atribuit;

b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului sectorial/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit”;

Consiliul, analizând răspunsul criticat, publicat în SEAP cu adresa nr. 3098/20.09.2016, prevederile legale aplicabile, prevederile documentației de atribuire și obiectului prezentei procedurii de atribuire va respinge criticile aduse acestui răspuns.

În luarea unei astfel de decizii, Consiliul reține că obiectul procedurii de atribuire îl constituie „Sistem de management al întreruperilor integrat în sistemul SCADA/DMS și SAP/ERP al FDEE EDMN” în derularea căruia se află și activitatea de „Proiectare și realizare a documentelor de definire a activităților proiectului (Statement of Work)”, activitate pe care Consiliul o apreciază ca fiind relevantă în raport cu natura și complexitatea obiectului contractului, în speță nefiind incidente dispozițiile art. 37 alin. (1) lit. a) din H.G. nr. 394/2016.

Consiliul va reține că în justificare tipului de contract ales în „Strategia de contractare” autoritatea contractantă a arătat că „Pentru realizarea investiției sunt necesare lucrări de montaj a dulapurilor rack în care se vor monta serverele aferente și echipamente interfețe de comunicație. Se vor realiza circuite de alimentare cu energie electrică a tuturor echipamentelor cât și a instalațiilor de climatizare. Toate echipamentele vor trebui integrate în rețeaua informatică a FDEE cât și interconexiuni rețea/FO cu sistemele existente. Sistemul OMS va funcționa în mod integrat cu aplicația SCADA/DMS, folosind calculele de rețea (colorarea dinamică, circulații de puteri, analize de scurt circuit,

etc) deja implementate în serverele DMS. Sistemul OMS trebuie să folosească schemele monofilare existente în SCADA/DMS și va trebui să afișeze informații specifice întreruperilor în mediul de lucru Real-Time existent. Sistemul trebuie să se integreze operațional cu sistemul de management și ERP existent, și împreună, ele trebuie să devină platforma primară pentru viitoarele aplicații și tehnologii Smart Grid”.

În conținutul aceluiași document autoritatea contractantă a justificat, în mod corect, cerința de calificare privind experiența similară, afirmând că „Cerința se impune datorită complexității și a specificului lucrării (lucrări de implementarea unui sistem de urmărire a întreruperilor) cât și pentru demonstrarea capabilității de gestionare a execuției lucrării”.

Prin urmare, cerința de calificare referitoare la proiectare a fost stabilită cu respectarea prevederilor legale prin raportare la relevanța cerinței față de obiectul contractului, și a domeniului în care urmează să fie implementat acest sistem.

Mai mult decât atât, contestatoarea nu a făcut dovada că prin răspunsul dat de către autoritatea contractantă, aceasta a restrâns cerința în condițiile în care ofertanții pot prezenta proiecte cu obiect similar, de natura și complexitatea similară comparabile cu cele care fac obiectul contractului, așa cum era stabilit fișa de date.

În fapt, prin răspunsul la clarificări autoritatea contractantă nu făcut altceva decât să explicitizeze cerința din fișa de date a achiziției și nu să o modifice, așa cum susține contestatoarea.

În ceea ce privește aspectele legate de tipul contractului, respectiv contract de lucrări cu privire la care contestatoarea afirmă că „este pusă sub semnul întrebării încadrarea acestei achiziții într-un contract de lucrări”, care în opinia sa produc consecințe asupra tipului de procedură și numărului de zile pentru pregătirea ofertei, Consiliul s-a pronunțat în soluționarea contestației formulată de S.C. ... S.R.L. în sensul respingerii criticilor.

Față de cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația formulată de S.C. ... S.A., conform celor reținute în motivare.

Prin contestația, fără număr de înregistrare la emitent, formulată de S.C. ... S.R.L., ce face obiectul dosarului nr. .../2016, contestă adresa nr. 3151/27.092016 privind răspunsul la solicitările de clarificări, întocmită de S.A., în calitate de autoritatea contractantă în procedura de atribuire simplificată, organizată în vederea încheierii unui contract de achiziție publică având ca obiect "...”, respectiv răspunsul la întrebările 5, 6, 11, 12 și 17, solicitând obligarea autorității contractante la eliminarea prevederilor restrictive și nelegale ale răspunsului la clarificări nr. 3151/27.09.2016, sub aspectul răspunsului la întrebările 5, 6, 11, 12 și 17.

În vederea soluționării contestației formulată de S.C. ... S.R.L., în temeiul art. 6 din Legea nr. 101/2016, în vigoare începând cu

26.05.2016, Consiliul, prin adresa nr. 30872/.../2139/2196 C5/12.10.2016, a solicitat contestatoarei să transmită la dosarul cauzei, în termen de cel mult 2 zile, dovada transmiterii notificării prealabile către autoritatea contractantă și copia răspunsului acesteia, dacă există, cu menționarea datei primirii lui.

Cu adresa nr. 486/13.10.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 31102/14.10.2016, contestatoarea comunică următoarele:

"- Notificarea prealabilă a fost comunicată autorității contractante prin fax la nr. 0244405304 în data de 03.10.2016 după cum reiese din înscrisul atașat

-În ceea ce privește răspunsul autorității contractante, arătăm faptul că acesta nu ne-a fost comunicat până în prezent".

În aceeași dată, respectiv 12.10.2016, Consiliul a înregistrat sub nr. 30846, punctul de vedere formulat de către autoritatea contractantă prin care aceasta invocă excepția inadmisibilității contestației, în temeiul art. 6 alin (1) din Legea nr. 101/2016, având în vedere că împotriva adresei nr. 3151/27.09.2016 contestatoarea nu a notificat, în termen legal, autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere a pretensei încălcări a legislației privind achizițiile publice.

Cu privire la excepția invocată de către autoritatea contractantă, contestatoarea a depus la dosarul cauzei apărări prin adresa nr. 492/17.10.2016, înregistrată la Consiliul sub nr. 31381/17.10.2016.

Prin aceasta, contestatoarea susține că a comunicat prin fax, la numărul indicat de autoritatea contractantă în Secțiunea 1 a fișei de date, notificarea prealabilă în termenul prevăzut de lege iar din raportul de fax rezultă că transmiterea documentului a avut succes, depunând în sensul celor afirmate un „Report” fax, care cuprinde informații referitoare la transmiterea unor documente către diverse numere de telefon/fax.

Contestatoarea arată că susținerile autorității contractante nu corespund realității și sunt contrazise de documentele depuse de către contestatoare, după cum aceasta afirmă, precizând că în cadrul unei alte contestații formulate în cadrul aceleiași proceduri s-a utilizat același mod de comunicare a notificării prealabile fără a întâmpina probleme.

Față de cele constate anterior Consiliul reține că, în speță, sunt incidente următoarele prevederi legale, de imediată aplicare, din Legea nr. 101/2016:

- art. 6 alin. (1), potrivit căruia:

„(1) Sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, care poate fi invocată și din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanței de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretensei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, în termen de:

a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică sau de concesiune este egală

sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii;

b) (...)

- art. 6 alin. (10), care dispune că:

„(10) Sesizarea Consiliului sau a instanței, după caz, se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă”.

- art. 8, conform căruia:

“(1) Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum și oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

a) 10 zile, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică, achiziție sectorială sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, după caz;

b) (...)

(2) Termenul de contestare prevăzut la alin. (1) se calculează după cum urmează:

a) începând cu ziua următoare luării la cunoștință a răspunsului autorității contractante în sensul că nu urmează să revoce actele emise sau să adopte măsuri de remediere;

b) începând cu ziua următoare împlinirii termenului prevăzut la art. 6 alin. (4), când autoritatea contractantă nu a transmis un răspuns;

c) începând cu ziua următoare împlinirii termenului prevăzut la art. 6 alin. (5), când autoritatea contractantă a transmis un răspuns în sensul că urmează să adopte măsuri de remediere”.

- art. 11 alin. (2) și (3), care dispune:

„(2) Contestatorul atașează la contestație dovada notificării prealabile a autorității contractante și copia răspunsului autorității contractante, dacă există, dovada înaintării contestației către autoritatea contractantă, copia actului atacat, după caz, precum și mijloacele de probă de care dispune

(3) Contestația formulată pe cale administrativ-jurisdicțională nu se taxează”.

- art. 16 alin. (5), potrivit căruia:

*„Toate notificările și actele procedurale se transmit prin poștă, fax și/sau mijloace electronice, **cu confirmare de primire**”.*

Având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căroră „Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”, va fi analizată cu precădere excepția invocată în prezenta procedură de atribuire de către autoritatea contractantă prin punctul de vedere, respectiv excepția inadmisibilității contestației.

Analizând excepția Consiliul constată caracterul întemeiat al acesteia.

Din probatoriul administrat în cauză de către contestatoare rezultă faptul că autoarea contestației a întocmit notificarea prealabilă înregistrată la sediul său sub nr. 473/03.10.2016, fără a prezenta dovada primirii de către entitatea contractantă a acesteia.

Faptul că a fost prezentat, de către contestatoare, un „Report” fax care cuprinde 16 numere de telefon/fax la care au fost transmise documente diverse nu poate constitui o dovadă a primirii de către autoritatea contractantă a notificării prealabile, contestatoarea fiind singura în măsură să se asigure că notificarea prealabilă a fost primită de către autoritatea contractantă, o astfel de obligație fiind impusă de către legiuitor în sarcina sa.

În acest context, Consiliul constată că documentul „Report” fax depus ca dovadă a faptului că a fost transmisă notificare de către contestatoare autorității contractante, nu poate fi reținut deoarece potrivit dispozițiilor art. 16 alin. (5) din Legea nr. 101/2016 *„Toate notificările și actele procedurale se transmit prin poștă, fax și/sau mijloace electronice, cu confirmare de primire”.*

Prin urmare, chiar dacă s-au folosit modalitățile de transmitere a documentelor prevăzute de lege, dar nu s-a obținut confirmarea primirii acestora, procedura nu poate fi considerată completă.

În legătură cu cele de mai sus, se are în vedere faptul că raportul fax confirmă doar transmiterea unui document, nu și recepționarea certă a acestuia, deoarece, din diverse motive tehnice aparatul fax către care au fost transmise documentele, poate să nu le recepționeze (lipsa consumabilelor, resetarea memoriei, lipsa alimentării cu energie, etc.), existând riscul ca autorității contractante să nu-i fi fost adus la cunoștință notificarea prealabilă.

Obligația dovedirii confirmării primirii adresei nr. 473/03.10.2016 (notificare prealabilă) de către autoritatea contractantă, revine autoarei contestației iar în absența confirmării de primire obligația legală nu poate fi considerată ca îndeplinită. În speță, contestatoarea nu a făcut dovada că în data 03.10.2016 a transmis autorității contractante notificarea prealabilă în discuție.

În situația comunicării prin fax a notificării prealabile contestatoarea trebuia să se asigure că aceasta a fost recepționată de

autoritatea contractantă. Cum nu a procedat de această manieră și-a asumat riscul ca documentul transmis de ea prin fax, să nu fie recepționat de către autoritatea contractantă.

Consiliul nu poate reține în soluționare cererea contestatoarei potrivit căreia entitatea contractantă trebuie să indice „care a fost înscrisul comunicat în data de 03.10.2016 de către subscrisa”, în condițiile în care o astfel de dovadă trebuia depusă la dosarul cauzei de către contestatoare în dovedirea îndeplinirii procedurii prealabile stabilite de legiuitor, în speță fiind incidente dispozițiile art. 249 din Codul de Procedură civilă potrivit căruia *„Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”*.

Nu vor fi reținute în soluționare, de asemenea, nici susținerile contestatoarei potrivit cărora *„În cadrul unei alte contestații formulate în cadrul aceleiași proceduri, s-a utilizat același mijloc de comunicare a notificării prealabile fără a întâmpina probleme”*, având în vedere că indiferent de mijlocul de comunicare utilizat, contestatoarea, în sarcina căreia exista obligația de a notifica autoritatea contractantă, avea și obligația de a face demersuri în obținerea unei confirmări de primire a documentului pentru a putea, ulterior, în cazul formulării unei contestații, să facă dovada îndeplinirii procedurii prealabile.

Prin urmare, așa cum rezultă din conținutul art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, sesizarea Consiliului se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, sintagma „se poate face numai după”, utilizată de legiuitor, demonstrând caracterul imperativ al normei care reglementează această procedură prealabilă. Parcurgerea procedurii prealabile este o etapă obligatorie, efectuarea acesteia fiind o condiție de admisibilitate a contestației, iar dovedirea îndeplinirii acesteia cade în sarcina contestatoarei și nu a entității contractante, conform principiului „cine face o afirmație trebuie să o și dovedească”.

Din documentele depuse de contestatoare, rezultă că autoarea contestației nu a făcut dovada parcurgerii procedurii de notificare prealabilă, prevăzută de Legea nr. 101/2016, înainte de a formula prezenta contestație.

Prin adoptarea acestei atitudini, respectiv neîndeplinirea acestei obligații procedurale, în speță dovedirea îndeplinirii ei, contestatoarea și-a asumat riscul aplicării sancțiunii prevăzută de legiuitor într-o asemenea situație, respectiv respingerea contestației ca inadmisibilă [art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016].

Fată de circumstanțele speței, Consiliul apreciază că în cauză este incident și adagiul „Nemo censitar ignorare lege”, nimeni nu poate invoca necunoașterea legii.

Întrucât, excepția lipsei procedurii de notificare prealabilă este o excepție de fond (aceasta vizând o cerință pentru declanșarea procedurii de soluționare a contestației), peremptorie (tinzând la stingerea procesului) și absolută (privind norme imperative de ordine publică),

Consiliul nu va proceda la analiza pe fond a criticilor formulate de contestatoare.

Astfel, Consiliu, luând în considerare cele mai sus-menționate, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite excepția inadmisibilității contestației, invocată de autoritatea contractantă, și va respinge, ca inadmisibilă, contestația formulată de S.C. ... S.R.L.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția inadmisibilității contestației formulată de S.C. ... S.R.L., ce face obiectul dosarului nr. 2196/2016, invocată de către autoritatea contractantă și respinge ca inadmisibilă contestația formulată de S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu în calitate de autoritatea contractantă.

Respinge, ca nefondate, contestațiile formulate de S.C. ... S.R.L. (dosar nr. .../2016) și S.C. ... S.A. (dosar NR. 2139), în contradictoriu cu în calitate de autoritatea contractantă.

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

PREȘEDINTE COMPLET

....

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

....