CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...../...../....., ..., ..., ..., ..., ...
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., formulată de asocierea ..... SRL - ... SRL prin liderul ..... SRL, cu sediul de corespondență în ....., str. ..., având CUI ....., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. .. reprezentată de domnul ....., împotriva rezultatului procedurii de atribuire pentru lotul 1, stabilit de ....., cu sediul în ....., Intrarea .., sector ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii, pe loturi, a contractului de servicii având ca obiect „.....", coduri CPV 79713000-5 - Servicii de pază (Rev.2), 79715000-9 - Servicii de patrulare (Rev.2), s-a solicitat anularea comunicării nr. 3315/10.10....., a celorlalte acte subsecvente, ca netemeinice și nelegale, continuarea procedurii cu evaluarea ofertei asocierii ..... SRL și SC .. SRL.

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., formulată de asocierea ..... SRL - SC .. SRL, cu datele de identificare menționate anterior, împotriva rezultatului procedurii pentru lotul 2, stabilit în cadrul aceleiași proceduri desfășurată de ....., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat anularea comunicării nr. 3315/10.10....., a celorlalte acte subsecvente ca netemeinice și nelegale, continuarea procedurii cu evaluarea ofertei asocierii ..... SRL și SC .. SRL.

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., formulată de ..... SRL, cu sediul în ....., B-dul ..., sector ....., având CUI ..., înregistrată la Registrul

Comerțului sub nr. .., reprezentată legal de doamna ..... și convențional prin ....., cu sediul procedural ales pentru comunicarea actelor de procedură în ....., str. …, împotriva rezultatului procedurii pentru lotul 3, elaborat în cadrul aceleiași proceduri desfășurată de ....., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat anularea comunicării nr. 3670/AAT/20.10..... privind răspunsul la notificarea prealabilă, precum și a comunicării nr. 3325/AAT/10.11....., comunicată la data de 11.10..... privind decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale pentru lotul 3, precum și a tuturor actelor subsecvente, anterioare sau în legătură cu acestea, ca nelegale și netemeinice, reluarea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, implicit a etapei de analiză DUAE în sensul reevaluării ofertei sale în sensul declarării ei admisibile, iar în subsidiar, reevaluarea ofertei depuse, cu solicitarea de noi clarificări/acordarea unui termen în vederea completării informațiilor din documentul DUAE atât pentru contestatoare, cât și pentru terț.

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., formulată de ..... SRL, cu datele de identificare menționate anterior, împotriva rezultatului procedurii pentru lotul 1, elaborat de ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-a solicitat anularea rezultatului parțial privind declararea ofertei sale ca inacceptabilă, respectiv anularea comunicării nr. 3300/AAT/10.11....., comunicată la data de 11.10..... privind decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale pentru lotul 1, precum și a tuturor actelor subsecvente, anterioare sau în legătură cu acestea, ca nelegale și netemeinice, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, implicit a etapei de analiză DUAE, în sensul reevaluării ofertei depusă, în sensul declarării ei admisibile, iar în subsidiar, reevaluarea ofertei depuse, cu solicitarea de noi clarificări/acordarea unui termen în vederea completării informațiilor din documentul DUAE atât pentru contestatoare, cât și pentru terț.

Prin contestația nr. ...../..... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., formulată de asocierea SC .. SRL – SC .. SRL - SC .. SRL, prin lider .. SRL, cu sediul în .., birou ....., județul ....., având CUI .., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ....., reprezentată legal prin administrator ..... împotriva rezultatului procedurii pentru lotul 2, comunicat în cadrul aceleiași proceduri de atribuire de ....., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat anularea adresei nr. 3../AAT/13.10..... privind comunicarea rezultatului procedurii, lot 2, ca nelegală și netemeinică, reluarea procedurii de atribuire, reevaluarea ofertei sale cu consecința admiterii ofertei ca fiind admisibilă și conformă.

Prin contestația nr. ...../..... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., formulată de asocierea SC .. SRL - SC .. SRL - SC … SRL, prin lider SC .. SRL, cu

datele de identificare menționate anterior, împotriva rezultatului procedurii pentru lotul 3, comunicat în cadrul aceleiași proceduri de atribuire de ....., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat anularea adresei nr. ../AAT/13.10..... privind comunicarea rezultatului procedurii, lot 3, ca nelegală și netemeinică, reluarea procedurii de atribuire, reevaluarea ofertei sale cu consecința admiterii ofertei ca fiind admisibilă și conformă.

În temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, cele șase contestații au fost conexate pentru a se asigura pronunțarea unei soluții unitare.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestațiile formulate în cauză.

Prin contestațiile înregistrate la Consiliu sub nr. ...../..... și nr. ...../....., formulate de asocierea ..... SRL - SC … SRL, se contestă comunicarea rezultatului procedurii de atribuire cu privire la loturile 1 și 2, iar motivele susținute în cuprinsul lor sunt similare.

Astfel, contestatoarea reclamă respingerea ca inacceptabilă a ofertei sale pentru loturile 1 și 2, în condițiile în care la data de 14.07..... printr-o solicitare de clarificare i s-a cerut să redepună DUAE revizuit.

Față de această solicitare, contestatoarea menționează că a înțeles „retransmiterea” aceluiași DUAE revizuit cu câteva clarificări, pentru care autoritatea „a uitat” să creeze rubricile de răspuns, iar contestatoarea susține că a postat acest document în 19.07..... „însoțit de documente justificative”.

După 3 luni de la transmiterea răspunsului la solicitarea de clarificare amintită mai sus, contestatoarea susține că autoritatea contractantă a răspuns că ar fi trebuit completat un *„alt”* DUAE pe care l-ar fi postat în secțiunea *„Documente, Clarificări, Decizii”*, schimbând întreaga desfășurare a procedurii.

Critică faptul că autoritatea contractantă nu a respectat propria documentație de atribuire, care prevede că documentele justificative vor fi solicitate doar ofertantului declarant câștigător la solicitarea autorității contractante.

La fel nu poate fi menținută susținerea autorității contractante formulată în cuprinsul răspunsului la notificarea prealabilă, referitor la motivul respingerii sale că nu ar fi făcut dovada îndeplinirii criteriilor de calificare, în condițiile în care a pus la dispoziția autorității toate documentele cerute.

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr. ...../....., formulată de ..... SRL, s-a contestat comunicarea privind rezultatul procedurii vizând lotul 3 și s-au solicitat cele indicate în preambulul acestei decizii.

Contestatoarea arată că oferta sa pentru lotul 3 a fost respinsă ca inacceptabilă, motivat de faptul că "ofertantul ..... SRL prin terț susținător economic și financiar .. are un nivel minim al cifrei de afaceri anuale sub pragul de 2.180.073 lei", "în ultimii 3 ani financiari încheiați (2014, 2015, 2016) cerut prin fișa de achiziții", iar contestatoarea ar avea "un nivel minim al cifrei de afaceri anuale pentru 2014 de 92.048 lei față de 2.180.073 lei".

Apreciază că a transmis în mod legal și corect formularul DUAE către autoritate, iar motivul de respingere, îl apreciază ca fiind neîntemeiat și nelegal, în baza art. 2 și art. 209 din Legea nr. 98/2016. Consideră că autoritatea avea posibilitatea să solicite depunerea documentele relevante, dacă ar fi apreciat neconcludente datele completate de contestatoare.

Față de notificarea prealabilă transmisă, autoritatea a comunicat răspunsul său cu nr. 3670/AAT/20.10....., atacat prin prezenta, în sensul că nu adoptă măsuri de remediere. Contestatoarea apreciază că prin răspunsul la notificarea prealabilă autoritatea a respins solicitările sale într-un mod superficial prin invocarea unor prevederi legale din Legea nr. 98/2016 privind "dreptul său de a stabili cerințe privind capacitatea economică."

Contestatoarea susține că solicitarea sa de remediere nu avea în vedere stabilirea greșită a unei cerințe, ci faptul că pe fond are capacitatea de a îndeplini cerințele, iar completarea distinctă pe formularele DUAE a fost efectuată cu bună-credință, vizând practic aceeași realitate faptică, caz care ar fi necesitat aplicarea de către autoritate a prevederilor art. 209 din Legea nr. 98/2016 cu respectarea principiilor speciale ale procedurilor de achiziții publice.

Nu poate fi reținut ca motiv temeinic de respingere faptul că a indicat media cifrei de afaceri pentru anii de referință, în locul indicării nivelului minim pe an al cifrei de afaceri, conform solicitării. Astfel, nu poate constitui motiv de neîndeplinire a cerințelor pe fond, ci este vorba despre o eroare care ar fi impus emiterea unei solicitări de clarificări.

Referitor la cifra de afaceri globală, contestatoarea subliniază că împreună cu terțul susținător economic și financiar .. SRL a calculat și indicat cifra de afaceri medie anuală pe ultimii 3 ani. Astfel, subliniază că a indicat în mod eronat cifra de afaceri anuală pentru anul 2014 ca fiind *"92.048 lei față de 2.180.073 lei"*, în realitate susținând valoarea medie iar nu strict pe an.

Apreciază că diferența covârșitoare de valori între cei trei ani de activitate ai contestatoarei putea fi un indiciu ferm pentru ca autoritatea contractantă să aprecieze în sensul existenței unei erori, tehnico-administrative, de interpretare a cerinței, care ar fi impus rectificarea.

De altfel, în practică, în proceduri de achiziție, de regulă se solicită valoarea cifrei de afaceri medii pe ultimii X ani sau de la începutul activității, aspect format ca o cutumă, ceea ce a generat apariția erorii de față.

Față de situația creată, contestatoarea susține că se impunea aplicabilitatea art. 209 din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, comunicarea rezultatului procedurii s-a realizat cu încălcarea legii, respectiv autoritatea nu a respectat prevederile exprese ale art. 215 din legea 98/2016, în sensul că a fost comunicat rezultatul parțial, respectiv declararea ofertei contestatoarei drept inacceptabilă, fără a fi informată în legătură cu motivul/motivele concrete, cu încălcarea prevederilor art. 215 din Legea 98/2015 alin. (1).

Autoritatea contractantă nu a indicat în *"concret"* motivele declarării inacceptabile și motivul propriu zis pentru care nu ar fi prezentat documentul DUAE completat concludent. Simpla indicare a faptului că nu a completat concludent formularul revizuit nu poate constitui o motivare în sensul avut în vedere de lege și de principiile materiei achizițiilor publice.

Subliniază că autoritatea contractantă are obligația de a comunica transparent deciziile sale, dar și de a le motiva în concret.

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., formulată de ..... SRL s-a contestat motivul de respingere a ofertei acestuia pentru lotul 1 și s-au solicitat cele indicate în preambulul prezentei decizii.

Indică motivul concret al respingerii ofertei sale, respectiv, nerespectarea cerinței din fișa de date de la cap. 111.2.3.a) - capacitatea tehnică și/sau profesională - informații și/sau niveluri minime necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate, respectiv *"experiența similară respectiv principalele prestări de servicii din ultimii 3 ani (raportați la termenul limită de depunere a ofertelor) cu date privind valori sau cantități, după caz, perioade de prestare, beneficiari, din care să reiasă că ofertantul - individual sau în asociere/terțul susținător - a prestat servicii similare a căror valoare cumulată să reprezinte cel puțin valoarea estimată a fiecărui lot în parte"* - lotul 1 - 2.434815,60 RON.

I s-a comunicat că răspunsul retransmis a fost neconcludent și că nici prin DUAE revizuit nu a prevăzut clar valorile experienței similare prestate în perioada de referință conform fișei de date, cerința fiind neîndeplinită.

Vizavi de această situație, contestatoarea susține că DUAE a fost completat în conformitate cu cerința tehnică privind valoarea contractelor din ultimii 3 ani referitoare la experiența similară, iar rubrica cuprinzând valorile contractelor din ultimii 3 ani privind experiența similară constituie un caz tipic care ar fi necesitat aplicarea de către autoritate a prevederilor art. 200 din Legea 98/2016.

Arată că a completat DUAE din data de 19.06....., iar la partea privind experiența similară a trecut contractele de prestări servicii din ultimii trei ani, iar valoarea contractelor a fost raportată pe perioada de la data începerii și până la data de finalizare a contractelor în discuție, iar nu până la termenul limită de depunere a ofertelor.

La data de 14.07..... autoritatea a solicitat contestatoarei retransmiterea formularului prin care să clarifice valorile contractelor declarate conform solicitărilor din documentație de atribuire. Ulterior, a retransmis DUAE revizuit, cu respectarea cerinței din fișa de date privind experiența similară și a indicat valoarea contractelor până la termenul limită de depunere a ofertelor.

Solicită să se observe diferența acestor valori în DUAE inițial comparat cu DUAE revizuit. Totodată, a înțeles că în documentul DUAE să completeze data de începere și data de încheiere a contractelor prestări servicii de pază și protecție.

La fel, indică că în ambele formulare completate, datele sunt corecte, în funcție de perioada de referință. Contestatoarea susține că a completat formularul urmare a clarificării, interpretând solicitarea cu bună credință și indicând alte date de referință, situație din care reiese neînțelegerea. Printr-o clarificare distinctă sau prin depunerea documentelor relevante în dovedire aceste aspecte puteau fi lămurite simplu, fără echivoc.

Apreciază că, raportat la rezultatul comunicat, autoritatea nu a indicat în concret clarificările pe care le dorea, însă contestatoarea a răspuns în sensul înțeles, cu bună-credință, în ideea de a da curs solicitării și a comunicat în datele solicitate, motiv pentru care declararea ca inacceptabilă a ofertei sale nu poate fi legală și temeinică.

Vizavi de comunicarea rezultatului procedurii, contestatoarea susține că nu i s-au indicat în concret motivele pentru care oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă și neconcludentă. Subliniază că a indicat valorile din contract, așa cum a înțeles din cerința solicitată, indicând valorile pe perioada solicitată.

Iar valorile indicate în formularele DUAE pentru societate și pentru terț sunt în fapt corecte si respectă în esență cerința privind capacitatea tehnică și/sau profesionala stabilită de autoritatea contractantă.

Raportat la aspectele semnalate, contestatoarea susține că, în mod injust, și cu încălcarea principiilor imperative din legislația specială a achizițiilor publice, autoritatea contractantă nu a înțeles să solicite clarificări/completări în acord cu prevederile art. 209 din Legea nr. 98/2016.

Consideră că situația de față constituia un caz tipic de eroare, fapt pentru care se impunea aplicabilitatea art. 209 din Legea nr. 98/2016 și ar fi fost just ca autoritatea să îi acorde un nou termen pentru a depune completări/lămuriri.

Apreciază că orice prevedere legală a fost introdusă pentru a produce efecte, iar nu pentru a nu produce vreun efect, iar modul în care

a fost întocmit actul atacat nu poate fi apreciat că ar cuprinde o motivare așa cum a fost avută în vedere de lege și de principiile materiei achizițiilor publice.

Prin contestațiile înregistrate la Consiliu sub nr. ...../..... și nr. ...../....., formulate de asocierea SC S.. SRL - SC .. SRL - SC .. SRL, se contestă comunicările cu nr. 3482/AAT/13.10..... și respectiv nr. 3477/AAT/13.10....., privind rezultatul procedurii de atribuire cu privire la loturile 2 și 3, iar motivele susținute în cuprinsul lor sunt similare.

Referitor la susținerea autorității contractante că: *"oferta nu asigură respectarea reglementărilor obligatorii referitoare la condițiile specifice de muncă și de protecția muncii, atunci când această cerință este formulată în condițiile art. 51 alin. (2) din Lege sau constituie o abatere de la legislația incidentă, alta decât cea în domeniul achizițiilor publice, respectiv oferta conține în cadrul propunerii financiare prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe și nu pot fi justificate. În concret Asocierea, SC … SRL - lider de asociere, SC ..SRL - asociat și SC .. SRL - asociat, a ofertat un tarif orar de 12,19 lei/oră, ajungând la acest cost prin reducerea costurilor aplicate în baza convențiilor AJOFM cu 200 RON/angajat/lună "*, precizează că acest tarif a fost calculat în mod legal ținându-se cont de toate reglementările legale în vigoare.

Cu privire la susținerea comisiei de evaluare cum că: *"una din convenții a fost încheiată în data de 18.10.2016, cu mai mult de 8 luni înainte de data depunerii ofertelor, iar până la data prestării efective a serviciilor, acestea nemaifiind în vigoare, iar mai multe convenții au fost încheiate ulterior depunerii ofertelor, aceste documente neexistând la data stabilirii prețului în cadrul prezentei proceduri de atribuire, costurile cu personalul nu aveau suport legal la data depunerii ofertelor, în consecință acestea nu sunt sustenabile"* contestatoarea precizează că, tariful ofertat a fost calculat în mod legal, comisia de evaluare în mod eronat susține că unele convenții nu vor mai fi în vigoare la data prestării efective a serviciilor, întrucât termenul de valabilitate al unei convenții este de un an de zile de la data încheierii, iar societatea noastră colaborează în permanență cu AJOFM în vederea încheierii unor astfel de convenții.

Subliniază că încheierea convențiilor ulterioare datei de participare la licitație, dar înainte de a se fi desemnat câștigătorii, nu face decât să vină în sprijinul echilibrului balanței cost/venit.

Consideră că s-a dat dovadă de rea credință în procesul de evaluare a ofertelor, întrucât comisia de evaluare a recunoscut că a avut convenții depuse pentru toate loturile, iar descalificarea sa a fost dispusă pe motiv că aceleași convenții le-a depus pentru toate loturile.

Cu privire la susținerea comisiei de evaluare cum că: *„în justificarea cheltuielilor nu au fost incluse costurile cu fondul de handicap".*

Cu referire la aplicarea prevederilor art. 78 alin. (2) din Legea 448/2006, contestatoarea arată că, în mod cu totul nelegal, s-a decis că oferta sa este inadmisibilă, întrucât la data depunerii ofertei de participare, respectiv, 13.06....., articolul de lege, la care a făcut referire comisia de evaluare și pe bază căruia a clasificat oferta sa ca inadmisibilă, nu era modificat de prevederile Ordonanței de Urgență nr. 60/....., în vigoare la data depunerii ofertei.

La data de 13.06....., data depunerii ofertei, erau în vigoare prevederile art. 78 alin (3) din Legea nr. 448/2006, care au permis autorităților și instituțiilor publice, persoanelor juridice publice sau private, care nu angajează persoane cu handicap, să opteze pentru îndeplinirea uneia dintre obligații:

a) Să plătească lunar către bugetul de stat o sumă reprezentând 50% din salariul de bază minim brut pe țară înmulțit cu numărul de locuri de muncă în care nu au angajat persoane cu handicap;

b) Să achiziționeze produse sau servicii realizate prin propria activitate a persoanelor cu handicap angajate în unitățile protejate autorizate, pe bază de parteneriat, în sumă echivalentă cu suma datorată la bugetul de stat, în condițiile prevăzute la lit. a).

În acest sens, contestatoare susține că a îndeplinit această obligație prin achiziționarea de produse de la unități protejate conform art. 78 alin. (3), lit. b) din Legea nr. 448/2006, în vigoare la data depunerii ofertei în procedura de licitație.

Invocă faptul că s-au analizat ofertele în baza unor dispoziții legale care nu erau în vigoare la data depunerii ofertelor.

Autoritatea contractantă a formulat un punct de vedere față de contestația Asocierii ..... SRL - SC .. SRL nr. ...../..... (înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 9626/.....), vizând lotul 1 din prezenta procedură, prin adresa nr. 10466/13.11....., înregistrat la Consiliu sub nr. 48439/14.11....., prin care solicită respingerea ei ca nefondată.

Autoritatea contractantă subliniază că termenul limită pentru depunerea ofertelor a fost prelungit pentru data de 20.06....., iar formularul DUAE revizuit a fost pus la dispoziție în SEAP în data de 08.06..... Față de aceste aspecte, contestatoarea nu a transmis DUAE revizuit, respectiv cel publicat la secțiunea Documente, Clarificări, Decizii, în cuprinsul căruia ar fi trebuit să indice nivelul minim al cifrei de afaceri globale, indicarea valorilor privind experiența similară conform criteriilor impuse prin documentația de atribuire și echipamentele și dotările tehnice.

În continuare, autoritatea contractantă susține că a solicitat clarificări pe acest aspect, însă contestatoarea s-a aflat în eroare și a apreciat că i-au fost solicitate documentele suport ale DUAE, pe care le-a depus.

Comisia de evaluare a apreciat că răspunsul la solicitarea de clarificări nu a fost concludent, în condițiile în care ofertantul nu a depus DUAE revizuit pentru fiecare dintre membrii asocierii.

Autoritatea contractantă a comunicat un punct de vedere față de contestația asocierii ..... SRL - SC .. SRL nr. ...../..... (înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 9618/.....), vizând lotul 2 din prezenta procedură, prin adresa nr. 10465/13.11....., înregistrat la Consiliu sub nr. 48441/14.11....., prin care solicită respingerea ei în principal ca inadmisibilă, iar în subsidiar ca nefondată.

Susține excepția inadmisibilității contestației pe considerentul că, i s-a comunicat notificarea prealabilă nr. 1181/13.10....., înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 9269/13.10....., pentru lotul 1, însă pentru lotul 2 nu a depus notificare prealabilă.

Prin adresa nr. 48846/.....-...../16.11....., față de excepția invocată, Consiliul a solicitat autorității contractante să confirme/infirme recepționarea notificării prealabile comunicată de asocierea ..... SRL - SC .. SRL, așa cum rezultă din raportul de fax emis pentru numărul 021.334.42.54, din data de 13.10....., ora 14:09 PM (aflat la dosarul cauzei). Autoritatea contractantă a răspuns prin adresa 11052/21.11....., înregistrată la Consiliu sub nr. 49770/21.11....., în sensul că nu a primit notificarea prealabilă, iar comunicarea acestui act ar fi trebuit să se realizeze atât prin fax, cât și prin poștă, cu confirmare de primire. Subliniază faptul că, legea impune regula existenței confirmării de primire a actelor de procedură, care nu există în speța de față.

Autoritatea contractantă a formulat un punct de vedere față de contestația .. SRL înregistrată la Consiliu sub nr. ...../..... (înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 9627/.....), vizând lotul 3 din prezenta procedură, punct de vedere comunicat prin adresa nr. 10464/13.11....., înregistrat la Consiliu sub nr. ../14.11....., prin care solicită respingerea ei ca nefondată.

Autoritatea contractantă susține că a respectat prevederile art. 175 alin. (2) lit. a) din Legea 98/2016 și a stabilit un nivel minim al cifrei de afaceri anuale prin documentația de atribuire, care a fost publicată la data de ....., iar orice critici care o vizează sunt tardive.

Apreciază că asocierea contestatoare nu a îndeplinit pentru lotul 3 nivelul minim anual al cifrei de afaceri pentru anul 2014, deoarece autoritatea contractantă a impus un nivel minim pentru fiecare an și nu o medie a cifrei de afaceri pentru anii de referință, așa cum, în mod eronat s-a înțeles.

Totodată, în data de 14.07..... s-au solicitat clarificări ofertantului cu privire la cifra de afaceri, ocazie cu care acesta avea posibilitatea să indice un alt terț susținător, în afara terțului .. SRL pe care l-a indicat în oferta depusă pentru lotul 1.

Autoritatea subliniază că, chiar în condițiile în care s-ar cumula cifra de afaceri a contestatoarei cu terțul susținător indicat anterior, nu s-ar respecta cerința cifrei de afaceri minimă impusă pentru lotul 3.

Ulterior, autoritatea contractantă a formulat un punct de vedere față de contestația .. SRL înregistrată la Consiliu sub nr. ...../....., vizând lotul 1 din prezenta procedură, punct de vedere comunicat prin adresa nr. 11133/22.11....., înregistrat la Consiliu sub nr. ../22.11....., prin care solicită respingerea ei ca inadmisibilă.

Susține că nu a primit notificarea prealabilă, iar comunicarea acestui act ar fi trebuit să se realizeze atât prin fax, cât și prin poștă, cu confirmare de primire. Subliniază faptul că, legea impune regula existenței confirmării de primire a actelor de procedură, care nu există în speța de față.

Se concluzionează că, întrucât autoritatea contractantă nu a primit nici notificarea prealabilă și nici contestația aferentă lotului 1, se impune respingerea contestației ca inadmisibilă.

Prin adresa nr. 11172/22.11....., înregistrată la Consiliu sub nr. …/22.11....., autoritatea contractantă a făcut dovada comunicării punctelor de vedere prin care a invocat excepția inadmisibilității contestațiilor către contestatorii SC ..... SRL – lotul 2 și ..... SRL – lotul 1.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 50374/24.11....., ... SRL a răspuns punctului de vedere comunicat de autoritatea contractat și a susținut vizavi de excepția inadmisibilității contestației faptul că a comunicat simultan, în aceleași zile, în oglindă, notificarea prealabilă și contestația atât pentru lotul 1 cât și pentru lotul 3.

Astfel, notificarea prealabilă pentru lotul 1 a fost comunicată atât pe fax, cât și în original prin serviciul curierat, având confirmarea de primire.

În ceea ce privește contestația pentru lotul 1, autoarea contestației susține că a fost transmisă pe fax, având confirmare de primire „succes”, în același mod fiind transmisă și contestația pentru lotul 3.

Prin adresa nr. 10467/13.11....., înregistrată la Consiliu sub nr. …/14.11..... și prin adresa nr. 10463/13.11....., înregistrată la Consiliu sub nr. …/14.11....., autoritatea contractantă a formulat un punct de vedere față de contestațiile asocierii SC .. SRL - SC ..SRL - SC .. SRL, înregistrate la Consiliu sub nr. ...../..... și nr. ...../....., iar apărările sunt în sensul respingerii lor ca nefondate, fiind similare pentru ambele contestații.

Subliniază că asocierea SC .. SRL - SC .. SRL - SC .. SRL a ofertat un tarif orar de 12,19 lei/oră, ajungând la acest cost prin reducerea costurilor aplicate in baza convenţiilor AJOFM cu 200 ron/angajat/luna.

Susține că una dintre convenţii a fost încheiată în data de 18.10.2016, cu mai mult de 8 luni înainte de data depunerii ofertelor, ceea ce însemna că la momentul depunerii ofertelor mai erau .....

luni, iar până la data prestării efective a serviciilor, această convenție și-ar fi pierdut valabilitatea.

Totodată, mai multe convenţii au fost încheiate ulterior depunerii ofertelor, aceste documente neexistând la data stabilirii preţului în cadrul prezentei proceduri de atribuire, costurile cu personalul nu aveau suport legal la data depunerii ofertelor, în consecință acestea nu sunt sustenabile.

Cu atât mai mult, operatorul economic care a prezentat aceste convenţii, prin care statul oferă anumite facilități fiscale, are deja angajate aceste persoane în alte contracte.

Cu privire la fondul de handicap, în prezent, potrivit legii nr. 448/2006 privind protecţia şi promovarea drepturilor persoanelor cu handicap, respectiv dispozițiile art. 78, orice persoană juridica publică sau privată, care are cel puţin 50 angajaţi are obligaţia de a angaja persoane cu handicap într-un procent de cel puţin .....% din numărul total de angajaţi sau să plătească lunar către bugetul de stat o sumă reprezentând salariul de bază minim brut pe tară garantat în plată înmulţit cu numărul de locuri de muncă în care nu au angajate persoane cu handicap.

Astfel, că la momentul depunerii ofertelor legislaţia permitea persoanelor juridice de drept public sau privat să încheie convenţii cu unităţile protejate care să compenseze cheltuielile aferente fondului de handicap, având în vedere că pe parcursul evaluării ofertelor legislaţia s-a schimbat, iar fișa de date nu permite ajustarea preţului, ofertantul, la momentul justificării preţului trebuia să facă dovada modului în care va suporta aceste costuri.

Menţionează că aplicarea acestei prevederi legale reprezintă o excepţie de la principiul neretroactivității legii, deoarece, deși aceste dispoziţii legale nu erau in vigoare la momentul depunerii ofertei, ofertanţii trebuiau să facă dovada, la momentul justificării preţului cum vor acoperi aceste costuri. Astfel, la momentul actual nu se pot prevala de legislaţia existentă la momentul depunerii ofertelor, deoarece nu vor achita taxele aferente acestui fond de handicap conform legislaţiei de la momentul depunerii ofertelor, ci vor achita taxele conform legislaţiei în vigoare.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă a organizat procedura de achiziție publică, prin licitație deschisă, în vederea atribuirii, pe loturi, a contractului de servicii având ca obiect „.....”.

În acest sens, a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ...../....., potrivit căruia valoarea estimată a contractului de servicii este de între 9.049.342,2 și 13.650.867,72 RON fără TVA, criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

Nemulțumite de rezultatul procedurii, pentru motivele expuse mai sus, asocierea ..... SRL - SC .. SRL (loturile 1 și 2), ... SRL (loturile 1 și 3) și asocierea SC S.. SRL - SC .. SRL - SC .. SRL (loturile 2 și 3) au depus contestațiile în analiză, solicitând anularea respectivului rezultat.

În ceea ce privește contestația formulată de asocierea ..... SRL - SC .. SRL prin liderul ..... SRL, împotriva deciziei de respingere a ofertei sale pentru lotul 1, Consiliul reține că autoritatea contractantă și-a argumentat decizia (așa cum rezultă din adresa nr. 3303/AAT/10.10..... transmisă asocierii) astfel:

(…) In concret, in conformitate cu art. 134 alin. (1) din Normele metodologice aprobate prin H.G 395/2016, in data de 14.07....., Comisia de evaluare a transmis Ofertantului Asocierea ..... SRL .. SRL prin lider de asociere ..... SRL o solicitare de clarificari pentru care a oferit termenul legal de răspuns, in conformitate cu prevederile art. 134 alin. (3), până la data de 19.07.....

Solicitarea de clarificări viza:

- Retransmiterea DUAE varianta revizuită, prin care să se clarifice/confirme nivelul minim al cifrei de afaceri globale;
- Valorile experienței similare, conform solicitărilor;
- Lista de echipamente si dotări tehnice, conform solicitărilor din documentaţia de atribuire, respectiv cele necesare îndeplinirii contractului.

Ofertantul depune in rubrica destinata răspunsului la solicitarea de clarificari urmatoarele: „Documente-semnat" si „DUAE revizuit OK ..".

In cadrul acestor documente autoritatea contractanta:

- nu a identificat DUAE revizuit al ofertantului .....S SRL,
- din răspunsul oferit nu a reieşit indeplinirea cerinţei privind experienţa similara, prezentandu-se alte documente decât DUAE revizuit asa cum prevedea Fisa de date, respectiv asociatul .. ..SRL a prezentat o lista a serviciilor prestate, dar aceste documente nu au fost concludente cu referire la valoarea serviciilor prestate in perioada de referinţa,
- nu a fost prezentat DUAE in forma data de autoritatea contractanta.

Prin urmare, cerinţele fisei de date nu au putut fi identificate in formularul DUAE, evaluarea neputandu-se realiza cu respectarea principiilor ce stau la baza legislaţiei in materia achiziţiilor publice, respectiv tratament egal si transparenta.

Răspunsurile ofertantului Asocierea ..... SRL - … SRL prin lider de asociere ..... SRL nu au fost concludente si, tinand cont de prevederile art. 134 alin. (5) din Normele de aplicare aprobate prin H.G 395/2016, autoritatea contractantă declară oferta ca inacceptabilă.

Trebuie subliniat faptul că inițial, în cadrul documentației de atribuire, autoritatea contractantă a publicat formularul DUAE, unde la partea IV Criteriile de selecție exista doar o indicație globală pentru toate criteriile de selecție. Ulterior, la 08.06....., anterior termenului limită de depunere a ofertelor (prelungit pentru 20.06.....), a fost publicat un DUAE revizuit, fiind operate modificări în partea IV Criteriile de selecție în sensul introducerii secțiunilor A. Capacitatea de a corespunde cerințelor (înscrierea în registrul comerțului), B. Capacitatea economică și financiară (cifra de afaceri anuală generală), C. Capacitatea tehnică și profesională (executarea de servicii de tipul specificat, utilaje, instalații și echipament tehnic), D. Sisteme de asigurare a calității și

standarde de management de mediu (certificate emise de organisme independente cu privire la standardele de asigurare a calității).

Se impune precizarea că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de servicii, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru asocierea ..... SRL - SC .. SRL. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, documentația (inclusiv formularul DUAE), acceptată implicit de toate societățile ofertante, le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu.

Observând că formularul DUAE completat de asocierea contestatoare este cel inițial și nu cel revizuit, autoritatea contractantă a făcut aplicarea prevederilor art. 209 din Legea nr. 98/2016 coroborate cu art. 134 alin. (3) din norme, și a formulat la data de 14.07....., către asocierea ..... SRL - SC .. SRL următoarea solicitare:

Vă solicităm să retransmiteți DUAE revizuit prin care să clarificați/confirmați nivelul minim al cifrei de afaceri globale, valorile experiența similară, conform documentației de atribuire, lista de echipamente și dotări tehnice, conform documentației de atribuire, respectiv cele necesare pentru îndeplinirea contractului, dovada implementării sistemului de management al calității conform SR ISO 9001, conform solicitărilor din documentația de atribuire. Termen de răspuns 19.07.....

Prin răspunsul furnizat de ofertant, la data de 19.07....., (vă prezentăm DUAE revizuit, însoțit de documente justificative) se observă că acesta a încărcat în SEAP: Documente–semnat.pdf.p7s și DUAE Revizuit Ok – ..– semnat.xml.p7s.

Verificând formularul DUAE transmis se constată că acesta reprezintă, practic, același formular prezentat inițial în ofertă ce respectă formularul inițial publicat de autoritate, dar care nu include modalitatea de îndeplinire a cerințelor de calificare, așa cum s-a precizat în formularul DUAE revizuit, publicat de autoritate la data de 08.06.....

Așadar, ofertantul a ales să nu depună DUAE revizuit, deși i s-a solicitat expres (*să retransmiteți DUAE revizuit prin care să*

clarificați/confirmați), depunând în schimb o serie de documente, care conform susținerilor ofertantului demonstrează îndeplinirea cerințelor de calificare, dar care însă nu i-au fost solicitate.

Susținerea contestatoarei conform căreia *am demonstrat cu «supramăsură», prin documente palpabile și nu prin simpla completare a unor «căsuțe» în DUAE că îndeplinim toate cerințele* nu va fi reținută ca un argument pentru lipsa completării DUAE, întrucât completarea DUAE nu reprezintă o opțiune, legiuitorul instituind o obligație expresă în acest sens.

Potrivit art. 3 lit. s) din Legea nr. 98/2016, *„DUAE - documentul unic de achiziţii european furnizat în format electronic prin utilizarea formatului standard stabilit de Comisia Europeană,* ***constând în declaraţia pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare şi selecţie*****.**"

Relevante sunt și prevederile art. 193 din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora *„(1) Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor* ***DUAE****, constând într-o declaraţie pe propria răspundere actualizată,* ***ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autorităţile publice sau de către terţi care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplineşte următoarele condiţii****:*

a) nu se află în niciuna din situaţiile de excludere menţionate la art. 164, 165 şi 167;

b) ***îndeplineşte criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă****;*

c) dacă este cazul, îndeplineşte criteriile de selecţie stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi".

Relevante sunt și dispozițiile art. 65 alin. (1) din HG nr. 395/2016, *„Comisia de evaluare analizează DUAE în conformitate cu prevederile cuprinse în cap. IV secţiunea a 8-a din Lege*."

Totodată, în fișa de date a achiziției se regăsesc următoarele precizări, astfel:

III.2.1.b) Capacitatea de exercitare a activitatii profesionale – (…) Modalitatea de demonstrare a îndeplinirii cerintei: operatorii economici participanti la procedura de atribuire **vor completa Documentul Unic de Achizitie European (DUAE)**, cu informatiile aferente propriei situatii (…) Documentele justificative care probeaza îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmeaza a fi prezentate, la solicitarea autoritatii contractante, doar de catre ofertantul clasat pe primul loc în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluarii ofertelor pentru fiecare lot in parte.

III.2.2) Capacitatea economica si financiara – (…)Operatorii economici participanti la procedura de atribuire **vor completa DUAE, cu informatiile aferente propriei situatii**, referitoare la cifrele de afaceri corespunzatoare datelor din situatiile financiare… Documentele justificative care probeaza îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE, respectiv bilanturi contabile sau extrase de bilant inregistrate la organele competente,iar daca din motive obiective parte din acestea nu sunt disponibile, alte documente edificatoare, urmeaza a fi prezentate, la solicitarea

autoritatii contractante, doar de catre ofertantul clasat pe primul loc în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluarii ofertelor pentru fiecare lot in parte

III.2.3.a) Capacitatea tehnica si/sau profesionala – (…) Indeplinirea cerintelor este asumata de catre ofertant **prin completarea DUAE**…. Documentele justificative care probeaza îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE, sunt: recomandari/certificate/documente constatatoare/contracte. Acestea urmeaza a fi prezentate, la solicitarea autoritatii contractante, doar de catre ofertantul clasat pe primul loc în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluarii ofertelor pentru fiecare lot in parte.

III.2.3.b) Standarde de asigurare a calitatii si de protectie a mediului - Documentele justificative care probeaza îndeplinirea **celor asumate prin completarea DUAE** urmeaza a fi prezentate, la solicitarea autoritatii contractante, doar de catre ofertantul clasat pe primul loc în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluarii ofertelor pentru fiecare lot in parte.

Nefiind identificată, la nivelul DUAE prezentat de ofertant, modalitatea de îndeplinire a cerințelor din fișa de date a achiziției, Consiliul stabilește că în mod corect a decis asupra respingerii ofertei asocierii ..... SRL - SC .. SRL pentru neconcludența răspunsului comunicat ca urmare a solicitării exprese de retransmitere a DUAE revizuit.

Documentele suport DUAE se solicită ofertantului clasat pe primul loc în urma aplicării criteriului de atribuire, potrivit art. 132 alin. (2) din normele metodologice, fapt de altfel subliniat și în fișa de date a achiziției. Este adevărat că autoritatea contractantă poate solicita ofertanților prezentarea documentelor justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE, în orice moment pe durata desfășurării unei proceduri de atribuire (art. 196 din Legea nr. 98/2016), însă în prezenta cauză nu ne aflăm într-o astfel de situație, ofertantul interpretând în mod eronat solicitarea autorității contractante, aceasta fiind doar în sensul **retransmiterii DUAE revizuit prin care să clarifice** nivelul minim al cifrei de afaceri, valorile experienței similare, echipamentele și dotările tehnice.

Incidente sunt și dispozițiile art. 132 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 ce stabilesc că *„în cazul în care, în cadrul documentaţiei de atribuire, a fost prevăzută obligaţia îndeplinirii unor criterii de calificare şi selecţie formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. IV secţiunea a 6-a paragraful 1 din Lege,* ***comisia de evaluare are obligaţia verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conţinutului DUAE****.*

Consiliul aduce în discuție și prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 potrivit cărora, în cazul în care o ofertă a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau **nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de entitatea contractantă**, respectiva ofertă este considerată inacceptabilă*.*

În condițiile în care asocierea ofertantă avea cunoștință despre rigorile fixate de organizatoare chiar în cuprinsul fișei de date publicată în SEAP la ....., de conținutul formularului DUAE publicat la 08.06....., pe care nu le-a contestat, aceasta nu are decât a-și imputa propriei lipse de diligență consecințele negative pe care este ținută să le suporte.

Pentru cele de mai sus, Consiliul va achiesa la concluzia la care a ajuns autoritatea contractantă, respectiv de inacceptabilitate a ofertei asocierii ..... SRL - SC .. SRL depusă pentru lotul 1 și va respinge ca nefondată contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliu cu nr. ...../.....

În ceea ce privește contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliu sub nr. ...../....., formulată de asocierea ..... SRL - SC .. SRL, împotriva rezultatului procedurii comunicat pentru lotul 2, cercetând cu întâietate, potrivit prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, excepţia inadmisibilității acesteia invocată de autoritatea contractantă, pe considerentul că pentru lotul respectiv nu i-a fost comunicată notificarea prealabilă, Consiliul constată temeinicia excepției invocate.

În aprecierea acestei finalităţi au fost avute în vedere prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora *Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorităţi contractante sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.*

De asemenea, Consiliul reţine că, potrivit prevederilor art. 6 alin. (1) și (10) din Legea nr. 101/2016, *„(1) Sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă, care poate fi invocată şi din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanţei de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligaţia să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislaţiei privind achiziţiile publice sau concesiunile, în termen de: a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul autorităţii contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii;*

(...)

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

Rezultă, aşadar, din prevederile citate, că urmare a primirii adresei nr. 3315 / AAT / 10.10..... privind respingerea ofertei sale, contestatoarea a avut un termen legal de cinci zile calculat începând cu data de 10.10....., pentru a formula notificarea prealabilă.

Din conţinutul dispoziţiilor legale amintite rezultă că, 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 condiţie de admisibilitate a contestaţiei.

În prezenta cauză, contestatorul a atașat contestației un raport de fax, datat 13.10....., cu mențiunea „completed”, pentru transmiterea a trei pagini, de la destinatarul numărului de fax 0212103135 la numărul 0213344254 (număr care se regăsește în anunțul de participare, ca fiind numărul de fax al autorității contractante), fără însă a atașa vreo confirmare de primire din partea destinatarului, respectiv a autorității contractante.

Autoritatea contractantă a susținut că nu a primit notificarea prealabilă pentru lotul 2, ofertantul având obligația legală de a solicita confirmare de primire.

Mai mult, Consiliul constată că punctul de vedere al autorității contractante, în care aceasta a subliniat că nu a primit notificarea prealabilă, nu a fost combătut de către asocierea ..... SRL - SC … SRL, deși acesta a fost cunoscut de către societatea contestatoare încă de la data de 21.11....., (conform e-mail existent la dosarul cauzei).

În situația descrisă prezintă relevanță dispozițiile art. 16 alin. (5) din Legea nr. 101/2016 potrivit cărora „toate notificările şi actele procedurale se transmit prin poştă, fax şi/sau mijloace electronice, cu confirmare de primire.” În cauză, contestatoarea nu a reușit să prezinte Consiliului nicio confirmare de primire a notificării, de către autoritatea contractantă, la 13.10..... Confirmarea de primire constituie un document pe care îl emite cel care primeşte actul, iar nu cel care îl transmite.

În absența confirmărilor de primire, rapoartele generate de aparatele fax, constituie cel mult dovezi ale unor încercări de transmitere, și nu confirmări de primire ale mesajelor aferente.

Relevantă, în acest sens, este și decizia civilă nr. 98 din 16 ianuarie ....., în care Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a apreciat că, în cazul transmiterii notificării prealabile prin e-mail, este necesară confirmarea de primire din partea autorității contractante destinatare, nefiind suficientă prezentarea unei capturi de ecran de către expeditoarea notificării:

La solicitarea Consiliului de a prezenta dovada primirii de către autoritatea contractantă a notificării transmise prin poșta electronică petenta a precizat că a

depus, la dosar, dovada transmiterii notificării către autoritatea contractantă, iar în cazul în care aceasta insistă să afirme că nu a primit-o, înțelege să solicite efectuarea unei expertize care să confirme recepționarea corespondenței electronice de către autoritate.

Față de acest răspuns și raportat la dovezile administrate, Consiliul a apreciat că, în cauză, contestatoarea nu a făcut dovada recepționării notificării sale de către autoritatea contractantă, iar captura de ecran din care rezultă că în data de 03.10.2016 a transmis autorității, prin poșta electronică (e-mail), o corespondență având atașată și notificarea în discuție face doar dovada transmiterii în acest mod a respectivei corespondențe, însă nu asigură dovedirea recepționării acesteia de către destinatar.

Cum corect a observat Consiliul, particularitatea corespondenței de orice fel, inclusiv cea electronică, cu confirmare de primire, constă în dovada prezentată de expeditor privind primirea trimiterii de corespondență confirmată în scris de către destinatar. Această concluzie nu poate fi negată cu succes de către petentă, căci textul art. 16 alin. (5) din Legea nr. 101/2016 este clar în această privință, respectiv impune cerința unei transmiteri speciale, și anume cu confirmare de primire: „toate notificările și actele procedurale se transmit prin poștă, fax și/sau mijloace electronice, cu confirmare de primire". Or, este bine-cunoscut faptul că dovada constând în confirmarea de primire este restituită expeditorului actului de procedură care a efectuat transmiterea acestuia către destinatar. Așadar, dacă legea impune efectuarea unei comunicări cu confirmare de primire, atunci este cert că expeditorul actului de procedură are a prezenta atât dovada transmiterii actului, cât și dovada confirmării de primire a respectivului act de către destinatarul său.

Deși apărările petentei au fost centrate în esență pe argumentul că art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 ar prevedea sancțiunea inadmisibilității contestației doar în ipoteza neformulării, netransmiterii, unei notificări prealabile, iar nu și pentru ipoteza în care nu este prezentată dovada confirmării de primire a acestei notificări de către autoritatea contractantă (deși persoana vătămată susține, afirmă, transmiterea notificării), Curtea arată petentei că în construcția argumentației sale juridice aceasta a omis a avea în vedere concluzia unei proceduri de comunicare legal efectuată, îndeplinită. Cu alte cuvinte, ***ceea ce subliniază Curtea este faptul că atunci când norma juridică incidentă pretinde efectuarea unei comunicări a actului de procedură cu confirmare de primire (indiferent de modalitatea de transmitere a actului, poștă, fax, email) atunci procedura de comunicare a actului în cauză este privită ca legal îndeplinită, efectuată, doar atunci când partea ce invocă, susține, efectuarea actului de procedură prezintă atât dovada transmiterii, cât și dovada confirmării de primire a actului de către destinatarul său. În cazul contrar, al neprezentării cumulate a celor două dovezi, concluzia este a neefectuării actului de procedură.*** *Așadar, în cazul petentei, excepția inadmisibilității contestației sale a fost una legală, tocmai pentru că ceea ce a reținut Consiliul a fost lipsa notificării prealabile. Lipsa notificării prealabile din partea petentei, înainte de sesizarea Consiliului cu contestația sa, a fost concluzia organismului jurisdicțional bazată pe probele prezentate de petenta contestatoare, aceasta din urmă nedepunând dovada confirmării de primire solicitată de art. 16 alin. (5) din Legea nr. 101/2016. Or, în atare situație, concluzia juridică legală este cea a neefectuării actului de procedură, atât timp cât dovezile privind comunicarea legală (dovada transmiterii și dovada confirmării de primire) a acestuia nu au fost prezentate de autorul actului de procedură în discuție.*

Corect a arătat Consiliul și faptul că parcurgerea procedurii prealabile este o etapă obligatorie, efectuarea acesteia fiind o condiție de admisibilitate a contestației în fața organului de jurisdicție specială.

De asemenea, există o bogată jurisprudență în sensul că raportul fax nu este suficient pentru dovedirea primirii unui document, respectiv nu are valoare de confirmare de primire:

– decizia nr. 278/CA din 10 martie 2008 (prezentare ca dovadă a transmiterii copiei contestației către autoritate a unui raport al aparatului fax. Raportul fax nu face dovada conținutului documentului transmis autorității contractante, în contextul în care autoritatea susține că nu a primit nicio copie a contestației), Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal;

– decizia nr. 3842/R din 20 septembrie 2012 (comisia de evaluare este ținută să se asigure că adresele de clarificări pe care le transmite sunt primite de către ofertanți. Raportul aparatului fax are valoare de confirmare de transmitere, nu de primire a adreselor), Curtea de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal;

– deciziile civile nr. 2707 din 8 decembrie 2008 (solicitare de clarificare a ofertei transmisă de autoritate prin fax. Negarea primirii solicitării de către ofertantă. Raportul aparatului fax nu face dovada primirii solicitării de către ofertantă. Respingere nelegală a ofertei pentru lipsa unui răspuns la solicitarea de clarificare), nr. 573 din 14 martie 2011 (obligația dovedirii confirmării primirii documentelor transmise revine celui care o invocă, nefiind suficientă expresia „result ok" pe raportul aparatului de fax), nr. 1152 din 20 mai 2011 (autoritatea contractantă are obligația de a se asigura că documentele transmise ofertanților sunt recepționate de aceștia) și nr. 1777 din 19 aprilie 2013 (nu poate fi respinsă o ofertă pentru lipsa răspunsului la o solicitare de clarificări transmisă pe fax, în condițiile în care raportul fax nu probează comunicarea efectivă către ofertantă a solicitării de clarificări), Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal;

– decizia civilă nr. 2455 din 3 noiembrie 2008 (raportul de transmitere prin fax, depus la dosarul cauzei, nu a putut fi reținut de Consiliu ca reprezentând dovada primirii solicitării de către contestatoare, deoarece respectivul raport face doar dovada transmiterii, iar nu a primirii unui document), Curtea de Apel Cluj, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal;

– decizia civilă nr. 15/CA din 23 ianuarie 2014 (raportul aparatului fax nu constituie o dovadă a conținutului adresei transmise prin fax. Oferta nu poate fi respinsă, în condițiile în care autoritatea nu face dovada confirmării de primire a adresei cu respectivul conținut. Se impunea ca autoritatea să solicite destinatarului să confirme primirea corespondenței atât din punct de vedere cantitativ, cât și al conținutului), Curtea de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

– decizia nr. 3516 din 24 iulie 2013 (raportul aparatului fax nu constituie o confirmare a primirii de către destinatar a adresei transmise prin fax. Oferta nu poate fi respinsă ca neconformă pentru lipsa unui răspuns la adresa autorității, în condițiile în care autoritatea nu face dovada confirmării de primire a adresei), Curtea de Apel Galați, Secția de contencios administrativ și fiscal;

– deciziile nr. 2966/CA/2012-R din 21 august 2012 (raportul fax nu face dovada primirii documentului de către adresant) și nr. 3565/CA/2012-R din 10 octombrie 2012 (raportul fax nu face dovada primirii documentului de către adresant), Curtea de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

Totodată, în decizia nr. .. din 14 martie ..... a Curții de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, s-a reținut că notificarea prealabilă trebuie comunicată cu confirmare de primire. Când comunicarea se realizează prin fax, sunt aplicabile prevederile art. 154 alin. (6) C. proc. civ., nefiind suficient raportul fax cu mențiunea „OK".

Transpuse la datele speței, cele de mai sus conduc la concluzia că asocierea ..... SRL - .. SRL nu a respectat normele art. 16 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, neînaintând valabil notificarea prealabilă şi autorității contractante (cu confirmare de primire), care neagă primirea vreunei notificări la data de 13.10....., situație în care devine aplicabilă sancțiunea prevăzută la art. 6 alin. (1) teza inițială din actul normativ menționat, contestația de față urmând a fi respinsă ca inadmisibilă.

Respingerea contestației ca inadmisibilă împiedică cercetarea ei pe fond, având în vedere dispozițiile exprese ale art. 26 alin. (1) din lege.

În ceea ce privește contestația înregistrată la Consiliu sub nr. ...../....., formulată de ..... SRL, împotriva rezultatului procedurii comunicat pentru lotul 3, Consiliul reține că decizia de respingere a ofertei contestatoarei ca incceptabilă a fost motivată astfel: (…) Ofertantul ..... SRL prin terț susținător economic și financiar SC .. SRL are un nivel minim al cifrei de afaceri anuale sub pragul de 2.180.073 lei, în ultimii 3 ani financiari încheiați (2014, 2015, 2016) cerut prin fișa de date a achiziției.

An 2014 cifra de afaceri anuală de 92.048 lei față de 2.180.073 lei*.*

An 2015 cifra de afaceri anuală de 13.069.138 lei față de 2.180.073 lei.

An 2016 cifra de afaceri anuală .....472.961 față de 2.180.073 lei. (…).

În fișa de date a achiziției la cap. III.2.2) *Capacitatea economică și financiară,* autoritatea contractantă a stabilit următoarele:

.....: Ofertantul (individual sau asocierea) va oferi informatii cu privire la capacitatea sa economica si financiara, inclusiv pentru tertul sustinator, dupa caz (art. 183 din Legea nr. 98/2016). Cifrele de afaceri corespunzatoare datelor din situatiile financiare anuale la 31 decembrie, pentru anii 2013, 2014 si 2015. Valoarea fata de care se raporteaza cerinta minima de calificare nivelul minim anual al cifrei de afaceri trebuie sa fie egala cu valoarea estimata a fiecarui lot la care se participa dupa cum urmeaza.

Nivelul anual al cifrei de afaceri globale sa fie de min*:*

- Lot 1 – 2.434815,60 RON

- Lot 2 - 2.460.192 RON

- ***Lot 3 - 2.180.073 RON***

- Lot ..... - 1.974.243,60 RON - Lot 5 - 115.700,48 RON.

Cerința mai sus evocată a făcut obiectul solicitărilor de clarificări, unde la întrebarea unui operator economic: *Având în vedere cerința din fișa de date: III.2.2) Capcitatea economică și financiară – valoarea față de care se raportează cerința minimă de calificare nivelul minim anual al cifrei de afaceri trebuie să fie egală cu valoarea estimată a fiecărui lot la care se participă după cum urmează.*

Vă rugăm să ne clarificați dacă pentru participarea pe mai multe loturi se va cumula cerința privind cifra de afaceri, autoritatea contractantă a răspuns în data de 17.05.....: După cum reiese și din cerința „valoarea față de care se raportează cerința minimă de calificare nivelul minim anual al cifrei de afaceri trebuie să fie egală cu valoarea estimată a fiecărui lot care se participa…", în concluzie dacă se participă la un singur lot nivelul mimim anual la cifrei de afaceri trebuie să fie egală cu valoarea estimată a lotului respectiv.

Dacă se participă la două sau mai multe loturi nivelul minim anual al cifrei de afaceri trebuie să fie egală cu valoarea estimată cumulată a loturilor la care se participă.

Analizând oferta depusă, Consiliul stabilește că, pentru îndeplinirea cerinței de mai sus, ... SRL a beneficiat, pentru lotul 3, de susținerea financiară a terțului SC .. SRL.

În DUAE completat de ofertantul ..... SRL au fost menționate valori ale cifrei de afaceri, după cum urmează:

Cifra de afaceri pentru anul 2014: **790.420 RON**

Cifra de afaceri pentru anul 2015: 1.078.121 RON

Cifra de afaceri pentru anul 2016: 1.347.433 RON.

De asemenea, terțul SC … SRL a completat formularul DUAE indicând următoarele valori pentru cifra de afaceri:

Cifra de afaceri pentru anul 2014: **92.048 RON**

Cifra de afaceri pentru anul 2015: 3.069.138 RON

Cifra de afaceri pentru anul 2016: 5.472.961 RON.

Se impune precizarea faptului că ..... SRL a depus oferte pentru loturile 1 și 3, pentru lotul 1 beneficiind, în ceea ce privește îndeplinirea cerinței privind cifra de afaceri, de susținerea terțului SC …SRL.

Având în vedere cele statuate expres de autoritatea contractantă în fișa de date a achiziției și clarificările formulate, se impunea ca ofertanții să dovedească un nivel minim **anual** al cifrei de afaceri pentru lotul 3 (lotul în discuție) de 2.180.073 RON, iar în cazul în care se participă la două sau mai multe loturi să dovedească un nivel minim anual al cifrei de afaceri **egal cu valoarea estimată cumulată a loturilor la care se participă.**

În aceste condiții, documentația, acceptată implicit de toate societățile ofertante, le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu.

Sublinierea de mai sus se impune în condițiile în care autoarea contestației a susținut că *a înțeles și indicat cifra **medie** pe cei trei ani*, în condițiile în care *în practică de regulă se solicită valoarea cifrei de afaceri medii pe ultimii X ani sau de la începutul activității.*

Verificând modul de îndeplinire a cerinței privind cifra de afaceri pentru anul 2014 (aspectul reținut în susținerea deciziei de respingere), Consiliul constată că aceasta nu este îndeplinită de către ..... SRL, cifra de afaceri a ofertantului pentru anul 2014, de 790.420 Ron, cumulată cu cea a terțului susținător de 92.048 Ron este de 882.468 Ron, sub nivelul indicat în documentația de atribuire pentru lotul 3 de 2.180.073 Ron.

Deși autoarea contestației vorbește despre o eroare ce decurge din interpretarea cerinței, ce ar fi putut fi corectată, pentru că în realitate s-a susținut valoarea medie iar nu strict pe an, sunt avute în vedere informațiile disponibile pe site-ul Ministerului Finanțelor Publice, unde în situația financiară anuală la 31 decembrie 2014, este indicată pentru ..... SRL o cifră de afaceri netă de 790.421 Ron, iar pentru SC .. SRL o cifră de afaceri netă de 92.048 Ron, așadar o corectare nu poate fi operată decât în sensul în care a și fost completat formularul DUAE de către ofertant.

Mai mult, vizavi de afirmația contestatoarei potrivit căreia speța de față constituie un caz tipic ce necesită aplicarea art. 209 din legea nr. 98/2016, Consiliul reține faptul că la data de 14.07....., autoritatea contractantă a solicitat ofertantului ..... SRL retransmiterea DUAE revizuit prin care să clarifice/confirme nivelul minim al cifrei de afaceri globale, conform solicitărilor din documentația de atribuire. Astfel, ofertantul a avut posibilitatea să depună DUAE revizuit și să corecteze eroarea de care se prevalează pe parcursul contestației.

Relativ la dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, invocate de reclamantă, Consiliul determină că îi este interzisă autorității contractante solicitarea de clarificări și/sau completări ale ofertei în măsură în care determină apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant.

Faptul că ..... SRL afirmă că are capacitatea de a îndeplini cerințele nu prezintă relevanță la acest moment, în condițiile în care avea cunoștință despre rigorile fixate de organizatoare chiar în cuprinsul fișei de date publicată în SEAP la ....., precum și din clarificarea publicată în SEAP la 17.05....., pe care nu le-a contestat, astfel că societatea ofertantă nu are decât a-și imputa propriei lipse de diligență consecințele negative pe care este ținută să le suporte.

Un alt aspect care se impune a fi reținut și care nu a fost avut în vedere nici de autoritatea contractantă în analiza efectuată, deși ea însăși l-a subliniat în clarificarea din 17.05....., este acela că, în cazul în care se participă la două sau mai multe loturi (cum este cazul de față, ofertantul ..... SRL participând atât la lotul 1 cât și la lotul 3) nivelul minim anual al cifrei de afaceri trebuie să fie egal cu valoarea estimată

cumulată a loturilor la care se participă. Așadar, modalitatea de îndeplinire a cerinței trebuia verificată prin raportare la pragul rezultat din cumularea valorilor estimate a loturilor la care ..... SRL a ales să depună ofertă și pe cale de consecință, o neîndeplinire a cerinței este cu atât mai mult reținută.

Consiliul nu va achiesa nici la susținerea autorității contractante exprimată în punctul de vedere, potrivit căreia ofertantul ..... SRL a participat și la lotul 1 într-o altă structură, cu un terț financiar diferit față de lotul 3, astfel în procesul de evaluare s-a considerat că și-a epuizat valoarea cifrei de afaceri la lotul 1, de aceea în comunicarea privind rezultatul procedurii s-au trecut doar valorile pentru cifra de afaceri a terțului .. SRL, în condițiile în care pentru îndeplinirea cerinței se lua în considerare valoarea cifrei de afaceri a ofertantului cumulată cu cea a terțului susținător respectiv pentru lotul în discuție.

Nerespectarea prevederilor art. 215 din Legea nr. 98/2016 în ceea ce privește comunicarea rezultatului procedurii, reclamată de contestatoare, nu va fi reținută de Consiliu, întrucât autoritatea contractantă a respectat obligația ce cădea în sarcina sa de a comunica motivele concrete care au stat la baza deciziei sale de respingere a ofertei ca inacceptabilă (alin. 2 lit. b), astfel cum reiese din documentul criticat: (…)vă comunicăm decizia comisiei de evaluare de respingere a ofertei ca fiind inacceptabilă, în baza prevederilor art. 215 alin. (.....) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, coroborate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016 și motivul care a stat la baza acestei decizii: oferta dvs nu îndeplinește cerințele de calificare și selecție referitoare la Capacitatea economică și financiară – cifra de afaceri anuală, prevăzute în documentele achiziției.

(…) Ofertantul ..... SRL prin terț susținător economic și financiar SC Magic Star Security SRL are un nivel minim al cifrei de afaceri anuale sub pragul de 2.180.073 lei, în ultimii 3 ani financiari încheiați (2014, 2015, 2016) cerut prin fișa de date a achiziției.

An 2014 cifra de afaceri anuală de 92.048 lei față de 2.180.073 lei *(…).*

Pentru cele de mai sus, Consiliul va achiesa la decizia respingere ca inacceptabilă a ofertei ..... SRL pentru lotul 3, dispusă de autoritatea contractantă, în condițiile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 și va respinge ca nefondată contestația înregistrată la Consiliu sub nr. ...../.....

În ceea ce privește contestația înregistrată la Consiliu sub nr. ...../....., formulată de ..... SRL, împotriva rezultatului procedurii comunicat pentru lotul 1, cercetând cu întâietate, potrivit prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, excepţia inadmisibilității acesteia invocată de autoritatea contractantă, pe considerentul că pentru lotul respectiv nu i-a fost comunicată notificarea prealabilă, Consiliul constată netemeinicia excepției invocate.

Astfel, notificarea prealabilă aferentă lotului 1 a fost comunicată, conform documentelor existente la dosarul cauzei, atât pe fax, la data de 16.10....., cât și prin poșta rapidă la data de 17.10....., pentru această din urmă modalitate de transmitere existând semnătură de primire (..) pe AWB ..la data de 18.10....., așa cum există de altfel și pentru AWB .. (reprezentând dovada transmiterii notificării prealabile pentru lotul 3) datată aceeași zi.

Așadar, în baza actelor doveditoare mai sus menționate nu se poate reține excepția inadmisibilității pentru lipsa transmiterii notificării prealabile pentru lotul 1.

Referitor la transmiterea contestației aferentă lotului în discuție, despre care autoritatea contractantă a susținut că nu a intrat în posesia ei, Consiliul reține că ..... SRL a atașat initial contestației un raport de fax, datat ....., cu rezoluția „success”, pentru transmiterea a 11 pagini, de la destinatarul numărului de fax .. la numărul ..(număr care se regăsește în anunțul de participare, ca fiind numărul de fax al autorității contractante), fără însă a atașa vreo confirmare de primire din partea destinatarului, respectiv a autorității contractante.

Ulterior, ca urmare a transmiterii punctului de vedere asupra excepției invocate de autoritatea contractantă, autoarea contestației a mai atașat un raport de fax, datat ....., cu mențiunea „contestație lot 1 - partea 1 din 2”, rezoluția „success”, pentru transmiterea a 18 pagini, de la destinatarul numărului de fax .. la numărul .. fără însă a atașa, nici de data aceasta, vreo confirmare de primire din partea destinatarului, respectiv a autorității contractante. Contestatoarea a susținut că documentul „contestație” și anexe au fost transmise în două părți, existând două rapoarte de fax cu mențiunea „success”.

Așadar, autoarea contestației a optat pentru transmiterea contestației prin fax, nefiind utilizate aceleași modalități de transmitere (atât prin fax cât și prin poșta rapidă) ca în cazul notificării prealabile.

În situația descrisă prezintă relevanță dispozițiile art. 16 alin. (5) din Legea nr. 101/2016 potrivit cărora „toate notificările şi actele procedurale se transmit prin poştă, fax şi/sau mijloace electronice, cu confirmare de primire.” În cauză, contestatoarea nu a reușit să prezinte Consiliului nicio confirmare de primire a contestației pentru lotul 1, de către autoritatea contractantă, la ..... Confirmarea de primire constituie un document pe care îl emite cel care primeşte actul, iar nu cel care îl transmite.

Susținerea contestatoarei conform căreia a folosit aceeași modalitate de transmitere și pentru contestația aferentă lotului 3, nu poate fi reținută ca un argument în dovedirea recepționării contestației pentru lotul 1 de către autoritatea contractantă, în condițiile în care aceasta din urmă a susținut că nu a primit contestația pentru lotul 1, ofertantul având obligația legală de a solicita confirmare de primire.

În absența confirmărilor de primire, rapoartele generate de aparatele fax, constituie cel mult dovezi ale unor încercări de transmitere, și nu confirmări de primire ale mesajelor aferente.

Așa cum s-a reținut anterior cu ocazia analizei contestației asocierii ..... SRL - SC .. SRL (îndreptată împotriva rezultatului procedurii comunicat pentru lotul 2), raportul fax nu este suficient pentru dovedirea primirii unui document, respectiv nu are valoare de confirmare de primire, în acest sens fiind reținută o bogată jurisprudență, pe care Consiliul nu o va mai relua.

Pornind de la textul art. 16 alin. (1) din lege, *„sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă,* ***aceasta se înaintează*** *atât Consiliului,* ***cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare****"*, Consiliul constată neîndeplinirea obligației ce cade în sarcina contestatoarei, contestația nefiind transmisă și autorității contractante.

Pe cale de consecinţă, una din condiţiile de recunoaştere a valabilităţii unei contestaţii, **transmiterea ei în condiţiile impuse de lege către autoritatea contractantă**, nu a fost acoperită de către contestatoare, motiv pentru care Consiliul consideră că a fost afectat dreptul la apărare al autorităţii contractante. Prin impunerea transmiterii contestaţiei părţii adverse, legiuitorul a urmărit respectarea întocmai a principiilor celerităţii, contradictorialităţii şi a dreptului la apărare, enumerate la art. 15 din Legea nr. 101/2016, în cadrul procedurii de soluţionare a unei contestaţii.

Considerentele anterior expuse conduc la concluzia că, deși ..... SRL a depus la Consiliu în termen contestaţia care formează obiectul cauzei deduse judecăţii, acesta nu a respectat normele art. 16 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, neînaintând valabil contestația şi autorității contractante (cu confirmare de primire), situație în care devine aplicabilă sancțiunea prevăzută la art. 16 alin. (1) antecitat, contestația de față (înregistrată la Consiliu sub nr. ...../.....) urmând a fi respinsă ca tardiv introdusă.

Trecând la soluționarea contestației nr. ...../....., depusă de asocierea SC … SRL, împotriva rezultatului procedurii comunicat pentru lotul 2, Consiliul are în vedere că decizia de respingere a ofertei asocierii ca inacceptabilă și neconformă a fost motivată astfel:

(…) oferta dvs nu asigură respectarea reglementărilor obligatorii referitoare la condiţiile specifice de muncă si de protecţie a muncii, atunci când aceasta cerinţa este formulată în condiţiile art. 51 alin. (2) din Lege sau constituie o abatere de la legislaţia incidenţă, alta decât cea în domeniul achiziţiilor publice, respectiv oferta conţine în cadrul propunerii financiare preturi care nu sunt rezultatul liberei concurente si nu pot fi justificate.

In concret, Asocierea SC .. SRL - Lider de asociere, SC .. SRL, SC .. SRL a ofertat un tarif orar de 12,19 lei/ora, ajungand la acest cost prin reducerea costurilor aplicate in baza convenţiilor AJOFM cu 200 ron/angajat/luna.

Reducerea conform AJOFM a fost efectuata din subvenţiile acordate pentru unnatoarele persoane: 3 persoane in baza Convenţiei din 10.05....., 5 persoane in baza Convenţiei din 18.10.2016, 3 persoane in baza Convenţiei din 02.08....., 7 persoane in baza Convenţiei din 20.06....., 10 persoane in baza Convenriei din 29.05....., 7 persoane in baza

Convenţiei din 23.05....., 6 persoane in baza Convenţiei din 17.05....., 3 persoane in baza Convenţiei din 25.04....., 9 persoane in baza Convenţiei din 27.09....., 7 persoane in baza Convenţiei din 22.09.....

Avand in vedere ca SC …SRL - Lider de asociere, SC … SRL, SC … SRL a justificat preţul luând in considerare convenţii incheiate **in** baza **Legii nr. 76/2002,** va aducem la cunostinta armatoarele:

Luând în considerare ca una dintre convenții a fost încheiată în data de 18.10.2016 cu mai mult de 8 luni înainte de data depunerii ofertelor, iar până la data prestării efective a serviciilor, aceasta nemifiind în vigoare, iar mai multe convenții au fost încheiate ulterior depunerii ofertelor, aceste documente neexistând la data stabilirii prețului în cadrul prezentei proceduri de atribuire, costurile cu personalul nu aveau suport legal la data depunerii ofertelor, în consecință acestea nu sunt sustenabile.

Cu atât mai mult, operatorul economic care a prezentat aceste convenții prin care statul oferă anumite facilități fiscale, are deja angajate aceste persoane în alte contracte, aceleași convenții fiind prezentate si la loturile 1 si 2 si 3, in consecinţa acestea nu pot constitui motiv de reducere a tarifelor orare pentru toate contractele care urmeaza a fi incheiate, deoarece acestea se acorda o singura data si pentru anumite persoane care vor presta munca. In plus, avand in vedere ca aceste subvenţii se acorda doar pentru anumite persoane, ofertantul avea obligaţia de a nominaliza aceste persoane si de a prezenta declaraţiile de disponibilitate pentru acestea.

Asocierea SC .. SRL - Lider de asociere, SC .. SRL, SC … SRL in fundamentarea costului tarifului/ora trebuia sa tina cont de toate prevederile legale in vigoare si sa nu propună un pret care nu este rezultatul liberei concurente sau nu poate fi justificat, asa cum se reglementează la nivelul art. 137 alin. (3) lit c, deoarece nu pot fi efectuate anumite reduceri de salarii orare in baza unor convenţii AJOFM care nu erau incheiate la momentul stabilirii preţului in prezenta procedura, respectiv convenţia din 02.08....., 27.09..... si 22.09.....

Cu atat mai mult avand in vedere ca o parte din convenţii sunt anterioare datei de depunere a ofertelor, exemplificam in acest sens una dintre acestea, care fiind incheiata chiar in 18.10.2016, nu va mai fi valabila la data inceperii derulării contractului, prin urmare, ofertantul nu va mai beneficia de aceste sume, potrivit carora a efectuat reducerile. In mod similar si celelalte convenţii care sunt incheiate inainte de data de depunere a ofertelor, la momentul inceperii derulării contractului nu vor mai acoperi cele 8 luni, perioada de derulare a contractului.

Avand in vedere legislaţia in vigoare, ofertanţii nu pot prezenta tarife orare pentru un contract care se va implementa in viitor, avand la baza costuri care, in mod cert, nu vor putea fi respectate.

(...)

In consecinţa, avand in vedere Asocierea SC .. SRL - Lider de asociere, SC ..SRL, SC ....SRL nu a făcut dovada ca are angajate persoane cu handicap într-un procent de cel puţin .....% din numărul total de angajaţi, trebuia sa includă in justficarea cheltuielilor costurile cu sporul de handicap, insa acest cost nu se regaseste in cuprinsul justificării cheltuielilor.

In concluzie, avand in vedere ca Asocierea SC .. SRL - Lider de asociere, SC ..SRL, SC .. SRL propune un pret care nu este rezultatul liberei concurente si nu poate fi justificat, costurile cu personalul neavand suport legal Ia data depunerii ofertelor, iar acesta nu asigură respectarea reglementărilor obligatorii referitoare la condiţiile specifice de muncă si de protecţie a muncii oferta este respinsa ca inacceptabila si neconforma, constituind si o abatere de la legislaţia incidenţă, alta decât cea în domeniul achiziţiilor publice, in baza prevederilor art 137 alin. (2) lit d) si (3) lit c) si d) din Normele de aplicare, aprobate prin H.G 395/2016.

Vizavi de cele mai sus reținute, Consiliul reține că, în cadrul propunerii financiare pentru lotul 2, asocierea contestatoare a ofertat un tarif de 12,19 lei/oră, tarif a cărui justificare a fost solicitată de către autoritatea contractantă prin intermediul adresei postate în SEAP la data 07.09..... (vă rugăm să ne justificați oferta financiară plecând de la defalcarea prețului/oră pentru fiecare tip de post, în conformitate cu

prevederile legale în vigoare. Vă rugăm să țineți cont de prevederile art. 210 din Legea nr. 98/2016.)

Asocierea SC … SRL a răspuns solicitării mai sus menționate, prin adresa încărcată în SEAP la data de 12.09....., susținând că asocierea dispune în acest moment de un număr de 51 convenții (5x500 lei; 46x900 lei) conform Legii nr. 98/2016, art. 210 alin. (2) punctul f, pentru justificarea tarifului asocierea a luat în calcul subvenții în valoare de 200 lei/angajat, restul fiind folosit la alte activități. Au fost atașate în susținere:

- tabelul nominal (nr. de înregistrare ilizibil) cu persoanele încadrate în muncă conform art. 85 din Legea nr. 76/2002 (iulie .....) fiind nominalizate 5 persoane;
- tabelul nominal (nr. de înregistrare ilizibil) cu persoanele încadrate în muncă conform art. 85 din Legea nr. 76/2002 (iulie .....) fiind nominalizate 3 persoane;
- dispoziția nr. 13049/02.08..... încheiată în baza convenției nr. 13049 (privind încadrarea în muncă a 3 persoane);
- convenția nr. 10699/20.06....., însoțită de dispoziția nr. 10699/20.06..... (privind încadrarea în muncă a 7 persoane);
- convenția nr. 9382/29.05....., însoțită de dispoziția nr. 10699/20.06..... (privind încadrarea în muncă a 10 persoane);
- convenția nr. 9127/23.05....., însoțită de dispoziția nr. 9127/23.05..... (privind încadrarea în muncă a 7 persoane);
- convenția nr. 8838/17.05....., însoțită de dispoziția nr. 8838/17.05..... (privind încadrarea în muncă a 6 persoane);
- convenția nr. 7366/25.04....., însoțită de dispoziția nr. 7366/25.04..... (privind încadrarea în muncă a 3 persoane);
- convenția nr. 5591/27.09....., însoțită de dispoziția nr. 5591/27.09..... (privind încadrarea în muncă a 9 persoane);
- convenția nr. **15155/22.09.2016**, însoțită de dispoziția nr. 15155/22.09.2016 (privind încadrarea în muncă a 7 persoane).

Totodată a fost depusă și o calculație de preț din care rezultă că tariful orar este determinat de o reducere bazată pe subvențiile primite conform Legii nr. 76/2002.

Consiliul reține ca relevante în soluționare dispozițiile art. 136 din HG nr. 395/2016, potrivit cărora:

„(1) În situaţia în care comisia de evaluare constată că elemente de preţ ale unei oferte sunt aparent neobişnuit de scăzute, prin raportare la preţurile pieţei, utilizându-se ca referinţa în acest sens informaţii cum ar fi buletine statistice, sau cotaţii ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicaţii cu privire la posibilitate îndeplinirii contractului în condiţiile de calitate impuse prin documentaţia de atribuire.

(2) Explicaţiile aduse de ofertant conform prevederilor alin. (1) vor fi însoţite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 210

alin. (2) din Lege, precum şi, după caz, documente privind preţurile ce pot fi obţinute de la furnizori, situaţia stocurilor de materii prime şi materiale, modul de organizare şi metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanţele şi costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru.

(3) În cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informaţiile şi/sau documentele solicitate sau acestea nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al preţului sau al costurilor propuse, oferta va fi considerată inacceptabilă".

De asemenea, potrivit art. 85 alin. (1) din Ordonanța Guvernului nr. 60/2016, pentru modificarea şi completarea Legii nr. 76/2002 privind sistemul asigurărilor pentru şomaj şi stimularea ocupării forţei de muncă, intrată în vigoare la data de 03.12.2016, *angajatorii care încadrează în muncă, pe perioadă nedeterminată, şomeri în vârstă de peste 45 de ani, şomeri care sunt părinţi unici susţinători ai familiilor monoparentale, şomeri de lungă durată sau tineri NEET* ***primesc lunar, pe o perioadă de 12 luni, pentru fiecare persoană angajată din aceste categorii, o sumă în cuantum de 900 lei****, cu obligaţia menţinerii raporturilor de muncă sau de serviciu cel puţin 18 luni.*

Demn de menționat este faptul că data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită inițial pentru 13.06....., decalată pentru 20.06..... În contextul dat, Consiliul determină că acele convenții încheiate ulterior datei stabilite pentru depunerea ofertelor, respectiv convențiile nr. 13049/02.08..... și nr. 5591/27.09..... nu pot fi luate în considerare, neexitând la momentul întocmirii prețului.

De asemenea, în ceea ce privește convenția nr. 15155 încheiată la data de 22.09.2016, (cu aproximativ 9 luni înainte de data depunerii ofertelor), ofertantul nu a justificat modul în care se va putea folosi de reducerea acordată de dispozițiile legale, în condițiile în care la momentul depunerii ofertelor (20.06.....) mai erau 3 luni din acea convenție, subvenția invocată fiind primită pe o perioadă de 12 luni, deci până la 22.09..... Aceasta și în contextul în care contractul ce face obiectul prezentei proceduri urmează a se încheia pe o perioadă de 8 luni de la data atribuirii.

Totodată, asocierea ofertantă nu a făcut dovada că beneficiază de subvenții pentru exact agenții pe care îi va folosi în cadrul contractului ce se va încheia, subvenție care, se acordă în mod individual, ci doar a făcut dovada că beneficiază de sumele respective. Așadar, nu au fost indicate persoanele care au fost angajate, astfel încât să se poată verifica dacă persoanele pentru care se primesc subvenții vor participa la prestarea serviciilor în cadrul contractului care urmează a se încheia.

Persoanele nominalizate a fi încadrate conform prevederilor art. 85 din Legea nr. 76/2002 și cuprinse în tabele anexate răspunsului la clarificări nu se regăsesc în dispozițiile anexate convențiilor de care ofertantul se prevalează în justificarea prețului.

Verificând documentele existente la dosarul cauzei, Consiliul reține că ofertantul a prezentat aceleași convenții încheiate cu Agenția pentru Ocuparea Forței de Muncă ..... și în cazul ofertei prezentate pentru

lotul 2, or, în aprecierea Consiliului, ofertantul nu poate uza de aceste convenții pentru toate contractele care urmează a fi încheiate în justificarea unor prețuri aparent ofertate având în vedere faptul că societatea comercială obține în baza Legii nr. 76/2002 un singur ajutor, valoare care justifică doar prețul tarifului contractului de pază unde prestează respectivul salariat munca.

Susținerea contestatoarei că *societatea sa colaborează în permanență cu AJOFM în vederea încheierii unor astfel de convenții* nu poate fi reținută ca un argument în susținerea prețului ofertat atât timp cât nu au fost prezentate documente certe. Câtă vreme ofertantul se bazează în execuția contractului pe o condiție incertă și nesigură și anume posibilitatea angajării unor persoane care să îndeplinească condițiile impuse de Legea nr. 76/2002, acest lucru face ca oferta depusă să nu fie o ofertă fermă și sigură deoarece manifestarea de voință la care s-a angajat acest operator economic din punct de vedere juridic este afectată de evenimente viitoare.

În dovedirea preţului ofertat nu se poate aduce un document justificativ de acordare a subvenţiei întocmit ulterior.

Practica judiciară este în aceeaşi direcţie, elocvente fiind, de exemplu:

- decizia civilă nr. 9814 din 9 octombrie 2013 (preț neobișnuit de scăzut justificat prin intenția ofertantului de a angaja șomeri, pentru care să beneficieze de facilități fiscale. Justificare ce nu poate fi acceptată), Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal;

- decizia nr. 343 din 25 ianuarie 2013 (justificarea prețului scăzut prin prezentarea unei declarații pe propria răspundere prin care ofertantul se obligă să angajeze personal pentru care urmează să primească subvenții de la bugetul asigurărilor de șomaj nu poate fi luată în considerare, ofertantul invocând un demers viitor și incert), Curtea de Apel Bacău, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

- decizia civilă nr. 253 din 21 ianuarie 2016 (preț neobișnuit de scăzut justificat prin intenția ofertantului de a angaja șomeri, pentru care să beneficieze de facilități fiscale. Justificare ce nu poate fi acceptată), Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal.

De altfel, Consiliul remarcă faptul că nici prin intermediul contestației, ofertantul nu a adus argumente concrete în justificarea prețului ofertat, mulțumindu-se să afirme că *tariful a fost calculat în mod legal ținându-se cont de toate reglementările legale în vigoare*.

Prin urmare, în contextul înfăţişat, susținerile autoarei contestației nu pot constitui un argument valid pentru admiterea ofertei, al cărei preţ nu are suport în documentele justificative furnizate.

Art. 127 alin. (1) lit. h) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 fixează comisiei de evaluare atribuția de verificare a propunerilor financiare prezentate de ofertanţi, inclusiv verificarea conformităţii cu propunerile tehnice și încadrării în situaţia

prevăzută la art. 210 din Legea nr. 98/2016. Prin urmare, comisia de evaluare trebuie să se pronunțe asupra realității și sustenabilității tarifelor, nu doar prin raportare la acoperirea salariului minim legal (cu impozitele, contribuțiile și sporurile aferente), ci și a tuturor cheltuielilor pe care le presupune contractul.

Ofertanții nu trebuie să vicieze rezultatul procedurii, prin ofertarea unor prețuri fără suport legal, fapt pentru care autoritatea contractantă are obligația de a evalua ofertele financiare ținând seama de toate elementele avute în vedere la stabilirea prețului, așa cum anterior Consiliul a subliniat pentru a se asigura de fezabilitatea și sustenabilitatea prețului propus în acest sens.

Vizavi de fondul de handicap, despre care autoritatea contractantă susține că nu a fost inclus de către asocierea ofertantă în justificarea cheltuielilor salariale, în contextul celor stipulate de art. 78 alin. (3) [Autorităţile şi instituţiile publice, persoanele juridice, publice sau private, care nu angajează persoane cu handicap în condiţiile prevăzute la alin. (2), plătesc lunar către bugetul de stat o sumă reprezentând salariul de bază minim brut pe ţară garantat în plată înmulţit cu numărul de locuri de muncă în care nu au angajat persoane cu handicap], așa cum a fost modificat prin Ordonanţa de urgenţă nr. 60/..... pentru modificarea şi completarea Legii nr. 448/2006 privind protecţia şi promovarea drepturilor persoanelor cu handicap, Consiliul are în vedere că actul normativ invocat a fost publicat în Monitorul Oficial al României la data de 04 august .....

Așadar, contrar celor susținute de autoritatea contractantă, nu i se poate imputa ofertantei modificarea legislației, modificare apărută ulterior termenului limită pentru depunerea ofertelor (20.06.....).

La data depunerii ofertei, alin. (3) al art. 78 din Legea nr. 448/2006 avea următoarea formă: *Autorităţile şi instituţiile publice, persoanele juridice, publice sau private, care nu angajează persoane cu handicap în condiţiile prevăzute la alin. (2),* ***pot opta pentru îndeplinirea uneia dintre următoarele obligaţii****:*

a) să plătească lunar către bugetul de stat o sumă reprezentând 50% din salariul de bază minim brut pe ţară înmulţit cu numărul de locuri de muncă în care nu au angajat persoane cu handicap;

b) să achiziţioneze produse sau servicii realizate prin propria activitate a persoanelor cu handicap angajate în unităţile protejate autorizate, pe bază de parteneriat, în sumă echivalentă cu suma datorată la bugetul de stat, în condiţiile prevăzute la lit. a).

În condițiile date, evaluarea ofertei trebuia realizată raportat la aceste reglementări în vigoare cunoscute la momentul depunerii ofertelor.

Pornind de la afirmațiile ofertantului expuse în cuprinsul contestației potrivit cărora și-a îndeplinit această obligație prin achiziționarea de produse de la unități protejate conform art. 78 alin. (3) lit. b) din Legea nr. 448/2006, Consiliul apreciază că se impunea

lămurirea cu ofertantul pentru stabilirea cu certitudine a respectivei situații, mai cu seamă că acesta a susținut anexarea de facturi care au stat la baza achiziționării produselor (documentele amintite nu au fost anexate contestației, deși autoarea contestației s-a exprimat în acest sens).

Cu toate acestea, având în vedere cele mai sus reținute cu privire la justificarea prețului de către asocierea SC …L, prin raportare la convențiile de care a înțeles să se folosească, Consiliul nu va mai dispune reevaluarea ofertei contestatoarei pentru clarificarea cu privire la costurile pentru fondul de handicap, caracterul neconform al ofertei neputând fi înlăturat.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată contestația formulată de asocierea SC .. SRL, înregistrată la Consiliu sub nr. ...../....., împotriva rezultatului procedurii comunicat pentru lotul 2.

În referire la contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliu sub nr. ...../....., formulată de asocierea SC ..SRL – SC … prin liderul SC .. SRL, împotriva rezultatului procedurii comunicat pentru lotul 3, având în vedere aceleași considerente expuse cu ocazia soluționării contestației precedente, Consiliul va respinge ca nefondată și această contestație.

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

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, respinge, ca nefondate, contestațiile formulate de asocierea ..... SRL - SC .. SRL (lot 1), ... SRL (lot 3), asocierea SC … SRL (loturile 2 și 3), ca inadmisibilă, contestația formulată de asocierea ..... SRL - SC .. SRL (lot 2) și ca tardivă, contestația formulată de ..... SRL (lot 1), în contradictoriu cu .....

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**