



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.

N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. .../C..../...

Data:

Prin contestația nr. 128/02.02.2017, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 4057/03.02.2017, asocierea ..., prin lider de asociere ..., cu sediul în ..., având CUI ..., reprezentată legal prin director executiv ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor procedurale în municipiul ..., a contestat clarificarea nr. UIP 359/203/16.01.2017 și adresa nr. nr. UIP 366/20.01.2017, emise în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Asistență tehnică pentru pregătirea aplicației de finanțare și a documentațiilor de atribuire pentru proiectul regional de dezvoltare a infrastructurii de apă și apă uzată din județul Harghita, în perioada 2014-2020”, coduri CPV 71356200-0, 71241000-9, 71322000-1, 79418000-7 (Rev.2), inițiată de S.C. ... S.A., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ... și a solicitat anularea actelor contestate precum și reluarea procedurii de evaluare din momentul în care oferta sa a fost declarată inacceptabilă.

S.C. ...S.R.L., în calitate de lider al asocierii S.C. ...S.R.L. – ... A/S, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin dl. ..., în calitate de administrator, ofertant clasat pe locul I în clasamentul final, a depus cererea de intervenție nr. 620/08.02.2017, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 4715/08.02.2017 și retransmisă în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 4856/09.02.2017, a solicitat, în principal, anularea contestației ca fiind formulată de o persoană ce nu are calitatea de reprezentant al asocierii, iar în subsidiar, respingerea contestației formulată de asocierea ... ca netemeinică și nelegală, cu consecința menținerii înștiințării nr. UIP 366/20.01.2017.

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

Prin contestația nr. 128/02.02.2017, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 4057/03.02.2017, formulată de asocieria ..., prin lider de asociere ..., în contradictoriu cu S.C. ... S.A., în calitate de autoritate contractantă, împotriva clarificării nr. UIP 359/203/16.01.2017 și adresei nr. UIP 366/20.01.2017, emise în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „Asistență tehnică pentru pregătirea aplicației de finanțare și a documentațiilor de atribuire pentru proiectul regional de dezvoltare a infrastructurii de apă și apă uzată din județul Harghita, în perioada 2014-2020”, coduri CPV 71356200-0, 71241000-9, 71322000-1, 79418000-7 (Rev.2), s-a solicitat anularea actelor contestate, precum și reluarea procedurii de evaluare din momentul în care oferta sa a fost declarată inacceptabilă.

În susținerea contestației sale, contestatoarea aduce la cunoștință faptul că „la data de 16.01.2017, la adresa de e-mail Office ... srl am primit 4 adrese care au fost trimise în mod automat de către sistemul SEAP /.../ și nu am primit nicio solicitare de clarificare (nr. 359/ 16.01.2017)”, considerând că aceste adrese sunt comunicate de autoritatea contractantă la intervale relativ scurte de timp, într-un mod haotic de comunicare, ceea ce denotă, în opinia acesteia, o inconsecvență totală a autorității contractante.

Contestatoarea învederează că la data de 20.01.2017, autoritatea contractantă îi comunică prin fax, adresa nr. UIP 366/2017, prin care îi aduce la cunoștință că oferta sa a fost declarată inacceptabilă, deoarece nu a răspuns la solicitarea de clarificare referitoare la oferta sa, arătând în acest sens că societatea sa nu a primit nicio solicitare de clarificare, sub nicio formă de comunicare, ca atare aflându-se în imposibilitatea de a răspunde.

Contestatoarea subliniază că în procedura ce face obiectul cauzei, societatea sa a formulat contestație, în urma căreia autoritatea contractantă a decis să adopte măsuri de remediere, prin urmare, la data de 01.02.2017, s-a transmis cererea de renunțare la contestație nr. 126/01.02.2017. La data de 01.02.2017, autoritatea contractantă, prin adresa nr. 406/01.02.2017, comunică contestatoarei faptul că, din motive procedurale nu poate adopta măsurile de remediere, solicitându-i să transmită Consiliului o cerere de revenire la contestație.

În continuare, asocieria ... face precizarea că adresa autorității contractante nr. 359/16.01.2017 nu respectă art. 140 alin. (2) din HG nr. 394/2016, în sensul că solicitarea de clarificare a fost semnată digital la data de 16.01.2017, iar în conformitate cu art. 2553 alin. (1) Cod civil, „data la care autoritatea contractantă ar fi trebuit să comunice înștiințarea nr. UIP 366/20.01.2017 este data de 26.01.2017”.

Astfel, contestatoarea constată următoarele încălcări ale legislației:

- solicitarea de clarificare nr. UIP 359/16.01.2017 stabilește termen pentru trimitere indicând o dată, contrar prevederilor art. 140 alin. (2) din HG nr. 394/2016;

- termenul stabilit de către autoritatea contractantă încalcă prevederile art. 140 alin. (1) din HG nr. 394/2016, în sensul că s-a acordat un termen de 2 zile, în loc de termenul minim de 3 zile, deși aceasta avea cunoștință de faptul că solicitarea de clarificare se referea la societăți care au domiciliul în Ungaria;

- s-au încălcat prevederile art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, art. 2553 alin. (1) din Codul Civil, art. 16 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, și s-a interpretat greșit modul de comunicare a solicitării de clarificări, „ca fiind un act unilateral, în sensul art. 1326 alin. (3) din Codul Civil și care ar produce efecte /.../ «din momentul în care comunicarea ajunge la destinatar, chiar dacă acesta nu a luat cunoștință din motive care nu îi sunt imputabile»”.

În dovedirea contestației sale, asocierea ..., prin lider de asociere ..., a depus la dosarul cauzei un set de înregistrări.

Prin adresa nr. 4380/288 C5/06.02.2017, Consiliul a solicitat autorității contractante S.C. ... S.A., înaintarea documentelor necesare în conformitate cu dispozițiile art. 18 din Legea nr. 101/2016.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a depus cererea de intervenție nr. 620/08.02.2017, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 4715/08.02.2017 și retransmisă în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 4856/09.02.2017, formulată de S.C. ...S.R.L., în calitate de lider al asocierii S.C. ...S.R.L. – ... A/S, ofertant clasat pe locul I în clasamentul final, prin care s-a solicitat, în principal, anularea contestației ca fiind formulată de o persoană ce nu are calitatea de reprezentant al asocierii, iar în subsidiar, respingerea contestației formulată de asocierea ... ca netemeinică și nelegală, cu consecința menținerii înștiințării nr. UIP 366/20.01.2017.

Intervenienta invocă excepția lipsei dovezii calității de reprezentant al asocierii a dl. ..., în sensul că prezenta contestație este semnată de această persoană deși, potrivit susținerilor contestatoarei, persoana împuternicită „să depună în numele subscrisei contestațiile cu privire la procedură” este dna.

Pe fondul cauzei, intervenienta solicită respingerea contestației ca neîntemeiată, observând că în cuprinsul notificării prealabile contestatoarea confirmă faptul că a avut acces la fișierul din SEAP, însă l-a descărcat abia în data de 20.01.2017, ulterior datei limită de răspuns la solicitarea de clarificări. Date fiind cele de mai sus, rezultă că netransmiterea în termen a răspunsului la solicitarea de clarificări reprezintă culpa exclusivă a contestatoarei, în speță fiind incident principiul de drept „nemo auditur propriam turpitudinem allegans” (nimeni nu își poate invoca propria culpă).

Intervenienta precizează că în momentul în care răspunsul nu este transmis în SEAP în termen, sistemul blochează în mod automat câmpul, evidențiindu-se faptul că ofertantul nu a răspuns solicitării de clarificări,

prin urmare, criticile formulate de către contestatoare fiind nefondate, autoritatea contractantă procedând legal prin declararea ofertei sale drept inacceptabilă.

Totodată, intervenienta menționează că, în situația în care s-ar accepta un răspuns la clarificare în afara termenului limită acordat și transmis în orice altă modalitate decât în SEAP, s-ar încălca principiul tratamentului egal în raport cu ceilalți ofertanți care au fost diligenți și s-au conformat întocmai solicitării autorității contractante, legiuitorul reglementând expres situația dată.

Referitor la termenul de răspuns la solicitarea de clarificări stabilit de autoritatea contractantă în conformitate cu legea achizițiilor, intervenienta face trimitere la prevederile art. 140 alin. (1) și (2) din HG nr. 394/2016 și cele ale art. 3 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, arătând că, în contextul în care solicitarea de clarificări a fost postată în SEAP în data de 16.01.2017, iar termenul de răspuns a fost data de 19.01.2017, rezultă faptul că în acest interval există 3 zile lucrătoare și anume:

- ziua I - marți 17.01.2017 (ziua următoare producerii evenimentului, în care începe să curgă termenul);
- ziua II - miercuri 18.01.2017;
- ziua III - joi 19.01.2017, ora 24 (momentul la care se împlinește termenul de trei zile).

În concluzie, S.C. ...S.R.L. subliniază că termenul de răspuns la clarificări, pe lângă faptul că este mai mult decât rezonabil raportat la lipsa de complexitate a solicitării, respectă și prevederile legale, respectiv „de regulă, minim trei zile lucrătoare”, criticile formulate de contestatoare fiind și de această dată nefondate.

Prin adresa nr. UIP 413/08.02.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 4990/10.02.2017, autoritatea contractantă S.C. ... S.A. a comunicat punctul de vedere referitor la contestație, însoțit de dosarul achiziției publice.

Autoritatea contractantă arată că procedura de achiziție s-a desfășurat online, prin urmare, atât solicitarea de clarificări cât și răspunsul contestatoarei se transmit în SEAP.

Astfel, autoritatea contractantă face precizarea că art. 65 alin. (2) din HG nr. 364/2016 prevede o singură excepție: situația în care transmiterea în SEAP nu este posibilă din motive tehnice imputabile operatorului SEAP, ceea ce nu este aplicabil în prezenta speță, arătând că și autoarea contestației confirmă că în data de 16.01.2017 a primit un număr de 4 „adrese” transmise prin sistemul SEAP, pe care le-a catalogat „comunicare haotică” și „inconsecvență totală” a autorității contractante, iar pe de altă parte, contrazicându-se în sensul că a făcut afirmația că „nu am primit nicio solicitare de clarificare, sub nicio formă de comunicare, ca atare ne aflăm în imposibilitatea de a răspunde”.

Având în vedere aspectele anterior menționate, autoritatea contractantă consideră că a respectat întocmai prevederile legale în materie, transmițând în SEAP o solicitare de clarificare la adresa contestatoarei în data de 16.01.2017, la care aceasta nu a formulat

răspuns în termen, fișierul fiind descărcat abia în data de 20.01.2017, ulterior datei limite de răspuns. Se mai arată că acceptarea unui răspuns la clarificări în afara termenului limită acordat sau transmis în orice altă modalitate decât cea prin SEAP, ar fi însemnat încălcarea prevederilor legale în materie, menit să încalce principiul tratamentului egal în raport cu ceilalți ofertanți, care s-au conformat întocmai, iar în situația de față, contestatoarea se află în culpă, datorită lipsei de diligență manifestată în urmărirea notificărilor SEAP, fapt ce rezultă chiar din cuprinsul contestației.

În ceea ce privește criticile aduse de contestatoare cu privire la termenul de răspuns acordat, autoritatea contractantă aduce următoarele precizări:

- prevederile codul civil invocat reprezintă legea generală, legea specială a achizițiilor publice sectoriale fiind Legea nr. 99/2016, iar legea specială aplicându-se cu prioritate față de legea „specială” (n.n. generală), fiind de strictă interpretare, potrivit principiului „specialia generalibus derogant”;

- invocând prevederile art. 3 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 99/2016, se arată că termenul de 3 zile a expirat la data de 19.01.2017, moment la care, în mod corect, sistemul SEAP a blocat în mod automat formularea răspunsurilor, autoritatea contractantă neavând nicio posibilitate de interpretare în privința încadrării/neîncadrării răspunsului în termenul acordat, astfel că termenul de răspuns a fost stabilit în mod rezonabil, raportat la complexitatea solicitării, care nu presupunea volum de muncă.

În concluzie, autoritatea contractantă consideră că a formulat solicitarea de clarificări în mod legal, netransmiterea în termen a răspunsului la clarificări reprezentând culpa exclusivă a contestatoarei, iar această lipsa de diligență în consultarea documentului notificat de SEAP nu o îndreptățește pe contestatoare la vreun tratament preferențial, care să îi ofere avantaje contrare cu dispozițiile legale în raport cu ceilalți ofertanți care au recepționat solicitările de clarificări prin aceeași modalitate și care au depus eforturi pentru a răspunde în termen.

Pentru aceste motive, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca fiind neîntemeiată.

Prin adresele nr. 4852/288 C5/09.02.2017 și nr. 4850/288 C5/09.02.2017, Consiliul a solicitat părților susțineri la cererea de intervenție formulată de S.C. ...S.R.L.

Contestatoarea asociera ... a răspuns prin adresa nr. 133/09.02.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 5030/10.02.2017, prin care a solicitat respingerea acesteia ca fiind lipsită de interes, arătând în acest sens că afirmația „calitatea de ofertant clasat pe locul I” nu este susținută cu documente, procedura fiind în derulare.

În ceea ce privește susținerea intervenientei, potrivit căreia contestația este formulată de o persoană ce nu are calitatea de reprezentant al asocierii, asociera ... invocă prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și arată că împuternicirea dnei. ... are ca scop respectarea prevederilor art. 69 alin. (1) din HG nr. 394/2016 și a

prevederilor fișei de date a achiziției, pct. IV.4.3, astfel, mandatul acesteia referindu-se la perioada până la care oferta sa este respinsă sau declarată câștigătoare/necâștigătoare, respectiv pe toată perioada în care este nevoie de semnătura electronică a ei pentru încărcarea pe SEAP a documentelor care au legătură cu beneficiarul SC ... SA. Astfel, ultimul document pe care această persoană l-a semnat a fost Notificarea Prealabilă, acesta fiind și ultimul document prin care asocierea se putea adresa către autoritatea contractantă prin intermediul SEAP.

Referitor la solicitarea intervenientei de a avea acces la dosarul constituit la CNSC, contestatoarea solicită respingerea acesteia, întrucât SC ... SRL poate să aibă acces la conținutul propunerilor sale tehnice și financiară.

Prin adresa nr. 6679/288 C5/24.02.2017, Consiliul a invitat intervenienta S.C. ... S.R.L. în vederea studierii dosarului achiziției publice.

S.C. ... S.R.L. a comunicat, prin adresa nr. 913/28.02.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 6962/ 28.02.2017, concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului achiziției publice.

Intervenienta consideră că autoritatea contractantă a procedat la o evaluare corectă a ofertelor, astfel că după evaluarea propunerilor tehnice și financiare, societatea sa a obținut punctajul maxim, respectiv 100 puncte, având calitate de ofertant clasat pe locul I.

Intervenienta observă că din punctul de vedere transmis de Agenția pentru Agenda Digitală a României, prin adresa nr. 11683/03.02.2017 rezultă că în data de 16.01.2017, ora 3:41:25 PM, contestatoarea a fost informată cu privire la Solicitarea de clarificare la procedură.

De asemenea, intervenienta mai observă și faptul că AADR a specificat faptul că „în data de 16.01.2017, S.E.A.P. a funcționat la parametri optimi, fără impedimente de natură tehnică ce ar fi putut împiedica autoritățile contractante sau operatorii economici să organizeze/participe la procedurile de atribuire”, rezultând astfel că sistemul SEAP a funcționat pentru toți ceilalți ofertanți care au fost diligenți și s-au conformat întocmai solicitării autorității contractante, răspunzând în termenul invocat în solicitarea de clarificări.

În continuare, intervenienta exemplifică faptul că prin Procesul Verbal de Finalizare evaluare DUAE și a Propunerilor Tehnice, la pag. 1033, sunt argumentate următoarele aspecte: ofertanții au trimis răspunsurile la solicitările de clarificare după cum urmează:

- S.C. ... S.R.L. a răspuns la solicitarea de clarificare nr. UIP 358 din 16.01.2017 încărcând răspunsul pe SEAP la data de 18.01.2017 ora 16:34, semnat cu semnătură digitală extinsă, termenul limită pentru trimiterea răspunsului a fost 19.01.2017;

- S.C. ... S.R.L. a răspuns la solicitarea de clarificare nr. UIP 360 din 16.01.2017 încărcând răspunsul pe SEAP la data de 17.01.2017 ora 14:35, semnat cu semnătură digitală extinsă, termenul limită pentru trimiterea răspunsului a fost 19.01.2017;

- S.C. ... S.R.L. a răspuns la solicitarea de clarificare nr. UIP 361 din 16.01.2017 încărcând răspunsul pe SEAP la data de 19.01.2017 ora

14:28, semnat cu semnătură digitală extinsă, termenul limită pentru trimiterea răspunsului a fost 19.01.2017;

- S.C. ... S.R.L. a răspuns la solicitarea de clarificare nr. UIP 362 din 16.01.2017 încărcând răspunsul pe SEAP la data de 19.01.2017 ora 11:26, semnat cu semnătură digitală extinsă, termenul limită pentru trimiterea răspunsului a fost 19.01.2017;

- S.C. ... S.R.L. a răspuns la solicitarea de clarificare nr. UIP 363 din 16.01.2017 încărcând răspunsul pe SEAP la data de 19.01.2017 ora 17:33, semnat cu semnătură digitală extinsă, termenul limită pentru trimiterea răspunsului a fost 19.01.2017;

- S.C. ... S.R.L. nu a răspuns la solicitarea de clarificare nr. UIP 359 din 16.01.2017.

Având în vedere cele mai sus precizate, S.C. ...S.R.L. concluzionează că simplul fapt că autoarea contestației nu a fost diligentă în consultarea documentului notificat de către SEAP nu o îndreptățește la vreun tratament preferențial, care să nesocotească rigorile legii în materia achizițiilor publice și care să îi ofere un avantaj nelegal în raport cu ceilalți ofertanți care au recepționat solicitările de clarificări prin aceeași modalitate legală (SEAP) și care au răspuns în termen.

La dosarul cauzei a fost atașat dosarul nr. 252/2017 în conținutul căruia se regăsește corespondența efectuată cu Agenția pentru Agenda Digitală a României, respectiv adresa C.N.S.C. nr. 3702/252 C5/31.01.2017 și răspunsul acesteia transmis cu adresa AADR nr. 11683/03.02.2017.

Analizând cererea de intervenție formulată de S.C. ...S.R.L. Consiliul constată că aceasta a fost transmisă prin e-mail în data de 08.02.2017, înregistrată la emitent sub nr. 620/08.02.2017 iar la CNSC sub nr. 4715/08.02.2017, denumită cerere de intervenție accesorie prin care sprijină poziția autorității contractante, și solicită, în principal, anularea contestației ca fiind formulată de o persoană ce nu are calitatea de reprezentant al asocierii și, în subsidiar, respingerea contestației formulate de Asocierea BFE Harghita ca netemeinică și nelegală, cu consecința menținerii Înștiințării UIP transmisă prin adresa nr. 366/20.01.2017.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că *„Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire, pot formula, cu înștiințarea părților cauzei, cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a faptului că s-a formulat contestație. În cazul prevăzut la art. 6 alin. (7), termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării faptului că s-a formulat contestație”* și având în vedere faptul că la data de 06.02.2017 autoritatea contractantă a publicat în SEAP contestația nr. 128/02.02.2017, Consiliul constată că cererea de intervenție este formulată în cadrul termenului legal la data de 08.02.2017.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67 din Cod proc.civ. dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză S.C. ...S.R.L. are calitatea de ofertant câștigător iar cererea sa privește menținerea deciziei autorității contractante ca oferta sa să rămână câștigătoare, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată de S.C. ...S.R.L., astfel cum a fost calificată de aceasta.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

S.C. ... S.A., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect *„Asistență tehnică pentru pregătirea aplicației de finanțare și a documentațiilor de atribuire pentru proiectul regional de dezvoltare a infrastructurii de apă și apă uzată din județul Harghita, în perioada 2014-2020”*, coduri CPV 71356200-0, 71241000-9, 71322000-1, 79418000-7, (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 170628/15.10.2016, stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor la 17.11.2016, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” și o valoare estimată, fără TVA, de 11.944.558 lei.

În cadrul procedurii de atribuire au fost depuse un număr de 14 oferte printre care și cea a Asocierii ... – ... – S.C. ... S.R.L.

Împotriva deciziei de respingere a ofertei sale Asocierea ... – ... – S.C. ... S.R.L. prin liderul acesteia ... a formulat inițial contestația care a făcut obiectul dosarului nr. 252/2017 soluționat prin Decizia nr. 253/C5/252/01.02.2017 prin care Consiliul a luat act de renunțarea la contestația formulată de către Asocierea ... – ... – S.C. ... S.R.L.

Ulterior, în cadrul termenului de contestare, împotriva aceleiași decizii de respingere a ofertei sale, Asocierea ... – ... – S.C. ... S.R.L. prin liderul acesteia ...a formulat contestația ce face obiectul prezentei cauze prin care invocă caracterul nelegal al clarificării nr. UIP 359/203/16.01.2017 și al adresei nr. UIP 366/203/20.01.2017.

Având a se pronunța asupra excepției lipsei dovezii calității de reprezentant al asocierii a domnului ...invocată de către intervenientă, în conformitate cu prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul o va respinge ca nefondată.

În luarea acestei decizii, Consiliul reține că în susținerea excepției intervenienta arată că, analizând documentele aferente contestației a constatat faptul că aceasta este semnată de dl. ...deși, potrivit susținerilor contestatoarei din notificarea prealabilă, persoana împuternicită *„să depună în numele subscrisei contestațiile cu privire la procedură”* este dna

Din documentele existente la dosarul cauzei, Consiliul constată că în notificarea prealabilă nr. 109/23.01.2017, contestatoarea a afirmat că *„așa cum reiese din Împuternicirea încărcată pe SEAP în 05.12.2016, de către asocierea noastră, noi am comunicat autorității contractante faptul*

că persoana desemnată și împuternicită noi (de către fiecare dintre asociați) să ne reprezinte la procedura de atribuire este dna ..., (...).

Însă, la dosarul cauzei au fost depuse de către contestatoare documente emise de către membrii asocierii, respectiv „Acord depunere contestație” și „Acord de asociere” nr. 94/23.11.2016.

Astfel, Consiliul constată că a fost încheiat în data de 30.01.2017, respectiv ulterior datei la care a fost împuternicită dna ..., un „Acord de depunere contestație” datat 30.01.2017, semnat de către reprezentanții celor trei societăți membre ale asocierii.

Din conținutul acestui acord, respectiv cap.II – Obiectul acordului, art. 2, rezultă că *„Obiectul prezentului acord îl constituie depunerea contestației la C.N.S.C. București de către asocierea ... (... – Lider de asociere. – Asociat, S.C. ... S.R.L. – Asociat), privind procedura de licitație cu obiectul: «Asistență tehnică pentru pregătirea aplicației de finanțare și a documentațiilor de atribuire pentru proiectul regional de dezvoltare a infrastructurii de apă și apă uzată din județul Harghita, în perioada 2014-2020». Conform Documentației de Atribuire puse la dispoziție de către S.C. ... S.A. (date de identificare procedura: Anunț de participare nr. 170628/15.10.2016”.* Acest acord este semnat și de ... (semnatarul contestației) în calitate de reprezentant al liderului asocierii.

Pe de altă parte, Consiliul reține că prin Acordul de asociere nr. 94/23.11.201, membrii acesteia au stabilit, potrivit art.4, ca liderul asocierii să fie ..., fiind stabilit totodată, astfel *„Contractul de achiziție cu achizitorul va fi semnat de către liderul de asociere ..., desemnat ca fiind reprezentantul autorizat să primească instrucțiunile pentru și în numele oricărui și tuturor membrilor asocierii”.*

Prin urmare, având în vedere că dl ... este reprezentantul legal al liderului asocierii, respectiv ..., acesta are calitatea de a semna și contestația depusă la C.N.S.C.

Față de cele reținute anterior, Consiliul va respinge ca nefondată excepția.

Pe fondul cauzei, Consiliul constată că prin adresa nr. 366/203/20.01.2017 autoritatea contractantă a comunicat contestatoarei decizia luată cu privire la oferta sa, respectiv:

„Având în vedere că nu ați trimis răspuns la solicitarea de clarificare nr. 359 din 16.01.2017 înainte de termenul precizat 19.01.2017 comisia de evaluare a declarat oferta dvs. ca inacceptabilă conform art. 140 alin. (4) din HG 394/2016.

Vă rugăm să ne trimiteți prin SEAP luarea în cunoștință prezentei comunicări”

În ceea ce privește respectarea de către contestatoare a dispozițiilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, Consiliul constată că aceasta a transmis autorității contractante adresa nr. 109/23.01.2017, prin care a solicitat ca măsură de remediere:

„Revizuirea părții II: Informații referitoare la operatorul economic, litera D: INFORMAȚII PRIVIND SUBCONTRACTANȚII PE ALE CĂROR CAPACITĂȚI OPERATORUL ECONOMIC NU SE BAZEAZĂ din DUAE ... și

DUAE ..., prin acceptarea răspunsurilor din formularele DUAE ca fiind eroare materială și corectarea lor în răspuns negativ.

Acceptarea prezentei ca răspuns oficial la Solicitarea de Clarificări nr. înreg. UIP:359/16.01.2017.

Pentru toate aceste motive, achizitorul are obligația să se conformeze procedurilor legale și ca atare, aveți obligația să reanalizați situația prezentată mai sus și urmare a acestora să luați în considerare clarificările și solicitările de remediere, considerând că acestea sunt formulate temeinic și legal”.

Cu adresa nr. 382/25.01.2017 autoritatea contractantă a răspuns notificării comunicând contestatoarei următoarele: „*comisia de evaluare nu poate să accepte răspunsul la solicitarea de clarificare nr. 359 din 16.01.2017 și să anuleze înștiințarea nr. UIP 366 din 20.01.2017”.*

În susținerea contestației ...arată că în data de 16.01.2017, la adresa de e-mail Office... SRL a primit 4 adrese, care au fost trimise în mod automat de către sistemul SEAP, astfel:

- comunicarea 1, ora 12:26:09: finalizare evaluare oferta tehnică
- comunicarea 2, ora 12:43:21: suspendare procedură
- comunicarea 3, ora 12:43:31: reevaluarea ofertei
- comunicarea 4, ora 15:41:29: solicitare clarificare

transmise la intervale relativ scurte de timp, apreciind că autoritatea contractantă a avut un mod haotic și inconsecvent de comunicare a acestora.

Precizează că a primit, prin fax, adresa nr. UIP 366/2017 privind rezultatul procedurii de atribuire prin care i se comunică faptul că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă însă nu a primit nicio solicitare de clarificare, „sub nicio formă de comunicare”, fiind pusă în imposibilitatea de a răspunde.

În finalul contestației ...arată că au fost încălcate următoarele prevederi legale:

- art. 140, pct 2 din H.G. nr. 394/2016, autoritatea contractantă a stabilit termen „prin dată” și nu zile lucrătoare;
- art. 140, pct 1 din H.G. nr. 394/2016, autoritatea contractantă a stabilit un termen de 2 zile în loc de minim 3;
- art. 122 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, la formularea solicitării de clarificări a impus ca termen „dată” nu „zile lucrătoare” și nu a ținut cont de faptul că operatorul economic nu are domiciliul în România;
- art. 2553 alin. (1) din Codul civil, termenul se stabilește pe zile, nu se ia în calcul prima și ultima zi;
- art. 16 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, în conformitate cu care autoritatea contractantă are obligația de a solicita clarificări cu condiția unei confirmări de primire, precizând că în speță autoritatea contractantă nu a solicitat confirmare de primire așa cum a procedat în cazul adresei nr. UIP nr. 366/20.01.2017;
- art. 1326 alin. (3) din Codul civil, autoritatea contractantă interpretând greșit că solicitarea de clarificări este un act unilateral în condițiile în care dispoziția legală prevede că „ ... din momentul în care

comunicarea ajunge la destinatar, chiar dacă acesta nu a luat cunoștință de aceasta din motive care nu îi sunt imputabile”.

Analizând criticile contestatoarei, Consiliul constată că prin fișa de date a achiziției, la cap. IV.4.3) „Modul de prezentare a ofertei” autoritatea contractantă a precizat prin „Notă” faptul că *„Ofertanții vor transmite oferta, documentele de calificare și răspunsul la solicitările de clarificări formulate de către comisia de evaluare a autorității contractante, în format electronic, prin intermediul SEAP, în conformitate cu art. 60, 61 și 62 din HG 395/2006. (...)”.*

În vederea soluționării contestației, Consiliul a solicitat Agenției pentru Agenda Digitală a României prin adresa nr. 3702/252 C5/31.01.2017 *„desfășurătorul procedurii de atribuire din data de 16.01.2017. Menționăm că prin contestația depusă de ...se critică faptul că «la data de 16.01.2017, la adresa de e-mail Office ... srl am primit 4 adrese care au fost trimise în mod automat de către sistemul SEAP /.../ și nu am primit nicio solicitare de clarificare (nr. 359/16.01.2017)».*

De asemenea, vă rugăm să ne precizați dacă au existat disfuncționalități ale platformei SEAP în data mai sus menționată (16.01.2017), astfel încât ...să fie în imposibilitatea de a primi solicitarea de clarificări nr. 359/16.01.2017”.

Agencia pentru Agenda Digitală a României a răspuns solicitării Consiliului, prin e-mail, cu adresa nr. 11683/03.02.2017 prin care comunică următoarele:

„vă transmitem mai jos jurnalul cu e-mail-urile generate automat de către SEAP în data de 16.01.2017 operatorului economic ... S.R.L., la care faceți referire în adresă, la adresa de email office@....eu: (...)”.

Din conținutul tabelului prezentat rezultă că au fost transmise 4 e-mailuri, așa cum de altfel confirmă și contestatoarea, respectiv:

- ora 12:26:03 PM, „Finalizare evaluare ofertă tehnică la procedura de licitație deschisă”;

- ora 12:43:18 PM, „Suspendare procedura de licitație deschisă”;

- ora 12:43:29 PM, „Reevaluare oferta la procedura de licitație deschisă”;

- ora 3:41:25 PM, „Solicitare de clarificare la procedura de licitație deschisă”, iar rubrica „conținut email” este precizat textul *„Vă anunțăm că la data de 16.01.2017, SC ... SA a solicitat o clarificare la procedura de licitație deschisă Asistență tehnică pentru pregătirea aplicației de finanțare și a documentațiilor de atribuire pentru proiectul regional de dezvoltare a infrastructurii de apă și apă uzată din județul Harghita, în perioada 2014-2020, având codul unic de identificare OP0015621”.*

Consiliul reține de asemenea și precizarea din finalul documentului *„Menționăm faptul că în data de 16.01.2017, S.E.A.P. a funcționat la parametri optimi, fără impedimente de natură tehnică ce ar fi putut împiedica autoritățile contractante sau operatorii economici să organizeze/participe la procedurile de atribuire”.*

Consiliul constată că din documentele aflate la dosarul cauzei, rezultă că solicitarea de clarificări în discuție, respectiv adresa nr.

359/16.01.2017, a fost transmisă contestatoarei de sistemul SEAP în data de 16.01.2017, fapt confirmat și de către contestatoare, însă e-mailul a fost deschis abia în data de 20.01.2017, după expirarea termenului de răspuns.

Această împrejurare este prezentată în notificarea prealabilă nr. 109/23.01.2017, nepreluată în contestație, potrivit căreia *„Solicitarea de clarificare mai sus menționată a ajuns în posesia noastră și a partenerilor noștri din asocierie în data de 20.01.2017 (vezi data descărcării fișierului din SEAP), adică după expirarea termenului invocat de aceasta de Autoritatea Contractantă. Acest fapt se datorează următoarelor elemente: de la începerea procedurii de analiză a ofertelor, Autoritatea contractantă a trimis 3 înștiințări în 3 locuri diferite, care au legătură cu participarea asocierii noastre la procedură, (...)”*.

Consiliul constată că însăși contestatoarea se contrazice în afirmații atunci când susține prin contestație că nu a primit solicitarea de clarificări nr. 359/16.01.2017, respectiv *„nu am primit nicio solicitare de clarificare, sub nicio formă de comunicare, ca atare ne aflăm în imposibilitatea de a răspunde”* iar în notificarea prealabilă afirmă contrariul, respectiv că a primit documentul însă l-a descărcat în data de 20.01.2017, după data de răspuns stabilită de către autoritatea contractantă.

În acest context, Consiliul va reține ca relevante susținerile autorității contractante din punctul de vedere potrivit căroră *„contestatoarea se află în culpă, datorită lipsei de diligență manifestată în urmărirea notificărilor SEAP”*, or, propria culpă nu poate fi invocată în apărare, conform principiului *„Nemo auditur propriam turbitudinem allegaus”*, astfel criticile aduse deciziei privind respingerea ofertei ca inacceptabilă se dovedesc a fi nefondate.

Consiliul constată caracterul nefondat al criticilor aduse de către contestatoare solicitării de clarificări nr. 359/16.01.2017, referitoare la faptul că la calculul termenului trebuia să se țină seama că sediul ofertantului nu este în România, calculul termenului trebuia să se facă conform Codului civil și prevederilor Legii nr. 99/2016 și în mod greșit autoritatea contractantă a stabilit o dată în loc de termen de 3 zile lucrătoare.

În acest sens, Consiliul constată că termenul a fost stabilit în conformitate cu prevederile art. 140 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016 potrivit căroră *„Comisia de evaluare va stabili termenul-limită în funcție de volumul și complexitatea clarificărilor și completărilor formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte. Termenul astfel stabilit va fi, de regulă, de minimum trei zile lucrătoare”*.

Astfel, termenul a fost stabilit în funcție de volumul și complexitatea solicitării de clarificări.

Sub aspectul domiciliului ofertantului, Consiliul reține că în cadrul procedurii de atribuire transmiterea solicitărilor de clarificări și a răspunsurilor la acestea s-a făcut exclusiv prin intermediul SEAP, conform

cap. IV.4.3), prin urmare este lipsit de relevanță domiciliul ofertantului în acest context.

Cu privire la calculul termenului, care în opinia contestatoarei trebuia să se facă conform Codului civil, Consiliul reține în soluționare susținerile autorității contractante potrivit căreia Legea nr. 99/2016 este legea specială în baza căreia se stabilesc termenele în procedurile de achiziție publică, Codul civil reprezentând legea generală.

Astfel, potrivit art. 3 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 99/2016 *„cu aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor lit. a) și d), termenul exprimat în zile începe să curgă la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului”*, prin urmare, termenul de 3 zile lucrătoare acordat de către autoritatea contractantă a fost în mod corect stabilit, cele 3 zile lucrătoare acordate fiind 17, 18 și 19 ianuarie 2017.

În ceea ce privește critica adusă faptului că autoritatea contractantă nu a transmis solicitarea de clarificări nr. 359/16.01.2016 cu confirmare de primire cu respectarea dispozițiilor art. 16 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, invocate de către contestatoare, Consiliul constată că acestea privesc procedura de soluționare a contestațiilor (Secțiunea a 3-a Soluționarea contestației), potrivit căreia *„Toate notificările și actele procedurale se transmit prin poștă, fax și/sau mijloace electronice, cu confirmare de primire”* și nu reglementează modalitatea de transmitere și confirmare a primirii documentelor emise în cadrul procedurii de atribuire. Cu privire la acesta autoritatea contractantă a prevăzut în fișa de date a achiziției faptul că, inclusiv *„răspunsurile la solicitările de clarificări”*, vor fi transmise *„în format electronic, prin intermediul SEAP, în conformitate cu art. 60, 61 și 62 din HG 395/2016”*.

Cu privire la faptul că autoritatea contractantă a transmis prin fax, adresa nr. UIP 366/20.01.2017, Consiliul reține că potrivit dispozițiilor art. 228 din Legea nr. 99/2016 *„Entitatea contractantă informează fiecare candidat/ofertant cu privire la deciziile luate în ceea ce privește rezultatul selecției, rezultatul procedurii, respectiv atribuirea/încheierea contractului de achiziție publică/acordului-cadru sau admiterea într-un sistem dinamic de achiziții, inclusiv cu privire la motivele care stau la baza oricărei decizii de a nu atribui un contract, de a nu încheia un acord-cadru, de a nu implementa un sistem dinamic de achiziții ori de a relua procedura de atribuire, cât mai curând posibil, dar nu mai târziu de 5 zile de la emiterea deciziilor respective”*, iar potrivit art. 59 alin. (2) din H.G. nr. 394/2016, potrivit căreia *„În ceea ce privește comunicările pentru care nu sunt folosite mijloace electronice de comunicare în conformitate cu alin. (1), comunicarea se poate realiza prin:*

a) intermediul serviciilor poștale;

b) fax;

c) combinație între a) și b)”, varianta de comunicare aleasă de către autoritatea contractantă fiind transmiterea prin fax.

Consiliul constată că autoarea contestației a primit în data de 16.01.2017 solicitarea de clarificări nr. 359/16.01.2017, însă nu a avut un

comportament diligent astfel încât să urmărească procedura de atribuire în care avea ofertă depusă, deschiderea fișierului la o dată ulterioară datei stabilită pentru răspuns reprezentând culpa sa exclusivă, iar o eventuală acceptare a răspunsului la solicitarea de clarificări după această dată ar conduce la nerespectarea principiului tratamentului egal față de ceilalți ofertanți și la crearea unui avantaj incorect față de aceștia.

Față de soluția pronunțată, Consiliul va admite, în parte, cererea de intervenție formulată de S.C. ...S.R.L.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus menționate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de Asocieria ... - ... - S.C. ... S.R.L., prin lider de asociere ..., în contradictoriu cu S.C. ... S.A., în calitate de autoritate contractantă.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția lipsei calității de reprezentant a domnului ... a asocierii Asocieria ... - ... - S.C. ... S.R.L., invocată de intervenienta S.C. ...S.R.L.

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de Asocieria ... - ... - S.C. ... S.R.L., prin lider de asociere ..., în contradictoriu cu S.C. ... S.A., în calitate de autoritate contractantă.

Admite, în parte, cererea de intervenție formulată de S.C. ...S.R.L.

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

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

Redactat în 5 exemplare originale, conține 15 (cincizece) pagini