



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

DECIZIE

Nr. / /

Prin contestația înregistrată la CNSC cu nr. depusă de SC SRL, cu sediul, Bd. nr. , jud., având și nr. de înregistrare în Registrul Comerțului, reprezentată legal prin Administrator și convențional prin Cabinet de Avocat, având sediul procesual ales în, , privind procedura simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Proiectare - faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistența tehnică din partea proiectantului pe perioada execuției lucrărilor aferente obiectivului de investiții: Construire sala de sport cu tribună 180 de locuri, comuna ", cod CPV de către SA, cu sediul în, , ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- cu titlu prealabil, solicitarea Autorității Contractante să transmită către Consiliu dosarul complet al procedurii și permiterea accesului la dosarul constituit la Consiliu, pentru fi în măsură să studieze documentele relevante ale dosarului de achiziție publică, precum și pentru a putea eventual xerocopia documentele dosarului, în temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, art. 217 din Legea nr. 98/2016 precum și (ii) acordarea posibilității de a depune concluzii orale în fața Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, în temeiul dispozițiilor art. 21 din Legea nr. 101/2016;

- în temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) al Legii nr. 101/2016, (i) anularea Comunicării privind Rezultatul Procedurii de Atribuire înregistrată la Autoritate sub nr. (Anexa nr. 1), a (ii) Raportului Procedurii de Atribuire

din (Anexa nr. 2), precum și a oricăror alte acte subsecvente ale Autorității contractante;

- Obligarea Autorității contractante la reevaluarea îndeplinirii criteriilor de calificare conform Documentelor Suport DUAE;

- Obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul litigiu, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa fn datată , înregistrată la CNSC sub nr. , S.R.L., lider al Asocierii S.R.L.- S.R.L., reprezentată convențional prin , cu sediul procesual ales în, , în calitate de operator economic participant în asociere în cadrul procedurii, a formulat „cerere de intervenție”, prin care a solicitat: admiterea cererii de intervenție atât în principiu, cât și pe fond, cu consecința respingerii ca nefondată a contestației depusă de SC SRL.

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 contestația de față, prin care SC SRL reclamă rezultatul procedurii, considerându-l nelegal.

1. Contestatorul prezintă situația de fapt, arătând:

1.1 Date cu privire la Societate și Procedura de Atribuire

Contestatorul arată că, Autoritatea contractantă a publicat Anunțul de participare nr. privind la Procedura de atribuire „Proiectare - faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada execuției lucrărilor aferente obiectivului de investiții: Construire sala de sport cu tribună 180 de locuri, comuna „,,,”, cu o valoare estimată în cuantum de 7.704.153,32 lei fără TVA.

..... menționează că este o societate de referință în domeniul construcțiilor civile și cu destinație sportivă, în ultimii 8 ani fiind implicată în lucrări de execuție la cele mai înalte standarde în cadrul unor proiecte deosebit de complexe - în ultimii 3 ani, Societatea a înregistrat o cifră de afaceri medie de peste 30 mil. RON și o rată a profitului net mediu de peste 10% din cifra de afaceri, fără a avea niciun fel de datorii sau obligații a căror scadență să fie depășită.

În egală măsură, Societatea arată că manifestă o preocupare continuă pentru respectarea tuturor obligațiilor legale și contractuale, inclusiv cu privire la achitarea în termen a tuturor obligațiilor fiscale și non - fiscale.

În cadrul Procedurii de Atribuire, Societatea precizează că s-a clasat pe primul loc după evaluarea propunerii tehnice și respectiv a Propunerii financiare, iar la data de 09.09.2021, „,,,” a solicitat Societății transmiterea Documentelor Suport DUAE - depune Adresa aferentă în Anexa nr. 3.

Mai mult, contestatorul menționează că a depus toate documentele solicitate în Adresa „,,,” în termenul acordat-depunând extras din Anexa

nr. 4, iar cu privire la Certificatul de atestare fiscală privind lipsa datoriilor către bugetul de stat, a solicitat motivat „,, să acorde un termen suplimentar de 7 zile, față de împrejurarea: „Ca urmare a Procedurilor ANAF, nu am putut intra în posesia Certificatului de Atestare Fiscală. Vă rugăm să decalati depunerea Certificatului de Atestare cu minim 7 zile”.

Contestatorul susține, după cum rezultă din Solicitarea expresă, că rezultă extrem de clar faptul că nu a motivat solicitarea acordării unui termen suplimentar prin existența unor obligații scadente cu privire la care Societatea nu era în măsură să le achite în termen, ci printr-o împrejurare specifică, și anume faptul că „din cauza Procedurilor ANAF”, obținerea Certificatului de atestare fiscală necesită o minimă perioadă suplimentară.

Astfel, contestatorul arată că procedurile suplimentare la care a făcut referire vizau corelarea anumitor obligații fiscale aferente lunii anterioare cu sume achitate anterior de acesta și care ar fi putut face obiectul unei rambursări - practic corelarea și compensarea unor creanțe reciproce, urmate de achitarea diferenței de către Societatea sa. Anterior derulării acestor operațiuni și comunicării de către autoritățile fiscale a sumelor exacte de achitat, contestatorul arată că societatea nu era în măsură să realizeze plata obligațiilor fiscale, deoarece, nu cunoștea cu precizie cuantumul acestora, astfel că, nu era în măsură să solicite un certificat de atestare fiscală care să ateste inexistența obligațiilor fiscale restante.

În opinia contestatorului prezintă însă o relevanță fundamentală faptul că Societatea nu a afirmat niciun moment că este înregistrată cu obligații fiscale restante sau că îi este necesar un termen suplimentar pentru a obține fondurile necesare achitării obligațiilor fiscale.

Mai mult, contestatorul precizează că, odată cu celelalte documente suport DUAЕ, Societatea a depus un extras de cont din care rezultă existența unui cash-flow în cuantum de peste 2,2 mil. RON, semnificativ superior chiar cerințelor din cadrul Procedurii de Atribuire - un indiciu mai mult decât semnificativ cu privire la inexistența oricărei dificultăți a Societății în achitarea obligațiilor fiscale în termen. Necesitatea clarificării unor aspecte cu privire la cuantumul exact al unor obligații fiscale nu poate în niciun caz să echivaleze cu încălcarea obligațiilor fiscale la bugetul de stat.

1.2 Excluderea Ofertei Societății

Contestatorul arată că, în urma finalizării acestor operațiuni, Societatea a obținut Certificatul de atestare fiscală la data de 20.09.2021 - depunând Certificatul de atestare fiscală în Anexa nr. 5, moment la care nu fusese adoptată niciun fel de Decizie în legătură cu oferta sa.

Cu toate acestea, contestatorul arată că, „,, nu a mai revenit cu o solicitare de clarificări și nu a oferit Societății o posibilitate de a comunica în cadrul SEAP (astfel cum impun normele aplicabile derulării procedurii de atribuire) dovada inexistenței oricăror obligații fiscale restante.

În mod intempestiv și fără orice altă solicitare de clarificare, contestatorul arată că, la data de 05.10.2021 „,, i-a comunicat Rezultatul Procedurii și Raportul Procedurii de Atribuire, în sensul excluderii ofertei

sale drept inacceptabilă, în temeiul art. 165 din Legea nr. 98/2016, pentru nedepunerea în termenul inițial a Certificatului de atestare fiscală. Mai mult, contestatorul arată că, ,,,, s-a limitat să susțină că dispozițiile legale incidente prevăd eliberarea Certificatului de atestare fiscală în termen de 3 zile, iar Autoritatea i-a acordat 7 zile pentru depunerea Documentelor Suport DUAE.

Astfel, contestatorul precizează, după cum va arăta în secțiunea II, că în aceeași perioadă, chiar ,,,, a acordat Societății un termen de 7 zile suplimentar, în cazul unei alte Proceduri de Atribuire de lucrări, cu o valoare semnificativ superioară, aspect ce evocă tocmai caracterul disproporționat și excesiv de formalist al Comisiei de Evaluare competentă cu analiza ofertei Societății în cadrul prezentei Proceduri de Atribuire.

De asemenea, contestatorul apreciază că, prezintă o deosebită relevanță faptul că, o Comisie de Evaluare din cadrul aceleiași Autorități contractante, cu privire la aceeași solicitare, a avut o conduită aflată în acord cu principiul proporționalității și eficienței economice și a acordat un termen minim pentru depunerea Certificatului de atestare fiscală, în opoziție absolută cu conduita Comisiei de Evaluare din cadrul ,,,, din prezenta Procedură de Atribuire.

În cele ce urmează, contestatorul va demonstra faptul că, Autoritatea contractantă (i) a exclus oferta Societății într-o manieră intempestivă și nejustificată, (ii) ce încalcă într-o manieră manifestă dispozițiile legale incidente, în virtutea cărora (iii) se impunea fără putință de tăgadă acordarea termenului suplimentar de 7 zile Societății.

2. Motivele pentru care se impune admiterea prezentei contestații

2.1 Încălcarea prevederilor art. 165 din Legea nr. 98/2016 și a dispozițiilor art 134 alin. 5 din Normele Metodologice ale Legii nr. 98/2016 de către Autoritatea contractantă - lipsa dovedirii existenței unui caz de excludere

Contestatorul arată că, în cadrul Comunicării privind Rezultatul Procedurii, Autoritatea contractantă se limitează să susțină formal că Societatea „a prezentat un răspund neconcludent”, prin solicitarea unui termen suplimentar în vederea depunerii Certificatului de Atestare fiscală, motiv pentru care, urmează să respingă oferta Societății, drept inacceptabilă.

În fapt, contestatorul menționează că, Autoritatea contractantă a „încercat” practic să alăture două cazuri de excludere absolut distincte, reglementate de dispoziții legale distincte, fără ca vreunul dintre aceste două cazuri de excludere să fie incident:

i. În primul rând, contestatorul menționează faptul că Răspunsul său nu a fost unul „neconcludent”, ci a vizat o solicitare extrem de clară și inteligibilă, în sensul acordării unui termen suplimentar de 7 zile.

Astfel, contestatorul arată că, autoritatea contractantă se referă la existența unui răspund neconcludent, situație ce ar fi reclamat existența unei imposibilități de a înțelege răspunsul Societății sau o lipsă a oferirii unei clarificări cu privire la cerințele Autorității - acesta fiind sensul dispoziție legale cuprinsă în art. 134 alin. (5) din Normele Metodologice

ale Legii nr. 98/2016 - situație premisă a respingerii ofertei drept inacceptabile.

În sens contrar, contestatorul precizează că, a transmis toate documentele suport DUAE solicitate și detalii relevante cu privire la fiecare document, iar cu privire la solicitarea privind dovada inexistenței datoriilor fiscale, a solicitat exclusiv un termen suplimentar de 7 zile pentru depunerea Certificatului de atestare fiscală.

Mai mult, contestatorul apreciază că, prezintă o relevanță deosebită faptul că Societatea a motivat solicitarea adresată, cu referire la „Procedurile ANAF”, astfel încât în niciun caz răspunsul nu putea fi considerat drept unul neconcludent, situație asimilată lipsei unui răspuns lămuritor, real, care să răspundă efectiv cererii adresate.

Contestatorul susține că, în niciun caz, un răspuns ce ar necesita clarificări, completări sau acordarea unui termen suplimentar nu poate fi automat considerat „neconcludent” pentru a justifica respingerea unei oferte, deoarece printr-o astfel de viziune conservatoare și formalistă principiul proporționalității în materia achizițiilor publice ar fi lipsit de orice conținut substanțial.

În orice situație în care s-ar solicita un termen suplimentar sau ar fi necesare clarificări suplimentare, contestatorul arată că, nu poate fi considerat automat că răspunsul operatorului economic a fost unul „neconcludent”, deoarece astfel s-ar permite utilizarea unui termen instituit de legiuitor pentru situații obiective de neconcludență, într-un sens profund subiectiv și aflat la discreția marjei de voință a Autorității contractante.

ii. În al doilea rând, contestatorul susține că Autoritatea nu a demonstrat în niciun caz existența unor obligații fiscale restante față de bugetul de stat, astfel cum impun dispozițiile art. 165 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, contestatorul invocă prevederile art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, care dispun în sensul că, excluderea poate opera exclusiv în ipoteza în care Autoritatea contractantă este în măsură să demonstreze existența unor obligații fiscale restante la bugetul de stat ori există cel puțin indicii clare în acest sens:

„1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire orice operator economic despre care:

a) fie are cunoștință că și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, iar acest lucru a fost stabilit printr-o hotărâre judecătorească sau decizie administrativă având caracter definitiv și obligatoriu în conformitate cu legea statului în care respectivul operator economic este înființat sau cu cele ale statului membru al autorității contractante;

b) fie poate demonstra prin orice mijloace adecvate că respectivul operator economic și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat.”

Or, în situația dată, contestatorul precizează că, Autoritatea nici nu avea cunoștință de astfel de împrejurări, nici nu era în măsură să

demonstreze că Societatea și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor.

Mai mult, contestatorul arată că, Societatea cu bună-credință solicitase exclusiv un termen suplimentar de 7 zile pentru a depune Certificatul de atestare fiscală, adică documentul utilizat pe scară largă în vederea demonstrării inexistenței datoriilor fiscale și care dovedește facil inexistența acestor datorii, fără a fi necesare alte clarificări suplimentare.

Astfel, contestatorul arată că, rigoarea textului de lege de mai sus impunea ,,,, să solicite o clarificare suplimentară în sensul prelungirii termenului de depunere, dat fiind că, nu exista nicio dovadă privind existența unor datorii la bugetul de stat. De altfel, contestatorul precizează că, a și argumentat rațiunea pentru care a solicitat acest termen suplimentar, cu referire expresă la „procedurile ANAF”, iar nu a depus o solicitare lipsită de motivație.

Însă, chiar la momentul solicitării Societății, contestatorul precizează că nu exista nici măcar un indiciu, iar nu probe concrete, în sensul existenței unor datorii fiscale restante la bugetul de stat, dat fiind faptul că:

>Societatea a depus anexat Documentelor Suport DUAЕ dovada existenței unor disponibilități financiare în conturi în cuantum de 2,2 mil. RON, astfel cum era impus prin Documentația de Atribuire. Deși nu reprezenta o probă certă a lipsei datoriilor fiscale restante la bugetul de stat, acest aspect reprezenta în mod firesc un indiciu că Societatea deține resursele necesare pentru a nu înregistra astfel de debite, motiv ce justifică acordarea termenului suplimentar de răspuns;

>Prin Documentele Suport DUAЕ, Societatea a dovedit inclusiv existența unei experiențe similare însemnate cu proiecte de execuție de lucrări finalizate, astfel încât și din acest aspect rezultau indicii temeinice în sensul inexistenței oricăror datorii la bugetul de stat.

În consecință, contestatorul consideră că, nu erau incidente prevederile art. 165 alin. (1) privind existența unui motiv de excludere din perspectiva dovedirii unor datorii restante față de bugetul de stat, astfel încât, excluderea sa a fost realizată cu încălcarea situației premisă de excludere.

2.2 În subsidiar, contestatorul arată că, chiar dacă s-ar considera că Societatea înregistra datorii fiscale la momentul solicitării depunerii documentelor suport DUAЕ, este pe deplin aplicabilă excepția prevăzută de art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, textul de lege care prevede expres o excepție de la sancțiunea excluderii, pentru ipoteza în care operatorul economic achită debitele înregistrate anterior deciziei de excludere:

„(2) Operatorul economic nu este exclus din procedura de atribuire dacă, anterior deciziei de excludere, își îndeplinește obligațiile prin plata impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul general consolidat datorate ori prin alte modalități de stingere a acestora sau beneficiază, în condițiile legii, de eșalonarea acestora ori de alte facilități în vederea plății acestora, inclusiv, după caz, a eventualelor dobânzi ori penalități de întârziere acumulate sau a amenzilor.”

La data de 20.09.2021, contestatorul arată că a obținut Certificatul de atestare fiscală ce atestă tocmai lipsa oricăror datorii scadente la bugetul de stat - depus în Anexa nr. 5. Decizia de excludere a Societății sale a fost comunicată abia la 05.10.2021, la peste 15 zile mai târziu, perioadă în care ,,, nu a adresat o minimă solicitare de clarificări, astfel încât să ofere cadrul instituțional de comunicare a dovezilor privind lipsa obligațiilor restante.

Prin urmare, contestatorul susține că, sunt în mod evident incidente dispozițiile textului de lege sus citat, în sensul că Autoritatea avea obligația de a nu exclude Societate, iar decizia luată cu încălcarea art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 este lovită de nulitate. Astfel, contestatorul apreciază că, se impune a observa faptul că, textul nu impune nicio altă obligație operatorului economic, ci exclusiv obligația de a își achita datoriile restante până la momentul deciziei de excludere - o aplicație a principiului „acoperirii” efectelor nulității din materia dreptului civil.

Contestatorul consideră că, prezintă o relevanță deosebită faptul că, Societatea a comunicat Certificatul de Atestare fiscală din 20.09.2021 către ,,,, în aceeași perioadă în care în prezenta Procedură ,,,, nu a prelungit termenul de răspuns, în cadrul Procedurii de Atribuire "Executia de lucrari pentru obiectivul de investitii: „Consolidare, reparatie capitala si etajare la P.T. Cluj”, cu o valoare de peste 19 mil. RON, unde Societatea a solicitat, de asemenea, o prelungire a termenului de răspuns la clarificări, iar Comisia de evaluare din cadrul ,,,, a răspuns afirmativ acestei solicitări - depunând Solicitarea și Răspunsul ,,,, în Anexa nr. 6:

„Având în vedere solicitarea dumneavoastră cu privire la prelungirea termenului de depunere pentru Certificatului de atestare fiscală, Comisia de evaluare a hotărât în unanimitate prelungirea acestuia cu 7 zile.

Documentele se vor pune la dispoziția Comisiei de evaluare prin intermediul SICAP până la data de 21.09.2021, semnate cu semnătură electronică extinsă conform art. 123 alin. (3) din HG nr. 395/2016.”

Dincolo de conduita proporțională și diametral opusă a Comisiei de Evaluare din acea Procedură de Atribuire, ce va fi detaliată în cele ce urmează, contestatorul consideră că prezintă o deosebită relevanță faptul că aceeași Autoritate contractantă a avut la dispoziție, în perioada de referință, dovada lipsei existenței oricăror datorii la bugetul de stat, un argument suplimentar cu privire la aplicarea excepției de la cazul general de excludere.

În consecință, dat fiind faptul că Societății sale i-a fost eliberat Certificatul de atestare fiscală cu peste 15 zile anterior Deciziei de excludere, contestatorul solicită Consiliul să observe faptul că actele Autorității contractante sunt lovite de nulitate și se impune reevaluarea ofertei Societății și a îndeplinirii criteriilor de calificare.

2.3 ,,,, avea obligația de a acorda prelungirea termenului și de a reveni cu o solicitare de clarificări în acest sens - aspect demonstrat și prin conduita ,,,, din altă Procedură de Atribuire derulată în aceeași perioadă

În cauză, contestatorul apreciază că adresarea unei cereri de clarificări în temeiul art. 209 din Legea nr. 98/2016 ar fi condus în mod automat la clarificarea celor de mai sus, la validarea ofertei sale și la evitarea tuturor inconvenientelor cauzate tuturor părților implicate în Procedura de Atribuire, derivate din soluționarea unei contestații.

Contestatorul consideră că, din interpretarea coroborată a art. 209 și respectiv art. 165 din Legea nr. 98/2016, în temeiul principiului proporționalității și scopului eficienței economice, rezultă în mod cert că, în astfel de situații, mai ales în momentul în care un operator economic prezintă o solicitare justificată în acest sens, Autoritatea contractantă are o obligație efectivă de a reveni cu o solicitare de clarificări, menită să acorde prelungirea justificată a termenului.

Mai mult, contestatorul arată că, nu a omis să răspundă la solicitarea Documentelor suport DUAE și a răspuns detaliat și conform acestei solicitări, oferind dovezile suport detaliate pentru toate criteriile de calificare. Cu privire la Certificatul de atestare fiscală, societatea precizează că a solicitat motivat prelungirea termenului cu 7 zile, determinat de durata „procedurilor ANAF”. Oricum, contestatorul menționează faptul că, analiza celorlalte documente suport DUAE nu a necesitat doar 7 zile, ci 15 zile până la momentul Comunicării Rezultatului Procedurii, astfel încât, acordarea unei minime prelungiri a termenului nu era nici măcar de natură să perturbe celeritatea derulării Procedurii de Atribuire.

Astfel, se arată că, art. 209 din Legea nr. 98/2016 prevede:

„(1) În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.”

În acord cu practica națională și respectiv a CJUE, contestatorul arată că, această prerogativă a Autorităților contractante a devenit o obligație a acestora, derivată din respectarea principiului proporționalității în materia măsurilor dispuse, mai ales în situațiile în care nu se vorbește de elemente lipsă ale ofertei, ci de o necesitate obiectivă de clarificare a inexistenței oricăror obligații fiscale restante.

În plus, contestatorul arată că, nu suntem în prezența unei omisiuni de răspuns neglijente din partea operatorului economic, care pur și simplu ar fi omis să atașeze Certificatul de atestare fiscală, ci în prezența unei situații obiective și a unui operator economic diligent, care a solicitat motivat prelungirea termenului de depunere a Certificatului de atestare fiscală.

Totodată, contestatorul apreciază că prezintă o deosebită relevanță faptul că, o altă Comisie de Evaluare din cadrul ,,,, în cadrul Procedurii privind reabilitarea clădirii Parchetului din Cluj, a avut o conduită diametral opusă și a respectat principiul proporționalității și scopul eficienței economice, respectiv a acordat un termen de prelungire privind

depunerea Certificatului de atestare fiscală – a depus documentele ce demonstrează aspectele învederate în cadrul Anexei nr. 6.

Astfel, contestatorul apreciază că, chiar conduita aceleiași Autorități contractante reflectă maniera în care a fi trebuit respectat principiul proporționalității, în sensul revenirii cu o solicitare de clarificări privind depunerea Certificatului de atestare fiscală.

Contestatorul susține că, este paradoxal și lipsit de orice predictibilitate în materia achizițiilor publice ca, în situații absolut identice (iar nu doar similare) aceeași Autoritate contractantă să dea dovadă de transparență și flexibilitate într-o anumită procedură, iar în altă procedură să menționeze formal că „răspunsul a fost neconcludent” - răspuns ce viza o solicitare punctuală și pertinentă de prelungire a unui termen, fiind lipsit de orice posibilitate neconcludență.

Mai mult, contestatorul precizează că, acea solicitare de prelungire nu viza toate criteriile de calificare, ci exclusiv un criteriu determinat, motivată fiind de o situație obiectivă.

În cadrul jurisprudenței naționale și a jurisprudenței CJUE, a fost subliniat faptul că, întotdeauna autoritățile contractante au obligația să opteze pentru solicitări de îndreptare efective, care să conducă la clarificarea și regularizarea aspectelor neclare/eronate, în dauna unor excluderi intempestive ale operatorilor economici, precum în situația de față:

„Principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconveniente cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite” (Hotărârea Curții din 5 Mai 1998, National Farmers Union și alții, C-157/96, pct. 60).

„Acest principiu (al proporționalității) impune autorității contractante, atunci când acesta se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, să solicite precizări candidatului vizat, mai degrabă, decât să opteze pentru respingerea pură și simplă a ofertei acestuia.” (Hotărârea CJUE în cauza Tidelan Signal vs. Comisia Europeană, pct. 43)

Mai mult, jurisprudența Consiliului și a Curților de Apel în situații similare a subliniat necesitatea acordării unui termen suplimentar și a unei solicitări suplimentare de clarificări, în vederea demonstrării inexistenței datoriilor fiscale restante:

„Cererea operatorului economic nu putea fi considerată nejustificată, ținând seama de toate cele mai sus constatate. În plus, o măsură de respingere a solicitării de prelungire a termenului de depunere a certificatului, în condițiile în care aceasta a fost formulată înăuntrul termenului acordat, termen în care a fost solicitată și eliberarea certificatului, reprezintă o măsură disproporționată raportat la scopul depunerii certificatului, interesul entității fiind acela de a obține înscrisul care să reflecte situația datoriilor la bugetul general consolidat.

Depășirea termenului stabilit de Consiliu pentru stabilirea noului al procedurii, în condițiile existenței unei stări de pasivitate din partea achizitoarei în perioada 21.11 - 29.11, nu trebuia să conducă la limitarea posibilității societății contestatoare de a transmite documentele solicitate." Decizia CNSC nr. 6177/2018, depusă în Anexa nr. 7.

„Iar, potrivit dispozițiilor art. 165 alin. 2 din Legea nr. 98/2016 se constată că legiuitorul a prevăzut și situația în care operatorul economic ofertant poate proba în cadrul procedurii de achiziție publică și anterior excluderii sale din procedură, că în privința unor obligații fiscale restante la bugetul general consolidat a operat fie stingerea acestora, fie eşalonarea sa sau a obținut alte facilități de plată." Decizia nr. 2/2021 din 5 Ianuarie 2021 a Curții de Apel Timișoara.

În acord cu jurisprudența mai sus citată, contestatorul apreciază că, Autoritatea contractantă avea o certă obligație proporțională de a acorda un termen de prelungire în vederea depunerii Certificatului de atestare fiscală, mai ales că, la acel moment nu exista niciun indiciu al autorității cu privire la existența unei încălcări a obligațiilor fiscale ale Societății.

Mai mult, contestatorul apreciază că, aceste verificări au scopul final de a proba îndeplinirea unor criterii de calificare și a inexistenței unor situații de excludere, a unor încălcări concrete ale legislației. În consecință, contestatorul susține că, o simplă solicitare de prelungire a unui termen în vederea depunerii documentației nu poate niciodată să echivaleze cu constatarea existenței unui caz de excludere a operatorului economic dintr-o Procedură de Atribuire.

Cu titlu suplimentar, contestatorul solicită Consiliului să constate faptul că Societatea nu a solicitat în repetate rânduri un astfel de termen de prelungire și nici nu a omis să răspundă la orice solicitare de clarificări, aspecte ce ar fi putut genera un avantaj disproporționat, ci o singură dată, pentru o situație determinată, ipoteză în care orice ofertant ar fi avut dreptul să procedeze în sens similar.

Pentru motivele arătate, contestatorul solicită Consiliului să constate faptul că Autoritatea contractantă și-a încălcat obligația de a acorda prelungirea termenului de depunere a Certificatului de atestare fiscală.

Pentru toate argumentele expuse, contestatorul solicită Consiliului să dispună admiterea contestației astfel cum a fost formulată și respectiv obligarea Autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul demers judiciar.

Mai mult, în raport de toate motivele precizate în cuprinsul contestației și de temeinicia argumentației Societății, contestatorul apreciază că oportunitatea adoptării unor măsuri de remediere față de prezentarea Certificatului de atestare fiscală și mai ales față de împrejurarea că acest certificat a fost prezentat ,,, într-o altă Procedură de Atribuire, în cadrul căreia aceeași autoritate a avut o conduită diametral opusă și a acordat termenul de prelungire necesar depunerii acestui certificat, în urma solicitării motivate a Societății.

În drept, se invocă dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016, art. 165 și art. 209 din Legea nr. 98/2016, precum și orice alte dispoziții legale citate în cadrul contestației.

Totodată, contestatorul precizează faptul că, în acord cu solicitarea ,,,, din cadrul Comunicării privind Rezultatul Procedurii, își manifestă opțiunea în sensul prelungirii valabilității ofertei și a garanției de participare până la data la care fuseseră prelungite în cadrul Procedurii de atribuire (Mai 2022), respectiv confirmă faptul că va prelungi și ulterior oferta și garanția de participare, în măsura în care va fi necesar.

Cu adresa nr., înregistrată la CNSC nr..... SA a transmis punct de vedere cu privire la contestația depusă de SC SRL, solicitând respingerea acesteia, ca nefondată.

În fapt, autoritatea contractantă prezintă un scurt istoric al procedurii și arată că, în cadrul procedurii au depus ofertă următorii ofertanți:

1. SRL;
2. SRL;
3. ASOCIEREA SRL;
4. ASOCIEREA SRL -
5. ASOCIEREA SRL - SRL - SRL -ROZINI SRL;
6. ASOCIEREA SRL - SRL - SRL;
7. ASOCIEREA SRL - SRL;
8. ASOCIEREA SRL - SRL.

În urma evaluării propunerilor financiare și a aplicării criteriului de atribuire „Cel mai bun raport calitate - preț”, clasamentul ofertelor a fost următorul:

Nr. crt.	Denumire ofertant	Valoarea estimată, LEI fără TVA	Vaoare ofertata, LEI fără TVA	Punctaj acordat	Locul
1	 SRL	7.704.153,32	6.483.987,20	95,00 puncte	1
2	ASOCIEREA SRL - SRL.		7.148.230,05	94,42 puncte	2
3	ASOCIEREA SRL - RL SRL		6.784.288,45	92,34 puncte	3

Autoritatea contractantă menționează că, oferta prezentată de SRL a fost respinsă ca inacceptabilă în baza art. 134 alin. (5) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, deoarece, în urma solicitării documentelor suport DAUE, acesta nu a îndeplinit cerințele minime de calificare, ne prezentând certificatul ANAF.

Ulterior, aplicând criteriul de atribuire „Cel mai bun raport calitate - preț”, autoritatea contractantă arată că, comisia de evaluare a solicitat documentele suport DUAЕ ofertantului ASOCIEREA ,,,, SRL - ,,,, ,,,,SRL. În urma analizării acestora, comisia de evaluare a decis că ASOCIEREA ,,,, SRL - ,,,, ,,,,SRL a îndeplinit cerințele de calificare fiind declarat câștigător.

În urma comunicării rezultatului procedurii, autoritatea contractantă arată că, ofertantul SRL a formulat contestația, solicitând anularea adresei privind comunicarea de rezultat procedură, anularea raportului procedurii de atribuire și a tuturor actelor subsecvente și reevaluarea ofertelor.

Astfel, față de cele solicitate de contestator, în raport de motivele invocate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, ca nefondată, pentru următoarele motive:

În urma evaluării propunerilor financiare și a aplicării criteriului de atribuire „Cel mai bun raport calitate – preț”, autoritatea contractantă arată că, comisia de evaluare a solicitat ofertantului ASOCIEREA SRL - SRL, prin adresa nr. , să prezinte documentele-suport/dovezi pentru demonstrarea informațiilor prezentate în DUAE, termenul-limită de depunere a documentelor-suport fiind stabilit în data de , transmițând documentele-suport în data de (adresa înregistrată la ,,,, cu nr. 9106 L din).

Autoritatea contractantă precizează că, comisia de evaluare a analizat documentele-suport/dovezile prezentate de ofertant pentru demonstrarea informațiilor din DUAE prezentate și a decis să respingă oferta ca inacceptabilă, deoarece răspunsul la solicitarea de clarificări a fost neconcludent, contestatorul precizând în răspuns următoarele „ca urmare a procedurilor ANAF nu am putut intra în posesia certificatului de atestare. Vă rugăm să decalati depunerea certificatului de atestare cu minim 7 zile”.

În stabilirea acestei decizii, autoritatea contractantă arată că, comisia de evaluare a ținut cont de faptul că, societatea contestatoare a avut la dispoziție 7 zile să transmită documentele suport DUAE, respectiv certificatul de atestare fiscală, în condițiile în care, conform art. 5 alin. (1) din Ordinul ANAF nr. 3654/2015, privind aprobarea procedurii de eliberare a certificatului de atestare fiscală, a certificatului de obligații bugetare, precum și a modelului și conținutului acestora, cu modificările și completările ulterioare, „Certificatul de atestare fiscală se emite în maximum 3 zile lucrătoare de la data depunerii cererii/adresei de eliberare a acestuia”. De asemenea, autoritatea contractantă subliniază faptul că la data solicitării de decalare, contestatoarea nu a prezentat în susținere niciun document în ceea ce privește demersurile întreprinse în vederea eliberării certificatului ANAF sau vreun argument privind „procedurile ANAF”, în situația în care acest certificat se eliberează în maximum 3 zile dacă societatea nu înregistrează datorii. Așadar, în urma verificării documentelor-suport/dovezilor, autoritatea contractantă arată că, comisia de evaluare a constatat că informațiile preliminare din DUAE NU au fost demonstrate, deoarece nu a fost prezentat certificatul ANAF.

Având în vedere termenul îndestulător de răspuns la solicitarea de clarificări (7 zile), membrii comisiei de evaluare nu aveau obligația de acorda decalarea solicitată, în condițiile în care contestatoarea nu a făcut dovada vreunui demers în ceea ce privește obținerea certificatului ANAF, contestatoarea fiind singura responsabilă de obținerea acestuia în termenul solicitat. De asemenea, având în vedere că procedura de

atribuire trebuie finalizată cu celeritate, într-un termen de 20 de zile, ce se poate prelungi o singură dată cu 80 de zile, neexistând obligativitatea acordării unei perioade de decalare fără nicio justificare/dovadă din partea ofertantului, autoritatea contractantă precizează faptul că termenul de 7 zile de răspuns a fost suficient.

Așadar, autoritatea contractantă precizează că, oferta contestatoarei nu a fost exclusă din Procedura în raport de art. 165 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, cum în mod eronat susține aceasta în cadrul contestației, ci a fost respinsă ca inacceptabilă, ca urmare a nedepunerii Certificatului de atestare fiscală, în raport de dispozițiile art. 134 alin. (5) din Normele Metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, potrivit cărora: „în cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificări le/completări le solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”.

Autoritatea contractantă consideră că, un alt aspect deosebit de important este că solicitarea de a prelungi termenul de depunere a acestui document a fost adusă la cunoștința sa în ultima zi a termenului limită acordat în vederea depunerii documentelor suport DUAЕ, respectiv, în data de 16.09.2021, prin răspunsul la solicitarea de clarificare.

Prin urmare, autoritatea contractantă arată că, ofertantul a acționat cu o totală lipsă de diligență, contrar unui comportament profesionist, deoarece, un ofertant diligent ar fi transmis o astfel de solicitare de prelungire înainte de împlinirea termenului acordat pentru depunerea documentelor, nu în ultima zi a termenului, solicitând o prelungire de 1 zi, maximum 2 zile, ținând cont ca ANAF eliberează certificatul în maximum 3 zile.

Concluzionând, raportat la principiul tratamentului egal și al dispozițiilor legale, autoritatea contractantă apreciază că comisia de evaluare nu avea dreptul de a prelungi termenul inițial acordat în vederea depunerii documentelor suport DUAЕ, pentru următoarele considerente:

- ✓ dispozițiile art. 196 alin. (2)1 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, prevăd faptul că în cazul procedurilor simple(cum este cea din cauză), autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc documentele justificative DUAЕ stabilind un termen imperativ de prezentare a acestor documente de 5 zile lucrătoare. Or, comisia de evaluare a respectat acest termen, acordând ofertantului 7 zile pentru depunerea documentelor DUAЕ;
- ✓ procedura de eliberare a unui astfel de certificat durează maximum 3 zile la ANAF;
- ✓ solicitarea de decalare a fost formulată în ultima zi a termenului.

Astfel, autoritatea contractantă apreciază că, din dispozițiile legale în materia achizițiilor publice rezultă fără putere de tăgadă faptul că nu se putea accepta această decalare, o nouă solicitare de clarificări prin care ofertantul ar fi fost invitat să depună Certificatul fiscal într-un termen prelungit, ar fi fost de natură a încălca principiul tratamentului egal, ținând cont că la această procedură de atribuire au fost depuse 12 oferte.

Raportat la critica potrivit căreia „Autoritatea nu a demonstrat în niciun caz existența unor obligații fiscale restante”, autoritatea contractantă precizează că nu autoritatea contractantă trebuia să demonstreze aceste aspecte, ci însăși contestatoarea, care era obligată să prezinte documentele astfel cum au fost solicitate prin documentația de atribuire, în maniera în care acesta a declarat pe proprie răspundere în formularul DUAЕ. În altă ordine de idei, autoritatea contractantă arată că, nu existența/inexistența unor obligații fiscale restante a fost motivul respingerii ofertei, ci faptul că ofertantul nu a prezentat documentele suport DUAЕ, respectiv Certificatul fiscal în termenul de 7 zile acordat de către comisia de evaluare.

Având în vedere cele de mai sus prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca neîntemeiată, întrucât ofertantul avea obligația de a prezenta documentele suport DAUE în termenul solicitat, iar comisia de evaluare nu este obligată să acorde o decalare a termenului fără să fie prezentate justificări temeinice în acest sens.

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr. 98/2016, ale Normelor Metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, precum și ale Legii nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Prin adresa fn datată 21.10.2021, înregistrată la CNSC sub nr. , , , , S.R.L., lider al Asocierii , , , , S.R.L. - , , , , , , , , S.R.L., reprezentată convențional prin SCA în calitate de operator economic participant în asociere în cadrul procedurii, a formulat „cerere de intervenție”, prin care a solicitat: admiterea cererii de intervenție atât în principiu, cât și pe fond, cu consecința respingerii ca nefondată a contestației depusă de SC SRL.

I. Admisibilitatea cererii de intervenție

Intervenientul arată că, dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 reglementează posibilitatea operatorilor economici interesați să promoveze cerere de intervenție față de contestațiile formulate în legătură cu o procedură de atribuire.

În caracterizarea noțiunii de interes al intervenientului accesoriu, literatura juridică a apreciat că:

a) *„Interesul intervenientului este unul «preventiv» și el se apreciază în funcție de incidența pe care o poate avea asupra drepturilor sale hotărârea ce se ia în legătură cu cererea principală”*. Prin urmare, terțul intervine în proces nu pentru a obține condamnarea unei părți în propriul său profit, ci urmărește, prin apărările pe care le face, ca instanța să pronunțe o soluție în favoarea părții pentru care a intervenit; și

b) „Cererea prin care un terț ce justifică un interes solicită introducerea sa într-un litigiu în curs de desfășurare, pentru a sprijini apărarea uneia dintre părți [...] se numește intervenție voluntară accesorie. [...] Intervenientul accesoriu trebuie să justifice întotdeauna un interes propriu în cadrul procesului în care intervine, terțul trebuie să urmărească obținerea unui folos pentru sine, iar nu numai pentru partea a cărei poziție o susține. S-a arătat că interesul terțului ar fi acela de a sprijini partea pentru care intervine, față de care este legat printr-un interes juridic conex cu procesul”.

În speță:

a) Oferta depusă de către Asocieria „„, a fost declarată câștigătoare a Procedurii de atribuire, astfel cum rezultă din Adresa „„, nr. ;

b) Pe cale de consecință, Asocieria „„, arată că are dreptul de a încheia contractul de achiziție publică, corelativ obligației Autorității contractante de a încheia contractul cu societatea sa, astfel cum rezultă din dispozițiile art. 143 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016;

c) Întrucât contestația formulată de către vizează rezultatul Procedurii de atribuire și Raportul Procedurii de atribuire și fie afirmă, fie sugerează aspecte neadevărate în legătură cu acestea, iar potrivit dispozițiilor art. 15 din Legea nr. 101/2016, procedura de soluționare a contestațiilor se desfășoară cu respectarea principiilor legalității, contradictorialității și asigurării dreptului la apărare, „„, are un interes legitim, născut și actual de a interveni în cauză pentru a își proteja dreptul câștigat prin parcurgerea cu succes a tuturor etapelor Procedurii de atribuire;

d) Demersul procesual al Asocierii este orientat spre respingerea criticilor invocate de către prin contestația promovată împotriva rezultatului Procedurii de atribuire.

Asocieria „„, justifică, așadar, un interes legitim în a combate criticile invocate în legătură cu rezultatul Procedurii de atribuire, în vederea securizării dreptului propriu de adjudecare a Contractului.

ii. Contestația formulată de către

Prin contestație, ... susține faptul că (i) oferta acesteia ar fi fost exclusă în mod nelegal din Procedura de atribuire, (ii) Autoritatea contractantă nu ar fi demonstrat existența unor obligații fiscale restante față de bugetul de stat, care să conducă la excluderea ofertei, iar (iii) Autoritatea contractantă ar fi avut obligația de a acorda prelungirea termenului de depunere a Certificatului de atestare fiscală care să dovedească informațiile cuprinse în DUAE.

În esență, intervenientul arată, după cum se poate observa la o simplă analiză a contestației, că a rezultatului Procedurii de atribuire și a Raportului Procedurii de atribuire („Raportul Procedurii”), ... distorsionează și prezintă în mod eronat situația de fapt și motivele care au stat la baza respingerii ofertei sale ca inacceptabilă.

Astfel, intervenientul apreciază că, argumentația dezvoltată de către ignoră cu desăvârșire atât motivele care au îndreptățit Autoritatea contractantă să respingă oferta sa, cât și dispozițiile legale care au fundamentat soluția respingerii și care exclud posibilitatea Autorității

contractante de a prelungi termenul legal de 5 (cinci) zile pentru depunerea documentelor suport DUAЕ și de a solicita completări/clarificări suplimentare.

Așadar, intervenientul consideră că, susținerile invocate de către în sensul anulării rezultatului Procedurii de atribuire și a Raportului Procedurii sunt lipsite de suport legal, depășind atât cadrul legal aplicabil, cât și limitele temporale în care pot fi depuse documentele suport DUAЕ cu respectarea principiului legalității și al tratamentului egal.

Intervenientul susține, după cum va demonstra în continuare, că contestația este nefondată, impunându-se menținerea rezultatului Procedurii de atribuire ca fiind temeinic și legal.

iii. Contestația este nefondată

A. Oferta a fost respinsă ca inacceptabilă și nu exclusă

A.1. Verificarea documentelor suport DUAЕ. Neconcludența Răspunsului la Solicitarea de clarificări depusă de către

Inițial, se arată că, Autoritatea contractantă a declarat câștigătoare oferta depusă de către, sens în care, prin Solicitarea de clarificări nr. („Solicitarea de clarificări”), a solicitat acesteia din urmă să prezinte documentele suport pentru demonstrarea informațiilor prezentate în DUAЕ, termenul limită de depunere a acestor documente fiind stabilit la data de 16.09.2021.

Intervenientul arată că, prin Răspunsul la Solicitarea de clarificări din data de („Răspunsul la Solicitarea de clarificări”), înregistrat la ,,,, sub nr. , ... a depus o parte din documentele suport DUAЕ solicitate de către Autoritatea contractantă, iar, în ceea ce privește Certificatul de atestare fiscală, a menționat următoarele: „Ca urmare a procedurilor ANAF SC SRL nu am reușit să intrăm în posesia Certificatului De Atestare Fiscală, vă rugăm să decalați depunerea acestui certificat cu minim 7 zile.”

Astfel, analizând Răspunsul la Solicitarea de clarificări și documentele suport DUAЕ depuse de către, Autoritatea contractantă a respins oferta acesteia ca inacceptabilă, în temeiul dispozițiilor art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, concluzionând în mod corect faptul că Răspunsul la Solicitarea de clarificări este neconcludent, dat fiind că:

a) a avut la dispoziție nu mai puțin de 7 zile să transmită documentele suport DUAЕ (Le. până la data de); iar

b) Dispozițiile art. 5 alin. (1) din Ordinul ANAF nr. 3654/2015 privind aprobarea procedurii de eliberare a certificatului de atestare fiscală, a certificatului de obligații bugetare, precum și a modelului și conținutului acestora prevăd următoarele: „(1) Certificatul de atestare fiscală se emite în maximum 3 zile lucrătoare de la data depunerii cererii/adresei de eliberare a acestuia.”

Așadar, cu toate că avea suficient timp să depună, până în data de 16.09.2021, toate documentele suport DUAЕ solicitate, deci inclusiv Certificatul de atestare fiscală, intervenientul arată că aceasta a dat dovadă de o lipsă totală de diligență, neobținând Certificatul în

discuție și solicitând, prin chiar Răspunsul la Solicitarea de clarificări, prelungirea termenului de depunere a acestuia în ultima zi a termenului acordat de către Autoritatea contractantă în acest sens.

A.2. Temeiul legal și motivul respingerii ofertei

Intervenientul arată că, deși situația de fapt corectă este cea prezentată în secțiunea anterioară, prin contestație depusă, ... distorsionează în mod voit realitatea și prezintă o situație absolut diferită față de ceea ce a reținut Comisia de evaluare.

În esență, intervenientul arată că, deși susține faptul că oferta sa ar fi fost exclusă din Procedura de atribuire în temeiul dispozițiilor art. 165 din Legea nr. 98/2016 pe motiv că nu ar fi prezentat Certificatul de atestare fiscală solicitat de către Autoritatea contractantă prin Solicitarea de clarificări, pentru ca mai apoi Contestadoarea să facă o întreagă discuție despre cum nu înregistrează datorii la bugetul statului și despre cum oferta sa nu putea fi exclusă dat fiind că anterior comunicării rezultatului Procedurii către aceasta, a obținut Certificatul în discuție, oferta nu a fost exclusă din Procedura de atribuire în raport de dispozițiile art. 165 din Legea nr. 98/2016, astfel cum în mod eronat și distorsionat este prezentat în cadrul contestației, ci oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, în raport de dispozițiile art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, ca urmare a faptului că Răspunsul la Solicitarea de clarificări a fost neconcludent.

Așadar, intervenientul arată că, ... invocă dispozițiile art. 165 din Legea nr. 98/2016 care nu sunt aplicabile în prezenta cauză și nici măcar nu au fost invocate de către Comisia de evaluare ca justificare a soluției de respingere a ofertei, Singurele dispoziții legale care au fundamentat, în mod corect, decizia Autorității contractante de respingere a ofertei fiind cele ale art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, astfel cum s-a arătat anterior.

Ca atare, intervenientul susține că, raționamentul construit de către în jurul acestor dispoziții legale este vădit nefondat, având în vedere următoarele argumente:

a)..... nu a fost exclusă din Procedura de atribuire în raport de art. 165 din Legea nr, 98/2016, astfel cum rezultă cu certitudine din adresa de comunicare a rezultatului Procedurii către aceasta. Oferta a fost respinsă ca inacceptabilă în baza unui alt text legal decât cel indicat de către Contestadoare (art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016). Diferența între excludere și respingere ca inacceptabilă a ofertei este evidentă, cele două sancțiuni nefiind posibil a fi confundate;

b)Oferta nu a fost respinsă ca urmare a faptului că: (i) ofertantul și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, iar acest lucru a fost stabilit printr-o hotărâre judecătorească sau decizie administrativă având caracter definitiv și obligatoriu în conformitate cu legea statului în care respectivul operator economic este înființat sau cu cele ale statului membru al autorității contractante; ori ca urmare a faptului că (ii) ar exista mijloace adecvate prin care autoritatea contractantă ar putea demonstra că respectivul operator economic și-a încălcat obligațiile privind plata

impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, astfel cum este prevăd dispozițiile art. 165 din Legea nr. 98/2016;

c) Față de motivul real al respingerii ofertei ca inacceptabile, în temeiul art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, dat fiind că a prezentat un răspuns neconcludent în raport de Solicitarea de clarificări, nu prezintă relevanță faptul că aceasta a obținut Certificatul de atestare fiscală. Nu existența unor datorii la bugetului statului a reprezentat motivul respingerii ofertei, ci răspunsul furnizat de către în legătură cu Certificatul de atestare fiscală;

d) Autoritatea contractantă nu avea interes să demonstreze existența unor obligații fiscale restante față de bugetul general consolidat, întrucât nu acesta a fost motivul respingerii ofertei, ci faptul că nu a prezentat documentele suport DUAЕ, i.e. Certificatul de atestare fiscală în termenul acordat în acest sens;

e) Mai mult, aserțiunile Contestatoarei în sensul că Autoritatea contractantă nu putea exclude oferta sa câtă vreme, anterior deciziei de excludere, aceasta a achitat obligațiile fiscale, sunt eronate și, oricum, inaplicabile în speță, deoarece:

(i) Oferta sa nu a fost exclusă, ci respinsă ca inacceptabilă;

(ii) Nu există o decizie de excludere a ofertei întemeiată pe art. 165 din Legea nr. 98/2016;

(iii) Excepția de la art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 nu este aplicabilă, întrucât oferta nu a fost exclusă ca urmare a neachitării datoriilor la bugetul general consolidat, ci, așa cum am precizat anterior, ca urmare a transmiterii unui răspuns neconcludent față de Solicitarea de clarificări în ceea ce privește Certificatul de atestare fiscală.

A.3. Jurisprudență relevantă

Intervenientul arată că, în sensul în care transmiterea unui răspuns neconcludent la solicitările de clarificări adresate de Autoritatea contractantă atrage sancțiunea respingerii ofertei ca inacceptabilă s-a pronunțat o bogată jurisprudență a Consiliului și a instanțelor de judecată, sens în care redăm, succint, următoarele pasaje relevante:

a) *„În speța de față, autoritatea contractantă s-a aflat în situația în care la data limită de depunere a documentelor (05.05.2017) contestatoarea nu s-a conformat solicitărilor autorității contractante, respectiv nu a depus documentele solicitate.*

Demn de reținut, așa cum a fost mai sus menționat, este faptul că ... a transmis adresa nr. , în aceeași zi, respectiv 05.05.2017, stabilită ca data limită pentru depunerea documentelor solicitate.

Societatea contestatoare reclamă faptul că solicitarea de clarificări adresată de comisia de evaluare nu respectă dispozițiile legale în ceea ce privește termenul excesiv de scurt acordat, însă Consiliul reține că pasivitatea ofertantului contestator în așteptarea împlinirii termenului stabilit pentru depunerea documentelor solicitate (05.05.2017) și a adresei de comunicare a rezultatului procedurii, care în fapt echivalează cu atitudinea culpabilă a acestuia, nu poate justifica inițierea acum a unui demers judiciar pentru criticarea adresei în discuție. Nu este permis ca, ofertantul să rămână în expectativă pe durata intervalului cuprins între

data primirii adresei de solicitare clarificări și data stabilită pentru depunerea documentelor solicitate/comunicării rezultatului procedurii, iar după aflarea rezultatului să reclame faptul că solicitarea adresată de comisia de evaluare nu respectă dispozițiile legale. (...)

Așadar contestatoarea avea obligația de a comunica răspunsul său la solicitarea de clarificări a autorității contractante în termenul impus de aceasta. Solicitarea autorității contractante viza depunerea documentelor suport DUAЕ. (...)

În acest context, prin demersul său de a transmite actul nr. la data de 05.05.2017, data stabilită de autoritatea contractantă pentru transmiterea documentelor suport DUAЕ, prin care contestatoarea a solicitat prelungirea termenului "cu încă cel puțin 4 zile lucrătoare" (motivele invocate au fost în principiu de organizarea internă a asocierii cu care a participat la procedură și volumul mare al documentelor) autoarea contestației si-a asumat riscul să nu respecte termenul impus de autoritatea contractantă.

Dispozițiile art. 134 alin. (5) din H.C. nr. 395/2016 sunt clare în sensul că neprezentarea răspunsului la solicitarea de clarificări în termenul impus de autoritatea contractantă se sancționează cu respingerea ofertei.

Potrivit art. 125 din Legea nr. 98/2016, riscurile transmiterii ofertei, și pentru similitudine, a clarificărilor pe marginea ei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă. (...)

În concluzie, neprimind documentele solicitate în data specificată, după ce a atras atenția în cuprinsul solicitării sale că documentele trebuie depuse până la 05.05.2017, ora 15:30, Consiliul constată că autoritatea a procedat legal respingând oferta depusă de în acord cu art. art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016."

b) „La data de 07.08.2018 ora 10.41, intimata a solicitat petentei prezentarea documentelor justificative actualizate prin care să se demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție până la data de 09.08.2018 ora 00.00.

La data de 09.08.2018, petenta a transmis către autoritatea contractantă un e-mail (ce a fost înregistrat sub nr.), atașând Adresa de răspuns la solicitarea

Autorității contractante din 07.08.2018, semnată cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat, adresă prin care petenta a solicitat decalarea termenului de depunere în SICAP a documentelor justificative DUAЕ cu o zi, noul termen fiind 10.08.2018. Petenta a indicat autorității contractante faptul că deține toate documentele solicitate, cu excepția certificatului de atestare fiscală emis de Direcția de Taxe și Impozite Locale Ploiești, cele menționate fiind probate la data de 10.08.2018. De asemenea, în aceeași adresă de răspuns, petenta a mai arătat că la data de 09.08.2018 a încercat încărcarea în SEAP/SICAP a răspunsului său, însă sistemul nu a funcționat, sens în care a atașat mesajul de eroare generat de sistem.

Prin Procesul verbal nr. 7, înregistrat la intimată sub nr. , s-a hotărât ca oferta petentei să fie declarată inacceptabilă cu motivația că petenta nu a răspuns la solicitarea de clarificări postată în SICAP de către autoritatea contractantă. (...)

În consecință, în calitate de ofertant la procedura simplificată cu faza finală de licitație electronică pentru încheierea unui contract având ca obiect achiziția a 74 buc. Stații de lucru sistem pașapoarte electronice și temporare, CPV xxxxxxxx-5 Computere personale, clasat pe locul 1, petenta avea obligația, la solicitarea autorității contractante a prezentării documentelor justificative în orice moment pe durata desfășurării procedurii, potrivit art. 196 din Legea nr. 98/2016.

De aceea, Curtea apreciază că termenul de 2 zile lucrătoare solicitat de comisia de evaluare de încărcare în SICAP (SEAP) a documentelor de calificare actualizate este un termen legal.

În plus, petenta avea cunoștință încă din data de 31.07.2018, ora 16,00 că se situa pe primul loc în clasament, întrucât în SICAP, intimata optează, în cadrul runde de licitație, ca cea mai bună ofertă să fie vizualizată de către toți ofertanții, astfel încât, încă de la acea dată trebuia să efectueze demersurile în vederea solicitării documentelor de atestare fiscală de la autoritățile publice competente.

În acest fel, petenta nu a dat dovada de diligentă în depunerea acestor documente.

Curtea consideră că termenul de 2 zile lucrătoare este un termen rezonabil care se circumscrie dispozițiilor art. 2 alin 1 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, respectându-se principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică.

De asemenea, solicitarea de clarificări postată în SICAP (SEAP) în data de 07.08.2018, ora 10.41 nu a fost contestată de petenta, motiv pentru care conținutul acesteia a dobândit caracter definitiv, fiind tardive criticile privitoare la aceasta, în raport cu termenul prevăzut în Legea nr. 101/2016 și raportat la prevederile Legii nr. 98/2016";

c) „Pe fondul plângerii formulate de petenta B_B_B_S.A., Curtea constată că, prin adresa /21.10.2020 autoritatea contractantă a solicitat petentei B_B S.A. noi clarificări, fiind specificat că termenul limită de răspuns este 22.10.2020.

În data de 21.10.2020 petenta B_S.A. a procedat la formularea unei

solicitări de prelungire a termenului de răspuns cu 3 zile lucrătoare către autoritatea contractantă, solicitare introdusă în SEAP. Petenta a susținut că, deoarece nu a primit un răspuns la solicitarea de prelungire a termenului, a încercat să introducă în SEAP răspunsul la solicitarea de clarificări, însă accesul a fost restricționat de către autoritatea contractantă, aflându-se în imposibilitatea obiectivă de a urca răspunsul pe platforma SEAP.

În ceea ce privește solicitarea de prelungire a termenului de răspuns, în acord cu intimatul A_A_, acceptarea solicitării de acordare a unui termen suplimentar de răspuns ar fi constituit un avantaj evident în favoarea petentei, cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea

nr. 98/2016. Potrivit art. 2 din Legea nr. 98/2016 (2) Principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și a organizării concursurilor de soluții sunt: a) nediscriminarea; b) tratamentul egal. (...)

De asemenea, Curtea constată că nu este culpa autorității faptul că petenta a epuizat posibilitatea introducerii răspunsului în SEAP din cauza formulării solicitării de prelungire a termenului. Modul de operare în SEAP se impune a fi cunoscut de toți participanții la procedurile de achiziție publică, nefiind culpa autorității faptul că petenta nu a cunoscut faptul că prin solicitarea de prelungire a termenului nu va mai putea formula și răspunsul la clarificări.";

d) „Conform art. 172 alin. (2) din ordonanță, riscul transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră, cade în sarcina operatorului economic. Deși intimata a susținut că răspunsul la clarificările solicitate de autoritatea contractantă nu face parte din ofertă, susținerea nu poate fi luată în considerare, deoarece, analizând ofertele depuse, autoritatea contractantă a considerat necesar să se clarifice aspecte din oferta depusă în vederea atribuirii contractului de achiziție. Prin urmare, clarificările și răspunsul la clarificări privesc oferta depusă de SC D.C. SRL și îi sunt aplicabile dispozițiile sus- amintite în ceea ce privește riscul transmiterii ofertei.

Susținerile Consiliului vor fi înlăturate de către curtea de apel, deoarece tocmai pentru respectarea principiilor procedurii de achiziție publică, între care se află și principiul tratamentului egal, evaluarea ofertei contestatoarei prin raportare la clarificările transmise după termen nu poate fi acceptată.";

e) „În concluzie, este corectă afirmația petentei în sensul că, dacă ar solicita din nou același lucru, respectiv ca ofertantul să clarifice modul în care efectuează transportul materiilor explozive în condițiile respectării Legii nr. 126/1995, așa cum a reținut CNSC prin decizia contestată, ar încălca principiul nediscriminării și al tratamentului egal, întrucât intimata ar fi favorizată în raport de ceilalți participanți la procedură.

Riscul întocmirii răspunsului la solicitările de clarificări, la fel ca și cel al întocmirii ofertelor, cade în sarcina operatorului economic, acesta neputând să își invoce propria culpă ca motiv al nedepunerii de documente în sprijinul răspunsului formulat potrivit principiului «nemo auditur propriam turpitudinem allesans».

Curtea reține că, prin solicitarea de clarificări transmisă cu adresa nr. 3467/DRD/15.09.2015 și necontestată în termenul legal, petenta, în calitate de autoritate contractantă a acordat intimatei dreptul de a-și demonstra cu claritate conformitatea ofertei, acest drept fiind unul efectiv și nu iluzoriu, din moment ce intimata a avut posibilitatea de a răspunde acestor clarificări și de a depune toate documentele relevante în dovedirea modului de transportare a materiilor explozive, fiindu-i exclusiv imputabilă împrejurarea că a transmis un răspuns incomplet și neconcludent, nedepunând contractul despre care face mențiune în adresa de răspuns, ceea ce a avut drept consecință respingerea ofertei sale ca neconformă.";

f) „Prin urmare, Curtea apreciază că răspunsul petentei la prima solicitare de clarificări venită din partea entității contractante nu a fost concludent, astfel că această entitate nu putea să formuleze o a doua solicitare de clarificări, cu același obiect, prin aceasta fiind încălcat principiul tratamentului egal al participanților la procedura, în sensul că ofertanții care au răspuns concludent încă de la prima solicitare de clarificări a entității contractante sau care au depus o ofertă care nu a mai necesitat clarificări suplimentare au fost dezavantajați în raport cu cei căror li s-a cerut în mod repetat să clarifice același aspect, deși oferta lor trebuia respinsă la momentul constatării neconcludenței primului răspuns la clarificări.”

g) „Autoritatea contractantă a respins ca inacceptabile ofertele reclamantei și a Societății SRL pentru nedepunerea unor documente care să justifice informațiile cuprinse în DUAЕ, în concret nedepunerea declarației de eligibilitate a certificatului fiscal, a certificatului constatator emis de ORC, a cazierelor fiscale și judiciare pentru firmă și administrator, astfel cum acestea au fost solicitate prin „solicitarea de clarificare” nr. 120.10.2020 (aflat în prima mapă din dos. achiziției).

(...)

Într-adevăr, conform alin. 2 al art. 132 invocat de reclamantă „Comisia de evaluare are obligația solicitării documentelor doveditoare privind îndeplinirea criteriilor de calificare ofertantului clasat pe primul loc în urma aplicării criteriului de atribuire”, dar această dispoziție se referă la obligația comisiei de a verifica îndeplinirea criteriilor de calificare de către ofertantul clasat pe primul toc și nu la lipsa dreptului comisiei de a face verificări încă în procedura de atribuire, înțelesul prevederii legale fiind că, deși în etapa procedurii de verificare autoritatea are posibilitatea de a solicita depunerea unor documente suport DUAЕ, la finalizarea acestei proceduri, odată cu stabilirea clasamentului, intervine obligația solicitării documentelor justificative.

Conform art. 134 al. 5 din HG nr. 395/2016 „în cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă”, iar reclamanta nu a completat documentația conform celor solicitate de autoritatea contractantă pe cale solicitării de clarificare nr. 120. (mapa 1 din dos. achiziție), astfel că în mod legal oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă.

În raport de cele anterior menționate cererea reclamantei de cererii sale de reevaluare a ofertei sale este neîntemeiată și se impune a fi respinsă.”

B. Autoritatea contractantă nu avea dreptul de a prelungi termenul inițial acordat în vederea depunerii documentelor suport DUAЕ

Intervenientul susține că, autoritatea contractantă nu avea dreptul și, cu atât mai puțin, obligația de a prelungi termenul inițial acordat în

vederea depunerii documentelor suport DUAЕ, având în vedere dispozițiile art. 196 alin. (2¹) din Legea nr. 198/2016 care prevăd faptul că, în cazul procedurilor simplificate, cum este cea din cauză, Autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc documentele justificative care dovedesc informațiile cuprinse în DUAЕ numai după întocmirea clasamentului, stabilind un termen imperativ de prezentare a acestor documente de 5 zile lucrătoare.

Așadar, intervenientul învederează faptul că, autoritatea contractantă nu ar fi avut oricum posibilitatea de a prelungi termenul inițial de 7 zile calendaristice (5 zile lucrătoare), acordat Contestatoarei pentru a depune documentele suport DUAЕ, dat fiind că, în speță, ne aflăm în prezența unei proceduri simplificate, guvernate de reguli speciale, iar dispozițiile legale anterior invocate se opun unei astfel de posibilități.

Mai mult, intervenientul susține că, Autoritatea contractantă nu avea dreptul de a prelungi termenul de depunere, având în vedere și faptul că (i) pe de o parte, procedura de eliberare a Certificatului de atestare fiscală durează maximum 3 zile, conform dispozițiilor art. 5 alin. (1) din Ordinul ANAF nr. 3654/2015, iar (ii) pe de altă parte, solicitarea formulată în acest sens de către a fost transmisă în ultima zi a termenului acordat pentru depunerea documentelor suport DUAЕ, ofertantul dând dovadă de pasivitate și lipsă de diligență.

Prin urmare, intervenientul susține că a acționat cu o totală lipsă de diligență, contrar unui comportament profesionist al unui operator economic care își dorește semnarea unui contract de achiziție publică. Un ofertant diligent ar fi transmis o astfel de solicitare de prelungire înainte de împlinirea termenului acordat pentru depunerea documentelor, nu în ultima zi a termenului acordat de către Autoritatea contractantă.

C. Autoritatea contractantă nu avea posibilitatea de a solicita completări/clarificări suplimentare ale documentelor suport DUAЕ

Contrar susținerilor, intervenientul arată că, Autoritatea contractantă nu ar fi avut posibilitatea de a solicita completări/clarificări suplimentare ale documentelor suport DUAЕ, întrucât dispozițiile art. 196 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, care ar îndreptăți Autoritatea să solicite astfel de completări/clarificări nu sunt aplicabile în cauză, sens în care învederează următoarele argumente:

a) Procedura de atribuire este una simplificată, termenul de prezentare a documentelor suport DUAЕ fiind unul imperativ, impus prin dispozițiile art. 196 alin. (21) din Legea nr. 98/2016 citate mai sus;

b) Completări și clarificări ale documentelor pot fi solicitate doar în cazurile reglementate la alin. (1) și (2) de la art. 196 din Legea nr. 98/2016, nu și în cazul procedurii simplificate, reglementate la alin. (21) din Legea nr. 98/2016;

c) Prin urmare, date fiind dispozițiile art. 196 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, legiuitorul exclude posibilitatea Autorității contractante de a solicita completări ori clarificări ale documentelor suport DUAЕ în cazul

procedurii simplificate pentru care legea instituie o excepție la alin. (2¹) al art. 196 din Legea nr. 98/2016;

d) Întrucât excepțiile sunt de strictă interpretare și aplicare, rezultă că în cazul procedurilor simplificate, legiuitorul a înțeles să excludă dreptul Comisiei de evaluare de a solicita completarea/clarificarea documentelor suport DUAЕ depuse de către ofertant.

Așadar, chiar dacă s-ar aprecia, ad absurdum, că Autoritatea contractantă ar fi avut dreptul de a solicita completări/clarificări suplimentare, deși Procedura de atribuire este una simplificată guvernată de reguli restrictive, impuse ca atare în legislație, intervenientul consideră că, o nouă solicitare de clarificări prin care ar fi fost invitată să depună Certificatul de atestare fiscală într-un termen prelungit, ar fi fost de natură a încălca principiul tratamentului egal, câtă vreme în Procedura de atribuire au fost depuse 12 oferte, dintre care 3 admisibile și cu șanse reale de a câștiga Contractul, respectiv ofertele depuse de către, ,,,, și Asocierea Oberhauser Invest S.R.L. - Horialex S.R.L. - Procad Business S.R.L.

Astfel, intervenientul susține că, principiul tratamentului egal presupune ca toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în elaborarea ofertelor lor și, prin urmare, acestea să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții.

În susținere, se arată că, în practica CJUE, principiul tratamentului egal a fost pus în balanță cu principiul transparenței, sens în care s-a reținut că:

a) „Enumerarea exhaustivă de la articolul 24 primul paragraf din Directiva 93/37 nu exclude totuși posibilitatea statelor membre de a menține sau de a adopta reguli materiale destinate în special să asigure, în domeniul achizițiilor publice, respectarea principiului egalității de tratament, precum și a principiului transparenței pe care îl implică acesta din urmă, care sunt impuse autorităților contractante în orice procedură de atribuire a unui astfel de contract.

Principiile menționate, care au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă constituie într-adevăr temeiul directivelor privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice, iar obligația autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive. 1,22;” (Hotărârea CJUE pronunțată la data de 16 decembrie 2008 în cauza Michaniki, C-213/7).

b) „Astfel, potrivit unei jurisprudențe constante, autoritatea contractantă este obligată să asigure, în fiecare fază a unei proceduri de cerere de ofertă, respectarea principiului egalității de tratament și, în consecință, egalitatea de șanse a tuturor ofertanților. Principiul egalității de tratament între ofertanți, care are ca obiectiv favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective între întreprinderile participante la o procedură de achiziții publice, impune ca toți ofertanții să dispună de

aceleași șanse în elaborarea ofertelor lor și presupune, prin urmare, ca acestea să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Din jurisprudență reiese, de asemenea, că principiul egalității de tratament presupune o obligație de transparență pentru a permite verificarea respectării sale. Acest principiu al transparenței are ca scop, în esență, să garanteze că este înlăturat riscul de favoritism și de comportament arbitrar din partea autorității contractante." (Hotărârea CJUE pronunțată la data de 19 martie 2020 în cauza T-50/05, *Evropaiki Dynamiki - Proigema Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE*).

c) „Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun de asemenea oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului (Hotărârea din 29 martie 2012, *SAG ELV Slovensko și alții*, C 599/10, EU:C:2012:191, punctul 36, precum și Hotărârea din 10 octombrie 2013, *Manova*, C 336/12, EU:C:2013:647, punctul 31)”;

d) „(...) o cerere de clarificare a unei oferte, care poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie, în principiu, adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație (a se vedea în acest sens Hotărârea *SAG ELV Slovensko și alții*, citată anterior, punctele 42 și 43). (...)

În sfârșit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le a fost adresată (Hotărârea *SAG ELV Slovensko și alții*, citată anterior, punctul 41)."

Mai mult, intervenientul apreciază, contrar celor susținute de către, că deciziile luate de o Comisie de evaluare, chiar din cadrul aceleiași Autorități contractante, într-o altă Procedură de atribuire, nu pot fi impuse unei alte Comisii de evaluare, în condițiile în care (i) Procedurile sunt diferite, (ii) numărul de ofertanți este diferit și, oricum, (iii) Comisiile sunt independente și alcătuite din membri diferiți.

Așadar, intervenientul susține că, în niciun caz decizia de respingere a ofertei nu poate fi considerată disproporționată ori excesiv de formalistă, de vreme ce deciziile adoptate de alte Comisii de evaluare nu sunt obligatoriu de urmat, iar Comisia de evaluare din prezenta Procedură de atribuire a respectat întocmai dispozițiile legale incidente. În esență, deciziile sunt adoptate de către Autoritatea contractantă prin raportare exclusiv la Procedura de atribuire în cauză, nu la alte Proceduri de atribuire, care, în opinia sa, nu au relevanță în speța dedusă judecății.

Pentru toate motivele anterior expuse, intervenientul solicită Consiliul să admită cererea de intervenție atât în principiu, cât și pe fond, cu consecința respingerii contestației și menținerii ca fiind temeinic și legal a rezultatului Procedurii de atribuire.

În drept, se invocă dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, art. 61 și urm. C. pr. civ., precum și toate celelalte dispoziții Legale la care a făcut referire în cuprinsul prezentei.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. , SC ,,,SRL a formulat „concluzii scrise”, prin care a solicitat:

1.În temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) al Legii nr. 101/2016, (i) anularea Comunicării privind Rezultatul Procedurii de Atribuire înregistrată la Autoritate sub nr. - Anexa nr. 1, a (ii) Raportului Procedurii de Atribuire din 05.10.2021 - Anexa nr. 2, precum și a oricăror alte acte subsecvente ale Autorității contractante;

2.Obligarea Autorității contractante la reevaluarea ofertei sale tehnice și financiare, precum și la reevaluarea îndeplinirii criteriilor de calificare conform Documentelor Suport DUAЕ;

3.Obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de litigiul în cauză, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016.

În motivare, contestatorul învederează următoarele:

Cu titlu prealabil, contestatorul învederează faptul că, alegațiile Intervenientei privind împrejurarea că Societatea s-a referit la „excluderea ofertei” cu titlu eronat, dat fiind că ne aflăm în prezența unei respingeri drept „inacceptabile a ofertei”, sunt nefondate, cu titlu principal, întrucât, este evident că a utilizat termenul „excludere” în sensul general al eliminării ofertantului în mod nefondat din Procedura de Atribuire - chiar dacă sancțiunea specifică aplicată poate respingerea drept „neconformă” ori „inacceptabilă” a ofertei, în sine efectul juridic ține întotdeauna de o excludere.

De aceea, contestatorul menționează că, se va referi în continuare inclusiv la excluderea Societății, cu precizarea desigur că aceasta se referă la respingerea drept inacceptabilă a ofertei în prezenta cauză.

1.2 Intervenienta ,,, susține în mod nefondat existența unui răspuns neconcludent. Societatea a depus toate documentele DUAЕ și a solicitat întemeiat un termen suplimentar pentru Certificatul fiscal

În cadrul Comunicării privind Rezultatul Procedurii, contestatorul arată că Autoritatea contractantă se limitează să susțină formal că Societatea „a prezentat un răspund neconcludent” - teză expusă și de intervenienta Simion, prin solicitarea unui termen suplimentar în vederea depunerii Certificatului de Atestare fiscală, motiv pentru care urmează să respingă oferta Societății drept inacceptabilă.

În fapt, contestatorul arată că, Autoritatea contractantă a „încercat” practic să alăture două cazuri de excludere absolut distincte, reglementate de dispoziții legale distincte, fără ca vreunul dintre aceste două cazuri de excludere să fie incident:

i. În primul rând, Răspunsul Său nu a fost unul „neconcludent”, ci a vizat o solicitare extrem de clară și inteligibilă, în sensul acordării unui termen suplimentar de 7 zile.

Contestatorul arată că, Intervenienta se referă la existența unui răspuns neconcludent, situație ce ar fi reclamat existența unei imposibilități de a înțelege răspunsul Societății sau o lipsă a oferirii unei clarificări cu privire la cerințele Autorității - acesta fiind sensul dispoziției legale cuprinsă în art. 134 alin. (5) din Normele Metodologice ale Legii nr. 98/2016 - situație premisă a respingerii ofertei drept inacceptabile.

În sens contrar, contestatorul învederează că a transmis toate documentele suport DUAE solicitate și detalii relevante cu privire la fiecare document, iar cu privire la solicitarea privind dovada inexistenței datoriilor fiscale, a solicitat exclusiv un termen suplimentar de 7 zile pentru depunerea Certificatului de atestare fiscală.

Mai mult, contestatorul consideră că, prezintă o relevanță deosebită faptul că Societatea a motivat solicitarea adresată, cu referire la „Procedurile ANAF”, astfel încât în niciun caz răspunsul nu putea fi considerat drept unul neconcludent, situație asimilată lipsei unui răspuns lămuritor, real, care să răspundă efectiv cererii adresate.

Un răspuns neconcludent, după cum este indicat și prin jurisprudența depusă de Intervenientă, ține de omisiunea de a răspunde unei solicitări - însă în cazul de față s-a răspuns detaliat fiecărei solicitări din DUAE, iar exclusiv cu privire la Certificatul fiscal s-a solicitat motivat un termen suplimentar.

contestatorul apreciază că, în niciun caz un răspuns ce ar necesita clarificări, completări sau acordarea unui termen suplimentar nu poate fi automat considerat „neconcludent” pentru a justifica respingerea unei oferte, deoarece, printr-o astfel de viziune conservatoare și formalistă, principiul proporționalității în materia achizițiilor publice ar fi lipsit de orice conținut substanțial.

În orice situație în care s-ar solicita un termen suplimentar sau ar fi necesare clarificări suplimentare, contestatorul arată că nu poate fi considerat automat că răspunsul operatorului economic a fost unul „neconcludent”, deoarece astfel s-ar permite utilizarea unui termen instituit de legiuitor pentru situații obiective de neconcludență, într-un sens profund subiectiv și aflat la discreția marjei de voință a Autorității contractante.

Mai mult, contestatorul arată că, nu există niciun fel de interdicție legală de a reveni cu solicitarea de clarificări în temeiul art. 209 din Legea nr. 98/2016, susținerile „,,,” privind pretinsul avantaj disproporționat fiind în mod evident, neîntemeiate:

> Noțiunea de avantaj disproporționat nu se poate referi la simplele nemulțumiri ale celuilalt ofertant sau la posibilitatea de a completa un înscris cu privire la care s-a solicitat motivat oferirea unui minim termen suplimentar de răspuns, motivat de procedurile ANAF de obținere a Certificatului fiscal. Această noțiune se referă la o posibilitate nepermisă de generare a unui avantaj ce înlătură transparența și concurența onestă între operatorii economici, precum modificarea ofertei

tehnice sau financiare, iar nu o simplă solicitare cu privire la un singur aspect din DUAЕ de prelungire a termenului;

> Chiar Intervenienta „„„ ar trebui să aibă cunoștință de împrejurarea că „„„„ în numeroase Proceduri solicită chiar în repetate rânduri clarificări sau completări cu privire la DUAЕ, în măsura în care lipsesc anumite documente sau în măsura în care sunt necesare clarificări. Documentele de calificare DUAЕ nu reprezintă o ofertă tehnică sau o ofertă financiară, astfel încât să poată fi preconstituite avantaje competiționale prin modificarea unui element deja depus, ci reprezintă exclusiv verificarea capacității profesionale și lipsa incidenței unor situații de excludere. Punctual vorbind, scopul depunerii Certificatului fiscal este acela de a demonstra lipsa datoriilor, astfel încât esența discuției nu ținе de împrejurarea că s-a solicitat un minim termen suplimentar, ci de împrejurarea că era în interesul bunei derulări a Procedurii și a eficienței economice ca ofertantul aflat pe primul loc să fie tratat cu proporționalitate, astfel încât să se verifice efectiv dacă avea sau nu datorii la bugetul de stat.

> Intervenienta Simion tratează cu maximă „severitate formalistă” conduita Societății, dar omite faptul că, în faza de evaluare tehnică, a omis să depună "Centralizatorul cu personalul minim necesar pentru prestarea serviciilor" (pag. 439 din dosarul achiziției), ce a fost depus în urma unei solicitări de clarificări transmise cu maximă indulgență de Autoritatea contractantă.

> Fără a critica oferta tehnică a Intervenientei (deoarece în niciun caz nu prezintă motive noi de contestație), această apărare de fond reflectă serioase dubii cu privire la tratamentul egal al Autorității contractante - de vreme ce Societatea este exclusă când solicită un termen suplimentar pentru a depune un simplu document de calificare, Intervenienta Simion nu este sancționată în nicio manieră în momentul în care omite să depună un document ce era în măsură să îi procure un real avantaj prin posibilitatea completării ulterioare a unui document ce ținea de oferta tehnică - aspect ce permite indirect o modificare a ofertei tehnice, conduită sancționată expres cu excluderea din Procedura de Atribuire.

> Inclusiv solicitarea de clarificări a prelungit durata evaluării, astfel încât, în opinia contestatorului, este profund eronat ca Autoritatea să argumenteze exclusiv că cererea sa motivată ar fi prelungit evaluarea - de vreme ce oricum termenul final de evaluare s-a prelungit nu cu 7 zile, ci cu 14-15 zile determinat de revenirea cu solicitarea documentelor DUAЕ către Intervenienta Simion.

ii. În al doilea rând, Autoritatea nu a demonstrat în niciun caz existența unor obligații fiscale restante față de bugetul de stat, astfel cum impun dispozițiile art. 165 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016

Contestatorul arată că, prevederile art. 165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 dispun în sensul că excluderea poate opera exclusiv în ipoteza în care Autoritatea contractantă este în măsură să demonstreze existența unor obligații fiscale restante la bugetul de stat ori există cel puțin indicii clare în acest sens:

„1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire orice operator economic despre care:

a) fie are cunoștință că și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, iar acest lucru a fost stabilit printr-o hotărâre judecătorească sau decizie administrativă având caracter definitiv și obligatoriu în conformitate cu legea statului în care respectivul operator economic este înființat sau cu cele ale statului membru al autorității contractante;

b) fie poate demonstra prin orice mijloace adecvate că respectivul operator economic și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat."

Or, contestatorul susține că, în situația dată, Autoritatea nici nu avea cunoștință de astfel de împrejurări, nici nu era în măsură să demonstreze că Societatea și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor.

Mai mult, contestatorul menționează că, societatea sa cu bună-credință solicitase exclusiv un termen suplimentar de 7 zile pentru a depune Certificatul de atestare fiscală, adică documentul utilizat pe scară largă în vederea demonstrării inexistenței datoriilor fiscale și care dovedește facil inexistența acestor datorii, fără a fi necesare alte clarificări suplimentare.

Contestatorul apreciază că, rigoarea textului de lege de mai sus redată, impunea ,,,, să solicite o clarificare suplimentară în sensul prelungirii termenului de depunere, dat fiind că nu exista nicio dovadă privind existența unor datorii la bugetul de stat. De altfel, contestatorul precizează că a și argumentat rațiunea pentru care solicită acest termen suplimentar, cu referire expresă la „procedurile ANAF”, iar nu a depus o solicitare lipsită de motivație.

Însă, contestatorul arată că, chiar la momentul acestei solicitări, nu exista nici măcar un indiciu, iar nu probe concrete, în sensul existenței unor datorii fiscale restante la bugetul de stat, dat fiind faptul că:

> Societatea a depus anexat Documentelor Suport DUAЕ dovada existenței unor disponibilități financiare în conturi în cuantum de 2,2 mil. RON, astfel cum era impus prin Documentația de Atribuire. Deși nu reprezenta o probă certă a lipsei datoriilor fiscale restante la bugetul de stat, acest aspect reprezenta în mod firesc un indiciu că Societatea deține resursele necesare pentru a nu înregistra astfel de debite, motiv ce justifică acordarea termenului suplimentar de răspuns - și în niciun caz nu conducea la concluzia formulării unui răspuns neconcludent, ce ar „ascunde” existența unor datorii fiscale;

> Prin Documentele Suport DUAЕ, Societatea a dovedit inclusiv existența unei experiențe similare însemnate cu proiecte de execuție de lucrări finalizate, astfel încât și din acest aspect rezultau indicii temeinice în sensul inexistenței oricăror datorii la bugetul de stat.

În consecință, contestatorul susține că nu erau incidente prevederile art. 165 alin. (1) privind existența unui motiv de excludere din perspectiva dovedirii unor datorii restante față de bugetul de stat, astfel

încât excluderea Societății a fost realizată cu încălcarea situației premisă de excludere.

2.2 În subsidiar, chiar dacă s-ar considera că Societatea înregistra datorii fiscale la momentul solicitării depunerii documentelor suport DUAЕ, contestatorul susține că este pe deplin aplicabilă excepția prevăzută de art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, textul de lege care prevede expres o excepție de la sancțiunea excluderii, pentru ipoteza în care operatorul economic achită debitele înregistrate anterior deciziei de excludere: „(2) Operatorul economic nu este exclus din procedura de atribuire dacă, anterior deciziei de excludere, își îndeplinește obligațiile prin plata impozitelor, taxelor sau contribuțiilor la bugetul general consolidat datorate ori prin alte modalități de stingere a acestora sau beneficiază, în condițiile legii, de eşalonarea acestora ori de alte facilități în vederea plății acestora, inclusiv, după caz, a eventualelor dobânzi ori penalități de întârziere acumulate sau a amenzilor.”

La data de 20.09.2021, contestatorul arată că a obținut Certificatul de atestare fiscală ce atestă tocmai lipsa oricăror datorii scadente la bugetul de stat - depus în Anexa nr. 4 a contestației, Decizia de excludere a Societății sale fiind comunicată abia la 05.10.2021, 15 zile mai târziu (deși desigur nu era posibilă niciun fel de decalare a finalizării Procedurii), perioadă în care ,,,, nu a adresat o minimă solicitare de clarificări, astfel încât să ofere cadrul instituțional de comunicare a dovezilor privind lipsa obligațiilor restante.

Prin urmare, contestatorul consideră că, în mod evident sunt incidente dispozițiile textului de lege sus citat, în sensul că Autoritatea avea obligația de a nu exclude Societate, iar decizia luată cu încălcarea art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 este lovită de nulitate. Mai mult, contestatorul învederează faptul că textul nu impune nicio altă obligație operatorului economic, ci exclusiv obligația de a își achita datoriile restante până la momentul deciziei de excludere - o aplicație a principiului „acoperirii” efectelor nulității din materia dreptului civil.

Totodată, în opinia sa, prezintă o relevanță deosebită faptul că Societatea a comunicat Certificatul de Atestare fiscală din 20.09.2021 către ,,,, în aceeași perioadă în care în prezenta Procedură ,,,, nu a prelungit termenul de răspuns, în cadrul Procedurii de Atribuire "Executia de lucrari pentru obiectivul de investitii: „Consolidare, reparatie capitala si etajare la P.T. Cluj”, cu o valoare de peste 19 mil. RON, unde Societatea a solicitat de asemenea o prelungire a termenului de răspuns la clarificări, iar Comisia de evaluare a răspuns afirmativ acestei solicitări - depunând Solicitarea și Răspunsul ,,,, în Anexa nr. 7:

„Având în vedere solicitarea dumneavoastra cu privire la prelungirea termenului de depunere pentru Certificatului de atestare fiscală, Comisia de evaluare a hotarat in unanimitate prelungirea acestuia cu 7 zile.

Documentele se vor pune la dispoziția Comisiei de evaluare prin intermediul SICAP până la data de 21.09.2021, semnate cu semnătură electronică extinsă conform art. 123 alin. (3) din HG nr. 395/2016.”

Dincolo de conduita proporțională și diametral opusă a Comisiei de Evaluare din acea Procedură de Atribuire, ce va fi detaliată în continuare, contestatorul apreciază că, prezintă o deosebită relevanță faptul că aceeași Autoritate contractantă a avut la dispoziție, în perioada de referință, dovada lipsei existenței oricăror datorii la bugetul de stat, un argument suplimentar cu privire la aplicarea excepției de la cazul general de excludere.

În consecință, dat fiind faptul că Societății i-a fost eliberat Certificatul de atestare fiscală cu peste 15 zile anterior Deciziei de excludere, contestatorul solicită Consiliului să observe faptul că actele Autorității contractante sunt lovite de nulitate și se impune reevaluarea ofertei Societății și a îndeplinirii criteriilor de calificare.

2.3 ,,,, avea obligația de a acorda prelungirea termenului și de a reveni cu o solicitare de clarificări în acest sens - aspect demonstrat și prin conduita ,,,, din altă Procedură de Atribuire derulată în aceeași perioadă.

În cauză, contestatorul arată că, adresarea unei cereri de clarificări Societății în temeiul art. 209 din Legea nr. 98/2016 ar fi condus în mod automat la clarificarea celor de mai sus, la validarea ofertei Societății și la evitarea tuturor inconvenientelor cauzate tuturor părților implicate în Procedura de Atribuire, derivate din soluționarea unei contestații.

Așadar, contestatorul consideră că, din interpretarea coroborată a art. 209 și respectiv art. 165 din Legea nr. 98/2016, în temeiul principiului proporționalității și scopului eficienței economice, rezultă în mod cert că în astfel situații, mai ales în momentul în care un operator economic prezintă o solicitare justificată în acest sens, Autoritatea contractantă are o obligație efectivă de a reveni cu o solicitare de clarificări, menită să acorde prelungirea justificată a termenului.

contestatorul precizează că, nu a omis să răspundă la solicitarea Documentelor suport DUAЕ și a răspuns detaliat și conform acestei solicitări, oferind dovezile suport detaliate pentru toate criteriile de calificare. Cu privire la Certificatul de atestare fiscală, contestatorul arată că, a solicitat motivat prelungirea termenului cu 7 zile, determinat de durata „procedurilor ANAF”. Oricum, analiza celorlalte documente suport DUAЕ nu a necesitat doar 7 zile, ci 15 zile până la momentul Comunicării Rezultatului Procedurii, astfel încât, acordarea unei minime prelungiri a termenului nu era nici măcar de natură să perturbe celeritatea derulării Procedurii de Atribuire.

Astfel, se arată că, art. 209 din Legea nr. 98/2016 prevede:

„(1) În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.”

În acord cu practica națională și respectiv a CJUE, contestatorul arată că, această prerogativă a Autorităților contractante a devenit o

obligatie a acestora, derivată din respectarea principiului proporționalității în materia măsurilor dispuse, mai ales în situațiile în care nu vorbim de elemente lipsă ale ofertei, ci de o necesitate obiectivă de clarificare a inexistenței oricăror obligații fiscale restante.

În plus, contestatorul arată că, nu ne aflăm în prezența unei omisiuni de răspuns neglijente din partea operatorului economic, care pur și simplu ar fi omis să atașeze Certificatul de atestare fiscală, ci în prezența unei situații obiective și a unui operator economic diligent, care a solicitat motivat prelungirea termenului de depunere a Certificatului de atestare fiscală.

De asemenea, contestatorul apreciază că, prezintă o deosebită relevanță faptul că, o altă Comisie de Evaluare din cadrul „„„, în cadrul Procedurii privind reabilitarea clădirii Parchetului din Cluj, a avut o conduită diametral opusă și a respectat principiul proporționalității și scopul eficienței economice, respectiv a acordat un termen de prelungire privind depunerea Certificatului de atestare fiscală - depunând documentele ce demonstrează aspectele învederate în cadrul Anexei nr. 7.

Astfel, contestatorul susține că, chiar conduita aceleiași Autorități contractante reflectă maniera în care a fi trebuit respectat principiul proporționalității, în sensul revenirii cu o solicitare de clarificări privind depunerea Certificatului de atestare fiscală.

Mai mult, contestatorul consideră că este paradoxal și lipsit de orice predictibilitate în materia achizițiilor publice ca în situații absolut identice (iar nu doar similare) aceeași Autoritate contractantă să dea dovadă de transparență și flexibilitate într-o anumită procedură, iar în altă procedură să menționeze formal că „răspunsul a fost neconcludent” - răspuns ce viza o solicitare punctuală și pertinentă de prelungire a unui termen, fiind lipsit de orice posibilitate neconcludență.

Contrar susținerilor Intervenientei Simion, contestatorul arată că, chiar dacă Comisiile de Evaluare sunt diferite, este eminamente necesară o conduită predictibilă și proporțională a aceleiași autorități contractante, simpla distincție a persoanelor din cadrul Comisiilor de Evaluare nefiind un argument ce poate legitima o asemenea conduită diametral opusă.

Mai mult, contestatorul precizează că, acea solicitare de prelungire nu viza toate criteriile de calificare, ci exclusiv un criteriu determinat, motivată fiind de o situație obiectivă.

În cadrul jurisprudenței naționale și a jurisprudenței CJUE, contestatorul arată că, a fost subliniat faptul că, întotdeauna autoritățile contractante au obligația să opteze pentru solicitări de îndreptare efective, care să conducă la clarificarea și regularizarea aspectelor neclare/erone, în dauna unor excluderi intempestive ale operatorilor economici, precum în situația de față:

„Principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie

disproporționate în raport cu scopurile urmărite” (Hotărârea Curții din 5 Mai 1998, National Farmers Union și alții, C-157/96, pct. 60).

„Acest principiu (al proporționalității) impune autorității contractante, atunci când acesta se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, să solicite precizări candidatului vizat, mai degrabă, decât să opteze pentru respingerea pură și simplă a ofertei acestuia.” (Hotărârea CJUE în cauza Tidelan Signal vs. Comisia Europeană, pct. 43).

Mai mult, se arată că, jurisprudența Consiliului și a Curților de Apel în situații similare a subliniat necesitatea acordării unui termen suplimentar și a unei solicitări suplimentare de clarificări, în vederea demonstrării inexistenței datoriilor fiscale restante:

„Cererea operatorului economic nu putea fi considerată nejustificată, ținând seama de toate cele mai sus constatate. În plus, o măsură de respingere a solicitării de prelungire a termenului de depunere a certificatului, în condițiile în care aceasta a fost formulată înăuntrul termenului acordat, termen în care a fost solicitată și eliberarea certificatului, reprezintă o măsură disproporționată raportat la scopul depunerii certificatului, interesul entității fiind acela de a obține înscrisul care să reflecte situația datoriilor la bugetul general consolidat.

Depășirea termenului stabilit de Consiliu pentru stabilirea noului al procedurii, în condițiile existenței unei stări de pasivitate din partea achizitoarei în perioada 21.11- 29.11, nu trebuia să conducă la limitarea posibilității societății contestatoare de a transmite documentele solicitate.” (Decizia CNSC nr. 6177/2018 -Anexa nr. 8);

„Iar, potrivit dispozițiilor art. 165 alin. 2 din Legea nr. 98/2016 se constată că legiuitorul a prevăzut și situația în care operatorul economic ofertant poate proba în cadrul procedurii de achiziție publică și anterior excluderii sale din procedură, că în privința unor obligații fiscale restante la bugetul general consolidat a operat fie stingerea acesteia, fie eşalonarea sa sau a obținut alte facilități de plată.” (Decizia nr. 2/2021 din 5 Ianuarie 2021 a Curții de Apel Timișoara)

În acord cu jurisprudența anterior citată, contestatorul susține că, Autoritatea contractantă avea o certă obligație proporțională de a acorda un termen de prelungire în vederea depunerii Certificatului de atestare fiscală, mai ales că, la acel moment, nu exista niciun indiciu al autorității cu privire la existența unei încălcări a obligațiilor fiscale ale Societății.

De asemenea, contestatorul învederează faptul că, aceste verificări au scopul final de a proba îndeplinirea unor criterii de calificare și a inexistenței unor situații de excludere, a unor încălcări concrete ale legislației. În consecință, contestatorul susține că, o simplă solicitare de prelungire a unui termen în vederea depunerii documentației nu poate niciodată să echivaleze cu constatarea existenței unui caz de excludere a operatorului economic dintr-o Procedură de Atribuire.

Cu titlu suplimentar, contestatorul solicită Consiliului să constate faptul că Societatea nu a solicitat în repetate rânduri un astfel de termen de prelungire și nici nu a omis să răspundă la orice solicitare de clarificări,

aspecte ce ar fi putut genera un avantaj disproporționat, ci o singură dată, pentru o situație determinată, ipoteză în care orice ofertant ar fi avut dreptul să procedeze în sens similar.

Mai mult, contestatorul arată că, jurisprudența prezentată de Intervenienta Simion, după cum rezultă chiar din aceasta, are în vedere o viziune formalistă ce a fost „lăsată în urmă” și de Consiliu în ultimii ani, dar și de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene.

În plus, contestatorul apreciază că, spețele prezentate au în vedere ori o omisiune totală de răspuns, ori o solicitare de prelungire abuzivă cu privire la toate punctele aferente documentelor DUAЕ, iar nu o situație determinată în care s-au prezentat toate documentele, dar s-a solicitat motivat un termen de răspuns suplimentar cu privire la un singur document, determinat de necesitatea unor proceduri suplimentare administrative.

Pentru toate argumentele anterior expuse, precum și pentru argumentele prezentate în cadrul contestației introductive, contestatorul solicită Consiliului să dispună admiterea contestației astfel cum a fost formulată și respectiv obligarea Autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul demers judiciar.

Cu adresa înregistrată la CNSC cu nr. , asocieria „„„ SRL, a formulat „concluzii scrise”, în replică față de susținerile din cuprinsul concluziilor scrise depuse la Consiliu în data de 02.11.2021 și care vizează prezentarea argumentelor intervenientei de natură a conduce la respingerea ca nefondată a contestației.

Dat fiind că, prin concluziile scrise formulate, ... reiterează, practic, susținerile din cadrul contestației, precum și față de caracterul vădit nefondat al acestora, intervenientul va prezenta în continuare, punctual, poziția sa față de acestea.

A. Concluziile scrise formulate de către

Prin concluziile scrise formulate, ... reiterează aceleași critici nefondate din cuprinsul contestației, cu următoarele nuanțe:

a) Termenul de „excludere” a ofertei ar fi fost utilizat în sensul general, respectiv în sensul eliminării ofertantului din Procedura de atribuire, chiar dacă sancțiunea aplicată a fost cea a respingerii ofertei ca inacceptabilă; efectul juridic ar fi, în sine, excluderea din Procedură;

b) Răspunsul la Solicitarea de clarificări depus de către nu ar fi fost neconcludent, ci ar fi vizat o solicitare extrem de clară și inteligibilă, în sensul acordării unui termen suplimentar de 7 zile;

c) Autoritatea contractantă ar fi transmis societății sale o Solicitare de clarificări, în vederea depunerii Centralizatorului cu personalul minim necesar pentru prestarea serviciilor, care ar fi condus la prelungirea duratei evaluării ofertelor;

d) Autoritatea contractantă nu ar fi demonstrat faptul că ar fi avut obligații fiscale restante față de bugetul de stat și, chiar dacă s-ar considera că ar fi înregistrat datorii fiscale la momentul depunerii documentelor suport DUAЕ, ar fi aplicabilă excepția de la art. 165 alin.

(2) din Legea nr. 98/2016, întrucât Certificatul de atestare fiscală ar fi fost obținut la data de 20.09.2021;

e) Altă Comisie de evaluare din cadrul aceleiași Autorități contractante ar fi acordat un termen de prelungire privind depunerea Certificatului de atestare fiscală, fiind necesară o conduită predictibilă și proporțională a Autorității contractante, chiar dacă persoanele din cadrul Comisiilor de evaluare ar fi diferite.

„„„ SRL consideră că niciuna dintre criticile formulate de către și reiterate prin concluziile scrise nu este fondată, după cum va arăta în sinteză în continuare.

B. Răspunsul la solicitarea de clarificări depus de către este neconcludent

Caracterul neconcludent al Răspunsului la Solicitarea de clarificări depus de către este susținut de următoarele argumente:

a) În primul rând:

(i) Chiar dacă pare că se referă la excluderea sa din Procedură în sensul general, respectiv al respingerii ofertei sale ca inacceptabile, totuși insistă în invocarea unor dispoziții legale care vizează tocmai un anumit caz de excludere, respectiv cel referitor la neplata impozitelor, taxelor și contribuțiilor la bugetul general consolidat, i.e. art. 165 din Legea nr. 98/2016;

(ii) Astfel cum a demonstrat pe larg în Cererea de intervenție, acest text legal nu este aplicabil, dat fiind că nu a stat la baza deciziei de respingere a ofertei

(iii) Autoritatea contractantă și-a fundamentat, în mod corect, decizia pe dispozițiile art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, astfel că orice alte temeiuri de respingere/excludere a ofertei nu pot fi reținute de către Consiliu. Cu atât mai puțin ar putea fi analizată decizia de respingere a ofertei în raport de aceste dispoziții legale.

b) În al doilea rând:

(i) Autoritatea contractantă nu încearcă să alăture două cazuri de excludere distincte în justificarea deciziei sale de respingere a ofertei, unicul temei legal reținut fiind art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016 referitor la respingerea ofertei ca inacceptabilă în urma transmiterii unui răspuns neconcludent, astfel cum a arătat deja;

(ii) Doar contestatoarea încearcă să creeze confuzie între motivul de respingere reținut de către Autoritatea contractantă și alte motive de respingere care nu au legătură în cauză; face trimitere în mod constant la alt temei legal, respectiv la art. 165 din Legea nr. 98/2016, cu toate că acesta nu este aplicabil.

c) În al treilea rând:

(i) Contrar celor susținute de către, Răspunsul la Solicitarea de clarificări nu a fost în niciun caz lămuritor, astfel încât să răspundă efectiv cererii Autorității contractante; din contră, intervenientul consideră că este lesne de observat faptul că nu a răspuns efectiv Solicitării de clarificări transmise de către Autoritatea contractantă;

(ii) Faptul că (1) a avut la dispoziție nu mai puțin de 7 zile să transmită documentele suport DUAЕ, deci inclusiv Certificatul de atestare

fiscală, acesta din urmă obținându-se în termen de maximum 3 zile lucrătoare, iar (2) solicitarea de prelungire a termenului de depunere a fost formulată în ultima zi a termenului acordat de către Autoritatea contractantă, prin chiar Răspunsul la Solicitarea de clarificări, justifică pe deplin respingerea ofertei ca inacceptabilă, ca urmare a neconcludenței vădite a Răspunsului contestatoarei.

d) În al patrulea rând:

(i) Contrar susținerilor, nu prezintă relevanță faptul că aceasta a obținut Certificatul de atestare fiscală, întrucât oferta acesteia nu a fost exclusă din Procedura de atribuire pentru existența unor datorii la bugetul statului;

(ii) Autoritatea contractantă nu trebuia să demonstreze existența unor obligații fiscale restante față de bugetul general consolidat, întrucât nu acesta a fost motivul respingerii ofertei, ci faptul că nu a prezentat documentele suport DUAE, i.e. Certificatul de atestare fiscală în termenul acordat în acest sens;

(iii) Așadar, excepția de la art. 165 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 nu este aplicabilă, întrucât oferta nu a fost exclusă ca urmare a unei pretense neachitări a datoriilor la bugetul general consolidat, ci, astfel cum a precizat anterior, ca urmare a transmiterii unui răspuns neconcludent față de Solicitarea de clarificări în ceea ce privește Certificatul de atestare fiscală.

C. Autoritatea contractantă nu avea dreptul de a prelungi termenul inițial acordat în vederea depunerii documentelor suport DUAE

În primul rând, susținerile referitoare la Solicitățile de clarificări transmise subscrisei de către Autoritatea contractantă sunt vădit nefondate, excedează obiectului cauzei și, ca atare, nu prezintă relevanță în prezenta dispută, având în vedere că:

a) Solicitățile de clarificări și Răspunsurile ce vizează oferta ,,,, nu fac obiectul contestației promovate de către; astfel cum însăși contestatoarea precizează în mod expres în concluziile scrise, criticile îndreptate împotriva ofertei sale nu pot face obiectul unor motive noi de contestație, întrucât acest demers ar fi inadmisibil, astfel cum prevăd dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 ;

b) Așadar, orice susținere/critică ce vizează Solicitățile de clarificări și Răspunsurile sale din cadrul Procedurii de atribuire ori pretinsa prelungire a duratei evaluării se impune a fi înlăturată, întrucât depășește limitele investiției Consiliului.

În al doilea rând:

a) faza de evaluare tehnică invocată de către este diferită de faza în care ofertantul desemnat câștigător are obligația depunerii documentelor suport DUAE, momentele în timp în care acestea se desfășoară, obiectul solicitărilor de clarificări și temeiurile legale fiind diferite, respectiv: (i) art. 209 din Legea nr. 98/2016 pentru transmiterea solicitărilor de clarificări pe parcursul derulării Procedurii de atribuire, deci inclusiv în etapa de evaluare a Propunerilor tehnice; și (ii) art. 196 din Legea nr. 98/2016 pentru transmiterea documentelor suport actualizate

DUAЕ de către ofertantul clasat pe primul loc, înainte de atribuirea contractului de achiziție publică;

b) așadar, cele două temeuri legale nu pot fi confundate, motiv pentru care solicitările de clarificări transmise subscrisei sau oricărui alt ofertant în faza de evaluare a Propunerii tehnice nu au relevanță în prezenta cauză, unde se analizează exclusiv neconcludența Răspunsului la Solicitarea de clarificări referitoare la transmiterea documentelor suport DUAЕ.

În al treilea rând:

a) reiterează faptul că în prezenta cauză sunt aplicabile dispozițiile art. 196 alin. (21) din Legea nr. 198/2016, care prevăd faptul că, în cazul procedurilor simplificate, cum este cea din cauză, Autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc documentele justificative care dovedesc informațiile cuprinse în DUAЕ numai după întocmirea clasamentului, stabilind un termen imperativ de prezentare a acestor documente de 5 zile lucrătoare;

b) așadar, Autoritatea contractantă nu ar fi avut oricum posibilitatea de a prelungi termenul inițial de 7 zile calendaristice (5 zile lucrătoare), acordat contestatoarei pentru a depune documentele suport DUAЕ, dat fiind că, în speță, se află în prezența unei proceduri simplificate, guvernate de reguli speciale, iar dispozițiile legale amintite anterior se opun unei astfel de posibilități.

D. Autoritatea contractantă nu avea posibilitatea de a solicita completări/clarificări suplimentare ale documentelor suport DUAЕ

Contrar susținerilor, există o interdicție legală de a se reveni cu o nouă solicitare de clarificări, respectiv dispozițiile art. 196 alin. (21) din Legea nr. 198/2016 citate anterior.

Așadar, față de imposibilitatea Autorității contractante de a solicita clarificări suplimentare, intervenientul arată că:

a) Procedura de atribuire este una simplificată, termenul de prezentare a documentelor suport DUAЕ fiind unul imperativ, impus prin dispozițiile art. 196 alin. (21) din Legea nr. 98/2016 menționate mai sus;

b) Completări și clarificări ale documentelor pot fi solicitate doar în cazurile reglementate la alin. (1) și (2) de la art. 196 din Legea nr. 98/2016, nu și în cazul procedurii simplificate, reglementate la alin. (21) din Legea nr. 98/2016, astfel cum am demonstrat deja;

c) Prin urmare, Autoritatea contractantă nu ar fi avut posibilitatea de a solicita completări/clarificări suplimentare ale documentelor suport DUAЕ;

d) Așadar, nu se pune problema existenței unei pretinse viziuni formaliste, așa cum susține în mod nefondat, de vreme ce tocmai dispozițiile legale mai-sus citate nu permit nicio derogare de la obligativitatea transmiterii documentelor suport DUAЕ în interiorul termenului imperativ de 5 zile lucrătoare;

e) Chiar dacă s-ar aprecia, ad absurdum, că Autoritatea contractantă ar fi avut dreptul de a solicita completări/clarificări suplimentare, deși Procedura de atribuire este una simplificată guvernată de reguli restrictive, impuse ca atare în legislație, o nouă solicitare de

clarificări prin care ar fi fost invitată să depună Certificatul de atestare fiscală într-un termen prelungit, ar fi fost de natură a încălca principiul tratamentului egal și de a acorda un avantaj evident contestatoarei;

f) Contrar susținerilor, jurisprudența redată pe larg în Cererea de intervenție este relevantă, linia de interpretare fiind una singură, respectiv aceea potrivit căreia ofertanții își asumă riscul netransmiterii documentelor solicitate de către Autoritatea contractantă, astfel că o nouă solicitare de clarificări nu poate avea decât efectul avantajării nejustificate a ofertantului care nu s-a conformat primei solicitări, transmițând în schimb un răspuns neconcludent.

Mai mult, contrar celor susținute de către, deciziile luate de o Comisie de evaluare, chiar din cadrul aceleiași Autorități contractante, într-o altă Procedură de atribuire, nu pot fi impuse unei alte Comisii de evaluare, în condițiile în care (i) Procedurile sunt diferite, iar nu identice astfel cum susține, (ii) numărul de ofertanți este diferit și, oricum, (iii) Comisiile sunt independente și alcătuite din membri diferiți.

În contextul dat, intervenientul consideră că nu subzistă afirmația în sensul că ar fi necesară o conduită predictibilă și proporțională a aceleiași Autorități contractante, de vreme ce deciziile adoptate într-o anumită Procedură de atribuire nu au niciun impact asupra unei alte Proceduri de atribuire.

Așadar, în niciun caz decizia de respingere a ofertei nu poate fi considerată disproporționată ori excesiv de formalistă, de vreme ce deciziile adoptate de alte Comisii de evaluare nu sunt obligatoriu de urmat, iar Comisia de evaluare din prezenta Procedură de atribuire a respectat întocmai dispozițiile legale incidente.

Pentru toate motivele anterior expuse și pentru cele dezvoltate pe larg în Cererea de intervenție, intervenientul solicită Consiliul să admită Cererea de intervenție atât în principiu, cât și pe fond, cu consecința respingerii contestației și menținerii ca fiind temeinic și legal a rezultatului Procedurii de atribuire.

Cu adresa înregistrată la CNSC cu nr. , ... SRL, a formulat „supliment de concluzii scrise”, prin intermediul cărora solicită Consiliului să respingă apărările formulate de Intervenienta ,,,, și să dispună admiterea contestației și obligarea Autorității contractante la suportarea cheltuielilor de judecată.

1. Intervenienta ,,,, invocă în mod cu totul nefondat o pretinsă interdicție legală a Autorității contractante de a reveni cu o solicitare de clarificări în vederea depunerii Certificatului fiscal - prevederile art. 196 alin. (3) permit tocmai o astfel de clarificare/completare a documentelor de calificare.

1.1 Aplicarea art. 196 alin. (3) contrară interpretării eronate și excesiv de formaliste a Intervenientei

Contestatorul arată că, intervenienta Simion susține în cadrul concluziilor scrise formulate o teorie excesiv de formalistă, interpretând practic art. 196 din Legea nr. 98/2016 drept un temei pentru posibilitatea

Autorității contractante de a reveni cu o solicitare de clarificare/completare cu privire la documentele de calificare în cadrul oricărei proceduri, cu excepția celei simplificate.

În primul rând, pentru înlăturarea acestor considerente profund neîntemeiate, contestatorul citează textelor de lege incidente:

„(2) Înainte de atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu excepția situației contractelor subsecvente atribuite în executarea unui acord-cadru, autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAЕ, cu excepția procedurilor desfășurate în mai multe etape când documentele justificative sunt solicitate înainte de transmiterea invitațiilor pentru etapa a doua către candidații selectați.

(21) Prin excepție de la dispozițiile alin. (1) și (2), în cazul procedurilor simplificate, autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc documentele justificative care dovedesc informațiile cuprinse în DUAЕ numai după întocmirea clasamentului, stabilind un termen de prezentare a acestor documente de 5 zile lucrătoare.

(3) Autoritatea contractantă poate invita candidații/ofertanții să completeze sau să clarifice documentele prevăzute la alin. (1) sau (2).”

În sens cu totul contrar interpretării eronate a Intervenientei Simion, contestatorul subliniază faptul că scopul art. 21 nu a fost în niciun caz acela de a interzice în cazul procedurii simplificate revenirea cu o solicitare de clarificări/completări (nu ar exista absolut nicio rațiune în acest sens, procedura simplificată nefiind totuși o achiziție directă), ci exclusiv acela de a contura regula potrivit căreia în cazul procedurii simplificate documentele suport DUAЕ vor fi solicitate doar după întocmirea clasamentului ofertanților.

Astfel, contestatorul arată că nu există niciun fel de interdicție legală ori motiv legitim pentru care alin. (3) nu s-ar aplica și procedurii simplificate, deoarece alin. 21 nu reprezintă o derogare de la regula generală a obligației de proporționalitate a Autorității contractante, ci reprezintă exclusiv o reglementare cu privire la momentul și ordinea în care sunt solicitate documentele suport DUAЕ în cazul procedurii simplificate.

De altfel, contestatorul apreciază că interpretarea Intervenientei este lipsită de orice rațiune practică, dat fiind că ar fi complet absurd ca în cazul unei negocieri fără publicarea unui anunț de participare (o procedură mult mai rapidă) să fie posibilă revenirea cu o solicitare de clarificare/completare, iar în cazul unei proceduri simplificate (ce implică o derulare mult mai îndelungată față de un NFP) să nu fie posibilă revenirea cu o solicitare de clarificări.

Așadar, contestatorul solicită Consiliul să observe faptul că Intervenienta prezintă o interpretare formalistă, însă lipsită de suport juridic real, exclusiv deoarece servește interesului său procesual.

Contestatorul susține că Obligația de proporționalitate a Autorității contractante nu poate fi (i) aplicată în cazul evaluării ofertei tehnice și

financiare în cazul oricărei proceduri, atunci când Intervenienta omite să depună un document esențial al ofertei tehnice, (ii) aplicată în cazul documentelor suport DUAЕ în cadrul „aproape” oricărei proceduri, (iii) dar pretins interzisă de lege exclusiv în cazul documentelor suport DUAЕ din cadrul unei Proceduri simplificate.

În consecință, contestatorul solicită Consiliului să observe faptul că art. 196 alin. (3) raportat la art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 produc depline efecte juridice și în cadrul procedurii simplificate și permiteau Autorității contractante să dispună revenirea cu o solicitare de clarificări.

1.2 Jurisprudența în spețe similare indică în mod expres obligația de proporționalitate a Autorității contractante în cauze similare

În primul rând, contestatorul solicită Consiliului să observe lipsa de relevanță a jurisprudenței formaliste prezentate de Intervenienta Simion.

Astfel, contestatorul consideră întreaga suită de spețe prezentate identifică, ori (i) ipoteza în care ofertantul nu a răspuns deloc unei solicitări de clarificări, ori (ii) ipoteza în care a solicitat o revenire integrală cu privire la documentele suport DUAЕ și nu a depus niciun astfel de document, fără un motiv întemeiat, situații cu totul diferite de prezenta cauză.

Așadar, contestatorul arată că, intervenienta încearcă să alăture niște situații premisă ce oricum nu au fost în toate cazurile tratate la fel de formalist în practica recentă a Consiliului și a instanțelor, însă omite faptul că aceste exemple nu se grefează pe situația premisă din prezenta cauză.

În sens cu totul contrar, contestatorul susține că, în prezenta cauză se impunea adresarea unei solicitări de completare/clarificare, în temeiul art. 196 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, dat fiind faptul că se impunea clarificarea cu privire la inexistența oricăror datorii fiscale restante la bugetul de stat. arată că a depus toate celelalte documente suport DUAЕ într-o manieră conformă și detaliată și nu a omis în niciun caz să se refere la Certificatul fiscal, ci a solicitat exclusiv o prelungire motivată de termen cu privire la acest aspect punctual.

Sub acest aspect, contestatorul arată că, în jurisprudența recentă a Consiliului, validată la nivelul Curții de Apel Alba Iulia, a fost reținut tocmai faptul că revenirea cu o solicitare de clarificare/completare față de cele depuse cu privire la cererea inițială de depunere a documentelor suport DUAЕ nu este de natură să avantajeze ofertantul câștigător:

-„Astfel, în mod corect Consiliul a reținut că susținerile contestatoarei, de favorizare a ofertantului câștigător, sunt lipsite de temei, întrucât documentele profită autorității contractante, iar solicitarea lor sau completarea cu diferite informații de confirmare nu conduce la o avantajare a ofertantului în cauză, care este, deja, câștigător al competiției derulate până la acel moment. În cauza nu se aplică dispozițiile art. 209 din Legea nr. 98/2016, etapa de evaluare a ofertelor fiind finalizată. În mod corect, potrivit art. 170 din Legea 98/2016 s-au acceptat documentele aferente înlocuirii subcontractantului care se afla în situație de excludere, context în care în această limită, criticile

contestatoarei au fost corect respinse." (Decizia nr. 852/2021 din 24 Septembrie 2021 a Curții de Apel Alba Iulia - Anexa nr. 1)

-, „Față de această situație (la ONRC figurează o anumită persoană, iar cazierul judiciar transmis de ofertant este pentru o altă persoană), comisia de evaluare ar fi trebuit să clarifice necorelarea informațiilor, printr-o corespondență punctuală, explicită, conform art. 209 din Legea nr. 98/2016.

Pentru situația de față, pornind de la cele constatate, o revenire cu o solicitare a cazierului judiciar pentru asociatul unic nu i-ar fi creat niciun avantaj ofertantului, întrucât autoritatea contractantă se afla deja în posesia informației referitoare la numele acestuia, iar în SRL a declarat că nu se află în niciunul dintre motivele de excludere, referitoare la fapte penale. Dacă din cazierul judiciar al ar rezulta că are înscrise mențiuni, ce ar conduce la excluderile prevăzute de art. 164 din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare ar putea decide respingerea ofertei." (pentru ipoteza în care ofertantul câștigător a transmis din eroare cazierul unei alte persoane din conducerea Societății terțului susținător - Decizia CNSC nr. 60/2020 dosar CNSC nr. 2681/2019, rămasă definitivă prin neatacare cu plângere).

De asemenea, contestatorul consideră că trebuie precizat că ambele Proceduri în urma cărora au fost reținute aceste considerente au fost proceduri simplificate (aspect ce rezultă din ambele decizii), aspect ce demonstrează caracterul eronat al tezei formaliste a Intervenientei.

În consecință, contrar tezei prezentate de Intervenientă, contestatorul precizează că, jurisprudența Consiliului și a instanțelor de judecată a validat în mod expres posibilitatea revenirii cu o solicitare de clarificare/completare cu privire la documentele suport DUAЕ în cazul ofertantului declarat câștigător în cadrul unei Proceduri simplificate.

Mai mult, contestatorul apreciază că prezintă o relevanță juridică deosebită considerentele exprimate în cadrul Deciziei Curții de Apel Alba Iulia, de unde se desprind următoarele aspecte esențiale pentru soluționarea cauzei:

i. Faza depunerii documentelor suport DUAЕ nu mai ține de competiția efectivă între ofertanți, specifică evaluării tehnice și financiare, ci reprezintă exclusiv o etapă de confirmare a unor calificări și a lipsei unor situații de excludere;

ii. Prin urmare, printr-o revenire cu o solicitare de clarificare/completare, în cazuri determinate și punctuale, nu poate fi creat un avantaj ofertantului câștigător, deoarece acesta a fost deja declarat câștigător;

iii. În schimb, în cazul omisiunii depunerii unui document din oferta tehnică, după cum a fost cazul Intervenientei, se ridică o întrebare legitimă dacă acordarea unui larg concurs de reddepunere nu reprezintă un avantaj disproportionat - art 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 - aceasta deoarece acel document nu reprezenta o situație obiectivă de calificare/excludere ce se impunea a fi clarificată, ci efectiv o cerință substanțială în cadrul competiției tehnice dintre ofertanți.

iv. Intervenienta susține cu just-temei faptul că aceste critici nu formează obiectul direct în sensul contestării ofertei sale tehnice (pe care nu înțelege să o conteste), dar nu poate ignora faptul că analiza egalității de tratament trebuie realizată global în cadrul Procedurii de Atribuire, fiind expres interzis de principiul egalității de tratament ca (i) un ofertant precum Simion să fie „iertat” de orice omisiune, oricât de gravă ar fi ea pe fondul competiției tehnice dintre ofertanți, iar să fie exclus din Procedură pentru o simplă necesitate obiectivă de revenire cu o solicitare de clarificări, în vederea demonstrării existenței/inexistenței datoriilor fiscale;

v. Se ridică o întrebare legitimă cu privire la maniera în care Intervenienta are o viziune formalistă exclusiv cu privire la ceilalți ofertanți, dar ignoră cu desăvârșire propriile sale omisiuni și se apără printr-o simplă referire formală la faptul că aceste critici nu formează obiectul direct al contestației. Un standard deosebit de exigent al formalismului nu poate fi aplicat doar unui ofertant, cu discriminarea vădită în raport cu omisiunile unui alt ofertant, dat fiind că printr-o atare conduită se aduce atingere chiar fundamentelor principiului egalității de tratament, astfel cum a fost edictat în cadrul practici CJUE și a instanțelor naționale.

vi. În fine, Intervenienta se referă la un caracter pretins neconcludent, dar omite faptul că răspunsul nu prezintă niciun fel de neconcludență efectivă, ci exclusiv aduce toate informațiile și documentele necesare și solicită motivat, cu privire la un singur aspect, revenirea cu o solicitare de clarificări/completări.

vii. Scopul depunerii documentelor suport DUAЕ nu poate fi acela al unei „lucrări de control” în materia achizițiilor publice, astfel încât orice minimă necesitatea punctuală de clarificări/completări să fie sancționată cu respingerea ca inacceptabilă a unei oferte conforme tehnic și financiar, ci este tocmai acela al clarificării depline a îndeplinirii unor cerințe terțe față de cele tehnice și financiare - cerințe generale de calificare.

Contestatorul susține că, revenirea cu o solicitare de clarificare/completare nu putea genera un avantaj disproportionat, deoarece nu implică o posibilă modificare a ofertei tehnice ori financiare, o depunere ulterioară a unui document omis în cadrul ofertării etc, ci exclusiv o chestiune de confirmare a lipsei datoriilor fiscale.

Pentru toate argumentele expuse în cele de mai sus, precum și pentru argumentele prezentate în cadrul contestației introductive, contestatorul solicită Consiliului să dispună admiterea contestației astfel cum a fost formulată și respectiv obligarea Autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de prezentul demers judiciar, în cuantum de 6.200 RON, cu titlu de onorariu de avocat, conform dovezilor depuse în Anexa nr. 2.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..... SA, în calitate de autoritatea contractantă, a organizat procedura simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de

lucrări având ca obiect „Proiectare - faza adaptare la amplasament, execuție lucrări și asistența tehnică din partea proiectantului pe perioada execuției lucrărilor aferente obiectivului de investiții: Construire sala de sport cu tribună 180 de locuri, comuna ", cod CPV 45200000-9, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SICAP, anunțul de participare simplificat nr. , criteriul de atribuire fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

Prin raportul procedurii nr. , autoritatea contractantă a declarat câștigătoare oferta depusă de asocieria ,,, SRL, iar oferta contestatorului SC SRL a fost respinsă ca inacceptabilă, în baza art. 134 alin. 5 din HG nr. 395/2016.

Împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. , SC SRL a depus contestația în cauză, care formează obiectul dosarului nr. .

Ca un aspect prealabil, Consiliul va admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de ,,, SRL; acesta are interes să intervină în cauză, deoarece a fost desemnat câștigător al procedurii, potrivit raportului procedurii nr. , fiind incidente în cauză dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 61 și următoarele din cod procedură civilă.

Pe fondul contestației formulate de SC SRL, Consiliul retine următoarele:

Ofertantului contestator SC SRL, ofertant clasat pe primul loc după evaluarea propunerii tehnice și a propunerii financiare, i s-a solicitat de către autoritatea contractantă, la data de 09.09.2021, transmiterea Documentelor Suport DUAЕ potrivit prevederilor art. 196 din Legea nr. 98/2016:

„Art. 196. - (1) Autoritatea contractantă poate solicita candidaților/ofertanților să depună toate sau o parte dintre documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAЕ, în orice moment pe durata desfășurării unei proceduri de atribuire, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii.

(2) Înainte de atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu excepția situației contractelor subsecvente atribuite în executarea unui acord-cadru, autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAЕ, cu excepția procedurilor desfășurate în mai multe etape când documentele justificative sunt solicitate înainte de transmiterea invitațiilor pentru etapa a doua către candidații selectați.

(2¹) Prin excepție de la dispozițiile alin. (1) și (2), în cazul procedurilor simplificate, autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc documentele justificative care dovedesc informațiile cuprinse în DUAЕ numai după întocmirea clasamentului, stabilind un termen de 5 zile lucrătoare pentru prezentarea acestor documente, cu posibilitatea de prelungire cu

maximum 5 zile lucrătoare, la solicitarea motivată a ofertantului respectiv.

(3) Autoritatea contractantă poate invita candidații/ofertanții să completeze sau să clarifice documentele prevăzute la alin. (1) sau (2)."

Potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, contestatorul a depus toate celelalte documente solicitate în Adresa ,,,,, în termenul acordat de 7 zile, iar cu privire la Certificatul de atestare fiscală privind lipsa datoriilor către bugetul de stat, a solicitat motivat ,,,, să acorde un termen suplimentar de 7 zile, față de împrejurarea: „Ca urmare a Procedurilor ANAF, nu am putut intra în posesia Certificatului de Atestare Fiscală. Vă rugăm să decalați depunerea Certificatului de Atestare cu minim 7 zile".

Consiliul constata ca autoritatea contractanta nu i-a acordat ofertantului SC SRL decalarea solicitata pentru depunerea cerificatului de atestare fiscala si a decis respingerea ofertei acestuia ca inacceptabila, în temeiul prevederilor art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, invocand raspunsul neconcludent al acestuia la solicitarea de clarificari nr. .

Autoritatea contractantă sustine că nu avea dreptul de a prelungi termenul inițial acordat în vederea depunerii documentelor suport DUAЕ, pentru următoarele considerente:

└ dispozițiile art. 196 alin. (2¹) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, prevăd faptul că în cazul procedurilor simple(cum este cea din cauză), autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc documentele justificative DUAЕ stabilind un termen imperativ de prezentare a acestor documente de 5 zile lucrătoare. Or, comisia de evaluare a respectat acest termen, acordând ofertantului 7 zile pentru depunerea documentelor DUAЕ;

└ procedura de eliberare a unui astfel de certificat durează maximum 3 zile la ANAF;

└ solicitarea de decalare a fost formulată în ultima zi a termenului.

Consiliul apreciaza ca decizia autoritatii contractante este o decizie fundamental eronata, o decizie care incalca atat litera cat si spiritul legii, din urmatoarele motive:

1. Decizia incalca litera legii deoarece solicitarea de decalare a termenului de depunere a certificatului de atestare fiscala este temeinic motivata si se impunea o decalare a termenului potrivit prevederilor art. 196 alin (2¹) din Legea nr. 98/2016. Nu are nicio relevanta faptul ca autoritatea contractanta a acordat initial un termen de 7 zile calendaristice (**optiune echivalenta cu prevederea legala imperativa de 5 zile lucrătoare**), intrucat, situatia de fapt, dependenta de actiunea unei alte autoritati a statului, impunea acordarea unui termen suplimentar de 7 zile calendaristice (5 zile lucrătoare) asa cum a solicitat ofertantul.

2. Decizia autoritatii contractante incalca flagrantul spiritul legii, deoarece solicitarile de clarificari sunt instrumente esentiale ale

autoritatilor contractante utile in scopul de a determina **situatia de fapt** privind indeplinirea de catre ofertanti a **cerintelor de calificare**/specificatiilor tehnice.

In speta de fata este vorba de un certificat de atestare fiscala iar scopul solicitarii acestui tip de document este, strict, asigurarea autoritatii contractante ca nu va intra in relatii contractuale cu un ofertant care are un comportament incorect în raport cu obligațiile (de natură fiscală) statuate prin lege.

De altfel, aceasta interpretare a fost confirmata in Punctul de vedere al ANRMAP potrivit caruia, citam:

„...scopul prevederilor susmenționate este acela de a da posibilitatea autorității contractante să evite intrarea într-o relație contractuală cu un ofertant care are un comportament incorect în raport cu obligațiile (de natură fiscală) statuate prin lege, rezultă că pentru îndeplinirea condiției respective este esențial ca autoritatea contractantă să ia în considerare situația de fapt a ofertantului, respectiv existența sau inexistența acestor datorii la momentul solicitat prin documentație”.

In cauza, autoritatea contractanta recunoaste explicit faptul ca SC ,,,SRL nu și-a încălcat obligațiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat, deci nu poate fi exclus potrivit prevederilor art. 165 din Legea nr. 98/2016, dar hotaraste, in mod complet nejustificat, ca solicitarea motivata a ofertantului SC SRL de decalare a termenului de depunere a certificatului de atestare fiscala ar constitui un raspuns neconcludent la o solicitare de clarificari.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit a) si b) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu SA si va dispune anularea deciziei de respingere ca inacceptabila a ofertei depuse de SC SRL, anularea raportului procedurii nr. , precum si a tuturor comunicarilor subsecvente acestuia.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va dispune continuarea procedurii, dupa indeplinirea dispozitiilor de mai sus, prin reevaluarea îndeplinirii criteriilor de calificare conform Documentelor Suport DUAЕ, de catre ofertantul SC SRL, potrivit celor cuprinse in motivare, in termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractanta la plata sumei de lei catre contestatorul SC SRL, reprezentand cheltuieli efectuate pentru soluționarea contestației, probate cu factura nr. 96/22.10.2021.

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

Pentru aceste motive,

În baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit a) și b) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu SA.

Dispune anularea deciziei de respingere ca inacceptabilă a ofertei depuse de SC SRL, anularea raportului procedurii nr. , precum și a tuturor comunicărilor subsecvente acestuia.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, dispune continuarea procedurii, după îndeplinirea dispozițiilor de mai sus, prin reevaluarea îndeplinirii criteriilor de calificare conform Documentelor Suport DUAЕ, de către ofertantul SC SRL, potrivit celor cuprinse în motivare, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, obligă autoritatea contractantă la plata sumei de lei către contestatorul SC SRL, reprezentând cheltuieli efectuate pentru soluționarea contestației, probate cu factura nr. .

În temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, respinge cererea de intervenție formulată de SC ,,, SRL, lider al Asocierii ,,, S.R.L.- ,,, ,,, S.R.L.

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

,
.....

