

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

DECIZIE

Nr. ... / .../ ...

Data: ...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., depusă de ... SRL, cu sediul în ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată de domnul ... - administrator, privind procedura simplificată pentru atribuirea contractului de lucrări de asfaltare drumuri locale în comuna ..., cod CPV 45233120-6, cu data-limită de depunere a ofertelor 27.03.2023, anunț de participare nr. ..., organizată de ..., prin primăria sa, cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea respingerii ofertei sale și a declarării câștigătoare a ofertei ...SRL, cu obligarea autorității la reevaluarea acestor oferte.

**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 ofertantul ... SRL reclamă decizia autorității contractante ... de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale și de admitere a ofertei ...SRL, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că autoritatea i-a solicitat, prin adresa nr. ..., o serie de clarificări, la care a răspuns prin adresa nr. ..., în cuprinsul căreia a reiterat informațiile necesare din propunerea tehnică. Deși a demonstrat comisiei de evaluare că cele reținute în solicitarea de clarificări au corespondent în propunerea tehnică și sunt în corelare cu cerințele din documentația de atribuire, comisia i-a respins oferta, apreciind că răspunsul este neconcludent.

Primul motiv pentru care oferta a fost respinsă a constatat în neconcludența răspunsului nr. 231/23.05.2023 la prima întrebare, deoarece *„ofertantul confirmă execuția lucrărilor în 6 luni consecutive în anul 2024, dar argumentează execuția lucrărilor pe resursele tehnice și profesionale, subliniind faptul că societatea dispune de cash-flow-ul*

solicitat prin fișa de date, respectiv 637.942,77 lei, sumă insuficientă execuției lucrărilor contractului în 6 luni consecutive. Argumentăm că solicitarea de către autoritatea contractantă a unui cash-flow de cel puțin 637.942,77 lei a avut în vedere o derulare a execuției lucrărilor în perioada maximă de finanțare/ execuție, anume 36 de luni, perioadă în care se pot derula plățile multianuale. Mai mult de atât, autoritatea contractantă a fost transparentă în publicarea informațiilor aferente contractului de finanțare, respectiv 36 de luni (până în anul 2026)."

Prin adresa nr. ..., comisia evaluare a solicitat următoarea clarificare: „Raportat la fermitatea ofertei dvs, aspect ce implică o propunere tehnică asupra căreia nu se mai poate reveni, luând în considerare perioada de execuție asumată de max. 6 luni calendaristice consecutive, asumate spre execuție în anul 2023, detaliați/ argumentați cu documente suport certitudinea ducerii la îndeplinire, la termenele stabilite a tuturor lucrărilor aferente contractului."

Prin răspunsul nr. ..., a comunicat autorității:

Societatea noastră, S.C. ... S.R.L., demonstrează în cadrul propunerii tehnice ca are capacitatea tehnică și profesională de a finaliza lucrările în termenul de 6 luni asumat.

Se demonstrează acest lucru comparând resursele necesare pentru finalizarea lucrării în termen de 6 luni din cadrul graficului Gantt de la pagina 485-487 din cadrul propunerii tehnice cu personalul și utilajele alocate pentru aceasta lucrare de la pagina 119-126.

Astfel la pagina 119 din cadrul propunerii tehnice este prezentat necesarul maxim în luna cu personal muncitor. Numărul maxim de muncitori nu este necesar în toate zilele din lunile respective.

La paginile 120-123 este prezentat nominal personalul muncitor alocat pentru aceasta lucrare.

Personalul prezentat îndeplinește atât cerințele de calificare și competente cât și numărul rezultat din derularea pe 6 luni de zile a graficului Gantt.

În plus la paginile 115-118 este prezentată și alocarea personalului și a utilajelor detaliat pe fiecare activitate în parte.

Pentru a putea realiza graficul cu softul pe care societatea noastră îl deține a trebuit să alegem o dată de începere a lucrărilor.

Am presupus ca aceasta este 01.03.2024 nu anul 2023 așa cum precizează în întrebare Autoritatea contractantă.

În cadrul propunerii financiare conform cerințelor din fișa de date a fost prezentat și un grafic fizic și valoric.

Acest grafic îndeplinește condițiile cerute de valoare a cash-flow-ului.

Societatea noastră poate demonstra oricând ca dispune de un cash-flow conform cerințelor din fișa de date.

Solicitarea de clarificări a vizat faza de evaluare propunere tehnică la detalierea, argumentarea cu documente suport, certitudinea ducerii la

îndeplinire la termenele stabilite a tuturor lucrărilor aferente contractului, aspect pe care l-a argumentat în strânsă corelare cu propunerea tehnică. Termenul de execuție ofertat este susținut de prezența în cadrul graficului de execuție, pentru fiecare activitate necesară realizării obiectivului, a resurselor alocate, resurse care sunt suficiente pentru realizarea în perioada de timp specificată, respectiv 6 luni.

Concluzia comisiei de evaluare nu a fost raportată la faptul că în baza informațiilor prezentate în propunerea tehnică nu se susține termenul de execuție ofertat, ci la faptul că suma solicitată pentru cash-flow nu acoperă execuția lucrărilor în 6 luni consecutive. Pe de altă parte, cerința privește etapa evaluării DUAE, or oferta a fost respinsă la etapa evaluării propunerii tehnice.

Comisia argumentează că solicitarea de cash-flow de cel puțin 637.942,77 lei a avut în vedere o derulare a execuției lucrării în perioada maximă de finanțare/execuție, anume 36 luni, perioada în care se pot derula plățile multianuale, însă nu face trimitere la informațiile din documentația de atribuire unde ar fi specificat acest aspect pentru a concluziona inadmisibilitatea ofertei prin raportare la încălcarea unei cerințe din documentația de atribuire. În conformitate cu factorul de evaluare „Durata de execuție a lucrărilor”, ofertanții aveau posibilitatea ofertării în intervalul 6 luni - 36 luni.

Decizia autorității este întemeiată pe o serie de presupuneri, fără a indica în mod clar, potrivit art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, care sunt prevederile documentației de atribuire care nu au fost respectate de către ofertant, astfel încât decizia să fie întemeiată.

Al doilea motiv pentru care oferta a fost respinsă a constatat în faptul că răspunsul nr. ... a fost considerat neconcludent pentru că ofertantul, deși prezintă detalierea categoriei de cheltuieli indirecte sub formă procentuală, derularea multianuală determină modificări ulterioare, având un impact major în derularea contractului. „Din procentul total de 10%, cel de 0,25% aferent asigurării condițiilor contractului este insuficient acoperirii cerințelor contractului.”

Potrivit art. 3.3.3. din Ghidul privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice, cheltuielile indirecte la nivelul unui deviz pe categorii de lucrări se determină prin aplicarea unei cote aferente acestora la totalul cheltuielilor directe. Această cotă se stabilește de către fiecare unitate de execuție pe baza propriilor analize și modul de calcul al ei se reglementează prin procedurile proprii, interne, ale societății, cheia de repartitie pe contractele existente și/sau ofertate fiind stabilită pe baza propriilor analize.

Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 1.826/2003 nu stabilește un procent minim sau un quantum anume pentru cheltuielile indirecte. În lipsa unor minime stabilite de legislația în vigoare, rezultă ca s-a lăsat la

latitudinea profesionistului contabil adoptarea unei soluții în unitatea respectivă.

Autoritatea nu a explicat ce înseamnă termenul „insuficient”, prin raportare la prevederile legale. Pe de altă parte, cerința din solicitarea de clarificări privește etapa evaluării financiare a ofertei.

În legătură cu ofertantul declarat câștigător, ...SRL, el nu respectă prevederile documentației de atribuire, cap. III.1.2) – „Capacitatea economică și financiară”, neprezentând în DUAE modalitatea în care va asigura cash-flow-ul solicitat.

Graficul Gantt nu acoperă cerința din fișa de date, cap. IV.4.1 – „Modul de prezentare al propunerii tehnice”:

Grafic fizic de execuție (diagrama Gantt) pe luni calendaristice, la nivel de categorie de lucrări (deviz), care să illustreze succesiunea tehnologică de realizare a lucrărilor, ordinea și derularea în timp a activităților pe care ofertantul propune să le îndeplinească pentru realizarea lucrărilor, în special:

- lucrările permanente și temporare ce urmează să fie executate,
- secvențierea, derularea în timp și durata testelor, cu evidențierea clară a activităților incluse în procesele de asigurare, respectiv de control al calității, conform legislației specifice corespunzătoare obiectului contractului;

- denumirea activităților și subactivităților aferente, durata acestora, cu evidențierea punctelor cheie (jaloanele) în execuția contractului;

Fiecare ofertant va prezenta în cadrul graficului de execuție pentru fiecare activitate necesară realizării obiectivului, resursele alocate, resurse care trebuiesc să se dovedească suficiente pentru realizarea activității respective în perioada de timp specificată de ofertant.

Ofertantul nu a realizat un grafic Gantt la nivel de activități și subactivități. A prezentat în grafic doar activități principale. Nu a inclus nici resursele alocate realizării fiecărei activități, cum a fost solicitat în fișa de date. Ofertantul se rezumă la o enumerare de extrase de resurse, nu de resurse în sine pe fiecare activitate.

Trebuia să detalieze orele de manoperă pe meserii și ore de utilaje pe echipamente, nu o cantitate globală din care nu se poate verifica o alocare de resurse suficiente pentru realizarea activităților.

Nu a prezentat în cadrul graficului lucrările temporare ce urmează a fi executate, cum a fost solicitat în fișa de date.

În concluzie, ...SRL a depus o ofertă inadmisibilă și neconformă/inacceptabilă.

În punctul său de vedere nr. ... asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. ..., autoritatea contractantă susține în apărare că societatea contestatoare nu are un interes legitim în demersul său, din moment ce oferta i-a fost stabilită ca inacceptabilă.

Pe fond, o cerere de clarificare a ofertei poate interveni numai după ce autoritatea a luat cunoștință de ansamblul ofertelor și trebuie, în principiu, să fie adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație și să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare. Contrar afirmației contestatoarei, solicitarea de clarificare a fost adresată tuturor ofertanților, cu respectarea principiilor proporționalității și tratamentului egal.

Cu privire la faptul că societatea contestatoare a oferat o perioadă de execuție de 6 luni consecutive și că deține un cash-flow de 637.942,77 lei, autoritatea menționează că decizia comisiei de evaluare este justă. O perioadă de execuție de 6 luni consecutive, în condițiile unor plăți multianuale până în 2026, posibil 2028, este imposibil de realizat cu un cash-flow de 637.942,77 lei. Ofertantul confirmă execuția lucrărilor în 6 luni consecutive în anul 2024 și argumentează că dispune de cash-flow-ul solicitat prin fișa de date, respectiv 637.942,77 lei, sumă insuficientă execuției în 6 luni consecutive.

Autoritatea, prin solicitarea unui cash-flow de cel puțin 637.942,77 lei, a avut în vedere derularea lucrărilor în perioada maximă de finanțare/execuție, anume 36 de luni. A fost transparentă prin publicarea informațiilor aferente contractului de finanțare, respectiv 36 de luni (până în anul 2026). A precizat atât perioada maximă execuție, cât și perioada de finanțare - plată, completând informațiile cu o eventuală prelungire a plăților, aspect adus la cunoștința tuturor ofertanților. Contractul publicat nu prevede o suspendare a lui din cauza efectuării de plăți multianuale, astfel încât lucrările să se execute funcție de alocări anuale, iar oferta nu este concepută astfel.

Contestatoarea avea posibilitatea ofertării până la 36 luni, cunoscând cele de mai sus, mai ales faptul că plățile se vor efectua în decurs de 3 ani, cu posibilitate de prelungire. Trebuia să se asigure de corelarea resurselor sale tehnice, profesionale și financiare necesare realizării punctajului/ execuției lucrării în 6 luni consecutive. Autoritatea nu a impus executarea în 6 luni consecutive, aspect care ținea în principal de resursele tehnice, profesionale și financiare aparținând ofertantului.

Dacă art. 4 alin. (6) din Legea nr. 500/2002 ar fi interpretat în sensul că încheierea contractelor este condiționată de existența în buget a fondurilor cu această destinație, aceasta ar reprezenta adăugarea unei cerințe pe care legea nu o prevede și care ar face ineficiente programele de finanțare multianuale.

Unul dintre motivele pentru care se solicită graficul de execuție îl reprezintă dimensionarea cash-flow-ului. Autoritatea trebuie să știe necesarul de resurse pentru a putea solicita bugetarea necesară fiecărui an.

Contestatoarea a oferat o garanție de 36 luni, cu 1/3 din cheltuielile indirecte pentru susținerea garanției. Motivat de faptul că,

deși prezintă detalierea categoriei de cheltuieli indirecte în mod exhaustiv/categorii de cheltuieli aferente contractului, acestea fiind exprimate exclusiv sub formă procentuală (10%), derularea multianuală determină modificări ulterioare, având un impact major în derularea contractului.

Din totalul de 10%, 0,25% aferente asigurării condițiilor contractului este insuficient acoperirii cerințelor contractului, raportat la riscurile și asigurarea viitorului contract, care trebuie să acopere cel puțin elemente precum asigurarea de răspundere civilă profesională în numele ambelor părți pentru:

- pierderi și daune produse lucrărilor, materialelor, echipamentelor și utilajelor executantului;

- responsabilitatea ambelor părți în ceea ce privește pierderile, daunele, decesul sau vătămările produse unor terțe părți sau proprietăților acestora, rezultate din execuția contractului de către executant, incluzând responsabilitățile acestuia pentru daune aduse proprietății achizitorului, alta decât lucrările;

- responsabilitatea ambelor părți și a oricărui reprezentant al achizitorului pentru decesul sau vătămarea corporală a personalului executantului.

Riscuri care, prin intervenția lor, ar putea naște în sarcina executantului sau a achizitorului obligații de dezdăunare.

Având în vedere cele expuse anterior, analizând contestația prin prisma elementelor prevăzute în legislația în domeniul achizițiilor publice, autoritatea consideră că, la elaborarea documentației de atribuire, a respectat întocmai principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și toate prevederile legale în domeniu.

Referitor la oferta desemnată câștigătoare, autoritatea a apreciat concludente răspunsurile ...SRL, acesta atașând documente suport solide/substanțiale în ceea ce privește resursele financiare pe care le va angaja în executarea contractului.

În toate fazele de analiză, cât și la depunerea documentelor suport privind demonstrarea celor declarate în DUAE, ofertantul a făcut dovada cash-flow, inclusiv prin DUAE revizuit.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ..., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 10.03.2023, autoritatea contractantă ..., prin primăria sa, a inițiat o procedură simplificată în vederea achiziționării de lucrări de asfaltare a unor drumuri locale din comună (drumul ... – 196,33 ml, drumul ... – 576,70 ml, drumul ... – 342,50 ml, drumul ... – 936,55 ml, drumul ... – 481,35 ml, drumul ... – 146,67 ml, drumul ... – 1.203,13 ml, drumul ... – 510,95 ml), lucrări estimate valoric la 7.655.313,22 lei, fără TVA.

Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 10.03.2023, alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură au fost primite șase oferte, între care și aceea a ... SRL, care a fost respinsă de autoritate ca inacceptabilă, iar singura admisibilă și câștigătoare a fost desemnată oferta ...SRL. Împotriva acestui rezultat, considerat nemulțumitor, pentru motivele evocate mai sus, ... SRL a investit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze. Cauțiunea aferentă, în valoare de 88.000 lei, a fost constituită prin recipisa de consemnare nr. ..., emisă de ..., la data de 26.07.2023.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini (părțile tehnice), formularele necesare și modelul contractului de lucrări, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru ... SRL (relevantă, în acest sens, este, de pildă, decizia civilă nr. 2799 din 19 decembrie 2022 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust de926443g). La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016 (a se vedea, cu titlu de exemplu, decizia civilă nr. 77 din 7 februarie 2023 a Curții de Apel Galați, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 39g63373e). „*Conținutul documentației de atribuire, astfel cum a fost întocmită de entitatea contractantă, este obligatoriu atât pentru agenții economici participanți la procedură, care au obligația de a elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia, cât și pentru entitatea contractantă, aceasta fiind obligată ca, în desfășurarea procedurii de achiziție, să respecte atât legislația aplicabilă în domeniu, cât și propria sa documentație de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de părțile implicate în derularea procesului competitiv.*” – sentința civilă nr. 113/CA din 11 septembrie 2020 a Curții de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 672e8757.

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

poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (elocvente în acest sens sunt, de pildă, decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 4d27ede4, decizia nr. 916/CA/2019-R din 8 noiembrie 2019 a Curții de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 7g222g79, și decizia nr. 610 din 6 octombrie 2020 a Curții de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 6e77d24g). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele (a se vedea decizia civilă nr. 107 din 15 ianuarie 2021 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 2724gd82).

Cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă (în această direcție s-au pronunțat, de pildă, Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 45 din 12 ianuarie 2023, cod ReJust 39gd8e778, Curtea de Apel București, Secția a IX-a de contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 1589 din 12 august 2021, cod ReJust 736ee28e, în decizia nr. 1405 din 17 iunie 2021, cod ReJust 28993ed2, în decizia nr. 1754 din 8 octombrie 2020, cod ReJust 845de6d9, și în decizia civilă nr. 1417 din 9 septembrie 2020, cod ReJust gg2g5696, și Curtea de Apel Brașov, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 468/R din 16 mai 2017, cod ReJust 8988379e).

În cazul în care, în cadrul unei proceduri de „cerere de ofertă”, autoritatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate de altfel să se abată, față de vreun ofertant, de la

condițiile pe care le-a definit astfel fără să încalce principiul egalității de

tratament între ofertanți (Ordonanța președintelui Tribunalului Uniunii Europene din 4 decembrie 2014, Vanbreda Risk & Benefits/ Comisia, T-199/14 R, EU:T:2014:1024, punctul 96, și Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 20 martie 2013, Nexans France/ Entreprise commune Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, punctul 80).

Depășind această introducere de subliniere a importanței conformării întru totul la regulile impuse de autoritate în documentația de atribuire, conformare ce reprezintă regula în sistemul de atribuire a

contractelor de achiziție publică, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării a fost stabilit de autoritate prin raportul procedurii de atribuire nr. 2885/14.07.2023, rezultat comunicat competitorilor la 18.07.2023, prin intermediul SEAP. La 25.07.2023, ... SRL a reacționat prin formularea contestației la Consiliu și la autoritatea achizitoare, în interiorul termenului legal de contestare.

În prezenta dispută juridică se află respingerea ofertei ... SRL, precum și admiterea și declararea câștigătoare a ofertei ...SRL.

Relativ la excepția lipsei de interes a contestatoarei în demersul său, invocată de autoritatea adjudecătoare, ea apare a fi neîntemeiată, în condițiile în care ... SRL are interesul în a îi fi admisă propria ofertă și evaluată corect oferta concurentă, ceea ce ar putea schimba ordinea clasamentului. Actele atacate de ... SRL se încadrează în definiția actului autorității contractante dată de art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016: *„orice act, orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire, fără a include achiziția directă care intră sub incidența Legii nr. 554/2004, prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, de art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, cu modificările și completările ulterioare, sau de art. 50 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare”* și pot forma obiectul material al dreptului de contestare în baza art. 2 alin. (1) din aceeași lege: *„Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.”*

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, raportat la textul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”*, în examinarea cu prioritate a excepției lipsei de interes se observă netemeinicia ei.

Codul de procedură civilă, care reprezintă dreptul comun în privința litigiilor supuse Legii nr. 101/2016 (a se vedea art. 68 din această lege), stabilește imperativ, la art. 32 alin. (1) lit. d) și art. 33, că orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia justifică un interes, interes care trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut

și actual. În Hotărârea Curții de Justiție a Comunităților Europene din 19 iunie 2003, cauza C-249/01, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de Bundesvergabeamt (Austria), în procedura Werner Hackermüller împotriva Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) și Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED), s-a precizat că art. 1 alin. (3) din Directiva 89/665 nu se opune ca respectivele căi de atac să fie disponibile pentru persoanele care doresc să obțină un anumit contract public numai dacă au fost sau riscă să fie lezate de încălcarea pe care o invocă. Articolul precitat permite statelor membre să îngreuească din două considerente dreptul de acces la procedurile privind căile de atac în legătură cu atribuirea de contracte de achiziții publice: pe de o parte, prin necesitatea existenței unui interes al reclamantului pentru contractul de achiziții publice în cauză, iar pe de altă parte, prin necesitatea ca reclamantul să fi fost lezat, respectiv să existe riscul de a fi lezat.

Față de actul atacat (raportul procedurii) și de motivele expuse în contestației, se poate lesne determina că societatea contestatoare urmărește și solicită desființarea actului atacat, prin anularea lui în componenta sa privind evaluarea ofertei sale, respinsă pe considerente de ordin financiar în etapa de evaluare preliminară DUAЕ. Capetele de cerere (anularea raportului și reevaluarea corectă a ofertelor) se încadrează în limitele Legii nr. 101/2016, inclusiv prin prisma soluțiilor pe care le poate dispune Consiliul:

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

Art. 8. - (1) Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim [...].

Art. 26. - (2) Cu respectarea principiului disponibilității, Consiliul examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat și poate:

- a) pronunța o decizie prin care îl anulează în tot sau în parte;
- b) obliga autoritatea contractantă să emită un act/să adopte măsurile necesare restabilirii legalității, cu indicarea clară și precisă a operațiunilor care urmează a fi realizate de autoritatea contractantă;
- c) anula procedura de atribuire, în situația în care nu este posibilă remedierea actului atacat.

(10) Consiliul nu poate decide atribuirea contractului către un anumit operator economic, cu excepția situației în care acesta a fost desemnat de autoritatea contractantă sau calitatea sa de ofertant câștigător rezultă din informațiile cuprinse în dosarul de soluționare a contestației.

(10¹) În situația în care contestația vizează rezultatul procedurii de atribuire și se dispune reevaluarea ofertelor, Consiliul va indica în mod clar și precis limitele reevaluării, respectiv identitatea ofertelor care fac obiectul reevaluării, etapa/etapele procedurii de atribuire vizată/vizate de reevaluare și măsurile concrete pe care le va adopta autoritatea contractantă în cadrul reevaluării.

Anularea respingerii ofertei contestatoare și obligarea autorității la reanalizarea corectă a ofertelor trebuie înțelese ca fiind atribuții a căror exercitare să o impună Consiliul autorității contractante. Contestația prezintă obiect atât în sens material (actul atacat), cât și în sens procesual (solicitarea adresată Consiliului). În procesul de față se discută rezultatul licitației față de ... SRL, iar scopul și interesul urmărite de societate sunt de revenire a sa în competiție, pentru a îi păstra șansele de a îi fi atribuit contractul. Nu doar raportul procedurii este atacat, ci și comunicarea nr. ..., față de care se poate lesne determina că societatea contestatoare urmărește și solicită desființarea lor, prin anulare, în componenta privind evaluarea ofertei sale și a celei câștigătoare – ...SRL. Contestația nu poate fi respinsă ca lipsită de interes, societatea îndeplinind toate condițiile impuse de Legea nr. 101/2016 în legătură cu interesul contestatorilor, folosul urmărit fiind revenirea în competiție și atribuirea contractului:

- persoana care se consideră vătămată este orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții: (i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și (ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire;

- se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac.

Prejudiciul pe care îl reclamă ... SRL provine din respingerea ofertei și pierderea șansei de a i se atribui contractul, respectiv din pierderea profitului și a celorlalte beneficii aferente încheierii și executării contractului cu ..., în interpretarea autorității, ar însemna că niciun ofertant respins sau care nu a fost declarat câștigător nu ar avea dreptul de a formula contestație, din cauza neprejudicierii. De bună seamă că o astfel de interpretare este incompatibilă cu art. 2 și 8 din legea remediilor, dar și cu art. 21 din Constituție, întrucât i-ar nega persoanei care se consideră vătămată dreptul de a ataca actul vătămător adoptat de autoritatea contractantă în etapa de evaluare a ofertelor.

Prejudiciul și interesul procesual rămân chestiuni de fapt, contextuale, lăsate de legiuitor la aprecierea celui care judecă. După cum este cunoscut, art. 33 C. proc. civ. nu face distincție după cum prejudiciul/interesul este patrimonial sau nepatrimonial, admitând inițierea acțiunii introductive exclusiv pentru satisfacerea unui folos moral al reclamantului, eminemamente subiectiv. Spre pildă, prin Hotărârea din 29 octombrie 2015, cauza T-199/14, Vanbreda Risk & Benefits împotriva Comisiei Europene, Tribunalul de la Luxemburg a obligat Uniunea Europeană să repare prejudiciul suferit de Vanbreda Risk & Benefits prin pierderea șansei de a i se atribui contractul în litigiu și de a obține referințele corespunzătoare de atribuire a contractului. Potrivit jurisprudenței instanțelor Uniunii, condiția privind existența unui prejudiciu sigur este îndeplinită atunci când prejudiciul este iminent și

previzibil cu certitudine suficientă, chiar dacă acesta încă nu poate fi cuantificat cu precizie (Hotărârea Curții din 14 ianuarie 1987, Zuckerfabrik Bedburg și alții/Consiliul și Comisia, 281/84, Rec., p. 49, punctul 14, Ordonanța Tribunalului din 27 august 2009,

Abouchar/Comisia, T367/08, punctul 24). Beneficiul nerealizat urmărește

despăgubirea pierderii contractului însuși, în timp ce pierderea unei șanse urmărește obținerea unei compensări a pierderii unei șanse de a încheia contractul menționat (a se vedea în acest sens Hotărârea din 21 mai 2008, Belfass/Consiliul, T-495/04, EU:T:2008:160, punctul 124, și Hotărârea din 20 septembrie 2011, Evropaïki Dynamiki/BEI, T-461/08, EU:T:2011:494, punctul 210). Împrejurarea că autoritatea contractantă dispune de o marjă largă de apreciere în privința acordării contractului în discuție nu împiedică faptul că prejudiciul întemeiat pe pierderea unei șanse să aibă un caracter real și cert în sensul jurisprudenței (a se vedea în acest sens și prin analogie Hotărârea din 9 noiembrie 2006, Agraz și alții/Comisia, C-243/05 P, EU:C:2006:708, punctele 26-42, și Concluziile avocatului general Cruz Villalón prezentate în cauza Giordano/ Comisia, C-611/12 P, EU:C:2014:195, punctele 60 și 61).

Trebuie amintit că, potrivit dispozițiilor art. 1 alin. (1) al treilea paragraf și ale art. 1 alin. (3) din Directiva 89/665, pentru a putea fi considerate efective, căile de atac împotriva deciziilor luate de o autoritate contractantă trebuie să fie accesibile cel puțin oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare (Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punctul 23).

În jurisprudența sa (Cauza Hasan Tunc și alții împotriva Turciei, pct. 32 și 33, și Cauza Zubac împotriva Croației, pct. 98), Curtea Europeană a Drepturilor Omului a reținut că, în aplicarea normelor de procedură, instanțele naționale trebuie să evite un formalism excesiv care ar aduce atingere caracterului echitabil al procedurilor, apreciind că dreptul de acces la o instanță este afectat în însăși esența sa atunci când reglementarea acestuia încetează să mai servească scopurilor de securitate juridică și buneii administrări a justiției și constituie un obstacol care împiedică justițiabilul să solicite soluționarea pe fond a litigiului. Instanța de judecată este datoare - astfel cum s-a stipulat din perspectiva art. 6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale în cadrul Hotărârii Curții Europene a Drepturilor Omului din 31 ianuarie 2017 pronunțate în Cauza nr. 19.074/05 Hasan Tunç și alții împotriva Turciei - ca, în aplicarea normelor de procedură, să evite un formalism excesiv care ar aduce atingere caracterului echitabil

al procedurii, apreciind că dreptul de acces la o instanță este afectat în însăși esența sa atunci când reglementarea acestuia încetează să mai servească scopurilor de securitate juridică și bunei administrări a justiției și constituie un obstacol care împiedică justițiabilul să solicite soluționarea pe fond a litigiului. (Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept Decizia nr. 22 din 27 martie 2023, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 392 din 8 mai 2023.)

Prin urmare, Consiliul respinge, ca nefondată, excepția invocată de autoritatea achizitoare.

Trecând la cercetarea substanței procesului de față, organul administrativ de jurisdicție ia act că, în documentația de atribuire, comuna achizitoare a prescris, la pct. III.1.2) – „Situația economică și financiară”, subpct. 2.) – „Alte cerințe economice sau financiare”, din anunțul de participare:

Cash-flow

Diponibilitati banesti, resurse reale neprevazute de datorii sau linii de credit pentru **minim 3 luni de derulare a contractului**, conform graficului de executie, in **valoare de cel putin 637942.77 lei**. - Documente relevante care pot fi indicate de ofertant drept referințe în DUAE (spre exemplu: depozite bancare, acces la instrumente de finanțare - linii de credit, rapoarte emise de instituții specializate privind încadrarea operatorului economic într-o clasă de bonitate). Se completeaza DUAE urmand ca la solicitarea Entitatii Contractante, ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, conform prevederilor art. 196, alin. (2) din Legea 98/2016 privind achizițiile publice, sa demonstreze că **la momentul semnării contractului, va avea acces sau are disponibile resurse reale negrevate de datorii in valoare de cel putin 637942.77 lei pentru o perioada de 3 luni**. Astfel, documentele angajante pentru emitent, în sensul asigurării finanțării, vor fi prezentate obligatoriu de către ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire.

La pct. VI.3) – „Informatii suplimentare”, a adăugat că durata contractului de lucrări este de *maximum* 36 luni, iar perioada de garanție este de 36 luni.

Criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” cuprinde și un factor de evaluare tehnic, reprezentat de durata de execuție a lucrărilor:

Componenta tehnica - Termenul de realizare a contractului reprezintă limita de timp care curge de la data emiterii ordinului de începere a lucrarilor până la data întocmirii procesului verbal de recepție la terminarea lucrărilor (perioada de execuție a lucrărilor). - 15%

Punctaj maxim total: 15

Algoritm de calcul: Pentru **cel mai mic termen de realizare a contractului ofertat, dintre termenele ofertelor admisibile va obtine punctajul maxim acordat - 15** „a) Pentru cel mai mic termen de realizare a contractului ofertat (notată TRCmin) se acordă 15 pct.; b) Pentru celelalte termene de realizare a contractului ofertate punctajul se acordă proporțional după cum urmează: $TRC = (TRCmin / TRCn) \times 15$ pct., unde: • TRCn reprezintă termenul de realizare a contractului ofertat de operatorul economic pentru care se calculează punctajul, • TRCmin reprezintă cel mai mic termen de realizare a contractului ofertat în procedura de atribuire. Notă • TRC se exprimă în zile lucrătoare și reprezintă perioada de timp cuprinsă între ordinul de începere a activităților de proiectare și data recepției la terminarea lucrărilor. • **Nu se acceptă termene de realizare a contractului mai mari decât termenul maxim stabilit prin caietul de sarcini, respectiv 36 de luni si mai mici de 6 luni**. Pentru ofertele care prevăd un termen de realizare a contractului egal cu termenul maxim impus se acordă 0 pct. Ofertele cu o valoare a TRC mai mare decât maximul impus, precum și cele care sunt nesustenabile / care nu pot fi fundamentate, de natură sa nu asigure satisfacerea

cerințelor din caietul de sarcini, vor fi respinse ca neconforme. În cadrul TRC oferat contractantul are obligația realizării tuturor activităților stabilite prin documentația de atribuire. Astfel, TRC oferat depinde în mod strict de capacitatea fiecărui ofertant de a-și asuma în raport cu autoritatea contractantă, la prețul oferat, angajamentele respective în condițiile mai sus enunțate și de a asigura nivelul cantitativ și calitativ oferat în cadrul propunerii tehnice.”

În fișa de date a achiziției, la pct. III.2.2) – „Executarea contractului este supusa altor conditii speciale”, se regăsește precizarea:

3. Obiectivul de investitii este multianual, autoritatea contractanta **putand** face plati conform contractului de finantare pana in anul 31.12.2026, inclusiv.

* In functie de prevederile bugetare aprobate anual cu aceasta destinatie, durata finantarii, **poate fi prelungita** cu maximum 2 ani, fara a depasi data de 31.12.2028.

Din parcurgerea acestor clauze, forul de jurisdicție deduce că organizatoarea procedurii a pretins ofertanților un cash-flow pentru minimum 3 luni de derulare a contractului, în valoare de cel puțin 637.942,77 lei, cerință pe care ... SRL și-a asumat-o. Niciuna dintre părțile litigante nu tăgăduiește că societatea ofertantă dispune de cash-flow pentru minimum 3 luni de derulare a contractului, în valoare de cel puțin 637.942,77 lei. În propriul DUAE, regăsit la o pagină nenumerotată din biblioraftul ce conține punctul de vedere al autorității, ... SRL a declarat „*Cash-flow asigurat prin depozit bancar*”, iar în răspunsul său de clarificare nr. 231/23.05.2023, societatea a declarat: „*Societatea noastră poate demonstra oricând că dispune de un cash-flow conform cerințelor din fișa de date.*”

Nici prin raportul procedurii și nici prin punctul de vedere asupra contestației, contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu argumente și mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, ... nu explică și, cu atât mai puțin, nu probează, prin prisma cerințelor redată mai sus, că societatea ... SRL nu ar avea la dispoziție depozite bănești, resurse reale sau linii de credit pentru minimum 3 luni de derulare a contractului, în valoare de cel puțin 637.942,77 lei, care nu constituie o sumă exagerată pentru o companie de construcții. Spre pildă, potrivit datelor publice din baza Ministerului Finanțelor, contestatoarea a înregistrat în anul 2022 o cifră de afaceri netă de 17.741.313 lei și un profit net de 3.033.839 lei, ceea ce face plauzibilă deținerea unui depozit pentru cash-flow de minimum 637.942,77 lei.

Pentru a îngreuna soluționarea cauzei de către Consiliu, cu toate că i-au fost solicitate expres copiile ambelor oferte (a ... SRL și a ...SRL) prin adresa nr. ..., iar din raportul procedurii nr. 2885/ 14.07.2023 rezultă că ofertele au fost evaluate tehnic și financiar, ... a transmis Consiliului doar copia ofertei ...SRL. Necomunicarea ofertei ... SRL, cerută textual de către Consiliu, are valoare de prezumție relativă în favoarea susținerilor contestatoarei referitoare la nelegalitatea respingerii ofertei sale. Conform art. 295 C. proc. civ., dacă partea, după ce s-a dovedit deținerea înscrisului, nu se conformează ordinului dat de instanță de a-l înfățișa, instanța va putea socoti ca dovedite afirmațiile

făcute cu privire la conținutul acelui înscris de partea care a cerut înfățișarea.

Refuzând să transmită copia ofertei ... SRL (care figurează în raport ca fiind evaluată tehnic, deci a fost accesată propunerea tehnică), deși contestația privește respingerea acestei oferte, ... a încălcat și dispozițiile art. 18 alin. (2) din Legea nr. 101/2016:

Art. 18. - (1) În termen de 5 zile de la data la care a primit contestația, autoritatea contractantă are obligația de a transmite Consiliului și contestatorului, din oficiu, punctul său de vedere asupra contestației.

(2) **Autoritatea contractată are obligația de a transmite Consiliului, în termenul prevăzut la alin. (1), o copie a dosarului achiziției publice**, achiziției sectoriale sau al concesiunii, precum și dovada înaintării punctului de vedere către contestator **și orice documente considerate edificatoare**, cu excepția anunțurilor de participare publicate în SEAP și a documentației de atribuire, atunci când aceasta este disponibilă și poate fi descărcată direct din SEAP.

Pe de altă parte, procesele-verbale transmise de autoritate sunt discutabile sub aspectul realității pe care o consemnează. În raport se face referire la un „P-V vizualizare SEAP”, fără niciun număr de înregistrare și care nu a fost regăsit nicăieri. La pct. 2.4.1 din raport se amintește despre verificarea informațiilor preliminare prezentate de ofertanți în DUAE, însă nu există niciun proces-verbal cu o asemenea verificare, ceea ce este extrem de grav, întrucât s-ar părea că oferta ... SRL a fost respinsă în etapa de verificare a informațiilor preliminare. Pentru evaluarea propunerilor tehnice, se face trimitere la procesul-verbal nr. ..., regăsit, însă fără anexele nr. 1-6 care să privească toate cele șase oferte. Procesul-verbal nr. ... se referă doar la evaluarea propunerii financiare a ...SRL.

În raport se mai precizează că evaluarea s-a realizat cu sprijinul expertului cooptat numit prin decizia nr. 39/21.02.2023, însă acest expert nu este nominalizat în raport și nici nu au fost depuse la Consiliu actele întocmite de el (presupunând că sprijinul menționat ar corespunde realității), supuse art. 128 din normele metodologice ale legii achizițiilor publice:

Art. 128. - (1) Expertii cooptați prevăzuți la art. 126 alin. (3) pot fi desemnați încă de la începutul procesului de evaluare sau pe parcursul acestui proces, în funcție de problemele care ar putea impune expertiza acestora, scop în care în cadrul deciziei de desemnare a experților cooptați se precizează atribuțiile și responsabilitățile specifice deținute pe parcursul procesului de evaluare.

(2) Propunerea privind cooptarea experților externi, respectiv necesitatea participării acestora la procesul de evaluare se justifică și se realizează prin raportare la atribuțiile și responsabilitățile ce sunt deținute/exercitate de către aceștia în aplicarea prevederilor alin. (1).

(3) Experții cooptați nu au drept de vot în cadrul comisiei de evaluare, însă în îndeplinirea atribuțiilor ce le revin potrivit legii și a mandatului primit în baza deciziei de desemnare, precum și a competențelor personale, **aceștia procedează la întocmirea unor rapoarte de specialitate asupra cărora își exprimă punctul de vedere, pe baza propriei expertize pe care o dețin.**

(4) În sensul prevederilor alin. (3), expertul cooptat este responsabil din punct de vedere profesional pentru acuratețea și realitatea informațiilor consemnate în cadrul raportului de specialitate.

(5) Raportul de specialitate prevăzut la alin. (3) este destinat să faciliteze comisiei de evaluare adoptarea deciziilor în cadrul procesului de analiză a solicitărilor de participare/ofertelor și de stabilire a ofertei/ofertelor câștigătoare.

(6) Membrii comisiei de evaluare care nu sunt de acord cu raportul de specialitate al expertului cooptat prevăzut la alin. (3) au obligația de a-și prezenta punctul de vedere în scris, elaborând în acest sens o notă individuală care devine anexă la raportul procedurii de atribuire. În cadrul acestei note se justifică în mod documentat punctul de vedere al respectivilor membri la un nivel similar cu exigențele ce derivă din aplicarea prevederilor alin. (4).

(7) Raportul de specialitate se atașează la raportul procedurii de atribuire și devine parte a dosarului achiziției publice.

În ansamblul celor descrise mai sus, Consiliul decide că cerința unui cash-flow în valoare de cel puțin 637.942,77 lei pentru minimum 3 luni de derulare a contractului nu este incompatibilă cu propunerea unei durate de execuție a contractului de 6 luni, cum a procedat contestatoarea.

Atât durata de 6 luni, cât și cash-flow-ul de 637.942,77 lei pentru minimum 3 luni sunt parametri contractuali acceptați explicit de documentația de atribuire a autorității, deci care respectă această documentație. Nicăieri, autoritatea nu a condiționat durata de execuție a contractului de durata pentru care se asigură cash-flow. De asemenea, precizarea:

3. Obiectivul de investiții este multianual, autoritatea contractanta **putând** face plăți conform contractului de finanțare până în anul 31.12.2026, inclusiv.

* În funcție de prevederile bugetare aprobate anual cu această destinație, durata finanțării, **poate fi prelungită** cu maximum 2 ani, fără a depăși data de 31.12.2028.

nu determină respingerea unei oferte care îndeplinește documentația prin parametrii descriși (cash-flow de 637.942,77 lei pentru 3 luni și durata de execuție 6 luni).

Pe de altă parte, este extrem de important a se observa că niciunul dintre ofertanți nu este ținut să facă dovada respectării unor cerințe care nu erau prevăzute în documentația de atribuire. Cu alte cuvinte, dacă organizatoarea nu a cerut expres în documentație un cash-flow mai mare sau pentru întreaga perioadă de executare a contractului, și cu atât mai puțin până la 31.12.2028, astfel încât să se suprapună contractului de finanțare, ofertanții nu pot fi excluși pentru că nu au respectat aceste termene. Cerințele de ordin financiar nu trebuie să depindă de modul în care sunt înțelese la un moment dat de către o autoritate achizitoare, dincolo de exprimarea din documentația de atribuire, fiind imperativ ca autoritatea să asigure încă de la inițiere operatorilor economici o înțelegere/interpretare unitară, decurgând din informarea lor completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.

Obligația de transparență are ca scop în special să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității/entităților contractante (Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, punctul 25, precum și jurisprudența acolo citată). *Principiul egalității de tratament și obligația de transparență interzic autorității contractante să respingă o*

ofertă care îndeplinește cerințele prevăzute în cererea de ofertă pe baza unor motive care nu au fost prevăzute în cererea de ofertă menționată (Hotărârea Medipac-Kazantzidis, C-6/05, EU:C:2007: 337, punctul 54).

Deosebit de relevantă este concluzia pe care aceeași instanță de la Luxemburg a statuat-o în Hotărârea din 16 aprilie 2015, cauza C-278/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel Alba Iulia, în procedura SC Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia:

Articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul (UE) nr. 1251/2011 al Comisiei din 30 noiembrie 2011, nu este aplicabil unui contract de achiziții publice a cărui valoare nu atinge pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes transfrontalier cert, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere, normele fundamentale și principiile generale ale Tratatului FUE, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că **autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat.**

Conform unei jurisprudențe constante a Curții europene, în temeiul art. 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina

de a respecta *cu strictețe* criteriile pe care ea însăși lea stabilit (a se

vedea în special Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C336/12,

EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera

dell'Adda, C42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43). Elocventă este

și Hotărârea Curții din 2 iunie 2016, cauza C-27/15, Pippo Pizzo împotriva CRGT Srl.

Contrar părerii autorității pârâte, evaluarea și concluzia la care s-au oprit membrii comisiei desemnate excedează cadrului rezervat și strict delimitat în documentația de licitație pentru conformitatea ofertei ... SRL. Nu pot fi introduse în ecuație condiționări financiare față de care nu se face proba existenței în cuprinsul documentației de atribuire pusă la dispoziție ofertanților, iar în speța aflată pe rol organizatoarea nu a produs în fața Consiliului o asemenea probă. Suplimentarea cerințelor de natură financiară în timpul evaluării trece dincolo de domeniul protecției încrederii legitime și este de natură să surprindă „operatorul economic

prudent și avizat”, sintagmă împrumutată din jurisprudența Curții de la Luxembourg. Eventuala neglijență din partea autorității în redactarea documentației de atribuire nu poate avea repercusiuni în persoana ofertanților, care au înțeles să se conformeze formei posibil deficitare a documentației.

Respingerea ofertei reclamantei a fost întemeiată în fapt pe neconcludența răspunsurilor și în drept pe aplicarea art. 134 alin. (5) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016: *„(5) 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.”* Însă, ambele răspunsuri ale contestatoarei sunt pe potriva întrebărilor vagi, interpretabile și redactate la modul general transmise de autoritate. Răspunsurile acoperă exact pretenția autorității, în raport de care nu se desprinde că ar fi neconcludente, trebuind să fie acceptate din această perspectivă. Așadar, situația se repetă în cazul răspunsului secund, privind cheltuielile indirecte, care reflectă modul particular în care asocierea consideră că îndeplinește cerința din fișa de date a achiziției: *„Prețul cuprins în propunerea financiară trebuie să includă toate costurile ofertantului, directe și indirecte (detaliat), legate de încheierea și executarea contractului.”* ... nu a impus un anumit prag minimal pentru cheltuielile indirecte sau pentru componenta de asigurare a condițiilor contractului, iar pretinderea acum a unui asemenea prag este abuzivă.

Din totalul de peste 7,5 mil. lei a valorii estimate a investiției, până la proba contrară, costurile indirecte cu asigurările sunt nesemnificative și nu afectează buna executare a contractului.

Art. 210 din Legea nr. 98/2016 urmărește să prevină situațiile în care autoritatea atribuie contractul unui ofertant ce nu este în măsură să îl execute în limitele financiare, tehnice, temporare și de calitate pe care și le-a asumat prin ofertă, dispoziția legală fiind edictată în favoarea autorităților contractante, pentru protejarea lor (respectiv a bugetelor publice pe care le gestionează și a serviciilor publice pe care le prestează), iar nu ca armă în mâna acelorași autorități sau a ofertanților concurenți de a exclude sau pretinde excluderea de la licitații a anumitor ofertanți. În sprijinul acestui raționament vine chiar norma de aplicare a legii de la art. 137 alin. (2) lit. g) din anexa la Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – oferta este inacceptabilă dacă, în urma verificărilor, se constată că are un preț neobișnuit de scăzut pentru ceea ce urmează a fi

furnizat/prestat/executat, astfel încât nu se poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini. Cu alte cuvinte, chiar dacă o ofertă are un preț sau costuri cu asigurările deosebit de scăzute, ea nu poate fi respinsă decât dacă se probează dincolo de orice îndoială rezonabilă că, din cauza acelor prețuri, nu se poate îndeplini contractul la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini. ..., prin pledoaria sa, nu a demonstrat că oferta ... SRL nu poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini, situație în care respectiva ofertă nu poate fi respinsă, criticile axate pe componenta cheltuielilor indirecte ale ofertei fiind neîntemeiate.

Apărările autorității sunt lipsite de substanță și relevanță în speță și din cauză că nu sunt prezentate în paralel prețuri de referință, astfel încât să fie evidențiată vreo diferență majoră, care să pericliteze caracterul serios al ofertei și aducerea ei la îndeplinire.

Așadar, criticile formulate de contestatoare legate de cash-flow și de preț se confirmă în privința ofertei sale, care a fost respinsă în mod netemeinic, urmând a fi reintrodusă în procesul de evaluare.

Relativ la evaluarea ofertei ...SRL, prima critică este că nu s-a respectat pct. III.1.2) – „Capacitatea economică și financiară” din fișa de date, neprezentând în DUAE modalitatea în care va asigura cash-flow-ul solicitat, cerință redactată după cum urmează:

Cash-flow

Diponibilitati banesti, resurse reale neprevazute de datorii sau linii de credit pentru minim 3 luni de derulare a contractului, conform graficului de executie, in valoare de cel putin 637942.77 lei.

Modalitatea de indeplinire:

Documente relevante care pot fi indicate de ofertant drept referințe în DUAE

(spre exemplu: depozite bancare, acces la instrumente de finanțare - linii de credit, rapoarte emise de instituții specializate privind încadrarea operatorului economic într-o clasă de bonitate). **Se completează DUAE** urmand ca la solicitarea Entitatii Contractante, ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, conform prevederilor art. 196, alin. (2) din Legea 98/2016 privind achizițiile publice, sa demonstreze că la momentul semnării contractului, va avea acces sau are disponibile resurse reale negrevate de datorii în valoare de cel puțin 637942.77 lei pentru o perioadă de 3 luni. Astfel, documentele angajante pentru emitent, în sensul asigurării finanțării, vor fi prezentate obligatoriu de către ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire.

Într-adevăr, contrar cerinței redată, din parcurgerea DUAE aparținând ...SRL se observă că acesta nu a completat nimic în legătură cu îndeplinirea cash-flow-ului. La dosarul cauzei nu există decât un singur DUAE aparținând ...SRL, datat 22.03.2023, ora 15:35.

Toți ofertanții aveau aceeași obligație de a elabora oferta și înscrisurile însoțitoare (DUAE) în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire, iar comisia de evaluare analizează DUAE în conformitate cu prevederile cuprinse în cap. IV secțiunea a 8-a din Legea nr. 98/2016. Comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a cerințelor de către fiecare ofertant în parte prin analizarea conținutului DUAE, astfel cum dispune art. 132 alin. (1) din normele la

lege, obligație pe care comisia evaluatorie desemnată de ... a putut să o îndeplinească doar prin prisma datelor completate în DUAE de către ofertant.

Consecința lipsei din formularul DUAE vreunei informații de îndeplinire a cerinței cash-flow, la secțiunea B – „Situția economică și financiară”, constă în respingerea fără ezitare a ofertei ...SRL, căreia îi sunt incidente dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. b) teza a II-a din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 (*oferta este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă*) și cele ale alin. (1) din același articol (*comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile*) - singura decizie legală cu privire la aceasta fiind aceea de respingere a ei ca inacceptabilă, din cauza expusă. Întocmirea deficitară a ofertei (DUAE) este imputabilă societății care a prezentat-o, iar nu autorității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor documentației. ...SRL putea și trebuia să verifice DUAE pe care l-a încărcat în SEAP, anterior încărcării lui, pentru a preveni eventuale omisiuni și elimina riscul respingerii ofertei din cauza lui.

Raționamentul că autoritatea avea obligația de a îi accepta aducerea unui nou DUAE (care nu a fost regăsit de Consiliu) nu este judicios, deoarece ar fi încălcat atât textul imperativ al art. 137 alin. (2) lit. b) teza a II-a, cât și principiul legal al tratamentului egal între ofertanți. De numeroase ori, instanțele de judecată au subliniat importanța respectării de către ofertanți a regulilor prestabilite de derulare a achiziției:

- deciziile nr. 2427 din 30 septembrie 2015 și nr. 881 din 26 mai 2016 (particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică impun o rigoare deosebită atât din partea autorităților contractante, cât și din partea operatorilor economici interesați să participe la respectivele proceduri, aceștia trebuind să manifeste o diligență sporită, pentru a preveni respingerea ofertei), Curtea de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

- decizia nr. 691 din 13 iunie 2016 (Instanța nu poate ignora disciplina căreia trebuie să i se supună operatorii economici interesați în procedura de atribuire, care trebuie să dea dovadă de diligență maximă din moment ce autoritatea contractantă trebuie să se abțină de la orice act prin care poate crea apariția unui avantaj pentru unul dintre ofertanți. Altfel spus, din moment ce toți participanții au acces la documentație și toți trebuie să respecte aceleași condiții de participare, orice derogare ar încălca principiul tratamentului egal, încurajând, totodată, neglijența sau conducând la decizii administrative arbitrare.), Curtea de Apel Suceava, Secția de contencios administrativ și fiscal.

Similar, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 3274 din 24 septembrie 2012, a statuat că, în materia achizițiilor publice, operatorii economici trebuie să manifeste o diligență sporită în privința cerințelor legale și a celor cuprinse în documentația de atribuire, astfel că, în condițiile în care nu au uzat de dreptul de a contesta anumite cerințe precizate în cuprinsul documentației de atribuire, au acceptat să se supună rigorilor acestora. Și decizia civilă nr. 1095 din 26 aprilie 2010 a aceleiași instanțe își are însemnătate în fundamentarea concluziei de mai sus – „Curtea reține că, în materia achizițiilor publice, operatorii economici sunt datori, mai mult decât un simplu cetățean diligent, să cunoască dispozițiile legale incidente în formele în vigoare la data exercitării drepturilor procesuale, necunoașterea legii nefiind un motiv pentru eludarea acesteia.”

Decizia civilă nr. 4271 din 25 noiembrie 2016 a Curții de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal, este deosebit de elocventă, în sensul că o completare necorespunzătoare a DUAЕ atrage respingerea ofertei ca inacceptabilă, chiar dacă, în realitate, ofertanta îndeplinește criteriile de calificare necompletate în DUAЕ:

Curtea constată că, în condițiile de participare (criterii de calificare) din invitația de participare este consemnat ce trebuie să fie completat în DUAЕ, cu privire la capacitatea de exercitare a activității profesionale, cu privire la dovada deținerii autorizației de funcționare emisă de Ministerul Sănătății, cu privire la experiența similară. **Chiar dacă aceste criterii au fost îndeplinite de către reclamantă – potrivit susținerilor acesteia – prin actele depuse, faptul că DUAЕ nu a fost completat în mod corespunzător, în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă, nu poate fi acoperit în alt mod.**

Mergând în aceeași direcție, se cuvine a fi evidențiată decizia nr. 113/R din 15 februarie 2019 a Curții de Apel Târgu Mureș, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, precum și decizia civilă nr. 1593 din 6 aprilie 2017 a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal:

Nu pot fi reținute nici susținerile petentei în sensul că măsura autorității contractante este una disproporționată și formalistă.

În acest sens, Curtea reține că potrivit art. 137 din HG nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice „(1) Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme.

(2) În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații:

a) prin răspunsul transmis nu clarifică eventualele neconcordanțe prevăzute la art. 132 alin. (3) sau nu a depus dovada constituirii garanției de participare la data-limită de depunere a ofertelor;

b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă;”

Față de aceste prevederi legale, Curtea reține că susținerile petentei în sensul că măsura respingerii ofertei sale este de un formalism exagerat sunt neîntemeiate. **Respingerea ofertei pentru necompletarea DUAЕ în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractante este reglementată ca o obligație pentru autoritatea contractantă, astfel încât nu se poate reține că s-ar fi acționat sub imperiul unui formalism exagerat, autoritatea contractantă acționând în concordanță cu prevederile legale.**

Nu pot fi reținute nici prevederile art. 196 alin.(1) din Legea nr. 98/2016 invocate de petentă în susținerea argumentului său privind formalismul de care a dat dovadă autoritatea contractantă.

Conform art. 196 alin.(1) din Legea nr. 98/2016 „(1) Autoritatea contractantă poate solicita candidaților/ofertanților să depună toate sau o parte dintre documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE, în orice moment pe durata desfășurării unei proceduri de atribuire, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii.”

Curtea observă că textul legal vorbește de solicitarea de documente ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE, iar nu de solicitarea de documente în completarea informațiilor care lipsesc din conținutul DUAE. Prin urmare, față de aceste texte legale, Curtea reține că nu revine autorității contractante obligația de a depune diligențe suplimentare, iar **respingerea ofertei pentru necompletarea corespunzătoare a DUAE este o măsură prevăzută de lege, iar nu lăsată la aprecierea discreționară a autorității contractante, neputându-se astfel reține caracterul disproporționat sau formalist al măsurii luate de autoritatea contractantă.**

Pentru considerentele de fapt și de drept expuse, Curtea va respinge plângerea, ca nefondată.

Aceeași instanță, în decizia nr. 2923 din 23 iunie 2017, a statuat:

Curtea reține că măsura luată de autoritatea contractantă în sensul respingerii ofertei depusă de petena T_ S_ S_, ca inacceptabilă, în etapa de evaluare a formularelor DUAE, este legală, cum legală și temeinică este și decizia Consiliului prin care a menținut această măsură.

În cauză este necontestat că ceea ce se critică în cauza de față este rezultatul de evaluare al Formularului DUAE, și că acest formular a fost completat de ofertant (societatea petentă din cauza de față) la modalitatea de îndeplinire a cerinței nr. 3 privind capacitatea tehnică solicitată prin Fișa de date a achiziției, la Repartizatoare asfalt a bifat 1 bucată în loc de 2 bucăți astfel cum era cerința din fișa de date.

Pornind de la reglementarea cuprinsă în Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, la art.3 alin.(1) „În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații:

s) DUAE - documentul unic de achiziții european furnizat în format electronic prin utilizarea formatului standard stabilit de Comisia Europeană, constând în declarația pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție;”

Totodată, potrivit art. 193 din aceeași lege alin. (1) Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:

a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la art. 164, 165 și 167;

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

c) dacă este cazul, îndeplinește criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi.

(2) În cazul în care operatorul economic demonstrează îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și profesională invocând susținerea unui terț, DUAE include informațiile menționate la alin. (1) cu privire la terțul susținător.

(3) În cazul în care operatorul economic intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAE include și informațiile solicitate cu privire la subcontractanți.

(4) Pe lângă informațiile prevăzute la alin. (1)-(3), DUAE conține și informații cu privire la autoritatea publică sau partea terță responsabilă cu întocmirea documentelor justificative, precum și o declarație oficială care să ateste că operatorul economic are obligația să furnizeze, la cerere și fără întârziere, documentele justificative respective.”

Deci, cu alte cuvinte, interpretând aceste prevederi legale, Curtea reține că acest document/formular DUAE este un document unic de achiziții european furnizat în format electronic, standard, stabilit de Comisia Europeană și care reprezintă o declarația pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție,

fiind practic dovada preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți. Prin urmare, acest document DUAE reprezintă declarația pe proprie răspundere a operatorilor economici privind îndeplinirea criteriilor de capacitate din Documentația de atribuire, inclusiv a celor privind capacitatea tehnică.

În prezenta procedură, Curtea reține că operatorii economici au fost avertizați, încă de la început, prin Anunțul de participare, că au obligația de a completa în DUAE Partea IV „Criterii de selecție” Secțiunea C „Capacitatea tehnică și profesională” informațiile necesare demonstrării îndeplinirii acestei cerințe. Or, în cauză, este necontestat că ofertantul T_____ S_____ S_____ (societatea petentă din cauza de față) **a completat documentul DUAE în cadrul mențiunilor din fișa de date a achiziției, ca și cerință de calificare și selecție, un singur Eșalon de asfalt/repartizator asfalt, în loc de două cât au fost solicitate prin fișa de date.** În aceste condiții, autoritatea contractantă intimată a declarat oferta acestui operator inacceptabilă, făcând aplicarea prevederilor art. 215 alin. (4) din Legea nr.98/2016, potrivit căroră: „Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, precum și cerințele de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției.”

Mai mult decât atât, potrivit art. 137 alin (1) și (2) lit. b) din HG nr.395/2016 privind normele de aplicare:

(1) Comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme.

(2) În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: a) se încadrează în categoria celor prevăzute la art. 132 alin. (3);

b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă;”

De asemenea, potrivit art. 132 alin. (1) „În cazul în care, în cadrul documentației de atribuire, a fost prevăzută obligația îndeplinirii unor criterii de calificare și selecție formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. IV secțiunea a 6-a paragraful 1 din Lege, comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conținutului DUAE.

Astfel fiind, față de situația de fapt prezentată, **necompletarea sau completarea incompletă în documentul DUAE de către societatea petentă a mențiunii privind modalitatea de demonstrare a capacității tehnice bifând 1 repartizator asfalt în loc de 2, nu putea să conducă autoritatea contractantă decât la măsura declarării ofertei sale, în această etapă de evaluare a Formularului DUAE, ca inacceptabilă.**

Curtea va reține, în acord cu Consiliul că aceste omisiuni ale ofertanților de a furniza informații astfel cum se solicită în mod expres și imperativ în cadrul anexei 2 din Regulamentul nr. 7/2016 Partea IV - Criterii de selecție, secțiunea C - Capacitatea tehnică și profesională nu pot fi încadrate în categoria inadvertențelor de formă ci în cadrul categoriei inadvertențelor de fond astfel cum sunt definite de legiuitor în cadrul Notificării privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectorială, respectiv reprezintă erori/omisiuni ale informațiilor în raport cu care nu există posibilitatea de a solicita clarificări, acestea constituind informații care ar fi trebuit completate de către ofertanți și care nu reprezintă simple confirmări cu privire la îndeplinirea unor cerințelor minime de calificare /selecție formulate de către autoritate contractantă în fișa de date a achiziției.

Totodată, în mod corect a reținut Consiliul că în cauză nu sunt aplicabile nici prevederile art. 209 din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 135 din HG nr. 395/2016 așa cum a susținut societatea petentă având în vedere, pe de o parte, că acestea reglementează dreptul autorității contractante și nu obligația acesteia de a solicita clarificări, iar pe de altă parte, **solicitările se pot formula doar cu privire la informațiile sau documentele prezentate.** Or, în cauză **petenta nu au oferit nicio informație cu privire la utilajele/echipamentele/instalațiile lipsă, așa încât, solicitare nu a putut fi formulată, pentru că, în mod logic, autoritatea contractantă intimată nu a avut la ce să se raporteze.** Demonstrațiile de ordin gramatical susținute de societatea petentă în contestația formulată și plângerea de față, la care trebuia să se raporteze autoritatea contractantă, și în raport de care, trebuia să presupună că este o eroare materială, nu pot fi primite, plasându-se în afara prevederilor legale, **examinarea documentului DUAE făcându-se prin verificarea celor declarate/completate de ofertant în raport de cerințele de calificare și selecție prevăzute în documentele**

achiziției și prevederile legale mai sus citate, prevederi care obligau autoritatea contractantă la respingerea ofertei sale ca inacceptabilă pentru neîndeplinirea cerinței din fișa de date.

Nici susținerile petentei cu privire la raționamentul de ordin tehnic în raport de numărul repartizatoarelor și cel al compactoarelor la care trebuia să recurgă autoritatea contractantă pentru a deduce și apoi a ajunge la concluzia că bifarea unui repartizator în loc de două este o simplă eroare materială, nu pot fi primite, fiind în afara cadrului legal.

Totodată, în mod corect a apreciat Consiliul că, nici documentele care se regăsesc în cadrul propunerii tehnice nu pot fi luate în considerare în această etapă, având în vedere faptul că analizarea propunerii tehnice reprezintă o etapă ulterioară în cadrul căreia urmează a fi analizate doar propunerile tehnice ale ofertelor declarate admise, ceea ce nu era posibil la acest moment a derulării procedurii. Curtea reține, în acord cu soluția Consiliului că, potrivit jurisprudenței constante a CJUE, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, Hotărârea Curții din 2 iunie 2016 C-27/15 punctul 37).

Totodată, potrivit aceleiași practici principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în aceeași mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44, Hotărârea Curții din 2 iunie 2016 C-27/15 punctul 36). De asemenea Curtea a statuat că principiile transparenței și egalității de tratament care guvernează toate procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice impun definirea clară în prealabil a condițiilor de fond și de procedură referitoare la participarea la un contract și ca acestea să fie făcute publice, în special a obligațiilor care incumbă ofertanților, pentru ca aceștia să poată cunoaște exact obligațiile procedurale și să aibă garanția faptului că aceleași cerințe sunt aplicabile tuturor concurenților (Hotărârea din 9 februarie 2006, La Cascina și alții, C-226/04 și C-228/04, EU:C:2006:94, punctul 32 Hotărârea Curții din 2 iunie 2016 C-27/15 punctul 37).

Or, în cauză, autoritatea contractantă a menționat în mod expres și detaliat care sunt cerințele de calificare cu privire la utilaje, instalații și echipamente tehnice pentru execuția lucrărilor pe care ofertanții trebuie să demonstreze că dispune. [...]

În concluzie, fa ță de considerentele prezentate, Curtea, în temeiul prevederilor art. 34 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, va respinge plângerea formulată menținând decizia Consiliului ca fiind egală și temeinică.

Prin manopera aducerii unui alt DUAЕ sau a unor documente suport neindicate în DUAЕ, ofertantul încearcă să își creeze un avantaj nepermis față de ceilalți ofertanți, respectiv să completeze DUAЕ cu o cerință omisă, comportament sancționat atât de principiul tratamentului egal între ofertanți, prescris de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, cât și de prevederile art. 209 alin. (2) din același act normativ („Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.”). Numai cu încălcarea art. 209 alin. (2) precitat, autoritatea ar putea lua în calcul un alt DUAЕ sau documente bancare aduse ulterior, creându-i astfel societății un avantaj competitiv față de

ceilalți operatori economici participanți la procedură. Eventuala admitere a ei conduce în mod clar la distorsionarea concurenței între operatorii economici ofertanți, întrucât ...SRL ar ajunge să fie calificată pe baza unui document invocat și relevat ulterior datei-limită de prezentare a ofertei. După cum s-a spus mai sus, 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 (în acest sens Hotărârea Curții Europene de Justiție din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C-19/00, punctul 34, și Hotărârea din 12 decembrie 2002, Universale-Bau și alții, C-470/99, punctul 93). Se cuvine a fi punctată aici optica instanței de la Luxemburg exprimată în Hotărârea din 11 mai 2017, Archus și Gama, C-131/16, EU:C:2017:358.

DUAE nu are valoare de document orientativ sau exemplificativ, din moment ce însuși **legiuitorul îi conferă o importanță capitală, de completarea lui corespunzătoare depinzând admiterea sau respingerea ofertei** – art. 137 alin. (2) lit. b) teza a II-a din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 (**oferta este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă**).

În lumina art. 196 alin. (1) și (2) 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 DUAE**, 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 DUAE**, cu excepția procedurilor desfășurate în mai multe etape când documentele justificative sunt solicitate înainte de transmiterea invitațiilor pentru etapa a doua către candidații selectați.

Prin urmare, obligația ofertanților este de a pune la dispoziția autorității documente justificative actualizate în conformitate cu informațiile **cuprinse în DUAE**. Scrisoarea CEC Bank SA, Sucursala Slatina, nr. OT/B/7361/06.07.2023 nu are valoare de document justificativ „în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE”, neputând fi luat în considerare. Este subînțeles că evaluarea preliminară a „calificării”, pe baza informațiilor din DUAE, este succedată de evaluarea finală a „calificării”, pe baza documentelor suport al informațiilor din DUAE, iar nu pe baza unor documente invocate ulterior, inexistente în DUAE și de care autoritatea nu a cunoscut atunci când a efectuat evaluarea preliminară. Este de prisos a se încerca aici demonstrarea

faptului că trebuie să există suprapunere între cele două evaluări, ca parte a evaluării globale a ofertei.

În sensul că nu poate fi completat DUAЕ oricând și oricum este și notificarea Agenției Naționale pentru Achiziții Publice privind utilizarea DUAЕ în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale (disponibilă la adresa <http://anap.gov.ro/web/wp-content/uploads/2016/09/Notificare-utilizare-DUAЕ.pdf>), în care se precizează:

În etapa de analiză a conținutului DUAЕ, pot interveni următoarele situații:

a) **inadvertențe de formă ale informațiilor cuprinse în secțiunile DUAЕ**, atât ale ofertantului/candidatului, cât și ale subcontractantului/terțului susținător, în raport cu care există posibilitatea de a solicita clarificări;

b) inadvertențe de fond, respectiv erori/omisiuni ale informațiilor, în raport cu care nu există posibilitatea de a solicita clarificări.

a) Posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAЕ atașat ofertei/candidaturii

În conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și ale art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, autoritatea/entitatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări/completări în scopul lămuririi unor aspecte determinate de existența unor neconcordanțe între informațiile prezentate în cadrul DUAЕ. Astfel, pentru inadvertențele de formă apărute în completarea DUAЕ de către ofertanți/candidați, comisia de evaluare are dreptul de a solicita clarificări, **în condițiile în care informațiile sunt susținute de alte precizări existente la nivelul aceluiași DUAЕ** sau a DUAЕ depus de subcontractant/terț susținător/asociat.

Raportat la dispozițiile art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, "comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora [...]"; respectiv ale art. 140 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016, "comisia de evaluare va stabili termenul-limită în funcție de volumul și complexitatea clarificărilor și completărilor formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte [...]".

Situațiile în care sunt identificate inadvertențe de formă cu privire la DUAЕ prezentat în cadrul ofertei/solicitării de participare, și care au condus la clarificarea unor informații, **obligă la transmiterea de către ofertanți/candidați, a unui DUAЕ revizuit**. În lipsa transmiterii unui DUAЕ revizuit, devin aplicabile prevederile art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016 respectiv ale art. 140 alin. (4) din H.G. nr. 394/2016, respectiva **oferta va fi considerată inacceptabilă**.

Autoritatea/entitatea contractantă trebuie să aibă în vedere totodată, dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 respectiv ale art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016: "autoritatea/entitatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat".

b) Respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAЕ

Raportat la prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016: "Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, precum și cerințele de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției".

Situațiile care conduc la respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări privind DUAЕ vizează inadvertențe de fond, respectiv reprezintă acele **informații completate de către ofertanți/candidați care nu confirmă îndeplinirea cerințelor minime de calificare**/selecție formulate de către autoritatea/entitatea contractantă în fișa de date a achiziției.

Omiterea cu desăvârșire a trecerii informațiilor despre cash-flow în DUAЕ nu reprezintă o „inadvertență de formă a informațiilor cuprinse în secțiunile DUAЕ”, ci o „inadvertență de fond”, pentru care este

răspunzător doar ofertantul și față de care ... nu era îndreptățită să ceară ori să accepte completarea ulterioară.

Față de cele evocate, Consiliul determină că în mod nelegal autoritatea a admis oferta ...SRL, existând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea raportului prin care a fost stabilit rezultatul evaluării acestei oferte și pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea acesteia. Oferta trebuia respinsă și din cauză că nu corespunde cerinței exprese a autorității privind graficul Gantt. Astfel, lipsesc subactivități cum sunt cele de la poz. 0005.3.1 – Terasamente lucrări permanente. După cum a remarcat și contestatoarea, cu toate că autoritatea a cerut indicarea resurselor alocate fiecărei activități, ...SRL nu le-a indicat, ci doar a menționat niște durate în ore.

În contextul descris mai sus, se reține că evaluarea celor două oferte nu a fost realizată în acord cu documentația de licitație, ceea ce determină nerespectarea dispozițiilor legale de către comisia evaluatorie și nelegalitatea evaluării respectivelor oferte.

În consecință, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația ... SRL nr. 352/25.07.2023, în contradictoriu cu ..., prin primăria sa, va anula raportul procedurii nr. ... și comunicările ulterioare acestuia, în ceea ce privește evaluarea ofertelor ... SRL și ...SRL, și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea acestor oferte în discuție și la emiterea unui nou raport, cu respectarea documentației de atribuire, a legislației privind achizițiile publice și a considerentelor de mai sus.

Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 statuează că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/ acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci și a regulilor de elaborare a proceselor-verbale și a rapoartelor comisiei de evaluare, inclusiv în ceea ce privește concluziile verificărilor de calificare și ordin tehnic și financiar.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația ... SRL nr. ..., în contradictoriu cu ..., prin primăria sa, și anulează raportul procedurii nr. ... și comunicările ulterioare acestuia transmise ... SRL și ...SRL, în ceea ce privește evaluarea acestor oferte. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea lor, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile publice, în termen de cel mult douăzeci de

zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertelor și aprobarea raportului procedurii, autoritatea va comunica celor doi ofertanți rezultatul procedurii, potrivit legislației aplicabile.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată practica deciziei,

...

Redactată în patru exemplare, conține douăzeci și nouă de pagini.