



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 94/21.03.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 7991/21.03.2016, formulată de asocieria ..., prin lider de asociere ..., cu sediul în ..., înmatriculată la O.R.C. sub nr. ..., având CIF: ..., reprezentată legal prin ..., împotriva rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr. 136/15.03.2016, emisă de ..., cu sediul în ..., având CIF: ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin „cerere de ofertă” online, a contractului având ca obiect „*Execuție lucrări de modernizare a drumurilor de acces agricole către ferme (căi de acces din afara exploatațiilor agricole) în cadrul proiectului MODERNIZAREA DRUMURILOR AGRICOLE DE EXPLOATAȚIE DE PE TERITORIUL ...*”, cod CPV 45233120-6, s-a solicitat „*admiterea contestației cu consecința:*

- *Anulării adresei nr. 136 din 15.03.2016 de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire;*
- *Revenirii asupra deciziei de anulare a procedurii de atribuire;*
- *Anulării raportului procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică anterior menționat;*
- *Anulării deciziei autorității contractante prin care oferta subscrisei a fost RESPINSĂ ca neconformă și inacceptabilă;*
- *Obligării autorității contractante la reluarea procedurii de achiziție prin reevaluarea ofertei subscrisei de la etapa verificării admisibilității acesteia”.*

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu

Anulează raportul procedurii și rezultatul procedurii transmis contestatorului. Obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea documentației de atribuire, a legislației privind achizițiile publice și a celor reținute în motivare, în termen de cinsprezece zile de la data primirii prezentei decizii.

Dispune continuarea procedurii de atribuire cu respectarea celor decise anterior.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația formulată, asocieria ..., prin lider de asociere ..., contestă rezultatul procedurii, comunicat prin adresa nr. 136/15.03.2016, emisă de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin „cerere de ofertă” online, a contractului având ca obiect *„Execuție lucrări de modernizare a drumurilor de acces agricole către ferme (căi de acces din afara exploatațiilor agricole) în cadrul proiectului MODERNIZAREA DRUMURILOR AGRICOLE DE EXPLOATAȚIE DE PE TERITORIUL ...”,* cod CPV 45233120-6, solicitând *„admiterea contestației cu consecința:*

- *Anulării adresei nr. 136 din 15.03.2016 de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire;*
- *Revenirii asupra deciziei de anulare a procedurii de atribuire;*
- *Anulării raportului procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică anterior menționat;*
- *Anulării deciziei autorității contractante prin care oferta subscrisei a fost RESPINSĂ ca neconformă și inacceptabilă;*
- *Obligării autorității contractante la reluarea procedurii de achiziție prin reevaluarea ofertei subscrisei de la etapa verificării admisibilității acesteia”.*

Contestatorul precizează că cele două motive de respingere a ofertei sale i-au fost prezentate în comunicarea rezultatului, respectiv:

1. Motivul 1 - La solicitarea de clarificări nr. 102 din 03.02.2016, clarificare nr. 1, răspunsul contestatorului a fost considerat neconcludent și ca urmare oferta intră sub incidența art. 79 alin. (1) și art. 36 alin (1)

lit. b) coroborat cu art. 81 din H.G. nr. 925/2006, fiind astfel calificată ca fiind neconformă și inacceptabilă.

În vederea demonstrării îndeplinirii cerinței nr. 2 de la pct. III.2.2) din fișa de date, referitoare la cash-flow, asocierea a prezentat în cadrul documentelor de calificare următoarele:

- Angajament privind susținerea financiară din partea terțului susținător ...;
- Declarație privind eligibilitatea din partea terțului susținător ...;
- Declarație privind neîncadrarea la situațiile prevăzute la art. 181 din O.U.G. nr. 34/2006 din partea terțului susținător ...;
- Declarație privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 69¹ din O.U.G. nr. 34/2006 din partea terțului susținător ...;
- Declarație terț susținător economic și financiar din partea terțului susținător ...;
- Scrisoare bancară emisă de către ... în data de 18.12.2015 pentru terțul susținător ... (în original, în limba spaniolă și traducere autorizată în limba română). În cadrul scrisorii bancare emise de către ... este menționat: *„Conform datelor deținute de această entitate bancară ... are acces în cadrul sistemului financiar la lichidități, linii de credit și de garanții și alte instrumente financiare necesare pentru a acoperi fluxul economic pentru execuția lucrărilor în valoare minimă de 155.000 euro, valoare suficientă pentru desfășurarea lucrărilor pentru o perioadă minimă de 3 luni pentru execuția contractului: „Execuție lucrări de modernizare a drumurilor de acces agricole către ferme (căi de acces din afara exploatațiilor agricole) în cadrul proiectului: MODERNIZAREA DRUMURI AGRICOLE DE EXPLOATAȚIE DE PE TERITORIUL ...”.*

La solicitarea de clarificări prin care sunt solicitate documente edificatoare prin care să se facă dovada că transferul resurselor financiare de la terț către ofertant se va realiza cu respectarea prevederilor legale din domeniul financiar-bancar și contabil, contestatorul a răspuns justificând că actele depuse inițial îndeplinesc cerințele fișei de date și atașând în completare o declarație pe proprie răspundere a administratorului terțului susținător.

Având în vedere calitatea de asociat al ... în cadrul ..., este evident astfel interesul că transferul resurselor puse la dispoziție pentru realizarea cash-flow-ului de execuție al lucrării să se realizeze cu respectarea prevederilor legale din domeniul financiar-bancar și contabil. Mai mult decât atât, susținerile autorității contractante potrivit căroră *„o simplă declarație pe proprie răspundere a administratorului terțului susținător nu poate reprezenta o dovadă concludentă”* sunt nelegale. O declarație pe proprie răspundere produce efecte juridice astfel că nu poate fi considerată *„simplă declarație”*.

Contestatorul invocă Decizia civilă nr. .../11.09.2014 a Curții de Apel Timișoara și decizii ale CNSC și solicită constatarea faptului că asocierea ... și ... a făcut dovada îndeplinirii tuturor cerințelor referitoare la cash-flow-ul pentru execuția lucrării.

2. Motivul 2 - La solicitarea de clarificări nr. 124 din 03.03.2016, clarificare nr. 3, răspunsul contestatorului a fost considerat neconcludent și ca urmare oferta intră sub incidența art. 79 alin. (1) și alin. (3) lit. b) coroborat cu art. 81 din H.G. nr. 925/2006 fiind astfel calificată ca fiind neconformă.

În lista cu cantitățile de lucrări deviz ofertă 179048 Podețe transversale Dn 400, articolul 7 este PB06B1 Turnare beton = 28,000 mc împreună cu 2100995 Beton de ciment B 400 = 28,224 mc. Articolul 2100995 Beton de ciment B 400 este inclus în rețeta articolului PB06B1 Turnare beton, având consumul de 1,008 mc/mc și fiind ales din lista anexă 10176 Betoane preparate. În antemăsurătorile și listele de cantități întocmite de proiectant, cantitatea aferentă articolelor de lucrări este prezentată rotunjită la două zecimale.

Astfel, cantitatea aferentă articolului 2100995 Beton de ciment B 400: $28,000 \text{ mc} \times 1,008 \text{ mc/mc} = 28,224 \text{ mc}$, prin rotunjirea la două zecimale devine 28,220 mc.

În cadrul propunerii tehnice au fost depuse listele de cantități de lucrări fără valori, iar în cadrul propunerii financiare au fost depuse devizele ofertă întocmite în baza listelor de cantități.

Așa cum și autoritatea contractantă recunoște, prezentarea de către asocierea ... și ... a cantității de 28,224 mc pentru articolul 2100995 Beton de ciment B 400 reprezintă o abatere tehnică minoră, încadrându-se în prevederile art. 79 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 925/2006.

Prin răspunsul nr. 60 din 04.03.2016 la clarificarea nr. 3 asocierea ... și ... nu modifică propunerea financiară. Prin precizarea „*O eventuală modificare a prețului, indusă de corectarea abaterii tehnice, nu poate conduce la modificarea clasamentului ofertanților având în vedere că reprezintă 1,22 lei fără TVA.*”, contestatorul consideră că nu a modificat propunerea financiară, ci doar a prezentat argumente care să demonstreze încadrarea abaterii tehnice în prevederile art. 79 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 925/2006. Prin răspunsul prezentat, contestatorul a răspuns la ce i s-a solicitat, respectiv: „*Solicităm prentarea de clarificări cu privire la acest aspect, cu luarea în considerare a prevederilor art. 79 și 80 din H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare.*”

Astfel, eroarea aritmetică pe care comisia de evaluare are dreptul de a o corecta în cadrul propunerii financiare este de natura discrepantei între prețul unitar și prețul total, iar prețul total va fi corectat corespunzător prin înmulțirea cantității de 28,220 mc cu prețul unitar al articolului 2100995 Beton de ciment B 400, respectând astfel prevederile art. 80 alin. (1) și (2). Având în vedere că solicitarea de corectare a erorilor aritmetice trebuie făcută de comisia de evaluare, răspunsul transmis de contestator la solicitarea de clarificări nr. 124 din 03.03.2016 clarificare nr. 3 nu poate fi considerat neconcludent.

Față de prevederile imperative mai sus arătate, contestatorul solicită constatarea faptului că asocierea ... și ... a răspuns concludent la

solicitarea de clarificări, iar prin răspunsul prezentat nu a modificat propunerea financiară.

În drept, contestatorul invocă dispozițiile art. 255, coroborate cu cele ale art. 256² alin. (1) lit. b) din O.U.G. nr. 34/2006, precum și toate celelalte prevederi legale invocate în cuprinsul contestației.

Prin adresa nr. 149/24.03.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 8760/28.03.2016, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, în care precizează următoarele, referitor la motivele prezentate în contestație, respectiv:

„Cu privire la afirmația potrivit căreia „Referitor la scrisoarea emisă de ... privind îndeplinirea cash-flow-ului, vă precizăm că sintaxa „Prezenta declarație nu presupune asumarea niciunui angajament de către ... și nu constituie emiterea unei garanții”, autoritatea contractantă consideră că aceasta se referă la neasumarea niciunui angajament la data emiterii, respectiv 18.12.2015, „astfel cuantumul de 155.000 euro aferent cash-flow-ului nu va fi pus la dispoziție la data deschiderii ofertelor”. Din scrisoarea bancară în cauză nu reiese o asemenea interpretare. Cerința din fișa de date a constatat în:

„Cerința 2: Ofertantul trebuie să demonstreze că, la momentul semnării contractului, va avea acces la sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de banci ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării pentru o perioadă de 3 luni în suma de 654.890 lei.

NOTĂ: Documentele suport prin care se poate demonstra îndeplinirea cerinței privind cashflow-ul trebuie să fie angajante în raport cu emitentul, respectiv să confirme faptul că ofertantul va avea acces la finanțare din partea unei instituții de creditare, are disponibilități bănești proprii, etc.”.

Or, în documentul suport prezentat în scopul îndeplinirii cerinței privind cashflow-ul (scrisoarea emisă de ...) se menționează faptul că „Prezenta declarație nu presupune asumarea niciunui angajament de către ... și nu constituie emiterea unei garanții”, fapt prin care, în opinia autorității contractante, se încalcă această cerință din fișa de date.

Referitor la afirmația contestatorului potrivit căreia „Având în vedere calitatea de asociat al ... în cadrul ..., este evident astfel interesul ca transferul resurselor puse la dispoziție pentru realizarea cash-flow-ului de execuție al lucrării să se realizeze cu respectarea prevederilor legale din domeniul financiar-bancar și contabil. Mai mult decât atât, susținerile autorității contractante potrivit carora „o simplă declarație pe proprie răspundere a administratorului terțului susținător nu poate reprezenta o dovadă concludentă” le considerăm nelegale. O declarație pe proprie răspundere produce efecte juridice astfel că nu poate fi considerată „simplă declarație”, autoritatea contractantă consideră că nu există dovezi mai concludente decât relația de parteneriat dintre terțul susținător și ofertantul lider de asociere împreună cu declarația pe proprie răspundere, prin care se poate dovedi că transferul resurselor de la terț

către ofertant se va realiza cu respectarea prevederilor legale din domeniul financiar-bancar și contabil. Or, faptul că ... are calitatea de asociat în cadrul ..., în lipsa prezentării și a altor documente edificatoare, nu poate duce, în mod automat, la concluzia că transferul resurselor puse la dispoziție pentru realizarea cash-flow-ului de execuție al lucrării se va realiza cu respectarea prevederilor legale din domeniul financiar-bancar și contabil. Mai mult, declarația pe proprie răspundere prezentată de administratorul terțului susținător, nefiind un act ce emană de la un ȣert, nu poate face dovada deplină a faptului că transferul resurselor puse la dispoziție pentru realizarea cash-flow-ului de execuție al lucrării se va realiza cu respectarea prevederilor legale din domeniul financiar-bancar și contabil.

Referitor la afirmația contestatorului potrivit căreia „*Prin răspunsul nr. 60 din 04.03.2016 la clarificarea nr. 3 asocierea ... și ... nu modifică propunerea financiară. Prin precizarea „O eventuală modificare a prețului, indusă de corectarea abaterii tehnice, nu poate conduce la modificarea clasamentului ofertanților având în vedere că reprezintă 1,22 lei fără TVA”, subscrisa nu a modificat propunerea financiară, ci doar a prezentat argumente care să demonstreze încadrarea abaterii tehnice în prevederile art. 79 alin. (2) lit. b) din H.G. 925/2006. Prin răspunsul prezentat, subscrisa a răspuns la ce i s-a solicitat: „Solicităm prezentarea de clarificări cu privire la acest aspect, cu luarea în considerare a prevederilor art. 79 și 80 din H.G. nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare. Astfel, eroarea aritmetică pe care comisia de evaluare are dreptul de a o corecta în cadrul propunerii financiare este de natura discrepantei între prețul unitar și prețul total, iar prețul total va fi corectat corespunzător prin înmulțirea cantității de 28,220 mc cu prețul unitar al articolului 2100995 Beton de ciment B 400, respectând astfel prevederile art. 80 alin. (1) și (2). Având în vedere că solicitarea de corectare a erorilor aritmetice trebuie făcută de comisia de evaluare, răspunsul transmis de subscrisa la solicitarea de clarificări nr. 124 din 03.03.2016 clarificare 3 nu poate fi considerat neconcludent”, autoritatea contractantă precizează că, după cum reiese și din comunicarea rezultatului procedurii nr. 136/15.03.2016, argumentele prezentate de ofertant în răspunsul său la clarificări au fost luate în considerare de autoritatea contractantă, drept pentru care, neconcordanța în cauză a fost catalogată drept abatere tehnică minoră. Cu toate acestea, din exprimarea ofertantului „O eventuală modificare a prețului, indusă de corectarea abaterii tehnice ... reprezintă 1,22 lei fără TVA”, rezultă că acesta sugerează (însă fără a solicita și a accepta explicit corecția în cauză) că prețul indus de corectarea acestei abateri tehnice minore ar trebui corectat cu 1,22 lei fără TVA. Or, această sugerare a faptului că prețul indus de corectarea abaterii tehnice minore ar trebui corectat, a fost interpretat de către autoritatea contractantă ca o recunoaștere implicită a necesității modificării prețului, iar potrivit art. 79 alin. (3) din H.G. nr. 925/2006, „În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile*

pe care le prezintă conținutul propunerii financiare, oferta sa va fi considerată neconformă, cu excepția situației prevăzute la art. 80 alin. (2)“.

Având în vedere cele de mai sus, autoritatea contractantă consideră că soluția ce se impune în cazul de față este aceea de respingere, ca nefondată, a contestației formulată de ..., în conformitate cu prevederile art. 278 alin. (5) din O.U.G. nr. 34/2006.

În drept, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 274 din O.U.G. nr. 34/2006.

Ultimul document aferent dosarului cauzei este adresa nr. 149/24.03.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 8760/28.03.2016, transmisă de autoritatea contractantă.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin „cerere de ofertă” online, a contractului având ca obiect *„Execuție lucrări de modernizare a drumurilor de acces agricole către ferme (căi de acces din afara exploatațiilor agricole) în cadrul proiectului MODERNIZAREA DRUMURILOR AGRICOLE DE EXPLOATAȚIE DE PE TERITORIUL ...”,* cod CPV 45233120-6. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP invitația de participare nr. ...

Potrivit Procesului-verbal nr. 83/07.01.2016 al ședinței de deschidere a ofertelor, până la termenul limită au depus ofertă un număr de 5 operatori economici. În urma evaluării ofertelor, toate ofertele depuse au fost declarate inacceptabile și/sau neconforme și autoritatea contractantă în temeiul dispozițiilor art. 209 alin. (1) lit. a) din O.U.G. nr. 34/2006 a hotărât anularea procedurii de atribuire, toate aceste aspecte fiind consemnate în Raportul procedurii nr. 133/15.03.2016.

Ulterior evaluării ofertelor și comunicării rezultatului procedurii de către autoritatea contractantă, pentru motivele evocate anterior, ..., în calitate de lider al asocierii asocieria ... a depus la Consiliu contestația de față.

Analizând criticile formulate de ..., Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de modul în care autoritatea contractantă a analizat și evaluat oferta depusă de asocieria ..., pe care a declarat-o inacceptabilă și neconformă. Astfel sunt avute în vedere aspecte legate de neîndeplinirea cerinței de calificare privind situația economică și financiară și aspecte legate de nerespectarea unei cantități de lucrări aferentă obiectului „Podețe transversale”.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamante, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini cu anexe, formularele necesare și modelul contractului de lucrări, nu a fost contestată cu succes de niciun operator economic, drept

pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire. 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 art. 256 ind. 2 alin. (1) lit. b), coroborat cu alin. (2), din ordonanța privind achizițiile publice.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 170 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 – ofertanții au obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația 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 (relevantă în acest sens este decizia nr. ... din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). 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.

Un prim aspect criticat de ... vizează pretinsa nelegalitate a deciziei comisiei de evaluare de a respinge oferta depusă de asocierea, motivat de faptul că asocierea în cauză nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței de calificare privind situația economică și financiară.

Trecând la analiza celor reclamate, Consiliul reține că în fișa de date a achiziției, parte a documentației de atribuire elaborată de autoritatea contractantă în vederea derulării procedurii de achiziție publică în discuție, au fost menționate cerințele minime de calificare ce urmau a fi îndeplinite de către operatorii economici participanți la procedură. Printre acestea, la capitolul pct. III.2.2) „Capacitatea economică și financiară”, s-au menționat următoarele:

„(...)

Cerinta 2:

Ofertantul trebuie sa demonstreze ca, la momentul semnarii contractului, va avea acces la sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de banci ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow de executie a lucrarii pentru o perioada de 3 luni în suma de 654.890 lei.

*Nota: Documentele suport prin care se poate demonstra indeplinirea cerintei privind cashflow-ul trebuie **sa fie angajante in raport cu emitentul, respectiv sa confirme faptul ca ofertantul va avea acces la finantare din partea unei institutii de creditare, are disponibilitati banesti proprii, etc.***”

De asemenea, s-a mai menționat în cadrul fișei de date a achiziției următoarea prevedere: „*Situatia economica si financiara a operatorului economic poate fi sustinuta în conformitate cu art. 186 din OUG nr. 34/2006 si*

Instructiunea ANRMAP nr. 1/2015. În cazul în care ofertantul demonstrează îndeplinirea cerinței invocând susținerea acordată de către un tert, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care aceasta confirmă faptul că va pune la dispoziție ofertantului resursele invocate”.

Modalitatea de îndeplinire a cerinței mai sus amintită, s-a solicitat astfel: *„În cazul în care susținerea tertului se referă la asigurarea unor resurse care pot fi puse efectiv la dispoziția ofertantului (resurse financiare), angajamentul ferm prezentat de către ofertant trebuie să prevadă care sunt resursele respective și să specifice faptul că disponibilizarea acestora se va realiza necondiționat, în funcție de necesitățile care apar pe parcursul îndeplinirii contractului în cauză. **Se vor prezenta dovezi concludente în ceea ce privește deținerea de către tert a resurselor respective și ca transferul acestora de la tert către ofertant se va realiza cu respectarea prevederilor legale din domeniul financiar- bancar și contabil.**”*

Analizând cerința autorității contractante, astfel cum a fost ea formulată, rezultă că aceasta dorește **confirmarea expresă și angajantă și acceptarea disponibilității băncii de a pune la dispoziția operatorului economic**, în cazul în care va fi declarat câștigător, la momentul semnării contractului, suma de 654.890 lei pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării pentru o perioadă de 3 luni. Prin impunerea cerinței amintite, autoritatea contractantă dorește evitarea apariției unor stări conflictuale în derularea contractului, asigurându-se astfel că operatorul economic dispune de sursele financiare necesare derulării contractului până la realizarea decontării de către autoritatea contractantă, respectiv pe perioada primelor 3 luni de la momentul începerii derulării executării contractului.

Prin impunerea acestei cerințe, autoritatea contractantă a dorit să diminueze / elimine riscul de neîndeplinire a contractului în primele 3 luni, având în vedere faptul că sursa de finanțare potrivit pct. VI. 2) din fișa de date o reprezintă Programul Național de Dezvoltare Rurală – PNDR.

Scopul impunerii anumitor cerințe de calificare este ca autoritatea contractantă să poată verifica potențialul tehnic sau financiar al ofertanților, potențial care să reflecte posibilitatea acestora de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia (art. 7 din H.G. nr. 925/2006).

În vederea îndeplinirii cerinței în discuție, asocierea a depus următoarele înscrisuri:

- un angajament privind susținerea sa financiară (depus în cadrul documentelor de calificare – Formularul nr. 12 A). În considerarea cerinței redate, asocierea contestatoarea a încheiat, cu ..., în calitate de tert susținător financiar exclusiv pentru procedura de atribuire în discuție, angajament care prevede:

*"[...] noi, ..., [...] ne obligăm, în mod ferm, necondiționat și irevocabil să punem la dispoziția asocierii **toate resursele financiare** necesare pentru*

îndeplinirea integrală și la termen a tuturor obligațiilor asumate de acesta conform ofertei prezentate și contractului de achiziție publică ce urmează a fi încheiat între ofertant și autoritatea contractantă. [...]

În acest sens, ne obligăm în mod ferm, necondiționat și irevocabil, în conformitate cu necesitățile apărute pe toată durata contractului, să punem la dispoziția ... suma de 155.000 euro pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării pentru o perioadă de 3 luni, necesară pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică";

- scrisoarea emisă de către ..., la data de 18.12.2015 în care se menționează următoarele:

"În calitate de bancă principală a operatorului economic ..., confirmăm faptul că societatea este constituită conform legislației și este considerată ca fiind solventă și respectabilă și certificăm faptul că societatea menționată și-a îndeplinit toate obligațiile față de noi până la data prezentă.

*Conform datelor deținute de această entitate bancară, ... **are acces în cadrul sistemului financiar la lichidități, linii de credit și garanții și alte instrumente financiare necesare pentru a acoperi fluxul economic pentru execuția lucrărilor în valoare minimă de 155.000 euro, valoare suficientă pentru desfășurarea lucrărilor pentru o perioadă minimă de 3 luni pentru execuția contractului:** Execuție lucrări de modernizare a drumurilor de acces agricole către ferme (căi de acces din afara exploatațiilor agricole) în cadrul proiectului MODERNIZAREA DRUMURILOR AGRICOLE DE EXPLOATAȚIE DE PE TERITORIUL*

Prezenta declarație nu presupune asumarea niciunui angajament de către ... și nu constituie emiterea unei garanții":

- Declarația tertului susținător economic și financiar (Formular nr. 12 B) în care a fost evidențiată Lista privind resursele economico – financiară care urmau a fi efectiv puse la dispoziția ofertantului pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, din cuprinsul căreia rezultă că tertul susținător pune la dispoziția asocierii, Scrisoarea bancară emisă de Sabadell pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării pe o perioadă de 3 luni, în valoare de 155.000 euro.

Considerând că documentele de mai sus nu dovedesc îndeplinirea cerinței de calificare în discuție, autoritatea contractantă a solicitat asocierii în cauză, cu actul nr. 102/03.02.106, următoarea clarificare vizavi de susținerea economică și financiară: *"In fisa de date s-a solicitat ca "In cazul în care susținerea tertului se refera la asigurarea unor resurse care pot fi puse efectiv la dispoziția ofertantului (resurse financiare), angajamentul ferm prezentat de către ofertant trebuie sa prevada care sunt resursele respective si sa specifice faptul ca disponibilizarea acestora se va realiza necondiționat, în funcție de necesitățile care apar pe parcursul îndeplinirii contractului în cauza. Se vor prezenta dovezi concludente în ceea ce privește deținerea de către tert a resurselor respective și ca transferul acestora de la tert către ofertant se va realiza cu respectarea prevederilor lesale din domeniul financiar-bancar si contabil".*

Cu toate acestea, tertul susținător ... nu a prezentat niciun document edificator prin care sa se faca dovada ca transferul acestor resurse

financiare de la tert către ofertant se va realiza cu respectarea prevederilor legale din domeniul financiar-bancar si contabil.

Solicitam prezentarea de documente edificatoare, conform fisei de date, prin care sa se demonstreze indeplinirea cerințelor referitoare la "susținerea economica si financiara".

Asocierea ... a răspuns cu actul nr. 106/10.02.2016, precizând:

"Pentru îndeplinirea cerinței nr. 2 de la pct. III.2.2) **Capacitatea economică și financiară**, asocierea ... - ... a beneficiat de susținerea terțului ... Asa cum reiese din Certificatul Constatator emis de Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Timiș, ... este asociat în cadrul ... cu o cotă de participare de 45%. Având în vedere această relație de parteneriat, este evident astfel interesul ... ca, transferul resurselor puse la dispoziție pentru realizarea cash-flow-ului de execuție al lucrării, să se realizeze cu respectarea prevederilor legale din domeniul financiar-bancar și contabil. Atașăm prezentei declarația pe proprie răspundere a administratorului terțului susținător.

A anexat răspunsului Declarația pe proprie răspundere, emisă de ..., în calitate de administrator al terțului susținător ... la data de 03.02.2016 în care sunt specificate următoarele:

"Subsemnatul ..., în calitate de administrator și asociat al ...,

Având în vedere declarația bancară emisă de către ... în data de 18.12.2015, privind accesul la resursele financiare în sumă de 155.000 euro necesare pentru realizarea cash-flow-ului de execuție a lucrării "EXECUȚIE LUCRĂRI DE MODERNIZARE A DRUMURILOR DE ACCES AGRICOLE CĂTRE FERME (CAI DE ACCES DIN AFARA EXPLOATATIILOR AGRICOLE) ÎN CADRUL PROIECTULUI: MODERNIZAREA DRUMURILOR AGRICOLE DE EXPLOATATIE DE PE TERITORIUL ..." pentru o perioadă de 3 luni;

Având în vedere Angajamentul privind susținerea financiară a asocierii. ... - ... pentru lucrarea "EXECUȚIE LUCRĂRI DE MODERNIZARE A DRUMURILOR DE ACCES AGRICOLE CĂTRE FERME (CAI DE ACCES DIN AFARA EXPLOATATIILOR AGRICOLE) ÎN CADRUL PROIECTULUI: MODERNIZAREA DRUMURILOR AGRICOLE DE EXPLOATATIE DE PE TERITORIUL ..." din partea ...;

Declar pe proprie răspundere că transferul sumei de 155.000 euro către asocierea ...- ... se va realiza cu respectarea prevederilor legale din domeniul financiar-bancar și contabil.

Prezenta declarație pe propria răspundere a fost dată de ... în favoarea autorității contractante ... referitor la procedura pentru atribuirea contractului "EXECUȚIE LUCRĂRI DE MODERNIZARE A DRUMURILOR DE ACCES AGRICOLE CĂTRE FERME (CAI DE ACCES DIN AFARA EXPLOATATIILOR AGRICOLE) ÎN CADRUL PROIECTULUI: MODERNIZAREA DRUMURILOR AGRICOLE DE EXPLOATATIE DE PE TERITORIUL ...".

Nemulțumită de acest răspuns, autoritatea contractantă respinge oferta asocierii, ca inacceptabilă, motivând că răspunsul a fost neconcludent și că asocierea nu a îndeplinit cerința de calificare referitoare la situația economică și financiară.

Raționamentul conturat de autoritatea contractantă în favoarea argumentelor potrivit cărora "*Scrisoarea bancară prezentată nu este **angajantă în raport cu emitentul** (...)*" nu este judicios în cauză și nu va fi reținut de Consiliu în soluționare având în vedere considerentele mai jos prezentate.

Pe fondul cauzei, Consiliul determină că divergența dintre entitățile în litigiu provine din perspectiva diferită de interpretare a actelor și informațiilor prezentate de asocierea ... în probarea îndeplinirii cerinței de calificare privind cash-flow-ul de execuție a lucrării. Astfel, comisia de evaluare apreciază că respectivele acte și informații nu dovedesc îndeplinirea cerinței, în vreme ce asocierea contestatoare susține contrariul. Astfel, membrii comisiei de evaluare au reținut în cadrul Procesului-verbal al ședinței de evaluare nr. 6 din data de 14.03.2016 „Or, în situația în care Scrisoarea bancară prezentată nu este **angajantă în raport cu emitentul**, o simplă declarație pe proprie răspundere a administratorului terțului susținător **nu poate reprezenta o dovadă concludentă** nici în ceea ce privește deținerea de către terț a resurselor respective, nici că transferul acestora de la terț către ofertant se va realiza cu respectarea prevederilor legale în domeniul financiar-bancar și contabil”.

Este de remarcat că, autoritatea contractantă nu a solicitat asocierii în mod explicit clarificări vizavi de motivele care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei, vizavi de mențiunea înscrisă în cadrul scrisorii de garanție bancară prezentată „Prezenta declarație nu presupune asumarea niciunui angajament de către ... și nu constituie emiterea unei garanții”.

Așa cum a fost mai sus reținut, membrii comisiei de evaluare au solicitat prezentarea unor documente edificatoare prin care să demonstreze îndeplinirea cerinței în cauză, având în vedere că "*terțul susținător ... **nu a prezentat niciun document edificator prin care sa se faca dovada ca transferul acestor resurse financiare de la terț către ofertant se va realiza cu respectarea prevederilor legale din domeniul financiar-bancar si contabil.***

Asocierea a răspuns solicitării adresate, explicând că ... este asociat în cadrul ... cu o cotă de participare de 45% și că având în vedere această relație de parteneriat, este evident interesul ... ca, transferul resurselor puse la dispoziție pentru realizarea cash-flow-ului de execuție al lucrării, să se realizeze cu respectarea prevederilor legale din domeniul financiar-bancar și contabil. A atașat declarația pe proprie răspundere a administratorului terțului susținător în care a specificat în mod expres „Declar pe proprie răspundere că transferul sumei de 155.000 euro către asocierea ...- ... se va realiza cu respectarea prevederilor legale din domeniul financiar-bancar și contabil”.

Din economia tuturor înscrisurilor depuse, Consiliul determină că asocierea a furnizat informațiile solicitate de autoritatea contractantă. Este veridic faptul că ofertantul a întocmit un răspuns astfel cum a crezut

de cuviință, însă el este unul care tratează fondul problemei formulate de autoritate. Justificările aduse sunt clare, pertinente și credibile pentru îndeplinirea cerinței. De asemenea, în cuprinsul răspunsului societatea și-a exprimat disponibilitatea de a furniza informații suplimentare, indicând și datele de contact ale ..., în cazul în care autoritatea dorea și confirmări din partea acesteia.

Apreciind că nici acest răspuns nu o lămurește în întregime, deși se referea la datele solicitate, întrucât nimic nu împiedica autoritatea să întrebe din nou ofertanta despre accesul ei la resurse financiare, pe întreaga durată a celor 3 luni, pentru ca autoritatea să nu mai aibă suspiciuni sau neclarități, în mod judicios trebuia să adreseze o nouă solicitare ofertantei. Și Tribunalul de Primă Instanță de la Luxemburg, în hotărârea sa din 10 decembrie 2009, cauza T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV împotriva Comisiei Europene, a statuat că atunci când textul unei oferte este redactat în mod ambiguu, iar împrejurările cauzei arată că ambiguitatea să poată fi explicată în mod simplu, este contrar principiului bunei administrări ca oferta să fie respinsă de autoritate fără ca aceasta să își exercite posibilitatea de a solicita precizări. Tot astfel, în hotărârea Tribunalului din 27 septembrie 2002, cauza T-211/02, Tideland Signal împotriva Comisiei Europene, la pct. 37 se arată că *în timp ce comisiile de evaluare ale autorității nu sunt obligate să solicite clarificări în toate cazurile în care o ofertă este redactată ambiguu, ele au datoria de a exercita un anumit grad de diligență atunci când se analizează conținutul fiecărei oferte. În cazurile în care termenii unei oferte și circumstanțele cunoscute de către autoritate indică faptul că ambiguitatea are, probabil, o explicație simplă și este aparent ușor de rezolvat, în principiu este contrară cerințelor de bună administrare pentru o comisie de evaluare să respingă oferta fără a exercita puterea de a solicita clarificări. Decizia de a respinge o ofertă în aceste condiții riscă să fie afectată de o eroare vădită de apreciere din partea instituției în exercitarea acestei puteri.*

Desigur, principiul recunoașterii reciproce, consacrat la art. 2 alin. (2) lit. c) din ordonanță, corelat cu dispozițiile art. 11 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, potrivit căroră "*Documentele solicitate nu trebuie să limiteze posibilitatea ofertantului/candidatului de a demonstra îndeplinirea criteriilor de calificare și prin alte mijloace, în măsura în care acestea pot fi considerate edificatoare de către autoritatea contractantă*", conduc la concluzia că un document trebuie acceptat de autoritate, chiar dacă există deficiențe legate de forma sau conținutul său, în măsura în care furnizează, totuși, informații relevante. Forma unui document nu este determinantă, câtă vreme din conținutul acestuia rezultă informațiile necesare. Cerința prezentării unor anume documente justificative, cu un anumit conținut predeterminat, nu trebuie interpretată în abstract sau formal (există sau nu acele tipuri de documente), ci în concret, **ținându-se seama că are ca unic scop verificarea**

capacității ofertantului de a beneficia de resurse financiare la momentul semnării contractului. Astfel, autoritatea va fi obligată să accepte nu numai anumite documente redactate strict după cuvintele folosite de autoritate în cerința expusă, ci și declarații de susținere sau declarații bancare sau de alt tip suficiente pentru a demonstra capacitatea asocierii de a atrage, la momentul semnării contractului, fondurile care să îi asigure cash-flow-ul demarării și executării investiției.

Pe de altă parte, nu trebuie scăpat din vedere că exprimarea utilizată de autoritate este „*mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow de executie a lucrării pentru o perioada de 3 luni în suma de 654.890 lei*” din care reiese limpede că autoritatea nu solicită ofertanților **să blocheze la momentul semnării contractului această sumă**, cerința fiind ca ei să demonstreze că vor dispune de mijloace financiare eşalonate pe durata celor 3 luni.

Contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, organizatoarea procedurii nu a reușit să probeze că nu ar avea acces, la data semnării contractului, la banii necesari demarării lucrărilor. Ofertantul contestator a prezentat autorității scrisoarea emisă de către ... la 18.12.2015, în care se arată: "*Conform datelor deținute de această entitate bancară, ... **are acces** în cadrul sistemului financiar la lichidități, linii de credit și garanți și alte instrumente financiare necesare pentru a acoperi fluxul economic pentru execuția lucrărilor în valoare minimă de 155.000 euro, valoare suficientă pentru desfășurarea lucrărilor pentru o perioadă minimă de 3 luni pentru execuția contractului(...)*" Totodată, ofertantul a inclus în ofertă un angajament de susținere financiară din partea ..., angajament prin care susținătorul s-a obligat în mod ferm, necondiționat și irevocabil să pună la dispoziția resursele financiare necesare pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică, obligație care o include și pe cea de sprijinire cu 155.000 euro, pentru cash-flow-ul de execuție a lucrării pe o perioadă de 3 luni.

Motivele de respingere a ofertei, cuprinse în raportul procedurii, au caracter de speculație, de bănuială din partea autorității contractante, care nu îi dau acesteia dreptul de a respinge oferta ci, eventual, de a resolicita clarificări. Cu alte cuvinte, în cel mai rău caz, actele evocate, la care se adaugă răspunsul furnizat în urma solicitării de clarificare, asupra cărora planează suspiciunea autorității, puteau fi apreciate de aceasta ca început de dovadă, până la proba contrarie, în raport de care autoritatea trebuia să manifeste un minim rol activ în edificarea realității.

Prin urmare, contrar celor menționate în cadrul actului de comunicare a rezultatului procedurii prin care autoritatea contractantă a informat asocierea asupra faptului că „*Or, în situația în care Scrisoarea bancară prezentată nu este **angajantă în raport cu emitentul**, o simplă declarație pe proprie răspundere a administratorului terțului susținător*”

nu poate reprezenta o dovadă concludentă nici în ceea ce privește deținerea de către terț a resurselor respective, nici că transferul acestora de la terț către ofertant se va realiza cu respectarea prevederilor legale în domeniul financiar-bancar și contabil", în speță, în măsura în care aprecia că există un risc privind situația faptică, pe care nu dorea să și-l asume, în baza art. 78 alin. (1) teza I din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare desemnată, avea obligația legală să reclarifice aspectul accesului ofertantei la resursele financiare anterior considerării admisibilității sau inadmisibilității ei. Dovedirea imposibilității ... de a beneficia de sumele la care ... are deja acces, după cum reiese din scrisoarea ..., este în sarcina autorității contractante și presupune o corespondență prealabilă pe această temă cu ofertantul, căruia trebuie să i se dea efectiv posibilitatea de a își proba realitatea accesului la finanțare în cazul câștigării contractului. Autoritatea nu i-a cerut nici direct și nici explicit să aducă o confirmare din partea ..., dacă pretinde o astfel de confirmare.

Autoritatea contractantă poate să recurgă și la aplicarea dispozițiilor art. 11 alin. (3) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 (*"În cazul în care există incertitudini sau neclarități în ceea ce privește anumite documente prezentate, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita detalii, precizări sau confirmări suplimentare atât de la ofertantul/candidatul în cauză, cât și de la autoritățile competente care pot furniza informații în acest sens. În orice situație, autoritatea contractantă are obligația de a asigura o perioadă rezonabilă de timp pentru furnizarea precizărilor/confirmărilor solicitate."*).

Răspunsul furnizat de asocieria, prezintă, într-o măsură rezonabilă, modalitatea de acces la cash-flow în execuția contractului, privit prin prisma întrebării imprecise adresate de autoritatea contractantă [*"Solicitam prezentarea de documente edificatoare, conform fisei de date, prin care sa se demonstreze indeplinirea cerințelor referitoare la "susținerea economica si financiara"*] ceea ce înseamnă că el este unul la obiect și concludent. Faptul că, în continuare, la autoritate persistau nelămuriri, consecința nu putea fi sancționarea societății cu excluderea de la procedură, prin respingerea ofertei sale, ci clarificarea aspectelor rămase în analiză. O sancțiune cu excluderea ar fi mult prea drastică față de deficiența care a cauzat-o, motiv pentru care, prin aplicarea ei, se poate reține că autoritatea s-a abătut de la principiul proporționalității derulării achiziției publice, pe care era obligată să îl respecte în temeiul art. 17 din ordonanță.

Din explicațiile și actele prezentate de ofertantă, depuse la autoritatea contractantă, se degajă concluzia că asocieria va avea la dispoziție, de la susținătorul ... care este asociat în cadrul ... cu o cotă de participare de 45%, la momentul semnării contractului, suma de 155.000 euro, solicitată de autoritatea contractantă. Mai mult, un **document angajant din partea băncii** se impunea în măsura în care banca s-ar fi

obligat să finanțeze lucrarea, or, din documentele de la dosar, rezultă că societatea spaniolă are deja acces la lichidități în cont, la linii de finanțare și de garantare, context în care banca nici nu ar avea pentru ce să se angajeze.

Operațiunea de reclarificare a condițiilor în care va beneficia de 155.00 euro nu ar fi avantajat în niciun fel asocierea ofertantă în raport cu ceilalți ofertanți, mai ales că tuturor le-au fost solicitate diverse clarificări. Așadar, dacă autoritatea apreciază că există un risc privind oferta întrucât anumite date și documente îi sunt neclare, contradictorii sau insuficiente, ea nu trebuie să declare inacceptabilă oferta și să o respingă *ipso facto*, ci să o reclarifice temeinic, știut fiind că, orice hotărâre a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe documente neclare, contradictorii sau insuficiente.

Elocventă este și decizia civilă nr. 1314 din 22 martie 2012, în care Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a precizat că procedura de achiziție publică, fiind reglementată de norme din domeniul dreptului public, se desfășoară sub autoritatea principiului priorității interesului public, care impune respectarea cu strictețe a scopului ordonanței și a principiilor de bază pe care le prevede actul normativ (art. 2), acestea presupunând nerestricționarea pe considerente pur formale a examinării pe fond a ofertelor, acordând prevalență unor aspecte nerelevante, cu luarea acestora din urmă în considerare în mod vădit disproporționat în raport cu celelalte elemente ale procedurii.

Pe de altă parte, chiar dacă speța supusă judecății Curții de Apel Timișoara în care a fost pronunțată decizia civilă nr. 7001 din 11 septembrie 2014 nu coincide celei din prezenta cauză, problema acolo dezbătută a vizat tocmai valabilitatea și relevanța unei scrisori emise tot de ..., pentru terțul ..., în favoarea ..., într-o altă licitație, iar raționamentul instanței superioare de control își păstrează actualitatea în cauza de față și nu poate fi ignorat de Consiliu: „Mai arată petenta că aceeași scrisoare bancară nu ar putea să producă efectele juridice scontate de ofertantă datorită faptului că, în finalul său se menționează că reprezintă o simplă declarație, care nu presupune asumarea niciunui angajament de către ... și nu constituie emiterea unei garanții.

Chiar astfel de ar fi, instanța constată că în aplicarea principiului conversiunii actelor juridice nule, dacă scrisoarea bancară menționată nu ar putea fi calificată drept scrisoare de garanție, datorită mențiunii făcute în finalul său, aceasta atestă totuși existența liniei de credit în beneficiul ..., fiind suficientă astfel ca dovada în cadrul procedurii de atribuire pendinte. [...]

Instanța reține ca fiind nefondate și susținerile petentei referitoare la imposibilitatea de transfer al resurselor financiare de care dispune terțul susținător către ofertantul din procedură. Astfel, nicio mențiune din cuprinsul scrisorii bancare prezentate în scop de dovadă nu permite a se concluziona că banca s-ar opune unui astfel de transfer. Dimpotrivă, în scrisoare se face mențiune expresă la scopul pentru care pot fi utilizate instrumentele financiare menționate, anume "pentru a acoperi fluxul economic pentru execuția lucrărilor în valoare minimă de 1.150.000 de euro, valoare suficientă pentru desfășurarea lucrărilor pentru o perioadă minimă de 8 luni pentru execuția contractului «Modernizare străzi comuna ...»". Rezultă astfel că banca

și-a asumat răspunderea pentru asigurarea resurselor financiare în beneficiul terțului susținător, resurse ce urmează a fi utilizate la execuția lucrărilor ce urmează a fi atribuite în baza contractului de achiziție publică, indiferent în ce formă ar fi acestea utilizate, în mod direct de către ... ori transferate fiind de către aceasta către ofertantul pe care îl susține financiar. [...]

În fine, instanța reține că, chiar în măsura în care s-ar aprecia că sumele în discuție pot fi utilizate exclusiv în interesul terțului ..., menționat în scrisoarea bancară, în condițiile în care acesta este acționar majoritar al asociatului ..., se poate concluziona că folosirea acestor sume în îndeplinirea obiectului de activitate al acestei din urmă persoane juridice echivalează cu utilizarea lor în beneficiul acționarului majoritar, astfel încât nu este necesar niciun acord expres pentru transferul sumelor, niciun contract semnat între cele două societăți, în afara angajamentului de susținere financiară prezentat în cadrul ofertei”.

Prin urmare, instanța judecătorească superioară Consiliului, chemată să verifice soluțiile acestuia, a raționat că cerința cash-flow-ului poate fi dovedită prin intermediul scrisorii emise de ... și a angajamentului din partea ... pentru beneficiarul ...

În concluzie, Consiliul reține că activitatea comisiei de evaluare a înregistrat abateri de la cadrul legal care reglementează achizițiile publice respingând oferta, motiv pentru care se impune clarificarea cu asocierea amintită a aspectului în referință, pentru a permite realizarea unei evaluări obiective a ofertei, în vederea stabilirii cu certitudine a admisibilității ofertei.

Și în ceea ce privește cel de-al doilea motiv care a stat la baza deciziei de respingere a ofertei depuse de asocierea, Consiliul constată nelegalitatea acestuia.

Potrivit actului de comunicare a rezultatului procedurii, autoritatea contractantă a stabilit că răspunsul asocierii *[vizavi de neconcordanța identificată în lista cu cantitățile de lucrări aferenta obiectului PODEȚE TRANSVERSALE - Devizul oferta PODEȚE TRANSVERSALE Dn 400, la art. 007 - 2100995 BETON DE CIMENT B 400 STAS 3622 C25/30 - 28.224 M.C. în situația în care cantitatea prevăzută în caietul de sarcini este de 28.220 M.C.]* este neconcludent din următoarele motive: „A) Intr-adevar, în cazul de fata, ne aflam în situația unei abateri tehnice minore, reglementată de art. 79, alin. (2), litera b) din H.G. nr. 925/2006. Dar, după cum se precizează și în articolul respectiv, aceasta se referă la posibilitatea modificării propunerii tehnice și nu a propunerii financiare, cum e cazul de fata.

B).Ofertantul sugerează (însă fără a solicita și a accepta corecția în cauza) ca prețul indus de corectarea acestei abateri tehnice minore ar trebui corectat cu 1.22 lei fără TVA. Or, potrivit art. 79, alin. (3) din H.G. nr. 925/2006 în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă conținutul propunerii financiare, oferta sa va fi considerată neconforma, cu excepția situației prevăzute la art. 80 alin. (2). Mai mult, în cazul de fata, nu putem vorbi despre discrepanțele menționate la art. 80 alin. (2) din H.G. nr. 925/2006 ce ar putea face posibilă corectarea erorilor aritmetice și, pe cale de consecință, modificarea propunerii financiare”.

Datele speței pe scurt sunt următoarele:

Autoritatea contractantă a solicitat asocierii cu actul nr. 113 / 26.02.2016 clarificări vizavi de o neconcordanță privind listele de cantități, astfel:

„In Lista cu cantitatile de lucrări aferenta Obiectului PODEȚE TRANSVERSALE, Devizul oferta PODEȚE TRANSVERSALE Dn 400, la art. 007 se mentioneaza 2100995 BETON DE CIMENT B 400 STAS 3622 C25/30 - **28.224 mc** in situatia in care cantitatea prevăzută in caietul de sarcini este de **28.220 mc**. Solicitam prezentarea de clarificari cu privire la aceasta neconcordanța, cu luarea in considerare a prevederilor art. 79 si 80 din H.G. nr. 925/2006, cu modificările si completările ulterioare, (Temei legal: art. 201 din O. U. G. nr. 34/2006, coroborat cu art. 35 din H. G. nr. 925/2006)”.

Răspunsul asocierii a fost transmis cu actul nr. 54/01.03.2016, prin care acesta a precizat următoarele:

„În lista cu cantitățile de lucrări deviz ofertă 179048 Podețe transversale Dn 400, articolul 7 este PB06B1 Turnare beton = 28,000 mc împreună cu 2100995 Beton de ciment B 400 = 28,224 mc. Articolul 2100995 Beton de ciment B 400 este inclus în rețeta articolului PB06B1 Turnare beton, având consumul de 1,008 mc/mc și fiind ales din lista anexă 10176 Betoane preparate.

În antemăsurătorile și listele de cantități întocmite de proiectant, cantitatea aferentă articolelor de lucrări este prezentată rotunjită la două zecimale. Astfel, cantitatea aferentă articolului 2100995 Beton de ciment B 400: $28,000 \text{ mc} \times 1,008 \text{ mc/mc} = 28,224 \text{ mc}$, prin rotunjirea la două zecimale devine 28,220 mc.”

Considerăm că prezentarea de către asocierea ... și ... a cantității de 28,224 mc pentru articolul 2100995 Beton de ciment B 400 reprezintă o abatere tehnică minoră, încadrându-se în prevederile art. 79, alin. (2), litera b) din H.G. 925/2006.

Menționăm că asocierea ... și ... își asumă ducerea la îndeplinire a lucrărilor ce fac obiectul prezentei proceduri de achiziție publică, cu încadrarea în cantitățile de lucrări stabilite de autoritatea contractantă”.

Ulterior, autoritatea contractantă a solicitat asocierii cu actul nr. 60/04.03.2016 următoarele:

„In Lista cu cantitatile de lucrări aferenta Obiectului PODEȚE TRANSVERSALE, Devizul oferta PODEȚE TRANSVERSALE Dn 400, la art. 007 se mentioneaza 2100995 BETON DE CIMENT-B 400 STAS 3622 C25/30 - **28.224 M.C.** in situatia in care cantitatea prevăzută in caietul de sarcini este de **28.220 M.C.** Solicitam prezentarea de clarificari cu privire la acest aspect, cu luarea in considerare a prevederilor art. 79 si 80 din H.G. nr. 925/2006, cu modificările si completările ulterioare”,

iar aceasta a răspuns cu actul nr.124/04.03.2016, precizând că:

„În antemăsurătorile și listele de cantități întocmite de proiectant, cantitatea aferentă articolelor de lucrări este prezentată rotunjită la două zecimale. Astfel, cantitatea aferentă articolului 2100995 Beton de ciment B 400: $28,000 \text{ mc} \times 1,008 \text{ mc/mc} = 28,224 \text{ mc}$, prin rotunjirea la două zecimale devine 28,220 mc.

Considerăm că prezentarea de către asocierea ... și ... a cantității de 28,224 mc pentru articolul 2100995 Beton de ciment B 400 reprezintă o abatere tehnică minoră, încadrându-se în prevederile art. 79, alin. (2), litera b) din HG 925/2006. **O eventuală modificare a prețului, indusă de**

corectarea abaterii tehnice, nu poate conduce la modificarea clasamentului ofertanților având în vedere că reprezintă 1,22 lei fără TVA.

Menționăm că asocierea ... și ... își asumă ducerea la îndeplinire a lucrărilor ce fac obiectul prezentei proceduri de achiziție publică, cu încadrarea în cantitățile de lucrări stabilite de autoritatea contractantă”.

*În raport de răspunsurile furnizate de asociere, membrii comisiei de evaluare au concluzionat în cadrul Procesului-verbal al ședinței de evaluare nr. 6 înregistrat sub nr. 131/14.03.2016 că „Într-adevăr în cazul de față de aflăm în situația unei **abateri tehnice minore**, reglementata de art. 79, alin. (2), litera b) din H.G. nr. 925/2006. Dar, după cum se precizează și în articolul respectiv, aceasta se refera la posibilitatea modificării propunerii tehnice și nu a propunerii financiare, cum e cazul de față.*

Ofertantul sugerează (însa fără a solicita și a accepta corecția în cauza) ca prețul indus de corectarea acestei abateri tehnice minore ar trebui corectat cu 1.22 lei fără TVA. Or, potrivit art. 79, alin. (3) din H.G. nr. 925/2006 : În cazul în care ofertantul modifica prin răspunsurile pe care le prezintă conținutul propunerii financiare, oferta sa va fi considerată neconforma, cu excepția situației prevăzute la art. 80 alin. (2). Mai mult, în cazul de față, nu putem vorbi despre discrepanțele menționate la art. 80 alin. (2) din H.G. nr. 925/2006 ce ar putea face posibilă corectarea erorilor aritmetice și, pe cale de consecință, modificarea propunerii financiare.

În drept, temeiul legal este constituit din prevederile art. 79 alin. (1) și alin. (3), coroborat cu art. 81 din H. G. nr. 925/2006: calificativ - oferta neconforma”.

Contrar celor reținute de membrii comisiei, Consiliul determină că în cauză autoritatea contractantă luând act de neconcordanța identificată și de asemenea, de răspunsul asocierii (prin care aceasta a menționat că proiectantul a consemnat în cadrul listelor de cantități, cantitatea aferentă articolelor de lucrări rotunjită la două zecimale, respectiv 28,220 mc și că ofertarea cantității de 28,224 mc reprezintă o abatere tehnică minoră, încadrându-se în prevederile art. 79 alin. (2), litera b) din H.G. 925/2006, iar o eventuală modificare a prețului, indusă de corectarea abaterii tehnice, nu poate conduce la modificarea clasamentului ofertanților având în vedere că reprezintă 1,22 lei fără TVA.) trebuia să verifice incidența dispozițiilor art. 79 alin. (2) din hotărârea de guvern amintită, să cuantifice neconcordanța identificată și să stabilească dacă se poate încadra în categoria abaterilor tehnice minore care pot fi acceptate.

În lipsa determinării unei valori pentru neconcordanța din deviz, constatată de comisie și verificările impuse de dispozițiile legale mai sus amintite, autoritatea contractantă nu putea considera că aceasta reprezintă o neconformitate a ofertei și să o respingă ca atare.

În ceea ce privește propunerea tehnică, legiuitorul a prevăzut următoarele cazuri în care este acceptată modificarea propunerii tehnice.

Astfel, prevederile art. 79 alin. (2) din H.G. nr. 925/2006 dispun următoarele: “În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă conținutul propunerii tehnice, oferta sa va fi considerată

neconformă. Modificări ale propunerii tehnice se acceptă în măsura în care acestea:

a) pot fi încadrate în categoria viciilor de formă sau erorilor aritmetice; sau

b) reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a prețului, indusă de aceste corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire; prevederile art. 79 alin. (3) rămân aplicabile.”

iar dispozițiile art. 80 alin. (1) și (3) dispun următoarele:

“(1) Comisia de evaluare are dreptul de a corecta erorile aritmetice sau viciile de formă numai cu acceptul ofertantului. În cazul în care ofertantul nu acceptă corecția acestor vicii/erori, oferta sa va fi considerată neconformă.”

(3) Viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire”.

Anterior respingerii ofertei, autoritatea contractantă trebuia determine dacă, raportat la valoarea întregului contract, neconcordanța respectivă reprezintă abatere tehnică minoră care poate fi acceptată, în condițiile în care exista posibilitatea ca ofertanta, să nu își modifice propunerea financiară.

Chiar dacă legiuitorul nu a definit sintagma „*abatere tehnică minoră*”, problema interpretării acestei noțiuni nu se poate soluționa fără a recurge la regulile de interpretare legislativă. Astfel, Consiliul reține că sintagma trebuie raportată la datele speței, prin ea înțelegându-se acea neconcordanță de mică însemnătate față de cerințele caietului de sarcini, ceea ce nu afectează substanțial conținutul acestuia, astfel cum a fost conceput de autoritatea contractantă.

Consiliul reține că ar fi nelegală și anormală respingerea unei oferte pentru omisiuni/neconcordanțe minore, ușor de remediat, mai cu seamă proporționalitatea reprezintă un criteriu adesea decisiv în evaluarea legalității actelor aparținând autorității contractante, în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publică. Cu alte cuvinte, Consiliul apreciază că dispozițiile art. 79 alin. (3) din H.G. nr. 925/2006, potrivit cărora „*În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile, pe care le prezintă conținutul propunerii financiare, oferta sa va fi considerată neconformă, cu excepția situației prevăzute la art. 80 alin. (2)*”, trebuie interpretate în sensul în care voința legiuitorului a fost aceea de a sancționa numai acele modificări de oferte care ating limita substanțialului, fapt confirmat și de conținutul art. 79 alin. (2) din hotărârea de guvern. Dacă legiuitorul ar fi vrut să elimine ca neconforme

ofertele care conțin orice fel de abateri, textul legal menționat nu își mai găsea locul în hotărârea Guvernului evocată.

Contrar celor menționate de autoritatea contractantă în actul de comunicare a rezultatului, respectiv *"Ofertantul sugerează **(insa fara a solicita si a accepta corecția in cauza)** ca prețul indus de corectarea acestei abateri tehnice minore ar trebui corectat cu 1.22 lei fara TVA"* nu este în sarcina ofertantului să solicite și să accepte corecția în cauză, ci potrivit dispozițiilor art. 79 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 95/2006, autoritatea contractantă, prin membrii comisiei de evaluare trebuie să determine dacă, raportat la valoarea întregului contract, neconcordanța respectivă reprezintă abatere tehnică minoră care poate fi acceptată, în condițiile în care exista posibilitatea ca ofertanta, să nu își modifice propunerea financiară.

De aceea, Consiliul nu se aliniază opiniei autorității contractante, în speță organizatoarea procedurii de atribuire, care, neexercitându-și în mod corect rolul activ, a dovedit o atitudine impregnată de un formalism rigid. Așa cum a fost mai sus reținut, asocierea ... a precizat că își asumă ducerea la îndeplinire a lucrărilor ce fac obiectul prezentei proceduri de achiziție publică, cu încadrarea în cantitățile de lucrări stabilite de autoritatea contractantă, astfel autoritatea putea lesne să determine că societatea ofertantă intenționează și se angajează să execute lucrările în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

În raport de cele mai sus reținute, raționamentul conturat de autoritatea contractantă în favoarea argumentelor, potrivit cărora ofertantul a modificat prin răspunsurile sale conținutul propunerii financiare, nu poate fi judicios în cauză și reținut de Consiliu în soluționare ca fiind relevant.

Nici susținerile autorității contractante, potrivit cărora dispozițiile art. 79 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 925/2006 se referă la posibilitatea modificării propunerii tehnice și nu a propunerii financiare, nu sunt judicioase în cauză, atâta vreme cât dispozițiile invocate fac referire la preț, acesta fiind elementul principal al propunerii financiare, iar o asemenea interpretare și delimitare a efectului juridic pe care le produc aceste dispoziții legale ar dovedi o atitudine impregnată de un formalism rigid și o analiză a ofertei „pe bucăți” și nu în ansamblul său ca un tot unitar și sistematic.

În concluzie, Consiliul reține că activitatea comisiei de evaluare a înregistrat abateri de la cadrul legal care reglementează achizițiile publice, motiv pentru care se impune clarificarea cu asocierea amintită a aspectelor în referință, pentru a permite realizarea unei evaluări obiective a ofertei, în vederea stabilirii cu certitudine a admisibilității ofertei. Pe cale de consecință va admite critica formulată de ..., referitoare la nelegalitatea deciziei autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire, aceasta fiind întemeiată.

Față de ansamblul considerentelor expuse în paginile de mai sus se constată că evaluarea ofertei asocierii s-a realizat cu nerespectarea dispozițiilor legale în vigoare și, pe cale de consecință, critica societății contestatoare privind nelegalitatea respingerii ofertei sale este fondată. Prin urmare, în baza art. 278 alin. (2) și (4) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ..., va anula raportul procedurii și rezultatul procedurii transmis contestatorului. Va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea documentației de atribuire, a legislației privind achizițiile publice și a celor reținute în motivare, în termen de cinsprezece zile de la data primirii prezentei decizii.

În temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (6) din O.U.G. nr. 34/2006, Consiliu va dispune continuarea procedurii de atribuire cu respectarea celor decise anterior.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...