

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

DECIZIE

Nr. 3641/C8/4160

Data: 23.12.2024

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 76870/28.11.2024, formulată de înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI reprezentată legal de – administrator și convențional prin Cabinet de avocat, împotriva rezultatului vizând loturile 1 și 3 ale procedurii de licitație deschisă, organizată de, în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „*EXECUȚIE LUCRĂRI: LOT 1 – NOD RUTIER AUTOSTRADA A3 KM 36+700 CU DJ101C LA GRUIU; (...) LOT 3 – NOD RUTIER AUTOSTRADA A1 KM 73+100 CU DJ702F LA IONEȘTI*” (CN 1061936), s-a solicitat:

- anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 92/115699/18.11.2024 (vizând lotul 1) și nr. 92/115709/18.11.2024 (vizând lotul 3);

- anularea tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestor decizii, a raportului procedurii nr. 9/14387/18.11.2024 și a raportului procedurii nr. 9/14389/18.11.2024, precum și a tuturor actelor subsecvente;

- anularea adreselor prin care oferta a fost declarată admisibilă și câștigătoare pentru loturile 1 și 3;

- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei contestatorului, începând cu etapa verificării admisibilității acesteia.

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

Prin contestația formulată, ... critică decizia autorității contractate de a-i respinge ca inacceptabile ofertele depuse în cadrul loturilor 1 și 3, apreciind ca nelegale motivele invocate în susținerea respingerii, și anume omisiunea completării secțiunii "Criteriile de selecție" - pct. B "Capacitatea economică și financiară", fără indicarea

cifrei de afaceri aferentă anului 2023. Cerința de calificare referitoare la cifra de afaceri anuală generală se înscrie în cea de a doua categorie, respectiv a inadvertențelor de fond care conduc la respingerea ofertei, fără posibilitatea de a solicita clarificări, întrucât DUAE-urile prezentate nu confirmă îndeplinirea cerințelor minime de calificare formulate de către autoritatea contractantă în Instrucțiunile către ofertanți.

Potrivit contestatorului, dacă autoritatea contractantă ar fi respectat principiile/dispozițiile legale pe care le citează în adresa de comunicare a rezultatului procedurii ar fi constatat că viciul identificat este un veritabil viciu de formă, care impune cu puterea evidenței clarificarea ofertei și revizuirea declarației.

Potrivit art. 3 alin. 1 lit. s) din Legea nr. 98/2016 DUAE reprezintă o declarație pe propria răspundere a operatorului economic potrivit căreia nu se află într-una dintre situațiile de excludere prevăzute de legislația națională și îndeplinește criteriile de calificare și selecție precizate de autoritatea contractantă în fișa de date a achiziției. Prin urmare, scopul declarației este de a se verifica eligibilitatea ofertanților din perspectiva motivelor de excludere și a celor de calificare.

În speța de față, autoritatea contractantă a decis în mod abuziv și excesiv că oferta se impune a fi respinsă ca inacceptabilă deoarece în cadrul DUAE ar fi menționat la Secțiunea B: Situația Economică și Financiară, Cifra de afaceri anuală aferentă anilor 2020, 2021 și 2022, lipsind informațiile aferente anului 2023.

Raportat la clarificarea din oficiu nr. 2, prin care a fost modificată Secțiunea III.1.2 Capacitatea economică și financiară, autoritatea a apreciat greșit că o eventuală solicitare de clarificări ar fi creat un avantaj, fiind o inadvertență de fond care exclude orice posibilitate de remediere/revizuire.

Autoritatea a omis să precizeze faptul că, în ciuda acestor clarificări, informațiile din cadrul documentului DUAE nu au fost revizuite, existând o discrepanță între informațiile din clarificarea citată de autoritate și obligațiile impuse prin DUAE. Astfel, în DUAE pus la dispoziție ofertanților nu a fost revizuită/corectată secțiunea privind Situația economică și financiară, fiind solicitate date/informații privind anii 2020, 2021, 2022, autoritatea contractantă limitându-se exclusiv la inserarea unei note prin care a fost menționat și anul 2023.

Chiar și în situația în care s-ar trece peste faptul că DUAE nu a fost revizuit ca urmare a modificărilor dispuse, lipsa indicării anului 2023, reprezintă un viciu de formă în condițiile în care au fost incluse în DUAE informații privind 3 situații financiare care probează cu evidentă îndeplinirea cerințelor de calificare privind cifra de afaceri, sumele indicate fiind cu mult peste valorile solicitate prin Fișa de date.

Potrivit contestatorului, este inadmisibil și contrar tuturor principiilor din materia achizițiilor publice să se susțină faptul că: „În raport de aceste atribuții și obligații legale exprese de verificare a îndeplinirii

criteriilor de calificare, Comisia de evaluare a constatat faptul ca in cazul de fata, ca urmare a completării DUAE de către fără indicarea valorii cifrei de afaceri pentru anul 2023, așa cum a fost solicitata prin documentația de atribuire, nu este îndeplinit criteriul de calificare privind capacitatea economică și financiară”, în condițiile în care nu numai că îndeplinește aceste cerințe, dar valorile prezentate demonstrează o putere financiară cu mult peste exigentele impuse ofertanților.

Scopul autorității contractante nu este de a căuta motive pentru a elimina operatorii economici pentru anumite vicii de formă, ci de a evalua ofertele astfel încât să obțină cea mai buna ofertă, conform scopului și necesităților sale.

..... a menționat în DUAE următoarele valori: Valoare: 272.559.875,99 Valuta: RON, Valoare: 343.736.155,2 Valuta: RON, Valoare: 166.109.702,93 Valuta: RON. Valoarea aferentă cifrei de afaceri pentru anul 2023 a fost de 277.620.184,85, prin urmare o valoare chiar mai mare decât valoarea menționată pentru anul 2020 și cu mult mai mare decât valorile impuse pentru cele 2 loturi, respectiv 20.000.000 lei și 30.000.000.

Astfel, prin clarificarea acestei situații s-ar fi corectat exclusiv anul indicat, respectiv 2023 în loc de 2020 în condițiile în care cifra de afaceri era chiar mai mare decât cifra de afaceri indicată deja în DUAE și oricum de natură a îndeplini valorile minime impuse de autoritate.

Raportat la Notificarea privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale, situațiile care conduc la respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări privind DUAE vizează inadvertențe de fond, respectiv reprezintă acele informații completate de către ofertanți/candidați care nu confirmă îndeplinirea crintelor minime de calificare/selecție formulate de către autoritatea contractantă în fișa de date a achiziției.

Or, în speța de față, informațiile furnizate probează cu evidență îndeplinirea cerințelor minime de calificare privind cifra de afaceri. Astfel, nici raportat la această Notificare nu poate fi acceptată lipsa de diligență și rol activ manifestate de autoritate care cunoștea situația financiară a asociatului și faptul că, valoarea de 272.559.875,99 care este menționată pentru anul 2020, probează îndeplinirea cerinței inclusiv pentru anul 2023.

Prin urmare, solicitarea de clarificări ar fi lămurit cu evidență viciul de formă din cuprinsul DUAE iar revizuirea documentului ar fi constat exclusiv în corectarea anilor indicați, respectiv 2023 în loc de 2020, în condițiile în care s-au solicitat informații aferente pentru ultimii 3 ani financiari, valorile menționate fiind de natură a proba cerințele impuse.

Potrivit contestatorului, decizia autorității contractante este cu atât mai surprinzătoare cu cât aceasta este în posesia documentului DUAE

prezentat de în cadrul altor proceduri, unde este menționată cifra de afaceri aferentă anului 2023.

În acest context, contestatorul apreciază că evaluarea ofertei sale și sancțiunea dispusă de autoritate nu este doar excesivă și vădit disproporționată, ci și de natură a favoriza ofertantul declarat câștigător prin eliminarea unui competitor care a oferat un preț mai mic și a probat în mod indubitabil că deține resursele financiare necesare pentru implementarea cu succes a proiectului.

Dacă s-ar accepta viziunea autorității contractante, contrară tuturor deciziilor de practică pronunțate atât la nivel național cât și unional, statul român va plăti un preț mai mare pentru executarea lucrărilor, fără să aibă nicio justificare plauzibilă/admisibilă, ci doar o înșiruire de texte de lege care ignoră o situație care se încadrează în mod evident în categoria viciilor de formă.

În acest context, contestatorul arată că, raportat la practica națională și CJUE, autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 134-135 din HG nr. 395/2016 privind obligația acesteia de a solicita clarificări.

Potrivit contestatorului, solicitarea de clarificări și o evaluare riguroasă a ofertei, ar fi înlăturat sancțiunea nelegală a respingerii ofertei ca inacceptabilă. Prin urmare, solicitarea de clarificări și acordarea dreptului de revizuire a viciului de formă, reprezintă, în opinia sa, singura măsură legală, adecvată și corectă pentru realizarea obiectivelor urmărite. Orice interpretare contrară ar conduce la situația absurdă în care s-ar elimina din competiție un ofertant care îndeplinește întocmai cerințele minime de calificare, care a menționat în DUAE valori semnificativ mai mari decât cele impuse prin Fișa de date și care reflectă realitatea financiară a asociatului din ultimii 3 ani.

Prin punctul de vedere înregistrat la Consiliu cu nr. 80900/17.12.2024, autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației, în principal, ca inadmisibilă pentru neconstituirea cauțiunii și, în subsidiar, ca nefondată.

Pe fond, autoritatea contractantă arată că, în urma analizei documentelor de calificare, comisia de evaluare a constatat că ofertantul contestator nu a îndeplinit cerința minimă din documentația de atribuire privind cifra de afaceri, astfel cum aceasta a fost modificată prin intermediul Clarificării nr. 1 la Documentația de atribuire, respectiv nu a prezentat cifra de afaceri aferentă anului 2023 pentru niciunul dintre cei doi operatori economici asociați, și nici nu a declarat vreun terț susținător pentru această cerință, așa cum a fost menționat în clarificarea din oficiu publicată pe site-ul e-licitatii.ro, în cadrul anunțului de participare CN1061936/19.11.2023, în data de 29.07.2024 ora 16:54 - pentru lotul 1, respectiv ora 17:09 - pentru lotul 3, și anume: Clarificare din oficiu nr. 2 respectiv punctul 4.

În conformitate cu prevederile art. 75, 163 și 175 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă a formulat cerința de calificare referitoare la capacitatea economică și financiară, așa cum a fost această modificată prin Clarificarea din oficiu nr. 2 din cadrul Clarificării nr. 1 la Documentația de atribuire ca urmare a modificărilor aduse documentației de atribuire din 29.07.2024, în cadrul căreia a prevăzut în mod clar, modalitatea de îndeplinire a acesteia.

Comisia de evaluare a reținut că prin *Instrucțiunile către ofertanți* și prin anunțul de participare au fost prevăzute în mod clar obligațiile ofertanților, în conformitate cu prevederile legale aplicabile, necesare pentru îndeplinirea cerinței referitoare la capacitatea economică și financiară, precum și modalitatea efectivă de demonstrare a îndeplinirii respectivei cerințe.

Din prevederile art. 193, coroborate cu prevederile art. 196 se desprinde utilitatea avută în vedere de legiuitor prin introducerea DUAЕ-ului, care constă în facilitarea și urgentarea procesului de evaluare prin introducerea posibilității verificării incipiente a îndeplinirii criteriilor de calificare pentru toți ofertanții prin prezentarea unei declarații pe proprie răspundere, ca alternativă la verificarea documentelor justificative care atesta efectiv îndeplinirea acestor cerințe de calificare, și care, în momentul de față se efectuează doar pentru ofertantul clasat pe primul loc.

Astfel, legiuitorul a acceptat în prima fază ca ofertanții să declare pe proprie răspundere că îndeplinesc criteriile de calificare, urmând ca verificări amânunțite să fie efectuate doar pentru ofertantul clasat pe primul loc, căruia i se solicită prezentarea documentelor justificative, în loc ca aceste verificări de detaliu să fie efectuate pentru toți ofertanții, această din urmă modalitate de verificare conducând la întârzieri nejustificate în procesul de evaluare.

Această logică se aplică inclusiv pentru cerința de calificare referitoare la capacitatea economică și financiară, astfel cum rezultă fără echivoc din prevederile art. 193 din Legea nr. 98/2016.

Mai arată autoritatea contractantă că, din prevederile art. 215, comisia de evaluare a reținut faptul că legiuitorul, în cadrul reglementării în vigoare, a înțeles să instituie un caz expres de respingere a ofertei ca inacceptabilă în situația în care nu sunt îndeplinite condițiile de formă aferente elaborării și prezentării ofertelor. Această sancțiune vine în corelare cu obligația expresă prevăzută în sarcina ofertanților prin art. 75 din Legea nr. 98/2016.

Raportat la prevederile art. 123 și art. 125 din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare a reținut încă o dată faptul că legiuitorul a prevăzut în seama ofertanților obligația expresă de elaborare a ofertelor în conformitate cu prevederile documentației de atribuire care, în lipsa unor contestații și/sau modificări prin clarificări, dobândesc caracter definitiv și obligatoriu, atât pentru autoritatea contractantă cât și pentru ofertanți,

riscul modalității de prezentare a ofertelor revenind în sarcina acestora din urmă.

Prin urmare, comisia de evaluare a constatat faptul că în cazul de față, ca urmare a completării DUAЕ de către fără indicarea valorii cifrei de afaceri pentru anul 2023, așa cum a fost solicitată prin documentația de atribuire, nu este îndeplinit criteriul de calificare privind capacitatea economică și financiară.

Astfel, dacă s-ar fi procedat la acceptarea depunerii prin intermediul unui eventual răspuns la o clarificare adresată de Comisia de evaluare, a DUAЕ-ului revizuit pentru situația economică și financiară, s-ar fi creat un avantaj evident în seama contestatoarei, întrucât nu a respectat prevederile exprese ale *Instrucțiunilor către ofertanți* și prevederile legale incidente în domeniul achizițiilor publice, în detrimentul tuturor celorlalți ofertanți participanți la prezenta procedură, care au înțeles să furnizeze totalitatea informațiilor cerute prin documentația de atribuire și stabilite prin prevederile legale incidente citate mai sus, situație care ar conduce în mod automat la încălcarea principiului tratamentului egal prevăzut de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cât și la încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din același act normativ.

Totodată, comisia de evaluare a reținut faptul că, din prevederile art. 132 din HG 395/2016, rezultă că verificarea modului de îndeplinire a criteriilor de calificare se realizează prin analizarea conținutului DUAЕ.

Având în vedere obligațiile legale de verificare prevăzute în sarcina comisiei, precum și modul în care sunt realizate aceste verificări, conform art. 132 - prin analizarea informațiilor DUAЕ, comisia de evaluare a luat act de faptul că prin necompletarea secțiunii "Criteriile de selecție" -pct. B "Capacitatea economică și financiară" - Cerința de calificare referitoare la cifrele de afaceri aferente anilor 2021, 2022 și 2023 nu se confirmă îndeplinirea respectivei cerințe de calificare.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că, din analiza prevederilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG 395/2016, comisia de evaluare a constatat din nou că legiuitorul a prevăzut și reglementat expres ca motiv de excludere, atât situația în care nu este îndeplinit unul dintre criteriile de calificare cât și situația în care ofertantul nu completează DUAЕ, în conformitate cu cerințele stabilite.

Or, prin raportare la situația constatată de comisia de evaluare, în corelare cu prevederile legale incidente și cu prevederile exprese ale documentației de atribuire, reiese faptul că, în speța de față, devin incidente ambele teze ale art. 137 alin. (2) lit. b), întrucât oferta contestatoarei, prin informațiile prezentate în DUAЕ, nu demonstrează că îndeplinește cerința de calificare referitoare la capacitatea economică și financiară, tocmai pentru că nu a completat DUAЕ de la momentul depunerii ofertei, în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă și nici nu a existat vreun document din oferta inițială din care să rezulte informații privind Cifra de afaceri aferentă anului 2023.

De asemenea, din analiza Notificării ANAP privind utilizarea DUAЕ în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale, comisia de evaluare a reținut faptul că acesta, în scopul clarificării și asigurării aplicării unitare a legislației în domeniul achizițiilor publice, a identificat două tipuri de inadvertențe care pot apărea în cadrul DUAЕ-urilor, respectiv inadvertențe de formă și inadvertențe de fond.

Dacă în privința primei categorii, respectiv cu privire la inadvertențele de formă, ANAP a stabilit că pot fi solicitate clarificări și revizuiți, cu respectarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în privința inadvertențelor de fond, ANAP a informat autoritățile contractante cu privire la faptul că acestea nu pot face obiectul unor clarificări, conducând în mod automat la respingerea ofertelor.

Având în vedere condițiile ce trebuie îndeplinite pentru ca anumite necorelări/omisiuni/erori să poată fi încadrate în categoria inadvertențelor de formă, comisia de evaluare a constatat faptul că omisiunea contestatorului privind completarea secțiunii "Criteriile de selecție"-pct. B "Capacitatea economică și financiară"- Cerința de calificare referitoare la capacitatea economică și financiară, pentru anul 2023 de la momentul depunerii ofertei, nu se subscrie acestei categorii întrucât:

- nu se referă la neconcordanțe identificate în cadrul aceluiași DUAЕ, dat fiind faptul ca Secțiunea respectivă nu a fost completată cu nicio informație pentru anul 2023, astfel încât să poată intra în discuție o eventuală necorelare cu alte informații existente în cadrul aceluiași DUAЕ;
- eventuala revizuire a DUAЕ-ului în sensul precizării cifrei de afaceri anuale pentru anul 2023 la secțiunea "Criteriile de selecție" - pct. B "Capacitatea economică și financiară" - Cerința de calificare referitoare la Cifra de afaceri anuală generală nu este susținută de alte informații existente la nivelul DUAЕ-urilor (nici al ofertantului lider de asociere, nici al ofertantului asociat).

Referitor la afirmația prin care se susține ca „..... este în posesia documentului DUAЕ prezentat de în cadrul altor proceduri, unde este menționată cifra de afaceri aferenta anului 2023 ", atragem atenția ca analiza DUAЕ de către membrii comisiei de evaluare se realizează utilizând strict informațiile din documentele depuse de către ofertanți în cadrul procedurii de atribuire în cauza, comisia de evaluare având obligația de a păstra confidențialitatea informațiilor analizate și de a evalua prin raportare la ofertele și informațiile concrete prezentate în cadrul fiecărei proceduri de achiziție publică în parte, astfel cum impune legislația incidentă în domeniul achizițiilor publice. Prin urmare, comisia de evaluare a constatat faptul că omisiunea completării secțiunii "Criteriile de selecție" - pct. B "Capacitatea economică și financiară" fără indicarea cifrei de afaceri aferenta anului 2023, se înscrie în cea de a doua categorie, respectiv a inadvertențelor de fond, care conduc la respingerea ofertei fără posibilitatea de a solicita clarificări, întrucât DUAЕ-urile prezentate de asociere nu confirmă îndeplinirea cerințelor

minime de calificare formulate de către autoritatea contractantă în Instrucțiunile către ofertanți.

Astfel, în urma analizării tuturor prevederilor legale incidente, comisia de evaluare a luat act de faptul că atât prevederile legislației primare, secundare cât și cele ale legislației terțiare sunt clare și converg în mod unitar către sancționarea nerespectării modalității de elaborare și prezentare a ofertei și respectiv a necompletării DUAЕ, în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, către respingerea ofertei ca inacceptabilă.

Prin concluziile scrise, înregistrate la Consiliu cu nr. 81506/18.12.2024, ... a solicitat respingerea excepției inadmisibilității contestației, invocând documentele depuse la dosarul cauzei cu privire la îndeplinirea obligației prevăzute la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Pe fond, contestatorul își menține criticile și solicitările formulate prin contestație, apreciind că a demonstrat și dovedit că măsura dispusă de autoritatea contractantă este vădit disproporționată și de natură a genera cheltuieli suplimentare în sarcina instituției fără nicio justificare legală.

Reia afirmația conform căreia lipsa indicării anului 2023, reprezintă un viciu de formă în condițiile în care au fost incluse în DUAЕ informații privind 3 situații financiare care probează cu evidență îndeplinirea cerințelor de calificare privind cifra de afaceri, sumele indicate fiind cu mult peste valorile solicitate prin Fișa de date.

Mai arată că, în speță este vorba de cifra de afaceri, componentă din cadrul unei oferte care nu poate fi modificată. Astfel, sumele înregistrate în contabilitate și la instituțiile fiscale privind exercițiul financiar încheiat, sunt date publice, nemodificabile, care în mod evident nu ar crea un avantaj cu atât mai mult cu cât au fost incluse în DUAЕ 3 exerciții financiare care probează fără putință de tăgadă îndeplinirea cerințelor privind pragul minim al cifrei de afaceri pentru ultimii 3 ani. Prin urmare, o solicitare de clarificări ar fi lămurit cu evidență inadvertențele de formă din cuprinsul DUAЕ iar revizuirea documentului ar fi constat exclusiv în corectarea anilor indicați, respectiv 2023 în loc de 2020, în condițiile în care s-au solicitat informații aferente pentru ultimii 3 ani financiari, valorile menționate fiind de natură a proba cerințele impuse.

Potrivit contestatorului, autoritatea contractantă neagă aplicabilitatea dispozițiilor legale privind viciile de formă în condițiile în care Notificarea privind utilizarea DUAЕ în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectorială face trimitere la inadvertențe de formă, tocmai în considerarea prevederilor legale care reglementează posibilitatea îndreptării acestor vicii.

Pe de altă parte, deși autoritatea consideră demersul injust, se poate observa că, în ceea ce privește garanția de participare, autoritatea contractantă a solicitat clarificări privind valabilitatea acesteia tuturor

ofertanților. Astfel, inclusiv în cazul viciului identificat privind cifra de afaceri, acesta poate și trebuie să facă obiectul unei clarificări, în condițiile în care este o componentă a ofertei care era valabilă la data depunerii acesteia, neputând fi modificată sau corectată ulterior pentru a se putea afirma că aceste corecții ar genera în favoarea subscrisei un avantaj incorect.

Totodată, contestatorul apreciază că trimiterile autorității contractante la clarificarea din oficiu automată, respectiv la „anexa 5 la prezenta clarificare care reprezintă anexa nr. 1 la documentația de atribuire revizuită”, reprezintă o încercare de inducere în eroare a Consiliului, în condițiile în care autoritatea contractantă a procedat la corelarea informațiilor din platforma SEAP în deplină concordanță cu modificările efectuate prin intermediul răspunsurilor consolidate. În acest sens, contestatorul susține că a făcut trimitere la formularul DUAE și nicidecum la clarificările publicate de autoritate sau la anunțul de schimbare sau la notele de subsol, pe care nu le-am contestat, din contră chiar le-am menționat în contestația formulată. În susținere, invocă posibilitatea accesării formularului DUAE în cuprinsul căruia se poate constata că la secțiunea *„Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor”*, la Cerința nr. 1, în dreptul căreia se introduceau informațiile solicitate, sunt menționați anii 2020, 2021 și 2022.

Mai mult, modificarea cerințelor, respectiv a anilor de referință, a avut loc ca urmare a întârzierilor survenite în desfășurarea procedurii de atribuire cauzate exclusiv de autoritatea contractantă.

Preliminar, Consiliul constată că a depus la dosarul cauzei dovada constituirii cauțiunii prevăzute la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, respectiv originalul recipisei de consemnare a cauțiunii nr. 210812359/1, eliberată de CEC Bank, în cuantum de 1.544.471 lei (pentru lotul 1) și originalul recipisei de consemnare a cauțiunii nr. 210812358/1, eliberată de CEC Bank, în cuantum de 1.127.630 lei (pentru lotul 3).

Pe cale de consecință, respinge ca neîntemeiată excepția invocată de autoritatea contractantă, privitoare la inadmisibilitatea contestației, pentru pretinsa neconstituire a cauțiunii.

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

..... în calitate de autoritatea contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă în vederea atribuirii contractului având ca obiect „EXECUȚIE LUCRĂRI: LOT 1 – NOD RUTIER AUTOSTRADA A3 KM 36+700 CU DJ101C LA GRUIU; (...) LOT 3 – NOD RUTIER AUTOSTRADA A1 KM 73+100 CU DJ702F LA IONEȘTI” (anunțul de participare nr. CN1061936). Criteriul de atribuire a fost stabilit „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea estimată a procedurii este cuprinsă în intervalul 178.670.610,87 și 211.374.792 lei. Valoarea estimată a lotului

1 este cuprinsă în intervalul 65.268.723,67 și 77.223.512,65 lei iar cea a lotului 3 între 47.665.606,57 și 56.381.471,85 lei.

Nemulțumit de respingerea ofertelor sale la loturile 1 și 3, ...a formulat prezenta contestație.

Consiliul reține că ofertele la cele două loturi, au fost respinse, ca inacceptabile, pentru că nu ar fi fost demonstrată cifra de afaceri anuală totală, în fiecare dintre exercițiile financiare aferente anilor 2021, 2022 și 2023, respectiv „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”.

În motivarea respingerii achizitorul a precizat următoarele:

„Comisia de evaluare a constatat faptul că în cazul de față ca urmare a completării DUAE de către **fără indicarea valorii cifrei de afaceri pentru anul 2023**, așa cum a fost solicitată prin documentația de atribuire, **nu este îndeplinit criteriul de calificare privind capacitatea economică și financiară.**

Astfel, dacă Comisia de evaluare ar fi procedat la acceptarea depunerii prin intermediul unui eventual răspuns la o clarificare adresată de Comisia de evaluare, a **DUAE-ului revizuit** pentru situația economică și financiară, s-ar fi creat un avantaj evident în seama Asocierii dvs., întrucât nu ați respectat prevederile exprese ale *Instrucțiunilor către Ofertanți* și prevederile legale incidente în domeniul achizițiilor publice, în detrimentul tuturor celorlalți ofertanți participanți la prezenta procedură, care au înțeles să furnizeze totalitatea informațiilor cerute prin documentația de atribuire și stabilite prin prevederile legale incidente citate mai sus, situație care ar conduce în mod automat la încălcarea principiului tratamentului egal prevăzut de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, cât și la încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din același act normativ.

Totodată, Comisia de evaluare a reținut faptul că din prevederile art. 132 din HG 395/2016 rezultă că **verificarea modului de îndeplinire a criteriilor de calificare se realizează prin analizarea conținutului DUAE.**

Având în vedere obligațiile legale de verificare prevăzute în sarcina Comisiei, precum și modul în care sunt realizate aceste verificări, conform art. 132 - prin analizarea informațiilor DUAE, Comisia de evaluare a luat act de faptul că prin necompletarea secțiunii "Criteriile de selecție" - pct. B "Capacitatea economică și financiară" - Cerința de calificare referitoare la cifrele de afaceri aferente anilor 2021, 2022 și 2023, nu se confirmă îndeplinirea respectivei cerințe de calificare.

Totodată, Comisia de evaluare, din analiza prevederilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG 395/2016 a constatat din nou că Legiuitorul a prevăzut și reglementat expres ca motiv de excludere, atât situația în care nu este îndeplinit unul dintre criteriile de calificare cât și **situația în care ofertantul nu completează DUAE**, în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă.

Ori, prin raportare la situația constatată de Comisia de evaluare, în corelare cu prevederile legale incidente și cu prevederile exprese ale

documentației de atribuire, reiese faptul ca in speța de fata devin incidente ambele teze ale art. 137 alin. (2) lit. b), intrucat oferta Asocierii dvs., prin informațiile prezentate in DUAE, **nu demonstrează ca indeplinește cerința de calificare referitoare la capacitatea economica si financiara**, tocmai pentru ca nu ati COMPLETAT DUAE de la momentul depunerii ofertei, in conformitate cu cerințele stabilite de Autoritatea Contractanta si nici nu a existat vreun document din oferta inițiala din care sa rezulte informații privind Cifra de afaceri aferenta anului 2023.”

Consiliul reține că a inclus în oferte DUAE-uri, în care a precizat cifrele de afaceri aferente anilor 2020, 2021 și 2022:

- 2020: 272.559.875,99 RON;
- 2021: 343.736.155,2 RON;
- 2022: 166.109.702,93 RON.

Consiliul ia act de faptul că incorecta completare a DUAE provine de la formularul DUAE pus la dispoziție de achizitor, în document fiind menționați anii 2020, 2021 și 2022.

În anunțul de participare publicat la data de **19.11.2023**, precum și în documentele anexate acestuia, achizitorul a solicitat ca cifra de afaceri să fie aferentă anilor **2020**, 2021 și 2022 (a se vedea Anexa 1).

Termenul de depunere a ofertelor a fost modificat de mai multe ori, fiind stabilit, în final, pentru data de 22.08.**2024**.

La data de 29.07.2024, după 8 luni de la inițierea procedurii de atribuire și clarificări ale mai multor secțiuni din documentația de atribuire, autoritatea contractantă a modificat și cerința privind situația economică și financiară, în sensul referirii la anii 2021, 2022 și **2023**.

Așadar, cu o lună înainte de depunere a ofertelor, anunțul de participare făcea referire la anii 2021, 2022 și **2023**. Însă, această modificare nu a fost operată și în DUAE. Potrivit art. 20 alin. (7) din HG nr. 395/2016, achizitorul avea obligația revizuirii DUAE [„În cazul în care există discrepanțe între informațiile prevăzute în DUAE și cele prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs, prevalează informațiile din anunț, DUAE urmând a fi revizuit corespunzător.”].

Astfel, vina completării incorecte a DUAE de către ofertant a fost cauzată, într-o oarecare măsură, și de inacțiunea achizitorului de a nu revizui documentul în cauză.

În forma finală a anunțului de participare, criteriul de calificare **III.1.2) Capacitatea economica si financiara** are următorul conținut:

„Cerința 1 - pentru Lotul 1: Ofertantul trebuie sa demonstreze ca cifra de afaceri anuala totala, in fiecare dintre exercițiile financiare aferente anilor 2020, 2021 si 2022, a fost de minim 30.000.000 Lei.

(...)

Cifra de afaceri anuala generala

Cerința 1 - pentru Lotul 3: Ofertantul trebuie sa demonstreze ca cifra de afaceri anuala totala, in fiecare dintre exercițiile financiare aferente anilor 2020, 2021 si 2022, a fost de minim 20.000.000 Lei.”

Prin urmare, potrivit acestor cerințe, ofertantul trebuia să demonstreze, că pe ultimii trei ani a înregistrat o cifră de afaceri medie de 30.000.000 lei, la lotul 1, și de 20.000.000 lei, pentru lotul 2.

Din informațiile cuprinse în DUAE completat de, se constată că cifra de afaceri medie în 2021 și 2022 este 254.922.929,08, iar dacă s-ar considera că în 2023 cifra de afaceri ar fi zero, valoarea medie din ultimii 3 ani ar deveni 169.948.619,39 lei, cu mult peste sumele impuse prin anunțul de participare.

Consiliul constată că, în fapt, achizitorul nici nu a făcut vreo analiză a nivelului cifrei de afaceri, ci a reinterpretat cerințele anunțului de participare, transformând modul de dovedire a îndeplinirii criteriului de calificare în cerință. Comisia de evaluare a respins oferta pentru neindicarea în DUAE a valorii cifrei de afaceri pentru anul 2023. Însă, completarea este prevăzută la secțiunea *«Modalitatea de îndeplinire: Ofertantul/ofertantul asociat/ tertul sustinator va completa DUAE - secțiunea "Criteriile de selectie" - pct. B "Capacitatea economica si financiara".»*.

Criteriul de calificare îl reprezintă – „Ofertantul trebuie sa demonstreze ca cifra de afaceri anuala totala.”.

Or, valorile cifrelor de afaceri, chiar numai pentru anii 2021 și 2022, demonstrează că ofertantul îndeplinește criteriului de calificare.

Justificarea nivelului criteriului de calificare al cifrei de afaceri se regăsește în strategia de contractare:

Aceasta cerință este solicitata din necesitatea Autorității Contractante de a se asigura de faptul că **ofertantul câștigător al acestui contract nu va fi dependent din punct de vedere economico - financiar de Autoritatea Contractantă și că are suficientă stabilitate financiară** pentru derularea acestui contract, din motive obiective, independente de voința Autorității Contractante, vor aparea intarzieri la plata facturilor datorate insuficientei alocari bugetare.

Cerința de calificare a fost stabilita in raport cu prevederile art. 175 si 177 din Legea nr. 98/2016. Quantumul cifrei de afaceri anuale totale, pentru fiecare dintre ultimele 3 exerciții financiare, respectiv 2020, 2021 si 2022, **a fost stabilit la aproximativ 50% din valoarea estimata a contractelor (fara a se lua in considerare valoarea rezervelor de implementare si a organizarii de șantier) pentru Lotul 1, Lotul 2, cat si pentru Lotul 3.** Se respecta astfel prevederile art. 175, alin. (2), lit. a) din Legea nr. 98/ 2016 cu privire la pragul maximal pentru aceasta cerință.

Impunerea acestui criteriu este necesara in vederea eliminării riscului de blocare a executării lucrărilor din cauza insuficientelor financiare ale antreprenorilor pe perioada de derulare a contractului de lucrări.”

Deși prin strategia de contractare se arată explicit că interesul achizitorului este de selecta un ofertant care are suficientă stabilitate financiară, comisia de evaluare nu a făcut o astfel de analiză, ci s-a limitat la a constata lipsa din DUAE a cifrei de afaceri pentru anul 2023.

Prin modul de analiză a ofertei contestatorului, comisia de evaluare a ignorat criteriul de calificare prevăzut în anunțul de participare, ceea ce înseamnă o nerespectare a prevederilor art. 132 alin. (1) din HG nr. 395/2016: *„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.”*

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă, fiind în posesia informațiilor privind cifra de afaceri pentru anul 2023, dintr-o altă procedură (fapt recunoscut de achizitor în punctul de vedere), le putea lua în considerare, conform art. 197 din Legea nr. 98/2016: *„(1) Prin excepție de la dispozițiile art. 196, operatorii economici nu sunt obligați să prezinte documente justificative sau alte probe în sprijinul informațiilor declarate în DUAE în cazul și în măsura în care autoritatea contractantă are posibilitatea de a obține certificatele sau informațiile relevante în mod direct, prin accesarea unei baze de date naționale din orice stat membru, disponibile în mod gratuit, cum ar fi un registru național al achizițiilor publice, un dosar virtual al societăților, un sistem electronic de stocare a documentelor sau un sistem de preselecție.*

(2) Prin excepție de la dispozițiile art. 196, operatorii economici nu sunt obligați să prezinte documente justificative în sprijinul informațiilor declarate în DUAE în cazul în care autoritatea contractantă care a atribuit contractul de achiziție publică sau a încheiat acordul-cadru **este deja în posesia documentelor respective.”**

Cât privește pretinsa neaplicare a dispozițiilor art. 209 din Legea nr. 98/2016, Consiliul observă eronata interpretare a lor, întrucât achizitorul nu i-ar fi creat ofertantul niciun avantaj, deoarece cifra de afaceri a asociatului depășește valoarea solicitată, iar achizitorul deja deține documente privitoare la cifra de afaceri din 2023, dintr-o procedură de atribuire precedentă.

Referitor la eventuala solicitare a unui DUAE revizuit, Consiliul constată că o astfel de acțiune nici nu ar fi fost necesară, neexistând vreo obligație legală în acest sens. Obligația de revizuire DUAE este doar în dreptul achizitorului, până la termenul limită de depunere a ofertelor, conform art. 20 alin. (7) din HG nr. 395/2016.

Clarificarea informațiilor din DUAE sau lămurirea modului de îndeplinire a unui criteriu de calificare se poate realiza prin transmiterea unui răspuns ori depunerea documentelor în susținere, nu printr-un nou DUAE.

Interesul comisiei de evaluare este a lămuri un singur aspect din anunțul de participare și DUAE (în cazul de față îndeplinirea cerinței de calificare *„Capacitatea economică și financiară”*, respectiv cifra de afaceri pentru anul 2023), nu toate cerințele din anunțul de participare/DUAE.

La solicitarea de lămurire a modului de îndeplinire a cerinței, respectiv a cifrei de afaceri pentru anul 2023, ofertantul ar fi transmis un răspuns cu precizarea cifrei de afaceri în cauză, răspunsul fiind tot o declarație pe propria răspundere, așa cum este și DUAE-ul, conform definiției de la art. 3 alin. (1) lit. s) din Legea nr. 98/2016 [„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.*”].

Astfel, dacă achizitorul are nevoie să se clarifice asupra nivelului cifrei de afaceri pe ultimii 3 ani, poate solicita ofertantului contestator clarificări, nefiind încălcate principiile prin acest demers.

Argumentul achizitorului că oferta este inacceptabilă, în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 pentru ofertantul „*nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă*”, demonstrează un formalism excesiv din partea comisiei de evaluare, în analiza acestei oferte.

Prin urmare, întrucât oferta contestatorului a fost respinsă nelegal, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația și va anula raportul procedurii și actele subsecvente lui, la loturile 1 și 3, în partea ce privește evaluare ofertei Va obliga achizitorul ca, în termen de 20 de zile de la primirea prezentei decizii, să reevalueze această ofertă conform celor de mai sus.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția inadmisibilității contestației.

Admite contestația formulată de în contradictoriu cu și anulează raportul procedurii, precum și actele subsecvente lui, la loturile 1 și 3, în partea ce privește evaluare ofertei Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 20 de zile, de la primirea prezentei decizii, să reevalueze această ofertă conform celor de mai sus.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

Redactată în 4 exemplare, conține 14 pagini.