



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

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația nr., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., depusă de SRL, cu sediul în, județ, având Cod Unic de Înregistrare și număr de Înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului, reprezentată legal prin administrator Dumitru Vasile și convențional prin ... - Societate Civilă Profesională de Avocați, cu sediul în ..., sediul ales pentru comunicarea tuturor actelor de procedură, privind procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect "SERVICII SILVICE PENTRU" – lotul 4, cod CPV 77200000-2, organizată de, cu sediul în municipiul, județul, în calitate de autoritate contractantă, contestatorul a solicitat:

- anularea deciziei autorității contractante de respingere a ofertei societății sale pentru lotul 4 și anularea adresei nr. 4134/23.06.2021 privind comunicarea rezultatului procedurii pentru lotul 4;
- anularea în parte a raportului procedurii, cu privire la evaluarea ofertei societății sale pentru lotul 4;
- anularea actelor care au stat la baza raportului procedurii în legătură cu evaluarea ofertei societății sale pentru lotul 4;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei societății sale pentru lotul 4 și stabilirea ofertei câștigătoare prin aplicarea criteriului de atribuire și cu respectarea dispozițiilor legale aplicabile.

.... SRL, cu sediul în ..., având Cod Unic de Înregistrare și număr de Înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ..., reprezentată convențional prin ..., cu sediu secundar în sediul ales în vederea

comunicării actelor de procedură, depune cererea de intervenție nr. 15/06.07.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr., prin care solicită:

- admiterea cererii de intervenție,
- respingerea contestației înaintată de societatea SRL ca nefondată, cu consecința menținerii ca temeinic și legal a raportului procedurii nr. 4130 din 23.06.2021, a adresei de comunicare a rezultatului procedurii către societatea sa nr. 4131 din 23.06.2021, implicit a rezultatului procedurii contestat de SRL, nr.4134 din 23.04.2021.
- obligarea contestatorului la plata cheltuielilor de judecată generate de prezentul litigiu, în temeiul art. 453 din Ncpc.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SRL reclamă rezultatul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, apreciindu-l nelegal, din considerentele expuse, pe larg, în cele ce urmează.

I. Elementele procedurii de achiziție publică:

În fapt, contestatorul arată că autoritatea contractantă a organizat procedura de atribuire prin licitație deschisă, în temeiul dispozițiilor Legii nr. 98/2016, a contractului de servicii silvice DS prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr.

Valoarea totală estimată a achiziției este de 2.870.388 lei, fiind divizată în 4 loturi. Valoarea estimată a lotului 4 este de 695.547 lei, fără TVA, criteriul de atribuire fiind "cel mai bun raport calitate – pret".

După evaluarea ofertelor, contestatorul arată că autoritatea contractantă i-a transmis adresa nr. 4134/23.06.2021, prin care i s-a adus la cunoștință faptul că oferta sa a fost respinsă ca neconformă pentru lot 4, motivat de împrejurarea că propunerea financiară nu satisface cerințele autorității contractante în sensul că *"pentru profit ofertantul a prevăzut un procent de 0,1% și nu minim 1% cât ar fi fost normal pentru plata impozitului în conformitate cu prevederile art. 51 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 227/2015"*.

Drept urmare, oferta a fost considerată neconformă și respinsă în temeiul art. 137 alin. (3) lit. c) din HG nr. 395/2016.

Contestatorul apreciază ca fiind nelegală decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale, drept pentru care formulează prezenta contestație, motivată în cele de vor fi prezentate în continuare.

II. Cu privire la interesul în formularea contestației

Contestatorul arată că potrivit dispozițiilor art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, *"Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim"*.

Prin persoană vătămată, în conformitate cu prevederile art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 se înțelege: *"orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:*

(i) *are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și*

(ii) *a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire".*

Contestatorul arată că interesul său este legitim, întrucât o eventuală admitere a contestației prin care s-ar dispune anularea deciziei autorității contractante de respingere a ofertei sale ar putea conduce la declararea conformității ofertei sale, iar în urma aplicării criteriului de atribuire, oferta sa va fi declarată câștigătoare.

În concluzie, în raport de dispozițiile art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016, contestatorul consideră că îndeplinește cerințele cumulative pentru deținerea calității de parte vătămată în scopul formulării unei contestații împotriva rezultatului procedurii, prin care atacă decizia nelegală a autorității contractante privind respingerea ofertei sale ca neconformă, urmărind obținerea atribuirii contractului de achiziție publică.

III. Cu privire la termenul de formulare a contestației

Contestatorul arată că potrivit dispozițiilor art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată prin OUG nr. 114/2020 *"Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: "b) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorială sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii".*

Întrucât societatea sa a luat la cunoștință de rezultatul procedurii, respectiv respingerea ofertei sale ca neconforme în data de 23.06.2021 (adresa de comunicare a rezultatului procedurii), rezultă că termenul de contestare începe să curgă de la această dată, ceea ce conduce la constatarea promovării în termenul legal a contestației de față.

IV. Nelegalitatea deciziei de respingere ca neconformă a ofertei sale pentru lotul 4

Analizând oferta financiară a societății sale, contestatorul precizează că autoritatea contractantă, în mod eronat, face aplicarea prevederilor art. 137 alin. (3) lit. c) din HG nr. 395/2016, care statuează că oferta este neconformă în cazul în care *"conține în cadrul propunerii financiare prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe și care nu pot fi justificate".*

Motivul pentru care oferta sa a fost încadrată în această dispoziție legală, este, în opinia autorității contractante, împrurarea că societatea

sa ar fi trebuit să cuprindă în oferta financiară un procent de 1% la categoria "profit" din deviz.

Contestatorul consideră că decizia autorității este nelegală atât sub aspectul modului de analiză a ofertei financiare, cât și din perspectiva înțelegerii și aplicării prevederilor art. 137 alin. (3) lit. c) din HG nr. 395/2016, dar și din perspectiva încălcării principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) lit. a) și e) corelat cu art. 209 din Legea nr. 98/2016.

În sumar, contestatorul arată că decizia de respingere ca neconformă a ofertei sale este nelegală, întrucât:

- autoritatea contractantă a respins nelegal oferta societății sale, fără a dovedi îndeplinirea cumulativă a condițiilor prevăzute de dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. c) din HG nr. 395/2016, respectiv condițiile de încălcare a liberei concurențe și de justificare a prețului;

- autoritatea contractantă a respins nelegal oferta societății sale cu încălcarea cerințelor din documentația de atribuire și cu aplicarea incorectă a prevederilor art. 51 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 227/2015;

- autoritatea contractantă încalcă dispozițiile art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și art. 127 alin. (1) lit. i) din HG nr. 395/2016, respingând oferta societății sale fără a se solicita clarificări cu privire la prețul ofertat;

- autoritatea contractantă încalcă principiul egalității de tratament și al proporționalității prin respingerea ca neconformă a ofertei societății sale în temeiul prevederilor art. 137 alin. (3) lit. c) din HG nr. 395/2016, fără a solicita clarificări cu privire la pretinsa nejustificare a prețului ofertat și fără a aplica un tratament egal ofertanților, întrucât ofertantul declarat câștigător a menționat în propunerea financiară o cotă de profit mai mică de 1%, similar cu oferta societății sale.

A. Nelegalitatea respingerii ca neconformă a ofertei sale. Încălcarea prevederilor din documentația de atribuire, respectiv art. 207 din Legea nr. 98/2016. Cuprinsul noțiunii de "profit" din documentația de atribuire

Contestatorul arată că motivul respingerii ofertei îl constituie, în opinia autorității contractante, menționarea unui procent de 0,1% "pentru profit", apreciind că societatea contestatoare fi avut obligația de a oferta la acest capitol din deviz *"minim 1% cât ar fi fost normal pentru plata impozitului în conformitate cu art. 51 alin. (1) lit. a) Cod fiscal"*.

În conformitate cu documentația de atribuire - Formularul Devizul ofertă, contestatorul arată că operatorii economici aveau obligația de a include "cheltuieli indirecte și profit" de maximum 8%, respectiv o valoare estimată maximă de 51.522 lei.

Astfel cum rezultă din propunerea financiară, contestatorul menționează că societatea sa a ofertat la categoria "cheltuieli indirecte și profit" o cotă de 0,1%, defalcat pe "cheltuieli indirecte"-0%, iar "profit"-0,1%.

În opinia eronată a autorității contractante, societatea sa ar fi avut obligația de a oferta pentru *"profit" cel puțin o cotă de 1% (impozitul pe venitul microîntreprinderilor)*, conform prevederilor art. 51 alin. (1) lit. a) din Codul fiscal.

Însă, contestatorul precizează că din Formularul Devizul ofertă rezultă că cerința expresă a autorității contractante este de a oferta valoarea cheltuielilor indirecte și valoarea profitului din prețul total al ofertei și nu de

a oferta impozitul pe profit. Impozitul pe profit/venit rămâne în sarcina ofertantului ca obligație fiscală distinctă de achiziția publică, fără a se evidenția în oferta financiară a operatorilor economici. Sarcina fiscală a operatorilor economici ofertanți, reprezentând impozit pe profit sau impozitul pe venitul microîntreprinderilor, este ulterioară executării contractului, nu face parte din cheltuielile cu executarea contractului de achiziție publică, ci are în vedere fiscalizarea câștigurilor pe întreaga activitate economică a ofertantului.

Astfel, profitul este reglementat de Titlul II - Impozitul pe profit din Legea nr. 227/2015, fiind definit ca rezultat fiscal potrivit art. 19 alin. (1):

"Rezultatul fiscal se calculează ca diferența între veniturile și cheltuielile înregistrate conform reglementărilor contabile aplicabile, din care se scad veniturile neimpozabile și deducerile fiscale și la care se adaugă cheltuielile nedeductibile. La stabilirea rezultatului fiscal se iau în calcul și elemente similare veniturilor și cheltuielilor, potrivit normelor metodologice, precum și pierderile fiscale care se recuperează în conformitate cu prevederile art. 31. Rezultatul fiscal pozitiv este profit impozabil, iar rezultatul fiscal negativ este pierdere fiscală".

Contribuabilii care înregistrează profit și au obligația plății impozitului pe profit sunt prevăzuți la art. 13 din Legea nr. 227/2015, iar calculul, declararea și plata acestuia este reglementată de prevederile art. 41 din Legea nr. 227/2015.

În ce privește microîntreprinderile, acestea sunt reglementate de Titlul III - Impozitul pe veniturile microîntreprinderilor din Legea nr. 227/2015, de esența acestora deoarece nu înregistrează și declară profit, ci vor achita impozit la totalul veniturilor înregistrate, în cotele prevăzute la art. 51 din același act normativ.

În primul rând, contestatorul precizează că autoritatea contractantă face o confuzie între profit și impozitul pe veniturile microîntreprinderilor, susținând că în categoria "cheltuieli indirecte și profit" societatea sa avea obligația de a menționa cel puțin "impozitul" pe veniturile microîntreprinderilor.

Astfel cum a fost menționat în documentația de atribuire, obligația ofertanților era de a preciza la această categorie "profitul" și nu "impozitul" pe profit. Dacă s-ar fi solicitat menționarea impozitului, atunci ar fi trebuit a se menționa un procent fix (16%) și nu unul maximal ca în Devizul ofertă.

În situația ipotetică în care documentația de atribuire ar fi prevăzut, în mod nelegal, solicitarea ca propunerea financiară să cuprindă valoarea impozitului (pe profit sau pe venit), s-ar fi încălcat oricum principiul tratamentului egal al ofertanților, întrucât microîntreprinderile au impozit pe venit și nu pe profit, în cote de 1%, respectiv 3%, față de 16% cât este impozitul pe profit.

Așadar, contestatorul solicită Consiliului să constate că societatea sa a elaborat propunerea financiară cu respectarea tuturor cerințelor menționate în documentația de atribuire și cu respectarea dispozițiilor Legii nr. 227/2015 (codul fiscal), nefiind obligația ofertanților de a include impozitul pe profit/venit în linia din Deviz "cheltuieli indirecte și profit".

Pe de altă parte, astfel cum va dezvolta și ulterior, în cerința din devizele de servicii și lucrări, prin "profit" se înțelege în fapt câștigul brut (adaos comercial) pe care operatorul economic îl adaugă serviciilor/produselor/lucrărilor sale și nu profitul net ipotetic (cu luarea în considerare a impozitului), neexistând, așadar, o echivalență cu definiția profitului în sensul dat de codul fiscal. De aceea, valoarea adaosului comercial/câștigului este la alegerea ofertanților, aceștia neputând fi obligați prin documentația de atribuire la aplicarea unui anumit procent minim la valoarea produselor/serviciilor oferite.

De asemenea, contestatorul menționează că trebuie avut în vedere că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului și-a consolidat forța obligatorie, atât pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, cât și pentru autoritatea contractantă, așa cum rezultă din prevederile art. 75 din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 123 din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare. În concordanță cu cele afirmate anterior, contestatorul indică și decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de Contencios administrativ și fiscal care reține că, așa cum un contract constituie legea părților și documentația de atribuire, împreună cu clarificările publicate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

Totodată, contestatorul arată că jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene statuează asupra obligației autorităților contractante de a respecta cerințele stabilite de ea însăși în documentația de atribuire:

„Astfel, conform unei jurisprudente constante a Curții, în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit (a se vedea în special Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43)” iar la punctul 42 din aceeași hotărâre a reiterat că „astfel cum s-a amintit la punctul 39 din prezenta hotărâre, autoritatea contractantă are obligația de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit” și „această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură” (C-27/15, Pippo – Pizzo, pct. 59).

De asemenea, contestatorul arată că potrivit considerentelor expuse în cauza anterior menționată,

„principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar; ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență - care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă

ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiere dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată)".

Mai mult, CJUE a precizat că obligația de transparență „interzice autorității contractante să respingă o ofertă care respectă cerințele anunțului privind cererea de ofertă întemeindu-se pe motive care nu au fost prevăzute în acest anunț care sunt invocate ulterior depunerii acestei oferte.” (C-6/05, Medipac – Kazantzidis, pct. 54).

Cu privire la respingerea unei oferte pentru cerințe nementionate în documentația de atribuire (astfel cum autoritatea contractantă în prezenta procedură a respins nelegal oferta societății sale pentru neinclusiunea impozitului pe veniturile microîntreprinderilor, deși nu exista o astfel de cerință în documentația de atribuire), contestatorul arată că și instanțele naționale au reținut:

"A considera că cerința de calificare rezultă în mod implicit din fișa de date a achiziției, în urma coroborării cu interpretări de acte aparținând unor autorități naționale, care excedează documentației de atribuire încalcă nu doar principiul transparenței, ci și principiul tratamentului egal al ofertanților în cadrul procedurii de achiziție publică. Totodată, libertatea prestării serviciilor este afectată într-o asemenea ipoteză. Or, normele din dreptul Uniunii referitoare la atribuirea contractelor de achiziții publice de lucrări servesc, în special, îndeplinirii liberei prestări a serviciilor, astfel cum s-a decis de către CJUE prin Hotărârea din 15 ianuarie 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria și alții, C-44/96, Rec., p. 1-73, punctul 43, Hotărârea Michaniki, C-213/07, Rep., p. 1-9999, punctul 39 și Hotărârea din 9 iunie 2009, Comisia/Germania, C-480/06, punctul 47. Unui ofertant de altă naționalitate decât română, precum este revizuirea din prezenta cauză, accesul la o astfel de procedură ar fi îngreunat în atare condiții" (Decizia nr. 1176/16.11.2020, Curtea de Apel Timișoara, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal).

O altă abordare privind interpretarea documentației de atribuire din perspectiva ofertei financiare a societății sale, contestatorul solicită Consiliului să observe că linia de deviz privește costuri cumulate "cheltuieli indirecte și profit" și că valoarea maximă a acestor costuri este de 8% din valoarea serviciilor oferite.

În ce privește "profitul" (în sensul arătat anterior), contestatorul susține că nu există nicio dispoziție legală în materia achizițiilor publice sau financiar-fiscală, care să oblige operatorii economici la practicarea unui anume adaos comercial minim, după cum nu există nici obligația de obținere de profit. În acest sens, contestatorul amintește Decizia CNSC nr. 484/C4/2021 (definitivă), în care s-a reținut:

"În ceea ce privește introducerea cheltuielilor „diverse” pe stația de sortare/concasare, Consiliul reține, de asemenea, că existând identitate între furnizorul de piatră spartă și ofertant, acesta nu trebuie să justifice cheltuieli de orice fel pentru stația respectivă. Politica comercială a ofertantului nu trebuie să fie în sensul în care să obțină profit și din vânzarea pietrei sie însuși, și din lucrarea pe care ar putea să o câștige, fiind o chestiune de organizare internă modul în care urmărește obținerea

și distribuirea chetuieliilor și a profitului. Din acest motiv, Consiliul reține că deținerea carierei și a stației de sortare/concasare reprezintă un avantaj competițional corect, care nu dă dreptul autorității contractante la excluderea ofertantului”.

Față de aceste aspecte, prin raportare la documentația de atribuire și legislația incidentă, contestatorul arată că:

- ofertanții nu aveau obligația includerii în propunerea financiară a impozitului pe profit sau pe venit, ci a cheltuielilor indirecte și a profitului, cumulat, prin profit înțelegându-se câștigul sau adaosul comercial stabilit de ofertant;

- societatea sa nu are obligația calculului, înregistrării și plății de impozit pe profit, fiind înregistrată ca microîntreprindere;

- ofertanții nu au obligația legală de a cuprinde în ofertă o anumită marjă de profit, neexistând interdicție de a cota un profit minim sau chiar zero.

În concluzie la cele de mai sus, contestatorul consideră că în mod nelegal autoritatea contractantă a respins oferta societății sale pe motiv că nu a introdus în propunerea financiară valoarea minimă a impozitului pe veniturile microîntreprinderilor la linia de deviz "cheltuieli indirecte și profit" (în cotă de 1%), încălcând astfel de către autoritatea contractantă, prin decizia de respingere a ofertei sale, dispozițiile art. 71 din Legea nr. 98/2016 și art. 123 din HG nr. 395/2016, după cum a arătat în precedentele.

B. Nelegalitatea deciziei de respingere a ofertei cu privire la temeiul de drept indicat de autoritatea contractantă, fără legătură cu motivul de fapt

Pentru a putea face în mod legal aplicarea prevederilor art. 137 alin. (3) lit. c) din HG nr. 395/2016, contestatorul precizează că autoritatea contractantă avea obligația de a verifica și de a dovedi care sunt mecanismele de ofertare utilizate de societatea sa care ar denatura concurența și, în același timp, avea obligația de a demonstra că societatea sa nu ar putea justifica prețul ofertat.

Logica dispoziției legale indicate în adresa de comunicare a rezultatului procedurii este protecția pieței (și a autorității contractante) de oferte nerealiste, care nu pot fi justificate și care au ca efect distorsionarea liberei competiții în domeniul achizițiilor publice. Obligația autorității contractante este de a verifica propunerea financiară a ofertantului sub aspectul prețurilor unitare ale produselor/serviciilor, acestea trebuind să respecte regulile concurențiale.

Contestatorul menționează că motivul de fapt pentru care autoritatea contractantă a respins ca neconformă oferta societății sale (neincluderea impozitului pe venit în propunerea financiară) nu are nicio legătură cu situațiile care sunt vizate de prevederile art. 137 alin. (3) lit. c) din HG nr. 395/2016; acestea din urmă au ca obiect de reglementare modalități de ofertare care aduc atingere reglementărilor stabilite prin acte normative cu privire la respectarea concurenței libere și loiale între operatorii economici și care nu formează convigerea autorității contractante că prețurile unitare ofertate au baze reale.

Spre exemplu, contestatorul arată că prevederile art. 137 alin. (3) lit. c) din HG nr. 395/2016 privesc situațiile de înțelegeri între operatorii

economici ofertanți sau ofertare prin abuz de poziție dominantă, sancționate de Legea nr. 21/1996 (legea concurenței), ori ofertarea pe baza unui ajutor de stat nelegal (după consultarea cu Consiliul Concurenței conform procedurii prevăzute de art. 210 alin. (6) din Legea nr. 98/2016) sau situațiile de utilizare a unor mecanisme de concurență neloială care creează avantaje necuvenite ofertantului într-o procedură competitivă.

De asemenea, contestatorul reamintește că potrivit dispozițiilor art. 1¹ lit. a) din legea nr. 11/1991, concurența loială este definită ca "situația de rivalitate de piață, în care fiecare întreprindere încearcă să obțină simultan vânzări, profit și/sau cotă de piață, oferind cea mai bună combinație practică de prețuri, calitate și servicii conexe, cu respectarea uzanțelor cinstite și a principiului generai al buneii-credințe".

Pentru a putea fi aplicabile art. 137 alin. (3) lit. c) din HG nr. 395/2016, cu o verificare prealabilă prin solicitări de clarificări în temeiul dispozițiilor art. 209 și, eventual, art. 210 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă ar fi trebuit, prelabil respingerii ofertei, să dovedească încălcări în domeniul concurențial săvârșite de ofertantul respins.

Contestatorul menționează că, deși ar putea exista, în anumite cazuri, o legătură între dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. c) din HG nr. 395/2016 și ale art. 210 din Legea nr. 98/2016 corelate cu art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016, cele două situații reglementate - prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe, respectiv propunere financiară aparent neobișnuit de scăzută - nu sunt identice și comportă evaluări și analize diferite din partea autorității contractante.

Cât timp autoritatea contractantă nu asigură ofertantului, în temeiul art. 209 sau art. 210 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, oportunitatea de a explica logica și structura costurilor care îi guvernează oferta, nu se poate exclude eventualitatea ca oferta în cauză să îndeplinească toate cerințele documentației de atribuire și a legislației naționale și unionale. O respingere nu se poate întemeia pur și simplu pe faptul că o ofertă, în orice valoare nominală, nu îndeplinește condiția privind caracterul conform al acesteia (astfel cum procedează autoritatea contractantă, prin respingerea ofertei întrucât societatea sa nu a menționat un "profit" de minimum 1%).

Contestatorul arată că din jurisprudența CJUE reiese că aceasta se opune stabilirii unui criteriu de excludere matematic. Curtea tinde să favorizeze o concurență efectivă în conformitate cu obiectivele normelor privind atribuirea contractelor de achiziții publice. Curtea a statuat (Hotărârea în cauza C-103/88, Fratelli Costanzo, pct. 18) că un criteriu de excludere matematic privează ofertanții care au prezentat oferte deosebit de scăzute de posibilitatea de a dovedi că aceste oferte sunt serioase și, prin urmare, contravine obiectivului Directivei 71/305/CEE (în vigoare la data pronunțării hotărârii), care urmărește favorizarea dezvoltării unei concurențe efective în domeniul contractelor de achiziții publice.

În concluzie la cele de mai sus, contestatorul precizează că autoritatea contractantă își întemeiază respingerea pe dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. c) din HG nr. 395/2016, însă nu dovedește încălcarea de către societatea sa a regulilor de liberă concurență. Simpla ofertare a unui "profit" în limitele maxime impuse de autoritatea contractantă, fără a fi

interzisă de aceasta stabilirea "profitului" sub un anumit prag, reprezintă respectarea de către societatea sa concomitent a cerințelor documentației de atribuire, dar și a legislației incidente în materia concurenței.

C. Nelegalitatea deciziei de respingere ca neconformă a ofertei sale prin încălcarea dispozițiilor art. 210 din Legea nr. 98/2016 și art. 136 din HG nr. 395/2016. Lipsa solicitărilor de clarificări.

Contestatorul arată că potrivit prevederilor art. 136 alin. (1) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare are obligația de a efectua verificarea ofertelor financiare inclusiv în ce privește verificarea prețului aparent scăzut, iar această verificare trebuie să fie reală și pertinentă, urmată de o decizie justificată în raport cu situația de fapt.

"Art. 136

(1) *În situația în care comisia de evaluare constată că elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute; prin raportare la prețurile pieței utilizându-se ca referință în acest sens informații cum ar fi bulletine statistice, sau cotații ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicații cu privire la posibilitate îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire".*

Astfel, contestatorul precizează că chiar și în situația în care autoritatea contractantă ar fi constatat că prețurile ofertate de societatea sa sunt aparent scăzute (ca urmare a ofertării unui "profit" minimal), aceasta avea obligația de a-i solicita clarificări, prealabil respingerii ofertei sale, obligație de la care nu se poate deroga întrucât este imperativ impusă de dispozițiile art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016:

"(1) În cazul unei propuneri financiare aparent neobișnuit de scăzută în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru care urmează a fi atribuit/încheiat, autoritatea contractantă are obligația de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la prețul sau costurile propuse în respectiva ofertă".

Contestatorul arată că jurisprudența CNSC a statuat că:

"se remarcă faptul că, la procedura de achiziție, comisia evaluatorie nu a cerut nicio explicație celor două ofertante prin prisma prețurilor ofertate, context factic din care se desprinde concluzia că respectiva comisie nu a verificat dacă prețurile din ofertele depuse sunt sau nu rezultatul liberei concurențe și pot fi justificate. Văzând dispozițiile art. 36 alin. (2) lit. c) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, coroborate cu cele ale art. 72 alin. (2) lit. h) și i) din același act normativ (care impun comisiei de evaluare atribuția de a stabili care sunt ofertele inacceptabile sau neconforme, precum și a celor admisibile), autoritatea contractantă avea obligația de a clarifica legalitatea oricărui preț suspect ofertat anterior luării unei decizii în privința ofertei. Prețul propus nu este un element pur formal al ofertei, prezumat a fi valabil și admis indiferent de cuantumul sau, ci reprezintă un element esențial al propunerii financiare a cărei realitate și legalitate trebuie să fie verificată de comisia de evaluare și confirmată de ofertant prin documentele înaintate autorității" (BO 2013_1930).

De asemenea, contestatorul arată că relevantă în cauză, asupra modului în care autoritățile publice au obligația de a gestiona problemele

ofertelor financiare atunci când se confruntă cu o ofertă aflată fie sub incidența art. 137 alin. (3) lit. c), fie sub cea a art. 210 din Legea nr. 98/2016 este Hotărârea pronunțată de CJUE în cauza T-392/15 European Dynamics LuxembourgSA:

"85 Tribunalul a statuat că obligația autorității contractante de verificare a caracterului serios al unei oferte rezultă din existența prealabilă a îndoielilor referitoare la fiabilitatea acesteia, obiectivul principal al acestui articol fiind de a nu permite respingerea unui ofertant din cadrul procedurii fără să i se fi acordat posibilitatea să justifice conținutul ofertei sale care ar părea anormal de mică. Prin urmare, numai atunci când există asemenea îndoieli, comitetul de evaluare este obligat să solicite informații pertinente privind compoziția ofertei înainte să o respingă, dacă este cazul. În schimb, în ipoteza în care o ofertă nu pare anormal de mică potrivit articolului 158 alineatul (4) din Regulamentul de punere în aplicare⁷, articolul menționat nu se aplică [a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 iulie 2005, TQ3 Travel Solutions Belgium/Comisia, T-148/04, EU:T:2005:274, punctele 49 și 50, Hotărârea din 11 mai 2010, PC-Ware Information Technologies/Comisia, T-121/08, EU:T:2010:183, punctul 72, Hotărârea din 5 noiembrie 2014, Computer Resources International (Luxembourg)/Comisia, T-422/11, EU:T:2014:927, punctul 57, și Hotărârea din 15 septembrie 2016, European Dynamics Luxembourg și Evropaiki Dynamiki/Comisia, T-698/14, nepublicată, EU:T:2016:476, punctul 59).

86 Astfel de îndoieli pot exista printre altele atunci când pare incert, pe de o parte, că o ofertă respectă legislația țării în care serviciile ar trebui să fie prestate, în materie de remunerare a personalului, de contribuție la sistemul de securitate socială, de respectare a normelor de securitate și de sănătate la locul de muncă, de vânzare în pierdere, și, pe de altă parte, că prețul propus include toate costurile pe care le presupun aspectele tehnice ale ofertei (Hotărârea din 8 octombrie 2015, Secolux/Comisia, T-90/14, nepublicată, EU:T:2015:772, punctul 62).

87 Din cele ce precedă reiese că aprecierea de către autoritatea contractantă a existenței unor oferte anormal de mici are loc în două etape.

88 Într-o primă etapă, autoritatea contractantă trebuie să aprecieze dacă ofertele depuse „par” anormal de mici [a se vedea articolul 151 alineatul (1) din Regulamentul de punere în aplicare]. Folosirea verbului „a părea” în Regulamentul de punere în aplicare presupune că autoritatea contractantă face o apreciere prima facie a caracterului anormal de mic al unei oferte. Prin urmare, Regulamentul de punere în aplicare nu impune autorității contractante să procedeze din oficiu la o analiză detaliată a compoziției fiecărei oferte pentru a stabili că aceasta nu constituie o ofertă anormal de mică. Astfel, într-o primă etapă, autoritatea contractantă trebuie doar să stabilească dacă ofertele depuse conțin vreun indiciu de natură să trezească suspiciunea că ar putea fi anormal de mici. Aceasta este, de exemplu, situația atunci când prețul propus într-o ofertă depusă este considerabil inferior celui din alte oferte depuse sau prețului obișnuit al pieței. Dacă ofertele depuse nu conțin un asemenea indiciu și, prin

urmare, nu par anormal de mici, autoritatea contractantă poate continua evaluarea acestei oferte și procedura de atribuire a contractului.

În schimb, dacă există indicii de natură să trezească suspiciunea că o ofertă ar putea fi anormal de mică, autoritatea contractantă trebuie să procedeze, într-o a doua etapă, la verificarea conținutului ofertei pentru a se asigura că aceasta nu este anormal de mică. Atunci când procedează la această verificare, autoritatea contractantă are obligația de a-i da ofertantului care a prezentat oferta menționată posibilitatea să arate motivele pentru care apreciază că oferta sa nu este anormal de mică. În continuare, autoritatea contractantă trebuie să aprecieze explicațiile furnizate și să stabilească dacă oferta în discuție prezintă un caracter anormal de mic, caz în care este obligată să o respingă".

Contestatorul menționează că în decizia adoptată autoritatea contractantă nu face dovada verificării prealabile a prețurilor propuse de subscrisa, astfel cum impun prevederile art. 136 alin. (1) din HG nr. 395/2016 și art. 210 din Legea nr. 98/2016.

Astfel cum s-a exprimat relevant în jurisprudență (Decizia nr ..., Curtea de Apel Bacău, în ..., Jurisprudență comentată în materia achizițiilor publice, vol. V, pag. 31), "*asupra unei oferte cu preț neobișnuit de scăzut planează o prezumție că nu reprezintă garanțiile corespunzătoare unei executări a lucrărilor în deplin acord cu prevederile caietului de sarcini. Ofertarea unor prețuri neobișnuit de scăzute ascunde capcane periculoase atât pentru operatorii economici care sunt excluși din procedură dacă nu justifică corespunzător prețul, cât și pentru autoritatea contractantă care, prin acceptarea unei astfel de oferte, riscă consecințele gestionării și utilizării defectuoase a fondurilor publice (...)* Criteriul de atribuire pentru care a optat autoritatea contractantă, "*prețul cel mai scăzut*" impune acceptarea unor propuneri realiste și acordarea punctelor corespunzătoare numai în cazul în care în prețul ofertei se regăsesc, chiar și la prețuri minime, cheltuielile absolut necesare pentru executarea contractului".

Fiind, așadar, în prezența unei prezumții relative, aceasta poate fi răsturnată prin dovada pe care operatorul economic o face, respectiv prin fundamentarea economică a prețului prin explicații și/sau documente puse la dispoziția autorității contractante.

D. Încălcarea de către autoritatea contractantă a principiului tratamentului egal al ofertanților, prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016

Contestatorul arată că din adresa nr. 4134/23.06.2021 de comunicare a rezultatului procedurii rezultă că ofertantul câștigător, ... SRL, are o propunere financiară de 610.348,20 lei. Analizând acest preț prin raportare la formularul Deviz ofertă, rezultă că și SRL a menționat în categoria "profit" o valoare sub 1% (valoarea impozitului pe veniturile microîntreprinderilor, astfel cum a pretins autoritatea contractantă).

De asemenea, contestatorul precizează că oferta financiară a societății sale, de 605.926 lei, a fost elaborată având în vedere costurile minime pentru servicii, raportate la salariul minim pe economie (13.583 lei/oră) și operațiunile de executat conform caietului de sarcini.

În cazul în care și ofertantul câștigător, ... SRL, a elaborat oferta având în vedere salariul minim pe economie, atunci rezultă din calcul

matematic simplu că în categoria "cheltuieli indirecte și profit" cota menționată este sub 1%:

- valoare deviz cu salariu minim pe economie: 592.001 lei
- cote salarii: 13.320 lei (2,25%)
- Total 605.321 lei

Dacă s-ar aplica o cotă de 1% pentru "cheltuieli indirecte și profit", astfel cum pretinde autoritatea contractantă, ar însemna o valoare totală a ofertei de 611.374,21 lei, adică o ofertă mai mare decât cea declarată câștigătoare (care este de 610.348,20 lei).

Rezultă așadar, că, dacă ofertantul câștigător a respectat dispozițiile legale privind salariul minim pe economie, atunci a propus, la fel ca societatea sa, un profit sub 1% (ofertantul câștigător este de asemenea înregistrat fiscal în categoria microîntreprinderilor).

Drept pentru care, contestatorul consideră că autoritatea contractantă încalcă în evaluare principiul tratamentului egal al ofertanților, întrucât permite ofertantului câștigător stabilirea unui "profit" într-o cotă sub 1%, în timp ce oferta sa este respinsă pentru acest motiv.

Contestatorul arată că principiul egalității de tratament al ofertanților, prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 obligă autoritățile contractante de a aplica aceleași reguli și a dispune aceleași măsuri în raport de oferte similare, astfel cum a citat în precedentele din jurisprudența CJUE din cauza C-42/13 Cartiere dell'Adda.

De asemenea, obligația respectării de către autoritățile contractante a principiului tratamentului egal este stabilită de CJUE prin următoarele:

"Autoritatea contractantă este obligată să asigure, în fiecare fază a unei proceduri de cerere de ofertă, respectarea principiului egalității de tratament și, în consecință, egalitatea de șanse a tuturor ofertanților. Principiul egalității de tratament între ofertanți, care are ca obiectiv favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective între întreprinderile participante la o procedură de achiziții publice, impune ca toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în elaborarea ofertelor lor și presupune, prin urmare, ca acestea să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții".

În rezumatul celor de mai sus, contestatorul solicită CNSC a reține că autoritatea contractantă a respins în mod nelegal oferta societății sale pentru motivul de fapt că nu ar inclus în oferta financiară impozitul pe veniturile microîntreprinderilor de 1%, deși documentația de atribuire nu impunea o astfel de obligație în Devizul ofertă, fiind încălcate dispozițiile legale relevante mai sus precizate, precum și principiul egalității de tratament în evaluarea ofertei societății sale și a celei declarate câștigătoare. De asemenea, în mod incorect autoritatea contractantă a respins oferta societății sale fără a clarifica propunerea financiară, în temeiul dispozițiilor art. 210 din Legea nr. 98/2016.

În concluzie, pentru toate considerentele anterior expuse, contestatorul solicită admiterea contestației cu consecința anulării actelor nelegale emise de autoritatea contractantă și a dispunerii măsurilor de remediere solicitate.

În temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, contestatorul solicită să i se permită accesul la dosarul achiziției publice, în vederea studierii și efectuării de copii xerox.

Prin adresa nr. înregistrată la Consiliu sub nr., ..., în calitate de autoritate contractantă, formulează punct de vedere cu privire la contestația depusă de SRL, solicitând respingerea acesteia ca nefondată, deoarece în conformitate cu prevederile art. 133 alin. (3) din HG nr. 395/2016: "Propunerea financiară trebuie să se încadreze în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, respectiv să fie corelată cu elementele propunerii tehnice pentru a evita executarea defectuoasă a contractului, să nu se afle în situația prevăzută la art. 210 din Lege sau să nu reprezinte o abatere de la legislația incidentă, alta decât cea în domeniul achizițiilor publice".

Drept pentru care, autoritatea contractantă arată că a prevăzut în devizul ofertă o cotă de maxim 8% cheltuieli indirecte și profit, respectiv 51.522 lei, tocmai pentru ca ofertanții să poată face plata unor cheltuieli generate de legislația incidentă, alta decât cea în domeniul achizițiilor publice, respectiv impozitul pe venit în cazul microîntreprinderilor care este reglementat de Legea nr. 227/2015, art. 51 alin. (1) lit. a) *"1% pentru microîntreprinderile care au unul sau mai mulți salariați"*.

Autoritatea contractantă arată că din interogarea bazei de date a Ministerului Finanțelor Publice secțiunea Agenți economici și instituții publice – date de identificare, informații fiscale, bilanțuri (pe care o anexează) a rezultat că SC SRL are o cifra de afaceri netă aferentă anului 2020 de 1.010.197 lei și se încadrează în categoria microîntreprinderilor în conformitate cu prevederile art. 47 lit. c) din Legea nr. 227/2015.

Prin acceptarea unei astfel de oferte, autoritatea contractantă menționează că ar fi încălcat art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 în defavoarea SRL.

Prin adresa nr. înregistrată la CNSC sub nr. ..., ... SRL a formulat cerere de intervenție, prin care a solicitat:

- admiterea cererii de intervenție,
- respingerea contestației înaintată de societatea SRL ca nefondată, cu consecința menținerii ca temeinic și legal a raportului procedurii nr. 4130 din 23.06.2021, a adresei de comunicare a rezultatului procedurii către societatea sa nr. 4131 din 23.06.2021, implicit a rezultatului procedurii contestat de SRL, nr.4134 din 23.04.2021.
- obligarea contestatorului la plata cheltuielilor de judecată generate de prezentul litigiu, în temeiul art. 453 din Ncpc.

Intervenientul arată că prin raportul procedurii și adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr.4134 din 23.04.2021, oferta contestatorului a fost respinsă ca neconformă de autoritatea contractantă, în temeiul art. 137 alin.(3) lit. c) din HG nr.395/2016, motivat de împrejurarea că propunerea financiară nu satisface cerințele autorității contractante, respectiv că pentru profit ofertantul a prevăzut un procent de 0,1% și nu minimum de 1% cât ar fi fost normal pentru plata impozitului în conformitate cu prevederile art. 51 alin.(1) lit. a) din Legea nr.227/2015".

De asemenea, intervenientul precizează că prin contestația formulată, ofertantul cu oferta neconformă reclamă nelegalitatea și netemeinicia evaluării efectuată de autoritatea contractantă. Se invocă faptul că s-au încălcat de către autoritatea publică dispozițiile art. 207 din Legea nr.98/2016 în sensul în care în Documentația de atribuire - Formularul Devizul ofertă, operatorii economici aveau obligația de a include "cheltuieli indirecte și profit" de maximum 8% din valoarea estimată, fără ca documentația să specifice menționarea unui profit minim, care profit ar ține de aspectele fiscale, externe procedurii de achiziție publică.

În considerația celor de mai sus, arată contestatoarea că nu există nicio dispoziție legală în materia achizițiilor publice care să oblige operatorii economici la practicarea unui adaos comercial minim, după cum nu există nici obligația obținerii de profit. Se citează cu titlu de practică judiciară Decizia CNSC nr.

Intervenientul arată că o altă critică vizează pretinsa incompatibilitate dintre temeiul de respingere al ofertei - art.137 alin. (3) lit. c) din HG nr.395/2016 și invocarea de către autoritatea contractantă a prevederilor Codului fiscal. În acest conspect, se critică și lipsa de reacție a autorității, care nu a cerut clarificări asupra modalității de compunere a prețului, conform art.210 alin.(1) din Legea nr.98/2016, despre care se consideră că ar fi o obligație. Se citează Hotărârea pronunțată de CJUE în cauza T-392/15 European Dynamics Luxemburg SA.

Nu în ultimul rând, se invocă de către contestatoare încălcarea principiului tratamentului egal al ofertanților, prevăzut de art.2 alin.(2) lit.b) din Legea nr.98/2016, cu sublinierea faptului că din calculele proprii, oferta câștigătoare are cheltuielile indirecte și profit sub cota de 1%.

În continuare, intervenientul prezintă considerentele de respingere a contestației:

A. Prin contestația formulată se certifică un aspect care rezultă și din oferta financiară a operatorului economic, respectiv că acesta a ofertat "zero" cheltuieli indirecte și 0.1% profit.

B. În acest conspect, nu este necesară nicio clarificare întrucât orice clarificare nu poate altera cele două valori, lipsind de interes un atare demers.

C. Din perspectiva Legii nr.98/2016, autoritatea contractantă reține ca și temei de respingere ca neconformă a ofertei prevederile art.137 alin. (3) lit. a din HG nr. 395/2016, (oferta) "*c) conține în cadrul propunerii financiare prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe și care nu pot fi justificate*".

D. Este adevărat că autoritatea a reținut prevederile Codului fiscal, art. 51 alin. (1) lit. a, toate acestea în contextul în care prețul nu este rezultatul liberei concurențe.

E. În esență, autoritatea contractantă constată caracterul neconform al ofertei SRL prin aceea că procentul de 1% reprezentând impozitul pe venitul microîntreprinderilor nu mai are o bază de impozitare, din moment ce, conform propriei declarații, cheltuiala indirectă ofertată este de "zero" lei. Rezultă că din profitul de 0,1% declarat, în realitate se acoperă toate cheltuielile, fără a mai exista un

venit efectiv al societății, aspect ce încalcă libera concurență, pentru că se denaturează scopul contractului de achiziție publică.

F. Într-o decizie de speță, se reține de către organul cu activitate administrativ-jurisdicțională: *"Consiliul consideră relevantă definiția legală a contractului de achiziție publică de la art. 3 alin. (1) lit. 1) din Legea nr. 98/2016: contractul cu titlu oneros, asimilat, potrivit legii, actului administrativ, încheiat în scris între unul sau mai mulți operatori economici și una ori mai multe autorități contractante, care are ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii, ori definiția și distincția existentă la art. 1172 din Codul civil: (1) Contractul prin care fiecare parte urmărește să își procure un avantaj în schimbul obligațiilor asumate este cu titlu oneros. (2) Contractul prin care una dintre părți urmărește să procure celeilalte părți un beneficiu, fără a obține în schimb vreun avantaj, este cu titlu gratuit.*

Acestea reglementează contractul oneros și stabilesc caracterele juridice ale acestuia, între care și acela de contract patrimonial (conținutul său este evaluabil în bani) cu titlu oneros, respectiv fiecare dintre părți urmărește un folos, o contraprestație. Cu titlu general, Consiliul are în vedere că un contract în care furnizorul, prestatorul sau executantul oferă anumite servicii în mod gratuit nu este de achiziție publică, ci are altă natură (donație, comodat, sponsorizare, mecenat, voluntariat etc.).

Ofertele depuse reprezintă angajamente asumate de către ofertanți în scopul realizării obiectului contractului. Prețul ofertat (calculat în baza unor tarife orare care respectă prevederile legale, dar fără a lua în considerare costurile indirecte ori profitul), trebuie verificat de comisia de evaluare, în baza respectării principiilor asumării răspunderii, tratamentului egal și nediscriminării și confirmate de ofertanți prin documentele înaintate autorității contractante. Referitor la caracterul oneros al contractului de achiziție publică este Hotărârea din data de 28 mai 2020 CJUE, pronunțată în cauza C-796/18 astfel:

„39 În sensul dispoziției menționate, „contractele de achiziții publice” sunt contracte cu titlu oneros, încheiate în scris între unul sau mai mulți operatori economici și una sau mai multe autorități contractante și care au ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii.

40 În consecință, pentru a fi calificat drept „contract de achiziții publice”, în sensul dispoziției menționate, un contract trebuie să fi fost încheiat cu titlu oneros și, prin urmare, să implice ca autoritatea contractantă care încheie un contract de achiziții publice să primească în temeiul acestui contract, în schimbul unei contraprestații, o prestație care trebuie să prezinte un interes economic direct pentru autoritatea contractantă menționată. În plus, acest contract trebuie să prezinte un caracter sinalagmatic, această trăsătură constituind o caracteristică esențială a unui contract de achiziții publice (a se vedea prin analogie Hotărârea din 21 decembrie 2016, Remondis, C- 51/15, EU:C:2016:985, punctul 43)".

De asemenea, Consiliul are în vedere cea din urmă condiție prevăzută la art. 133 alin. (3) din HG nr. 395/2016, respectiv aceea că propunerea financiară nu trebuie să reprezinte o abatere de la legislația incidentă, alta decât cea în domeniul achizițiilor publice. Ori, trebuie avută

în vedere modalitatea de calculare a costurilor potrivit Ordinului ministrului finanțelor publice nr. 1826/2003, care stabilește la pct. 2.3 care sunt cheltuielile aferente unui contract, iar printre acestea se numără și cheltuielile indirecte. Astfel, cheltuielile indirecte sunt acele cheltuieli care nu se pot identifica și atribui direct pe un anumit obiect de calculație, ci privesc întreaga producție a persoanei juridice în ansamblul ei și cuprind:

- regia fixă de producție, formată din cheltuielile indirecte de producție care rămân relativ constante indiferent de volumul producției, cum ar fi: amortizarea utilajelor și echipamentelor, întreținerea secțiilor și utilajelor, precum și cheltuielile cu conducerea și administrare a secțiilor;
- regia variabilă de producție, care constă în cheltuielile indirecte de producție, care variază în raport cu volumul producției, cum ar fi: cheltuielile indirecte cu consumul de materiale și forța de muncă.

Din definiția costului de producție redată la art. 8.7 din Ordinul ministrului finanțelor publice nr. 1802/2014 pentru aprobarea Reglementărilor contabile privind situațiile financiare anuale individuale și situațiile financiare anuale consolidate, rezultă că acesta include și cota cheltuielilor indirecte de producție alocată în mod rațional ca fiind legată de fabricația acestora.

Astfel, chiar dacă în mod uzual sunt prevăzute anumite cote ale cheltuielilor indirecte, general valabile, definițiile amintite nu stabilesc și un quantum al lor. Însă faptul că nu este stabilit un quantum al lor nu înseamnă ca acestea nu trebuie să existe și că pot fi colate "0". Chiar dacă s-ar putea aprecia o anumită dificultate în a stabili aceste costuri indirecte, cunoscându-se aceste cheltuieli la nivelul operatorului economic fiecare din contractele derulate trebuie să contribuie la acoperirea lor și ele nu pot fi nule, în discuție fiind acoperirea cheltuielilor cu impozite, protecția muncii, amortizări etc. Nulitatea acestora pune la îndoială însăși caracterul oneros al contractului. Scopul derulării unui contract de achiziție precum cel de față nu este asigurarea forței de muncă necalificate necesare autorității contractante (plătită la valoarea minimă permisă stabilită pentru anul 2021), ci este derularea unui acord-cadru în urma căruia parte din costurile de funcționare ale operatorului economic să fie acoperite, respectiv asigurarea obținerii de profit. (..)

Chiar dacă autoritatea contractantă a cuprins în caietul de sarcini prevederi legate de quantumul cheltuielilor indirecte cu privire la faptul că acestea nu ar trebui repartizate obligatoriu uniform, ci pot fi distribuite inegal între contractele concomitente sau succesive, aceasta nu înseamnă că ele pot lipsi cu desăvârșire. Prin urmare, se impune verificarea de către autoritatea contractantă a motivelor pentru care a fost ofertată o cotă de cheltuieli indirecte nulă, în condițiile în care costurile indirecte ar fi trebuit să fie cotate la rândul lor astfel cum a fost stabilit anterior. (..) Nu poate fi acceptată ideea indusă de autoritatea contractantă că elemente constitutive ale prețului ofertei alături de cheltuielile directe într-o procedură concurențială pot să nu fie cotate sau pot fi cotate derizoriu pentru a mima respectarea prevederilor legale, urmând ca ofertanții să își atingă scopul pentru care au fost înființate sau acoperi obligațiile legale și costurile de funcționare din alte contracte. Încurajând și determinând

astfel de practici însăși autoritatea contractantă viciază rezultatul procedurii de atribuire și caracterul concurențial al unei astfel de proceduri.

Costurile legate de derularea unui contract/acord-cadru trebuie a fi acoperite în baza veniturilor asigurate de realizarea lui și, chiar dacă operatorii economici au posibilitatea de a acoperi cheltuielile indirecte din alte contracte, aceasta nu înseamnă că acestea pot lipsi dintr-o ofertă depusă într-o procedură de achiziție publică. Similar, această posibilitate nu înseamnă că scopul existenței unui operator economic este de a presta servicii fără a obține beneficii. Ori, atunci când nu sunt acoperite prin ofertă toate costurile precum cele invocate de contestatoare ori nu este asigurat beneficiul pentru care a fost constituită respectiva societate, caracterul oneros/sinalagmatic al contractului este afectat. Într-adevăr nu sunt prevăzute de legiuitor expres cote pentru cheltuielile indirecte ori profit, stabilirea acestora fiind la latitudinea ofertanților, însă acestea nu pot avea valori derizorii sau nule mai ales într-o procedură de achiziție publică." (decizia CNSC nr.... din 14.04.2021, definitivă prin respingerea plângerii de către Curtea de Apel Iași, Dosar nr.....).

G. Decizia anterior citată exclude orice altă aserțiune și practică judiciară înfățișată de contestator, fiind cea mai apropiată de particularitățile speței pendinte, în opoziție, de exemplu cu Decizia CNSC nr....

H. Nu în ultimul rând, intervenientul subliniază faptul că acel calcul efectuat de contestator (din capitolul contestației privitor la diferența de tratament) este greșit, valorile de referință fiind diferite (erodate) în raport cu oferta sa financiară. Intervenientul opinează, raportat la practica judiciară în materie, că o contestație a ofertantului descalificat poate viza doar măsura autorității față de propria ofertă, fiind inadmisibilă contestarea altor aspecte ale procedurii.

I. În lumina celor anterior expuse, intervenientul apreciază că măsura autorității contractante de descalificare a ofertei contestatorului este temeinică și legală, astfel încât solicit Consiliului să o mențină, prin respingerea ca nefondată a contestației, cu obligarea contestatorului la plata cheltuielilor de judecată.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a invitat societatea contestatoare la studierea dosarului achiziției publice, însă aceasta nu a dat curs solicitării CNSC.

Prin adresa nr. ..., înregistrată sub nr. ..., contestatorul formulează concluzii scrise, solicitând:

- admiterea contestației, respingerea cererii de intervenție formulată de SRL și pe cale de consecință anularea deciziei autorității contractante de respingere a ofertei sale depusă în procedura de atribuire a contractului de servicii silvice pentru DS - Lot 4, anunț de participare nr. ... Lot 4 și anularea adresei nr. 4134/23.06.2021 privind comunicarea rezultatului procedurii pentru lotul 4;

- anularea în parte a raportului procedurii, cu privire la evaluarea ofertei sale pentru lotul 4;

- anularea actelor care au stat la baza raportului procedurii în legătură cu evaluarea ofertei sale pentru Lotul 4;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale pentru lotul 4 și stabilirea ofertei câștigătoare prin aplicarea criteriului de atribuire și cu respectarea dispozițiilor legale aplicabile.

Contestatorul precizează că prin contestația formulată a arătat că decizia de respingere a ofertei sale pentru motivul că societatea sa ar fi ofertat un profit de 0,1% din valoarea ofertei în loc de minimum 1% cât este valoarea impozitului în conformitate cu art. 51 alin. (1) lit. a) Cod fiscal, este nelegală, fiind emisă cu încălcarea dispozițiilor art. 137 alin. (3) lit. c) din HG nr. 395/2016, a dispozițiilor art. 2 alin. (2) lit. a), (b) și e) corelat cu art. 209 din Legea nr. 98/2016, întrucât:

- autoritatea contractantă a respins nelegal oferta societății sale fără a dovedi îndeplinirea cumulativă a condițiilor de încălcare a liberei concurențe și a justificării prețului, astfel cum impun prevederile art. 137 alin. (3) lit. c) din HG nr. 395/2016;

- autoritatea contractantă a respins nelegal oferta societății sale prin încălcarea cerințelor din documentația de atribuire și aplicarea incorectă a prevederilor art. 51 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 227/2015;

- autoritatea contractantă încalcă principiul proporționalității prin respingerea ca neconformă a ofertei societății sale în temeiul prevederilor art. 137 alin. (3) lit. c) din HG nr. 395/2016 fără a solicita clarificări cu privire la pretinsa nejustificare a prețului ofertat;

- autoritatea contractantă încalcă principiul tratamentului egal al ofertanților prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

În fapt, contestatorul arată că în conformitate cu documentația de atribuire - Devizul ofertă, operatorii economici aveau obligația de a include "cheltuieli indirecte și profit" de maximum 8%, respectiv o valoare estimată maximă de 51.522 lei. Societatea sa, astfel cum rezultă din propunerea financiară a ofertat la categoria "cheltuieli indirecte și profit" o cotă de 0,1%.

Contestatorul menționează că autoritatea contractantă, atât prin decizia de respingere a ofertei, cât și în punctul de vedere nr. ..., face o confuzie între profit și impozitul pe veniturile microîntreprinderilor, susținând că în categoria "cheltuieli indirecte și profit" societatea sa avea obligația de a menționa cel puțin "impozitul" pe veniturile microîntreprinderilor.

Pe de altă parte, contestatorul arată că, în punctul de vedere, autoritatea contractantă motivează respingerea ofertei prin alt temei de drept decât cel menționat în adresa de comunicare a rezultatului procedurii și în raportul procedurii: astfel, în punctul de vedere se menționează dispozițiile art. 133 alin (3) ca motiv al respingerii ofertei, în timp ce în documentele privind evaluarea ofertelor temeiul de drept al respingerii îl constituie art. 137 alin. (3) lit. c) din HG nr. 395/2016.

Drept urmare, contestatorul solicită Consiliului să constate că prin punctul de vedere depus la CNSC autoritatea contractantă nu mai recunoaște și nu mai susține ca motiv al respingerii ofertei împrejurarea că societatea sa ar fi depus o propunere financiară care nu ar fi rezultatul liberei concurențe, ci că nu ar fi respectat alte dispoziții legale incidente, astfel cum dispun prevederile art. 133 din HG nr. 395/2016 (*"Propunerea financiară trebuie să se încadreze în fondurile care pot fi disponibilizate*

pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, respectiv să fie corelată cu elementele propunerii tehnice pentru a evita executarea defectuoasă a contractului să nu se afle în situația prevăzută la art. 210 din Lege sau să nu reprezinte o abatere de la legislația incidentă, alta decât cea în domeniul achizițiilor publice"). "Dispoziția legală incidentă la care face referire autoritatea contractantă este art. 51 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 227/2015 - Codul fiscal cu privire la impozitul pe venitul microîntreprinderilor.

După cum a arătat în contestație, contestatorul precizează că autoritatea contractantă a respins oferta societății sale pentru pretinsa neîndeplinire a unei cerințe care nu este menționată în documentația de atribuire, respectiv includerea în propunerea financiară a impozitului datorat de ofertant pentru sumele ce se vor încasa din contractul de achiziție publică, fiind încălcate prevederile art. 75 din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 123 din HG nr. 395/2016.

Ceea ce a solicitat autoritatea contractantă a fi cuprins în propunerea financiară sunt cheltuielile indirecte și profitul, cu o limită superioară de 8% din valoarea ofertei. Societatea sa a oferat 0,1% pentru această categorie de deviz, neexistând prevăzut în documentația de atribuire un prag minim pentru cheltuieli indirecte și profit.

Raportat la cererea de intervenție formulată de ofertantul declarat câștigător, ... SRL, contestatorul solicită Consiliului a înlătura ca nefondate apărările formulate de acesta. Ceea ce susține intervenientul este, în esență, că ofertarea unui procent de 0,1% cheltuieli indirecte și profit ar contraveni caracterului oneros al contractului de achiziție publică. Mai mult, se arată în mod neîntemeiat că modalitatea de ofertare a costurilor ar încălca prevederile Ordinului nr. 1.826/2003 pentru aprobarea Precizărilor privind unele măsuri referitoare la organizarea și conducerea contabilității de gestiune și că lipsa unui prag minim în documentația de atribuire nu înseamnă că ofertanții pot oferta, pentru cheltuieli indirecte, valoarea 0 (zero), conform unei Decizii CNSC pe care se întemeiază, de fapt, întreaga cerere de intervenție.

Contestatorul arată că susținerile intervenientului sunt eronate sub următoarele aspecte:

1. Propunerea financiară depusă de societatea sa reprezintă un angajament pentru un contract de achiziție publică cu titlu oneros, astfel cum acesta este definit la art. 3 alin. (1) pct. 12 l) din Legea nr. 98/2016. Împrejurarea că o categorie de deviz este mai mică în puncte procentuale decât celelalte oferte nu înlătură caracterul oneros al contractului de achiziție care se va încheia pe baza acestei oferte, rezultând din documentele ofertei că prețul ofertat de societatea sa este de 605.926,00 lei la care se adaugă TVA. Fiecare linie de deviz a fost ofertată distinct, raportat la costul manoperei și norma de timp. Față de valoarea de 605.926,00 lei (fără TVA) propusă de societatea sa, în care este cuprinsă o cotă de 0,1% cheltuieli indirecte și profit, se încadrează în dispozițiile prevăzute de art. 1.172 alin. (1) cod civil care definește contractual cu titlu oneros ca fiind contractul prin care fiecare parte urmărește să își procure un avantaj în schimbul obligațiilor asumate. Dimpotrivă, a afirma, astfel cum susține intervenientul, că propunerea financiară conduce la un contract cu titlu gratuit este contrar prevederilor art. 1.172 alin. (2) cod

civil, care dispune că suntem în prezența unui astfel de contract doar atunci când una dintre părți urmărește să procure celeilalte părți un beneficiu, fără a obține în schimb un avantaj.

Contestatorul precizează că mărimea avantajului care rezultă din oferta societății sale, prin raportare la dispozițiile codului civil, nu determină natura contractului, respectiv dacă este cu titlu oneros sau gratuit, astfel încât împrejurarea că linia de deviz "cheltuieli indirecte și profit" este de 0,1%, față de maximum stabilit de autoritatea contractantă de 8%, nu schimbă natura contractului de achiziție publică din contract cu titlu oneros în contract cu titlu gratuit. Cel mult, astfel cum a arătat în contestație, dacă autoritatea contractantă ar fi apreciat oferta ca fiind scăzută, s-ar fi născut obligația în sarcina autorității de a face aplicarea prevederilor art. 209-210 din Legea nr. 98/2016, respectiv aceea de a solicita clarificări cu privire la modalitatea de elaborare a ofertei și justificarea prețului.

2. Contestatorul susține că prevederile punctului 2.3. din Ordinul nr. 1.826/2003 privind contabilitatea de gestiune nu sunt aplicabile în situația ofertei financiare depusă de societatea sa, în care cheltuielile indirecte au fost cotate cu 0 (zero). În plus, contestatorul precizează că autoritatea contractantă nu a respins oferta societății sale pentru valoarea zero a cheltuielilor indirecte, ci pentru valoarea de 0,1% la categoria "profit", astfel că intervenientul nu poate solicita, pe calea procedurală a intervenției în interesul autorității contractante, stabilirea de către CNSC a altor motive de respingere a ofertei societății sale decât cele stabilite de autoritate în etapa evaluării ofertelor. Ar fi încălcate, în acest caz, prevederile art. 26 alin. (2) și art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și ale art. 63 cod de procedură civilă.

Revenind la aplicarea prevederilor Ordinului nr. 1826/2003, contestatorul precizează că obligația operatorilor economici, astfel cum se menționează chiar la pct. 1 din Ordin, este de a ține contabilitatea "adaptată la specificul activității".

Se poate constata, chiar din analiza dispozițiilor pct. 2.3. lit. b) din Ordinul nr. 1.826/2003 invocate de intervenient, că respectivele cheltuieli indirecte se evidențiază pentru activitatea de producție și nu cea de servicii:

"(b) Cheltuielile indirecte cuprind:

- *regia fixă de producție, formată din cheltuielile indirecte de producție care rămân relativ constante indiferent de volumul producției, cum ar fi: amortizarea utilajelor și echipamentelor, întreținerea secțiilor și utilajelor, precum și cheltuielile cu conducerea și administrarea secțiilor;*
- *regia variabilă de producție, care constă în cheltuielile indirecte de producție, care variază în raport cu volumul producției, cum ar fi: cheltuielile indirecte cu consumul de materiale și forța de muncă".*

Contestatorul arată că obiectul contractului de achiziție publică îl reprezintă prestarea de servicii silvice, în devizul prezentat în propunerea sa financiară fiind evidențiate cheltuieli cu manopera (cheltuieli cu forța de muncă), precum și cotele de contribuții asupra salariilor. Din Devizul aferent lotului 4, ce face parte din documentația de atribuire publicată în SEAP de către autoritatea contractantă, rezultă că operatorii economici vor

prezenta ofertă exclusiv pentru manoperă, nefiind necesare costuri cu materiale, utilaje sau transport.

Din această perspectivă, propunerea financiară a societății sale îndeplinește integral cerințele documentației de atribuire, cu respectarea prevederilor art. 75 din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 123 din HG nr. 395/2016.

Contrar susținerilor intervenientului, contestatorul precizează că cheltuielile indirecte nu cuprind impozitele. Se arată eronat în cererea de intervenție că *"chiar dacă s-ar putea aprecia o anumită dificultate în a stabili aceste costuri indirecte, cunoscându-se aceste cheltuieli la nivelul operatorului economic fiecare din contractele derulate trebuie să contribuie la acoperirea lor și ele nu pot fi nule, în discuție fiind acoperirea cheltuielilor cu impozite, protecția muncii, amortizări etc."*

Astfel, contestatorul revine și arată că, pe de o parte, cheltuielile indirecte nu cuprind impozitele datorate de societate asupra profitului obținut, iar pe de altă parte, potrivit punctului 1 din Ordinul nr. 1.826/2003 *"Contabilitatea de gestiune furnizează informații necesare elaborării de rapoarte și analize interne utilizate de managementul unității în luarea deciziilor"*.

Contabilitatea de gestiune nu se confundă cu contabilitatea financiară, ce face obiectul dispozițiilor Legii contabilității nr. 82/1991 și care se poate reflecta în contabilitatea financiară. Autoritatea contractantă, prin documentația de atribuire, nu a solicitat ofertanților ca în propunerea financiară să evidențieze elemente ale contabilității de gestiune, drept pentru care a solicitat o singură categorie "cheltuieli indirecte și profit", în care sunt cumulate cele două elemente. Contestatorul subliniază că autoritatea contractantă nu a respins oferta societății sale în legătură cu cota de cheltuieli indirecte, ci strict legat de "profit".

Cu privire la decizia CNSC nr. ... citată pe larg de intervenient, contestatorul solicită Consiliului să observe că în analiza contestațiilor formulate în cauza respectivă, s-a reținut că, prin raportare la dispozițiilor Codului fiscal și la documentația de atribuire, cotele de impozitare /sumele aferente impozitului nu trebuiau incluse în cota de profit luată în considerare de fiecare participant, baza de impozitare nefiind reprezentată doar de veniturile obținute din derularea unui singur contract de achiziție publică.

Situația din cauza invocată de intervenient vizează ofertarea de către operatorii economici a unui profit de 1 ban, respectiv 8 lei, la valori totale ale ofertei similare cu cele din prezenta procedură, CNSC apreciind că acestea sunt derizorii. Așadar, contestatorul menționează că obiectul contestațiilor la care se referă intervenientul privește analiza caracterului derizoriu al cotei de profit, situație în care nu se regăsește oferta societății sale.

Cu privire la cotarea cheltuielilor indirecte, CNSC în decizia invocată nu reține încălcarea vreunei dispoziții legale în situația cotării unei valori zero, ci doar că autoritatea contractantă ar fi putut solicita clarificări.

De asemenea, contestatorul precizează că ceea ce mai constată CNSC în decizia amintită, este similară motivului contestației sale, respectiv că oferta financiară a intervenientei este identică cu a societății sale.

Pornind de la motivul respingerii ofertei societății sale de către autoritatea contractantă, respectiv că ar fi oferat o cotă de profit insuficientă pentru acoperirea impozitului de 1%, contestatorul solicită Consiliului să constate că nici oferta intervenientului nu este structurată în alt mod, din valoarea acestuia rezultând că în linia de deviz "cheltuieli indirecte și profit" valoarea este sub 1%. Contestatorul precizează că a arătat și în contestație că în cazul în care și intervenientul SRL, a elaborat oferta având în vedere salariul minim pe economie, atunci rezultă din calcul matematic simplu că în categoria "cheltuieli indirecte și profit" cota menționată este sub 1%:

- valoare deviz cu salariu minim pe economie: 592.001 lei
- cote salarii: 13.320 lei (2,25%)
- Total 605.321 lei.

Dacă s-ar aplica o cotă de 1% pentru "cheltuieli indirecte și profit", astfel cum pretinde autoritatea contractantă, ar însemna o valoare totală a ofertei de 611.374,21 lei, adică o ofertă mai mare decât cea declarată câștigătoare (care este de 610.348,20 lei). Cu atât mai mult s-ar reduce cota de profit a intervenientului, dacă oferta propune prețuri pe baza unui salariu mai mare decât cel minim pe economie.

Rezultă așadar, că, dacă ofertantul câștigător a respectat dispozițiile legale privind salariul minim pe economie, atunci a propus, la fel ca societatea sa, un profit sub 1% (ofertantul câștigător este de asemenea înregistrat fiscal în categoria microîntreprinderilor).

Așadar, contestatorul consideră că decizia autorității contractante de a respinge oferta societății sale încalcă principiul egalității de tratament prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, având în vedere că intervenientul a elaborat propunerea financiară într-un mod similar cu cea a societății sale, menționând o cotă de profit sub 1%.

Contestatorul solicită CNSC a reține că autoritatea contractantă a respins în mod nelegal oferta societății sale pentru motivul de fapt că nu ar fi inclus în oferta financiară impozitul pe veniturile microîntreprinderilor de 1%, deși documentația de atribuire nu impunea o astfel de obligație în formularul de Deviz, fiind încălcate dispozițiile legale relevante anterior precizate, precum și principiul egalității de tratament în evaluarea ofertei sale, comparativ cu oferta intervenientului.

În concluzie la cele de mai sus, contestatorul solicită Consiliului a lua act de aspectele menționate în prezentele concluzii, dezvoltate pe larg în contestație, de a admite astfel contestația formulată de societatea sa și de a respinge cererea de intervenție ca nefondată, cu consecința obligării autorității contractante la reevaluarea ofertei societății sale.

Prin adresa nr. înregistrată la Consiliu sub nr. ..., intervenientul formulează concluzii scrise.

Intervenientul precizează că apărările contestatorului, astfel cum au fost dezvoltate prin "Concluziile scrise", nu se susțin. Este de remarcat faptul că autoritatea nu a încălcat niciunul dintre principiile achizițiilor publice. Dimpotrivă, a analizat ofertele și a apărât principiul concurenței loiale.

Cu referire la "Punctul de vedere al autorității" exprimat în condițiile Legii nr. 101/2016, intervenientul menționează că prin acesta nu se modifică temeiul juridic al declarării ofertei ca neconformă (așa cum se speculează), ci se explicitează, prin raportare la prevederile Legii nr.98/2016, coroborat cu normele de aplicare, HG nr. 365/2016, de ce autoritatea a luat o asemenea măsură, respectiv protejarea altor principii, prevăzute de alte norme, îndeobște obligatorii, respectiv încălcarea concurenței.

Prin raportare la "Cererea de intervenție", intervenientul precizează că societatea contestatoare încearcă a afirma că Ordinul nr. 1826/2003 nu are legătură cu cauza, întrucât vizează contabilitatea de gestiune, fără legătură cu oferta financiară a SRL. Aceasta afirmație este profund greșită, subliniind deficiența ofertei contestatorului (zero cheltuieli indirecte după cum însăși precizează).

În continuare, intervenientul citează din actul normativ: *"Principiile calculației costurilor. Pentru asigurarea unui conținut real și exact al structurii costurilor se vor avea în vedere următoarele principii: 1. Principiul separării cheltuielilor care privesc obținerea bunurilor, lucrărilor, serviciilor de cheltuielile care nu sunt legate de achiziția, producția sau prelucrarea etc. acestora. Acesta presupune ca la nivelul obiectelor de calculație stabilite de fiecare persoană juridică să se separe cheltuielile atribuibile obiectelor respective de cheltuielile ocazionate de restul activității. Cheltuielile care nu participă la obținerea obiectelor de calculație menționate, cum ar fi: cheltuielile de administrație, cheltuielile de desfacere, regia fixă nealocată costului, cheltuielile financiare, cheltuielile extraordinare etc., nu se includ în costul acestora. 2. Principiul delimitării cheltuielilor în timp. Acesta presupune ca includerea cheltuielilor în costuri să se efectueze în perioada de gestiune căreia îi aparțin cheltuielile în cauză. 3. Principiul delimitării cheltuielilor în spațiu. Acesta presupune delimitarea cheltuielilor efectuate într-o anumită perioadă de gestiune pe principalele procese sau alte locuri de cheltuieli care le-a ocazionat, cum ar fi: aprovizionare, producție, administrație, desfacere, iar în cadrul sectorului producție, pe secții, ateliere, linii de fabricație etc. (...)."*

Intervenientul menționează că inexistența costului indirect este exclusă de lege, dar și de documentația de achiziție publică, încălcarea caietului de sarcini și a modalității de compunere a prețului solicitată de autoritatea contractantă este caz de declarare a ofertei ca neconformă, în subsidiar, inacceptabilă (art.215 alin. 4 și 5 din Legea nr.98/2016, cu trimitere la art. 134 alin. (6) din anexa la H.G. nr. 395/2016 stipulează *"în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin. (1) conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată neconformă"*).

Cu referire la caracterul patrimonial al contractului de achiziție publică, indicarea unui profit derizoriu coroborat cu valoarea "zero" a cheltuielii indirecte, arată, în cel mai bun caz, un contract de donație. Faptul că în procedură, contestatorul a prețuit listele de cantități, nu prezintă relevanță. A îmbrățișa teza contestatorului, ar rezulta că aceasta își acoperă cheltuielile directe, indirecte și obține profit exclusiv din c/val materialelor/manoperei din listele de cantități, ceea ce duce cu gândul la o

subalocare de resurse pentru achiziția în cauză. Or, tocmai acest fapt constituie aspectul determinant al respingerii contestației.

Intervenientul mai precizează că susține poziția autorității contractante, care, deși a făcut trimitere la dispozițiile Codului fiscal, și-a întemeiat decizia pe dispozițiile Legii nr.98/2016, coroborate cu normele de aplicare, reținând că 1% nu se poate colecta din nimic.

Potrivit art. 53 din Codul fiscal, *"(1) Baza impozabilă a impozitului pe veniturile microîntreprinderilor o constituie veniturile din orice sursă, (...)".* Iar autoritatea a solicitat clarificări ale prețului și ale cheltuielii indirecte.

Intervenientul solicită Consiliului să respingă calculația matematică efectuată de contestator cu referire la oferta sa.

Așa cum a arătat prin "Cererea de intervenție", intervenientul precizează că valorile de referință ale contestatorului sunt greșite, rezultatul fiind, la rândul-i greșit.

Intervenientul susține că societatea sa are o ofertă conformă condițiilor caietului de sarcini, fapt ce a determinat nemulțumirea contestatorului, însă, obiect al contestației nu este oferta societății sale. (Curtea de Apel București, Ofertanta a cărei ofertă a fost legal respinsă de autoritate nu are interes în a formula critici la adresa ofertei concurente - D.D. Șerban, Jurisprundență comentată în materia achizițiilor publice, Ed.Hamangiu).

Prin urmare, intervenientul solicită admiterea cererii de intervenție, respingerea contestației înaintată de societatea SRL, ca nefondată, cu consecința menținerii ca temeinic și legal a raportului procedurii nr. 4130 din 23.06.2021, a adresei de comunicare a rezultatului procedurii către societatea sa nr. 4131 din 23.06.2021, implicit a rezultatului procedurii contestat de societatea sus citată, nr.4134 din 23.04.2021. De asemenea, intervenientul solicită a fi obligat contestatorul la plata cheltuielilor de judecată generate de prezentul litigiu, în temeiul art.453 din Ncpc.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

.., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, pentru atribuirea contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect "SERVICII SILVICE PENTRU DS", organizată pe loturi. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

În raportul procedurii nr. 4130/23.06.2021 Lot nr. 4 ..., s-a consemnat depunerea a 3 oferte, respingerea a 2 oferte, printre care și a contestatorului, admisibilitatea ofertei depusă de SRL, precum și desemnarea acesteia ca fiind câștigătoarea procedurii, cu o propunere financiară de 610.348,20 lei fără TVA.

Împotriva deciziei autorității contractante de respingere ca neconformă a ofertei sale, comunicată prin adresa nr. 4134/23.06.2021, ... SRL a formulat contestația care face obiectul dosarului nr. ...

Ca un aspect prealabil, Consiliul va admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de SRL; aceasta are interes să intervină în cauză, deoarece a fost desemnată câștigătoarea procedurii, potrivit raportului procedurii nr. 4130/23.06.2021 Lot nr. 4 ..., fiind incidente în cauză dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 61 și următoarele din cod procedură civilă.

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

Potrivit adresei nr. 4134/23.06.2021 de comunicare a rezultatului procedurii, motivul invocat de autoritatea contractantă pentru decizia de respingere a ofertei depuse de SC SRL pentru lotul 4 a fost faptul că "pentru profit ofertantul a prevăzut un procent de 0,1% și nu minim 1% cât ar fi fost normal pentru plata impozitului în conformitate cu prevederile art. 51 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 227/2015", autoritatea sustinând faptul că este intrunită situația prevăzută la art. 137 alin. (3) lit. c) din HG nr. 395/2016, care statuează că oferta este neconformă în cazul în care "conține în cadrul propunerii financiare prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe și care nu pot fi justificate".

Consiliul constată că motivul invocat de autoritatea contractantă pentru respingerea ca neconformă a ofertei SC SRL nu are niciun fundament legal, prevederea în deviz a unui anumit procent de profit nefiind impusă nici de lege, nici prin documentația de atribuire iar plata impozitului în conformitate cu prevederile art. 51 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 227/2015 nu are nicio legătură cu vreun contract de achiziție publică încheiat de un anumit operator economic.

În Documentația de atribuire - Formularul Devizul ofertă, operatorii economici aveau obligația de a include "*cheltuieli indirecte și profit*" de maximum 8% din valoarea estimată, fără ca documentația să specifice menționarea unui profit minim sau a unei cote minime de cheltuieli indirecte.

Prin raportare la dispozițiile Codului fiscal și ale documentației de atribuire, cotele de impozitare /sume aferente impozitului nu trebuie incluse în cota de profit luată în considerare de fiecare participant, **baza de impozitare nefiind reprezentată doar de veniturile obținute din derularea unui singur contract de achiziție publică**, astfel încât, în aprecierea Consiliului, nu era o obligație a ofertantului să includă o cota de profit de minim 1% în devizul pentru participarea la această procedură.

Consiliul constată, în consecință, că nu se justifică, în raport cu legislația aplicabilă, aprecierea asupra ofertei depuse de SC SRL în sensul în care ar "conține în cadrul propunerii financiare prețuri care nu sunt rezultatul liberei concurențe și care nu pot fi justificate", deci nu se justifică aplicarea prevederilor art. 137 alin. (3) lit. c) din HG nr. 395/2016.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit a) și b) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SRL în contradictoriu cu și va dispune anularea deciziei de respingere ca neconformă a ofertei depuse de SC SRL pentru lotul 4, anularea parțială (pentru lotul 4) a raportului procedurii nr. 4130/23.06.2021 precum și a comunicărilor subsecvente privind acest lot.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va dispune continuarea procedurii pentru lotul 4, după îndeplinirea dispozițiilor de mai sus, prin reevaluarea ofertei depuse de SC SRL pentru lotul 4, conform celor cuprinse în motivare și stabilirea ofertei câștigătoare prin aplicarea criteriului de atribuire, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

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

Dispune anularea deciziei de respingere ca neconforma a ofertei depuse de SC SRL pentru lotul 4, anularea parțială (pentru lotul 4) a raportului procedurii nr. 4130/23.06.2021 precum și a comunicărilor subsecvente privind acest lot.

În temeiul prevederilor art. 26 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, dispune continuarea procedurii pentru lotul 4, după îndeplinirea dispozițiilor de mai sus, prin reevaluarea ofertei depuse de SC SRL pentru lotul 4, conform celor cuprinse în motivare și stabilirea ofertei câștigătoare prin aplicarea criteriului de atribuire, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii.

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

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