

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația nr. 757/....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 2387/....., depusă de către SC SA, Liderul Asocierii SA & SRL, cu sediul în str. ..., județ, localitatea, având număr de înregistrare la Registrul Comerțului, și CUI RO, reprezentată prin Director General ..., formulată împotriva adresei 27/27.01....., emisă de către cu sediul în, ..., în calitate de autoritate contractantă, în procedura de cerere de oferte online fără fază de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect „.....”, cod CPV 45233120-6, s-a solicitat anularea rezultatului procedurii și a actelor subsecvente; Obligarea autorității contractante la reevaluarea documentelor depuse de SA în cadrul procedurii și la emiterea unui nou Raport al procedurii, care să fie conform Deciziei emise de CNSC.

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC SA, în contradictoriu cu

Dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu prevederile art. 280 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația nr. 757/....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 2387/....., depusă de către SA, Liderul Asocierii SA & SRL, formulată împotriva adresei 27/27.01....., emisă de către, în calitate de autoritate contractantă, în procedura de cerere de oferte online fără fază de licitație electronică, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect „.....”, cod CPV 45233120-6, s-a solicitat anularea rezultatului procedurii și a actelor subsecvente; Obligarea autorității contractante la reevaluarea documentelor depuse de SA în cadrul procedurii și la emiterea unui nou Raport al procedurii, care să fie conform Deciziei emise de CNSC.

În fapt, contestatorul arată că oferta lui a fost respinsă în mod eronat de către autoritatea contractantă.

În ceea ce privește primul motiv de respingere a ofertei Asocierii, contestatorul menționează că, cu respectarea cerinței III.2.1 A) din fișa de date a achiziției, pentru Asociatul SRL a depus în cadrul ofertei Formularul nr. 8, în care a precizat și asumat îndeplinirea obligațiilor de plată către bugetele componente ale bugetului general consolidat.

Potrivit art. 1 din Legea nr. 69/2010 - Legea responsabilității fiscal-bugetare, și având în vedere definiția legală a bugetului general consolidat, contestatorul susține că prezentarea, respectiv însușirea de către Asociat a prevederilor Formularului 8 trebuie, în considerarea prevederilor art. 34 alin. (1) din HG nr. 925/2006, să reprezinte o certitudine pentru autoritatea contractantă, de îndeplinire de către ofertantul-asociat a obligațiilor de plată, inclusiv cele aferente sediilor secundare, conform Certificatului Constatator depus. Mai mult, în completarea documentelor existente în ofertă, contestatorul afirmă că a înaintat documente de confirmare. Potrivit documentelor depuse, se dovedește că SRL nu are la nivelul lunii anterioare celei în care este prevăzut termenul limită pentru depunerea ofertelor și nici în prezent, datorii la Bugetele unităților administrativ-teritoriale aferente punctelor de lucru/sediilor secundare deținute conform Certificatului Constatator nr. 485/840/.....

Referitor la acest ultim aspect, contestatorul precizează că susținerea autorității contractante din adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, în conformitate cu care își justifică decizia de respingere prin faptul că „*nu s-a depus inițial o declarație (...)*” și documentele depuse sunt neconcludente, prin prisma faptului că extrasele prezentate sunt scadente perioadei de până la 31 decembrie

2015 este contradictorie. Din justificările prezentate se înțelege că motivul respingerii ofertei este:

a) Lipsa depunerii inițiale a vreunui document/declarație/certificat, caz în care afirmația nu este adevărată, întrucât asociatul SRL a depus Formularul 8, completat prin răspunsul la solicitarea de clarificări, și/sau

b) Documentele depuse nu ar fi fost concludente. În acest caz, având în vedere scopul instituit de legiuitor pentru stabilirea și îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție (Secțiunea 2, Paragraful I din OUG nr. / 2006), era în spiritul legislației (art. 11 alin. (2) din HG nr. 925/2006) și a interesului autorității pentru o evaluare cât mai corectă, fie să solicite ofertantului asociat clarificarea documentelor prezentate, fie să uzeze de prevederile art. 11 alin. (3) din HG nr. 925/2006.

Contestatorul invocă în acest sens și prevederile art. 181 lit. c) din OUG nr. 34/2006.

Totodată, pentru susținerea îndeplinirii de către SRL a cerinței din fișa de date a achiziției, contestatorul invocă prevederile Ordinul președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție.

Referitor la cel de-al doilea motiv de respingere a ofertei Asocierii, contestatorul susține că, în oferta Asocierii, a depus formularul de contract, conținând amendamente care nu reprezintă modificări substanțiale ale clauzelor contractuale postate de autoritatea contractantă în SEAP, deci a respectat prevederile fișei de date.

Contestatorul arată că, după cum a precizat și în răspunsul la solicitarea de clarificări, această propunere de modificare reprezintă o reglare din punctul de vedere al proporționalității prestațiilor, respectiv al penalităților percepute. Menținerea clauzei, fără a lua în calcul amendamentul propus de societate reprezintă un dezavantaj pentru Executant și nu pentru autoritatea contractantă, suma asupra căreia se percep penalitățile trebuind a fi identică pentru părți. Având în vedere că, potrivit art. 11.2 din același formular de contract: În cazul în care achizitorul nu onorează facturile în termen de 28 de zile de la expirarea perioadei convenite, atunci acesta are obligația de a plăti, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cotă procentuală din plata neefectuată.. este just și legal, în considerarea principiului proporționalității, pe care autoritatea contractantă este obligată să îl respecte, perceperea penalităților să fie făcută către Executant proporțional cu valoarea lucrărilor neexecutate. Drept urmare, contestatorul consideră că și-a menținut, în răspunsul de clarificare transmis, amendamentul referitor la clauza nr. 11.1 din draft-ul de contract și face precizarea că, a adresat autorității contractante rugămintea de a prezenta dezavantajele evidente ale propunerii lui, în cazul acceptării acesteia și de a dovedi caracterul substanțial al modificării înaintate, dar nu a primit nici un răspuns.

Referitor la invocarea de către autoritatea contractantă a definiției contractului de achiziție publică, acesta fiind unul de natura administrativă, putând cuprinde clauze ce pot fi considerate exorbitante de către particulari, având în vedere calitatea aparte a beneficiarului și destinația vizând interesul public al contractului, contestatorul precizează că acest fapt nu dă dreptul beneficiarului să impună clauze ce exced limitelor legii, intrând în sfera celor abuzive. Cum este cazul de față, actualmente, Asocieria se află într-o situație de inferioritate față de autoritatea contractantă în ceea ce privește puterea de negociere a modelului de contract.

Totodată, contestatorul face o raportare la prevederile Legii nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, art. 1 alin. (1) și art. 12, și susține că *„penalitatea în sumă echivalentă cu o cotă procentuală de %, pe fiecare zi de întârziere din prețul contractului”* este impusă și menținută, ulterior clarificării, în mod nelegal de către autoritatea contractantă, penalitatea putând a fi aplicată doar creanțelor certe, lichide și exigibile, creanțe în rândul cărora nu intră partea executată, recepționată și decontată la timpul convenit prin contract, obiectul penalităților de întârziere fiind constituit de partea rămasă de executat din contract și care a fost executată cu întârziere sau nu a fost executată de către debitorul contractor.

Referitor la temeiul de drept al respingerii ofertei asocierii – art. 36 alin. (2) lit. b) din HG nr. 925/2006, contestatorul precizează că, în conformitate cu acest articol, o ofertă este considerată neconformă în cazul în care conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă iar ofertantul, deși a fost informat cu privire la respectiva situație, nu acceptă renunțarea la clauzele respective.

Se observă astfel că, în textul citat, legiuitorul nu face distincție după cum propunerile de modificare a clauzelor contractuale stabilite în documentația de atribuire sunt clauze obligatorii sau nu. Oricare operator economic poate face propuneri de modificare a clauzelor contractuale, autoritatea contractantă putând să nu le accepte, în cazul în care sunt în mod evident dezavantajoase pentru ea, iar ofertantul nu renunță la respectivele clauze.

Caracterul dezavantajos este stabilit de autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată să își motiveze decizia de a nu accepta respectivele clauze. Chiar dacă textul în discuție nu arată *expressis verbis* că autoritatea contractantă are obligația de a motiva caracterul evident dezavantajos al obiecțiunilor la contract, este în spiritul întregii ordonanțe de urgență și a principiilor care guvernează această materie că autoritatea contractantă nu acționează la simpla dorință și la bunul

plac al membrilor comisiei de evaluare, fiind obligată, pe parcursul întregii proceduri, să-și motiveze deciziile. Astfel, simpla afirmație nemotivată a membrilor comisiei de evaluare cu privire la caracterul dezavantajos al obiecțiunilor formulate, întemeiat doar pe faptul că ceilalți ofertanți au renunțat la obiecțiuni și, pentru respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței, ar fi necesar să renunțe și contestatorul, nu concordă cu prevederile legale citate mai sus și nici cu documentația de atribuire.

Astfel, contestatorul susține că, în situația în care s-ar admite dreptul autorității contractante de a refuza negocierea și de a respinge oferta ca neconformă, fără nici o justificare obiectivă, fără a o mai supune procesului de evaluare, motivat de aplicarea prevederilor art. 36 alin. (2) lit. b) din HG nr. 925/2006, se introduce un element de apreciere ce ar deveni discreționar, aleatoriu, necondiționat de niciun element obiectiv, având un impact direct asupra procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică și utilizării fondurilor publice aflate la dispoziția autorității contractante, generând abuzuri și deturnând scopurile și principiile Ordonanței de urgență, în aplicarea principiilor și scopurilor ordonanței de urgență, pentru asigurarea transparenței și integrității procesului de achiziție publică, motivarea caracterului evident dezavantajos al obiecțiunilor la contract ar fi trebuit să fie obligatorie pentru autoritatea contractantă.

Deoarece din adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă nu și-a motivat decizia de considerare ca dezavantajoasă a clauzei propuse de Asocierie și nicăieri nu este indicat în documentația de atribuire care sunt clauzele contractuale cu caracter substanțial și a căror modificare ar putea crea un dezavantaj autorității contractante, este evidentă, în opinia contestatorului, încălcarea de către autoritatea contractantă a prevederilor art. 15 Noul Cod Civil potrivit căroră „*niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe*”.

În ceea ce privește aprecierea autorității contractante legată de momentul intervenirii modificării propuse, ce ar conduce la încălcarea principiului tratamentului egal și al nediscriminării, contestatorul susține că, aceasta este fără fundament, în considerarea caracterului nesubstanțial al modificării propuse: respectiv valoarea asupra căreia sunt percepute penalitățile. Contestatorul consideră că ar fi putut aprecia ca substanțială o eventuală propunere de modificare a procentului penalităților, în sensul solicitării către achizitor a unei cote procentuale inferioare celei percepute executantului. Solicitarea lui de modificare reprezintă o egalitate, un echilibru contractual: cota procentuală identică pentru achizitor și executant, raportată la aceeași valoare - plata neefectuată, respectiv lucrări neexecutate. Pe de altă parte, la fel de just ar fi fost din partea Asocierii să solicite acceptarea următoarei modificări:

cota procentuală identică pentru achizitor și executant, raportată la aceeași valoare - prețul contractului, întocmai cum sunt menționate în prezent în documentație penalitățile doar pentru Executant nu și pentru Achizitor.

Referitor la argumentul autorității contractante, potrivit căruia ceilalți participanți la procedura de atribuire și-au însușit clauzele contractuale așa cum au fost ele formulate, contestatorul consideră că acesta nu este pertinent, întrucât felul în care alți ofertanți înțeleg și aleg să își exercite dreptul de a modifica/ negocia contractele de achiziție publică nu reprezintă un criteriu, conform legislației achizițiilor publice, libertatea contractuală fiind un drept ce nu poate fi îngrădit/restricționat Asocierii prin simpla neexercitare a acestuia de către alți participanți la procedura de atribuire.

În vederea soluționării contestației în cauză, prin adresa nr. 2633/.....-...../....., Consiliul solicită autorității contractante transmiterea dosarului achiziției publice și documentele de calificare ale contestatorului, în copie certificată, în conformitate cu dispozițiile art., 213 și 2563 din OUG nr. 34/2006.

Prin adresa nr. 1000/....., înregistrată la CNSC cu nr. 3617/....., autoritatea contractantă transmite punctul de vedere față de contestația depusă și actele solicitate.

În fapt, autoritatea contractantă arată că a organizat procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin cerere de oferta - online - având ca obiect „.....”, cod CPV 45233120-6 Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2). Documentația de atribuire a fost publicată în SEAP prin intermediul invitației de participare nr. din cu data depunerii ofertelor în, ora 15:00.

Până la data de, ora 15:00, au fost depuse prin mijloace electronice - online 2 oferte conținând documente semnate cu semnătură electronică extinsă, respectiv cea depusă de SC ...SRL Huși și cea depusă de Asocierea SC SA & SC SRL În urma procesului de evaluare a ofertelor, conform Raportului procedurii de atribuire nr. 26 din 26.01....., s-a hotărât respingerea ca inacceptabilă și neconformă a ofertei depuse de contestator. Oferta declarată câștigătoare a fost cea depusă de SC ...SRL Huși.

În ceea ce privește motivele invocate de contestator, referitoare la îndeplinirea cerinței de calificare privind dovezile achitării obligațiilor de plată la bugetele componente ale bugetului general consolidat pentru toate punctele de lucru / sediile secundare aferente lunii anterioare celei pentru care este prevăzut termenul limită de depunere a ofertelor, autoritatea contractantă arată că, conform Documentației de atribuire, III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, s-a solicitat depunerea unei Declarații privind neîncadrarea în prevederile art. 181 din OUG 34/2006, completare Formular 8. Se vor depune certificate

fiscale în original / copie legalizata / simpla certificată „conform cu originalul” care să ateste că ofertantul nu are datorii la bugetul general consolidat scadente la nivelul lunii anterioare celei în care este prevăzut termenul limită pentru depunerea ofertelor. În măsura în care procedura de emitere a acestor certificate nu permite confirmarea situației datoriilor la data solicitată, operatorii economici pot depune o declarație pe proprie răspundere potrivit art. 11 alin. (4) din HG nr. 925/2006.

Ofertantul prezintă la pag. 11 - 12 în cadrul documentelor de calificare o Declarație privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 din OUG nr. 34/2006 - Formular nr. 8, în original, semnată de reprezentantul împuternicit al ofertantului. Ofertantul prezintă la pag. 13 -14, Certificatul de atestare fiscală nr. 111626/..... emis de ANAF prezentat în copie conform cu originalul din care rezultă că la data de 30.11.2015 nu are datorii la bugetul general consolidat. Ofertantul prezintă la pag. 15 Certificatul de atestare fiscală privind impozitele și taxele locale nr. 439648/22.12.2015 pentru sediul ofertantului și punctul de lucru din Mun. emis de Mun., din care rezultă că nu are obligații scadente la plată la data de 31.12.2015, prezentate în copie conform cu originalul. Ofertantul asociat prezintă la pag. 169-170 Declarație privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 din O.U.G. 34/2006 Formular nr. 8, în original, semnată de reprezentantul împuternicit al asociatului. Ofertantul asociat prezintă la pag. 171 - 173, Certificatul de atestare fiscală nr. 107952/16.12.2015 emis de ANAF prezentat în copie conform cu originalul din care rezultă că la data de 30.11.2015 asociatul SC SRL are datorii la bugetul general consolidat în sumă de 2.706.964, fiind declarat în procedura de insolvență. Din documentele prezentate la pag. - 196, rezultă că ofertantul asociat nu are datorii scadente după deschiderea procedurii de insolvență în data de 10.11.2014. Ofertantul asociat prezintă la pag. 197 Certificatul de atestare fiscală privind impozitele și taxele locale nr. 437797 / 11.12.2015 pentru sediul ofertantului și punctele de lucru situate în Mun. și emise de Mun., din care rezultă că nu are obligații scadente la plată la data de 31.12.2015, prezentate în copie conform cu originalul. Din certificatul constatator nr. 485840/ rezultă că asociatul SC SRL deține sedii/secundare /puncte de lucru și în: pentru care nu au fost depuse certificate fiscale de atestare a taxelor și impozitelor locale.

Autoritatea contractantă susține că a solicitat clarificări prin adresa nr. 15 din 11.01....., cu termen de răspuns în data de 13.01....., ora 11:00: „Având în vedere că în cadrul Declarației privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 din O.U.G. 34/2006 Formular nr. 8, prezentata de dvs. la pag. 169 - 170 în cadrul doc. de calificare precizați că v-ați îndeplinit obligațiile de plată către bugetele componente ale bugetelor generale consolidate, iar dvs. ați prezentat doar certificatul de atestare fiscală privind impozitele și taxele locale nr. 437797/

11.12.2015 care atestă îndeplinirea cerinței doar pentru o parte din sediile secundare/punctele de lucru identificate conform certificatului constatator nr. 485840 /, vă rugăm să justificați unde se regăsesc în oferta dvs. certificatele de atestare fiscală privind impozitele și taxele locale pentru punctele de lucru situate în: - Județul, la care contestatorul, a răspuns în termenul indicat prin adresa nr. 288 din 13.01..... că, potrivit Legii nr. 69/2010 privind responsabilitatea fiscal - bugetara, prin bugetul general consolidat se înțelege ansamblul bugetelor componente ale sistemului bugetar, incluzând aici și bugetul general centralizat al unităților administrativ - teritoriale. Astfel, ofertantul menționează că, prin prezentarea formularului nr. 8 - Declarație privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 din OUG nr. 34/2006, acesta și-a îndeplinit obligațiile de plată aferente sediilor secundare. De asemenea, ofertantul depune o serie de documente (extrase de cont, contracte de închiriere) precizând că aceste documente dovedesc că SC SRL nu are datorii către bugetele locale aferente sediilor secundare la nivelul lunii anterioare lunii depunerii ofertelor și nici în prezent. Se menționează că prezentul răspuns la clarificări este de fapt o declarație pe proprie răspundere și că în conformitate cu Ordinul nr. 509/2011: „autoritatea contractantă va lua în considerare atât declarația pe propria răspundere, cât și acele certificate de atestare fiscală prezentate de ofertant în urma solicitării primite din partea autorității contractante, chiar dacă acestea sunt emise de autoritățile competente ulterior datei de deschidere a ofertelor și, eventual, atestă lipsa datoriilor ulterior respectivei date”.

Analizând atât informațiile prezentate inițial în documentele de calificare cât și răspunsul la clarificări, raportat la cerința de calificare, a constatat că pentru îndeplinirea cerinței, operatorii economici aveau obligația să prezinte ori certificatul/ele de atestare a plății obligațiilor de plată la bugetele componente ale bugetului general consolidat, ținând cont că documentul suport ce atestă îndeplinirea cerinței privind taxele și impozitele prin raportare la luna anterioară nu pot fi emise în primele 5-6 zile lucrătoare ale lunii curente, ori în măsura în care procedura de emitere a acestor certificate nu permite confirmarea situației datoriilor la data solicitată, să depună o declarație pe proprie răspundere potrivit art. 11 alin (4) din HG nr. 925/2006. De asemenea, comisia a reținut faptul că, în conformitate cu prevederile art. 3, pct. 2 din Legea nr. 69/2010 a responsabilității fiscal - bugetare, definiția bugetului general consolidat prevăzut în formularul nr. 8 - Declarație privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 din OUG 34/2006 este: - ansamblul bugetelor componente ale sistemului bugetar, incluzând bugetul de stat, bugetul asigurărilor sociale de stat, bugetele fondurilor speciale, bugetul general centralizat al unităților administrativ - teritoriale, bugetul Trezoreriei Statului, bugetele instituțiilor publice autonome, bugetele instituțiilor publice finanțate integral sau parțial din bugetul de stat, din bugetul

asigurărilor sociale de stat și din bugetele fondurilor speciale, după caz, bugetele instituțiilor publice finanțate integral din venituri proprii, bugetul fondurilor provenite din credite externe contractate sau garantate de stat și ale căror rambursare, dobânzi și alte costuri se asigură din fonduri publice, bugetul fondurilor externe nerambursabile, precum și al altor entități clasificate în administrația publică, agregate, consolidate și ajustate conform Regulamentului (UE) nr. 549/2013 pentru a forma un întreg.

De asemenea, comisia a reținut că, potrivit art. 9 din Ordinul ANRMAP nr. 509/2011: *„(1) Cerințele referitoare la obligațiile de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale către bugetele componente ale bugetului general consolidat sunt considerate ca fiind îndeplinite în măsura în care operatorii economici prezintă înlesniri la plată de genul eşalonărilor sau compensărilor, aprobate de către organele competente în domeniu. (2) Raportarea se va face la inexistența datoriilor față de bugetul general consolidat, ia o dată corelată cu termenul legal al scadenței de plată și nu ia termenul de valabilitate al documentului la data depunerii sau deschiderii ofertelor. (3) în situațiile de la art. 11 alin. (4) și (5) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă va lua în considerare, la verificarea îndeplinirii cerinței de calificare privind plata de către ofertant a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale, atât declarația pe propria răspundere prin care se confirmă îndeplinirea cerinței, cât și acele certificate de atestare fiscală prezentate de ofertant în urma solicitării primite din partea autorității contractante, chiar dacă acestea sunt emise de autoritățile competente ulterior datei de deschidere a ofertelor și, eventual, atestă lipsa datoriilor ulterior respectivei date”.*

Autoritatea contractantă a reținut că ofertantul nu îndeplinește cerința de calificare, întrucât acesta nu a depus inițial în documentele de calificare niciun certificat fiscal care să ateste achitarea obligațiilor de plata către bugetele generale ale administrațiilor publice locale, parte ale bugetului general consolidat, pentru punctele de lucru / sediile secundare situate în: ... identificate conform certificatului constatator nr. 485840 / Totodată, ofertantul nu a depus nici declarație pe proprie răspundere potrivit art. 11 alin (4) din HG nr. 925/2006.

Prin răspunsul său la clarificări, ofertantul precizează în susținerea îndeplinirii cerinței că însuși răspunsul la clarificări este o declarație pe proprie răspundere și astfel s-ar încadra în prevederile Ordinului 509/2011, dar comisia de evaluare nu poate reține aceste afirmații întrucât, pe de o parte, răspunsul la clarificări nu poate fi asimilat cu o

declarație pe proprie răspundere, așa cum este precizat la art. 11 alin. (4) din HG nr. 925/2006 iar, pe de altă parte, acceptarea unor eventuale certificate fiscale emise după data depunerii ofertelor se poate face numai în condițiile art. 9 din Ordinul nr. 509/2011, aspect care la fel nu poate fi reținut, întrucât ofertantul nu a depus inițial în documentele de calificare o declarație pe proprie răspundere precum că ar îndeplini această cerință de calificare și nu pot fi luate în calcul nici extrasele de cont depuse cu ocazia răspunsului la clarificări, deoarece acestea nu pot fi asimilate certificatelor fiscale și nu atestă în mod concludent achitarea tuturor obligațiilor fiscale pentru sediile secundare aferente lunii anterioare depunerii ofertelor. Spre exemplu: toate extrasele de cont prezentate sunt scadente perioadei de până la 31 martie 2015, cu excepția unui singur extras de cont emis în luna decembrie 2015.

Contestatorul face o confuzie gravă între ceea ce înseamnă declarația pe proprie răspundere, prevăzută la art. 11 alin. (4) din HG nr. 925/2006 și răspunsul la clarificările solicitate, pe care contestatorul o consideră ca fiind o declarație pe proprie răspundere, ceea ce nu poate fi acceptat potrivit art. 11 alin. (4) din HG 925/2006. De asemenea, autoritatea contractantă consideră că, contestatorul afirmă în mod eronat că a făcut dovada îndeplinirii cerinței de calificare în ceea ce privește lipsa datoriilor la bugetul general consolidat scadente la nivelul lunii anterioare celei în care este prevăzut termenul limită pentru depunerea ofertelor deoarece, în răspunsul său la clarificări, a depus o serie de extrase de cont care nu pot fi asimilate certificatelor fiscale, așa cum s-a solicitat și nici nu reiese în mod concludent lipsa datoriilor la bugetul general consolidat scadente la nivelul lunii anterioare celei în care este prevăzut termenul limită pentru depunerea ofertelor pentru toate sediile secundare / punctele de lucru ale ofertantului asociat. De altfel, se observă că acesta a depus certificatele fiscale doar pentru sediul social.

Autoritatea contractantă susține că are dreptul și nu obligația de a solicita clarificări, iar comisia de evaluare a ofertelor a dat dovada de un interes proactiv solicitând clarificări contestatorului.

Autoritatea contractantă afirmă că, contestatorul nu a contestat conținutul solicitărilor de clarificări, și afirmă că, prin depunerea răspunsului la solicitările de clarificări, operatorul economic și-a însușit conținutul solicitării de clarificări, răspunzând în termenul precizat de către autoritatea contractantă. Prin necontestarea în termen a solicitării de clarificări, aceasta și-a căpătat forța obligatorie atât față de autoritatea contractantă cât și față de contestator.

Autoritatea contractantă consideră că a respectat principiile expres reglementate la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, respectiv cel al nediscriminării, tratamentului egal, transparenței și asumarea răspunderii, prevederile art. 201 din OUG nr. 34/2006 precum și art. 207 alin. (2) din OUG nr. 34/2006.

În ceea ce privește motivele invocate de contestator, referitoare la propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, acestea sunt netemeinice și nelegale, în opinia autorității contractante, deoarece:

- autoritatea contractantă a solicitat prin documentația de atribuire - fișa de date a achiziției la cap. IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei prezentarea de către ofertanți a formularului de contract propus, semnat și ștampilat de ofertant, însoțit de eventuale propuneri de modificare a clauzelor contractuale specifice, propuneri care se vor accepta numai în măsura în care acestea nu vor fi, în mod evident, dezavantajoase pentru autoritatea contractantă;

- la pag. 704 - 712, ofertantul prezintă în cadrul propunerii tehnice formularul de contract propus, semnat și ștampilat de ofertant cu formularea unor amendamente. Dacă amendamentele propuse de ofertant asupra clauzelor specifice au fost acceptate, acestea fiind de fapt prevăzute în acte normative, în ceea ce privește amendamentul propus la art. 11.1, clauza care face parte din clauzele obligatorii, neamendabile, comisia a stabilit solicitarea de clarificări ofertantului de renunțare la amendamentul propus, respectiv, „Având în vedere că oferta tehnică conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, și care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, vă rugăm să precizați dacă mențineți sau nu amendamentul referitor la clauza nr. 11.1 propus în draft-ul de contract, ținând cont de prevederile art. 36 alin. (2) lit. b). din HG 925/2006”, ofertantul răspunzând solicitării, prin adresa nr. 530 din 21.01....., în care precizează că, în ofertă, a depus formularul de contract, conținând amendamente care nu reprezintă modificări substanțiale ale clauzelor contractuale. Ofertantul menționează că amendamentul 11.1 reprezintă o reglare din punct de vedere al proporționalității prestațiilor, respectiv al penalităților percepute.

Menținerea clauzei reprezintă un dezavantaj pentru executant, suma asupra căreia se percep penalitățile trebuie să fie identică pentru părți. Având în vedere că art. 11.2 este just și legal, în considerarea principiului proporționalității, autoritatea contractantă trebuie să perceapă penalități executantului proporțional cu valoarea lucrărilor neexecutate. Drept urmare, ofertantul își menține amendamentul referitor la clauza 11. 1 care precizează: *„în cazul în care, din vina sa exclusivă, executantul nu își îndeplinește obligațiile asumate prin contract într-o perioadă de ... zile, atunci achizitorul este îndreptățit de a deduce din prețul contractului, ca penalități, o sumă echivalentă cu o cotă procentuală din valoarea lucrărilor neexecutate”*. De asemenea, ofertantul mai menționează că dorește detalierea dezavantajelor produse de amendamentul propus și să precizeze autoritatea contractantă că amendamentul propus reprezintă o modificare substanțială a

contractului. Comisia de evaluare, analizând informațiile prezentate inițial în propunerea tehnică precum și răspunsul la clarificări constată că oferta este neconformă întrucât conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, iar ofertantul, deși a fost informat cu privire la respectiva situație, nu acceptă renunțarea la clauzele respective. În primul rând Comisia a reținut în analiza sa următoarele:

i. OUG nr. 34/2006: art. 170: „Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire [...]”; art. 171: „Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă”;

ii. La cap. IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei din cadrul Fișei de date a achiziției s-a menționat în mod evident că eventualele propuneri de modificare a clauzelor contractuale se fac la clauzele specifice și acestea se vor accepta numai în măsura în care acestea nu vor fi, în mod evident, dezavantajoase pentru autoritatea contractantă;

iii. Conform art. 36 alin. (2) lit. b) din HG nr. 925/2006, comisia de evaluare a informat ofertantul cu privire la renunțarea amendamentului propus la clauza 11.1, acesta fiind, pe de o parte, dezavantajoasă pentru autoritatea contractantă, iar pe de altă parte clauza nu poate fi modificată, aceasta făcând parte din clauzele obligatorii de respectat și pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire;

iv. Conform Circularei BNR nr. din 06.05.2015 nivelul ratei dobânzii de referință a Băncii Naționale a României este de 1,75% pe an, iar conform Legii 72 din 2013, art. 20 alin. (2*1): „în raporturile dintre profesioniști și între aceștia și autoritățile contractante, dobânda legală penalizatoare se stabilește la nivelul ratei dobânzii de referință plus 8 puncte procentuale”;

v. Conform OUG nr. 34/2006 art. 3 lit. f), în vederea respectării principiilor achizițiilor publice, trebuie avut în vedere faptul că un contract de achiziții publice este asimilat unui act administrativ, trebuie să se întemeieze pe prezumția de responsabilitate și executare a contractului de către părți, precum și faptul că principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public, astfel că orice propuneri care urmăresc modificarea unei clauze obligatorii privind diminuarea răspunderii pentru neexecutarea obligațiilor executantului în detrimentul interesului public sunt în mod evident clauze dezavantajoase pentru autoritatea contractantă.

Autoritatea contractantă consideră că contestatorul este în eroare când afirmă că formularul său de contract propus conține amendamente care nu reprezintă modificări substanțiale ale clauzelor contractuale și că

amendamentul 11.1 reprezintă o reglare din punct de vedere al proporționalității prestator, respectiv al penalităților percepute, deoarece în acest moment al procedurii nu se vorbește de „*modificări substanțiale ale clauzelor contractuale*” care se referă la contractele deja atribuite, ci despre respectarea unei documentații de atribuire prin care s-a stabilit clauze obligatorii în formularul de contract și care nu pot fi modificate. Legislația în materia achizițiilor publice se referă la faptul că o ofertă care conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale la momentul depunerii ofertei față de clauzele stabilite de autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire și care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, iar ofertantul, deși a fost informat cu privire la respectiva situație, nu acceptă renunțarea la clauzele respective, autoritatea contractantă este obligată să respingă oferta acestuia. Propunerea ofertantului privind amendarea clauzei obligatorii 11.1 este evident dezavantajoasă pentru autoritatea contractantă întrucât privește diminuarea răspunderii executantului în cazul neexecutării contractului.

Luând în considerare faptul că, în opinia sa, autoritatea contractantă a întreprins toate diligențele pentru clarificarea amendamentelor la clauzele contractuale, acestea fiind obligatorii acceptate de finanțator și însușite de autoritatea contractantă, nu pot fi acceptate amendamentele la contract deoarece acestea sunt dezavantajoase pentru autoritatea contractantă așa cum s-a detaliat mai sus. Potențialii ofertanți aveau posibilitatea de a clarifica clauzele contractuale înainte de termenul limită stabilit pentru depunerea ofertelor și de a conveni împreună cu autoritatea contractantă, respectiv finanțatorul investiției asupra eventualelor „*reglări*” asupra conținutului clauzelor contractuale și a dezavantajelor pe care le implică acestea.

Modificarea clauzelor contractuale în acest moment ar conduce la încălcarea principiilor tratamentului egal și nediscriminării față de toți participanții la procedura de atribuire, în conformitate cu prevederile art. 2 lit. a) și b) din OUG nr. 34/2006.

Operatorii economici nu pot să prevadă în oferta lor alte condiții contractuale decât cele ce, prin neatacare în termenul legal, sunt opozabile tuturor (inclusiv autorității contractante).

De asemenea, autoritatea contractantă apreciază că nu se poate vorbi despre un „*principiu al proporționalității prestațiilor*”, întrucât atâta timp cât fiecare parte are obligațiile și răspunderile sale, neîndeplinirea acestora se penalizează cu aceeași dobândă penalizatoare, dar pentru obligații și prestații diferite. În cea ce privește penalitățile, acestea sunt proporționale pentru fiecare parte, respectiv conform prevederilor legale dobânda penalizatoare este egală pentru fiecare parte și se calculează ca „*nivelul ratei dobânzii de referință (1,75%/an) plus 8 puncte procentuale / an*”.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că, deoarece ceilalți participanți la procedură și-au însușit clauzele contractuale așa cum au fost ele formulate în documentația de atribuire, iar contractul care urmează să fie atribuit urmărește realizarea unui interes public, în eventualitatea acceptării de către autoritatea contractantă a amendamentului de modificare a clauzei 11.1 propusă de către contestator, aceasta ar încălca principiul tratamentului egal, conducând la favorizarea Asocierii în detrimentul celorlalți participanți la procedura precum și a interesului public.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin „cerere de oferte online”, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect „.....”, cod CPV 45233120-6.

În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat, în SEAP, invitația de participare nr./....., potrivit căreia valoarea estimată, fără TVA, este de 4.092.631.6 RON, criteriul de atribuire stabilit este „prețul cel mai scăzut”.

S-a constituit garanția de bună conduită în valoare de 40.926.32 lei.

Prin contestația ce formează obiectul prezentului dosar, formulată de SC SA se contestă comunicarea rezultatului procedurii emisă de prin care oferta sa a fost respinsă inacceptabilă și neconformă.

Având a verifica temeinicia deciziei autorității contractante, Consiliul reține următoarele:

În cadrul fișei de date a achiziției, autoritatea contractantă a solicitat:

- la cap. III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului ca și cerințe obligatorii următoarele: „2. Ofertantul nu se află în niciuna dintre situațiile prevăzute la art. 181 din OUG nr. 34/2006. Se va completa și depune **Declarația – Formular nr. 8.** (...) Se vor **depune certificate fiscale** în original/copie legalizată/simplă certificată „conform cu originalul” care să ateste ca ofertantul **nu are datorii la bugetul general consolidat** scadente la nivelul lunii anterioare celei în care este prevăzut termenul limită pentru depunerea ofertelor. În măsura în care procedura de emitere a acestor certificate nu permite confirmarea situației datoriilor la data solicitată, operatorii economici pot **depune o declarație pe proprie răspundere potrivit art. 11 alin. (4) din HG nr. 925/2006** (se va avea în vedere că documentul suport ce atestă îndeplinirea cerinței privind taxele și impozitele prin raportare la luna anterioară nu pot fi emise în primele 5-6 zile lucrătoare ale lunii curente.”

- la cap. IV.4.3) Modul de prezentare a ofertei, autoritatea contractantă a solicitat „Se va **depune formularul de contract propus**, semnat și

ștampilat de ofertant, însoțit de eventuale **propuneri de modificare a clauzelor contractuale specifice**, propuneri care se vor accepta numai în măsura în care acestea nu vor fi, în mod evident, dezavantajoase pentru autoritatea contractantă”.

- la cap. VI.3) ALTE INFORMATII „Pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor de calificare stabilite prin prezenta fișa de date, ofertantul are dreptul **de a prezenta inițial doar o declarație pe propria răspundere**, semnată de reprezentantul său legal, prin care confirmă că îndeplinește cerințele de calificare respective, astfel cum au fost solicitate în documentația de atribuire. **Declarația va fi însoțită de o anexă în care ofertantul trebuie să menționeze succint, dar precis, modul concret de îndeplinire a respectivelor cerințe - inclusiv, dacă au fost solicitate, diverse valori, cantități sau altele asemenea.** Se va completa și se va depune Formularul nr.23. În cazul în care va uza de dreptul mai sus menționat, ofertantul are obligația de a prezenta documente edificatoare care probează/confirmă îndeplinirea cerințelor de calificare, în urma unei solicitări scrise din partea autorității contractante, în termenul prevăzut în conținutul acesteia, care nu poate fi mai mic de 3 zile lucrătoare.”

Analizând cerința de calificare referitoare la certificatele fiscale astfel cum a fost impusă de către autoritatea contractantă, rezultă fără putință de tăgadă faptul că dorește ca ofertanții să nu aibă niciun fel datorii la **bugetul general consolidat** scadente la nivelul lunii anterioare celei în care este prevăzut termenul limită pentru depunerea ofertelor, sens în care a solicitat documente justificative, respectiv depunerea certificatelor fiscale.

Potrivit art. 3 din Legea nr. 69/2010 „**bugetul general consolidat**” reprezintă „**ansamblul bugetelor componente ale sistemului bugetar, incluzând** bugetul de stat, bugetul asigurărilor sociale de stat, bugetele fondurilor speciale, **bugetul general centralizat al unităților administrativ-teritoriale**, bugetul Trezoreriei Statului, bugetele instituțiilor publice autonome, bugetele instituțiilor publice finanțate integral sau parțial din bugetul de stat, din bugetul asigurărilor sociale de stat și din bugetele fondurilor speciale, după caz, bugetele instituțiilor publice finanțate integral din venituri proprii, bugetul fondurilor provenite din credite externe contractate sau garantate de stat și ale căror rambursare, dobânzi și alte costuri se asigură din fonduri publice, bugetul fondurilor externe nerambursabile, precum și al altor entități clasificate în administrația publică, agregate, consolidate și ajustate conform Regulamentului (UE) nr. 549/2013 pentru a forma un întreg”, coroborat cu cerința de calificare astfel cum a fost formulată de către autoritatea contractantă și acceptată de către operatorii economici ofertanți (nefiind contestată în termenul legal) rezultă „*ipso facto*” că aceștia trebuiau să depună înscrișuri/certificate

din care să rezultă că nu au datori nici la bugetul de stat nici la bugetele locale.

Potrivit prevederilor din Codul de procedură fiscală, în vigoare atât la data inițierii procedurii cât și la data depunerii ofertelor:

- Art. 112 „*certificatul de atestare fiscală se emite de organul fiscal competent la solicitarea contribuabililor. Certificatul se emite și din oficiu sau la solicitarea altor autorități publice, în cazurile și în condițiile prevăzute de reglementările legale în vigoare. Prevederile art. 11 se aplică în mod corespunzător. Certificatul de atestare fiscală se eliberează pe baza datelor cuprinse în evidența pe plătitor a organului fiscal competent și cuprinde creanțele fiscale exigibile, existente în sold în ultima zi a lunii anterioare depunerii cererii, denumită lună de referință, și neachitate până la data eliberării acestuia. În situația în care se emit certificate de atestare fiscală în primele 5 zile lucrătoare ale lunii, acestea vor cuprinde creanțele fiscale exigibile, existente în sold la sfârșitul lunii anterioare lunii de referință și neachitate până la data eliberării acestora*”.
- Art. 113 „*certificatul de atestare fiscală se emite de organul fiscal competent al autorității administrației publice locale, la solicitarea contribuabilului sau a notarului, respectiv a împuternicitului acestuia, conform delegării date de către contribuabil. Certificatul de atestare fiscală se eliberează pe baza datelor cuprinse în evidența pe plătitor a organului fiscal competent și cuprinde creanțele fiscale exigibile, existente în sold în prima zi a lunii următoare depunerii cererii.*”

Pentru îndeplinirea acestei cerințe, exprese și imperative, asocierea ofertantă a cărui lider este SC SA a ales, din proprie voință, să depună următoarele înscrisuri:

- Declarație privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 din OUG nr. 34/2006 – formular nr. 8 – pentru SC SA – filele 11-12 din dosarul Documente de Calificare depus de asocierea SC SA – SC SRL;
- Certificat de atestare fiscală nr. 111626/..... emis de ANAF – Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice – Administrația Județeană a Finanțelor Publice pentru SC SA – filele 13-14 din dosarul Documente de Calificare depus de asocierea SC SA - SRL;
- Certificat de atestare fiscală privind impozitele și taxele locale în cazul persoanelor juridice nr. 439648/22.12.2015 emis de Primăria Mun. – pentru SC SA – fila 15 din dosarul Documente de Calificare depus de asocierea SC SA - SRL;
- Declarație privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 din OUG nr. 34/2006 – formular nr. 8 – pentru SC SRL – filele

- 169-170 din dosarul Documente de Calificare depus de asocierea SC SA – SC SRL;
- Certificat de atestare fiscală nr. 107952/16.12.2015 emis de ANAF – Direcția Generală de Administrare a Marilor Contribuabili pentru SC SRL – filele 171-173 din dosarul Documente de Calificare depus de asocierea SC SA - SRL;
 - Certificat de atestare fiscală nr. 23669/19.03.2015 emis de ANAF – Direcția Generală de Administrare a Marilor Contribuabili pentru SC SRL – filele-176 din dosarul Documente de Calificare depus de asocierea SC SA - SRL;
 - Contestația depusă la Tribunalul – filele 177-179 din dosarul Documente de Calificare depus de asocierea SC SA - SRL;
 - Adresa nr. 2910/27.02.2015 – emisă de SC SRL către ANAF - Direcția Generală de Administrare a Marilor Contribuabili – filele-181 din dosarul Documente de Calificare depus de asocierea SC SA - SRL;
 - Extras din Decizia CNSC nr. 283/C2/170/11.03.2015 – filele 182-185 din dosarul Documente de Calificare depus de asocierea SC SA - SRL;
 - Cerere de înscriere a creanței ANAF și diverse înscrisuri – filele 186-196 din dosarul Documente de Calificare depus de asocierea SC SA - SRL;
 - Certificat de atestare fiscală privind impozitele și taxele locale în cazul persoanelor juridice nr. 437797/11.12.2015 emis de Primăria Mun. – pentru SC SRL – fila 197 din dosarul Documente de Calificare depus de asocierea SC SA - SRL.

Analizând aceste înscrisuri coroborat cu certificatul constatator nr. 485840/..... emis de ONRC pentru SC SRL (aflat la filele 202-210 din dosarul Documente de Calificare depus de asocierea SC SA - SRL), cu înscrisul intitulat „Furnizare informații extinse” nr. 485874/..... emis de ONRC pentru SC SRL (aflat la filele 211-233 din dosarul Documente de Calificare depus de asocierea SC SA - SRL) și cu cerința de calificare antemenționată rezultă că asociatul ofertant SC SRL are deschise puncte de lucru în Comuna ... Județul, ... pentru care nu a depus niciun certificat de atestare fiscală emis de organul fiscal competent al autorității administrației publice locale, sau vreun alt înscris din care să rezultă că nu are obligații scadente la nivelul lunii anterioare celei în care este prevăzut termenul limită de depunere a ofertelor către bugetul local, buget care este inclus în cadrul bugetul general consolidat.

Aceste aspecte au fost corect și legal reținute de către autoritatea contractantă în cadrul procesului verbal nr. 1 al ședinței de evaluare a ofertelor înregistrat cu nr. 14 din 11.01....., motiv pentru care a solicitat prin adresa nr. 15/11.01..... asocierii SC SA –

SC SRL să justifice „unde se regăsesc în oferta sa certificatele de atestare fiscală privind impozitele și taxele locale pentru punctele de lucru situate în .. - Județul”.

Prin adresa nr. 288/13.01....., asocierea SC SA – SC SRL răspunde în sensul că „prin prezentarea formularului 8 și-a îndeplinit obligațiile de plată inclusiv cele aferente sediilor secundare, conform certificatului constatator depus. (...) În acest sens, prezenta adresă reprezintă o declarație pe proprie răspundere de confirmare a îndeplinirii cerinței de calificare”.

Urmare a analizării acestui răspuns, comisia de evaluare încheie procesul verbal nr. 2 al ședinței de evaluare a ofertelor înregistrat cu nr. 16 din 15.01..... prin care în mod corect consideră că asocierea SC SA – SC SRL nu a îndeplinit cerința în discuție.

În soluționare, Consiliul reține că în cazul în care cerințele prevăzute în fișa de date a achiziției nu erau justificate tehnic, sau dacă considera că autoritatea contractantă a inclus cerințe contradictorii sau ca urmare a interpretării eronate a unor articole din OUG nr. 34/2006, orice operator economic putea solicita, autorității contractante clarificări, în temeiul dispozițiilor art. din OUG nr. 34/2006 sau putea contesta respectivele cerințe de calificare în termenul legal potrivit art. 255 coroborat cu art. 2562 din același act normativ.

Prin depunerea ofertei, asocierea contestatoare și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și depunerea certificatelor fiscale care să ateste ca ofertantul **nu are datorii la bugetul general consolidat** scadente la nivelul lunii anterioare celei în care este prevăzut termenul limită pentru depunerea ofertelor care cuprinde și bugetele locale.

Autoritatea contractantă nu a limitat, în cadrul fișei de date, demonstrarea lipsei datoriilor la bugetul local aferente doar sediului social, de unde rezultă că operatorii economici aveau obligația de a depune înscrisuri doveditoare emise de organele fiscale competente al autorităților administrației publice locale atât unde are sediul social cât și unde are deschise puncte de lucru.

Ofertantul are obligația, potrivit art. 170 din OUG nr. 34/2006 de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire.

Referitor la criticile cu privire la modificarea clauzelor contractuale, Consiliul reține faptul că, autoritatea contractantă în mod expres și imperativ a menținut că cadrul fișei de date că acceptă propuneri de modificare doar a clauzelor contractuale specifice.

Cu toate acestea, asocierea contestatoare a ales prin propria manifestare de voință ca în cadrul ofertei să introducă și o propunere de modificare a clauzelor contractuale aferente art. 11.1 din modelul de contract anexat documentației de atribuire, articol care se regăsește în cadrul capitolului „Clauze obligatorii”.

Urmare a analizării ofertei depuse de către asocieria SC SA – SC SRL, expertul cooptat întocmește raportul de specialitate nr./18.01..... prin care recomandă comisiei de evaluare solicitarea de clarificări cu privire la acest aspect, recomandare însușită și acceptată de către autoritatea contractantă în cadrul procesului verbal nr. 3 al ședinței de evaluare a ofertelor înregistrat cu nr. 18 din 19.01..... și concretizată prin adresa nr. 19/19.01..... prin care clarificări în sensul „având în vedere că oferta tehnică conține propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire și care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, vă rugăm să precizați dacă mențineți sau nu amendamentul referitor la clauza nr. 11.1 propus în draftul de contract”.

Prin adresa nr. 530/21.01....., asocieria contestatoare răspunde în sensul că „a depus formularul de contract, conținând amendamente care nu reprezintă modificări substanțiale ale clauzelor contractuale (...) în ceea ce privește amendamentul clauzei 11.1 din formularul de contract (...) acesta reprezintă o reglare din punct de vedere al proporționalității prestațiilor respectiv a penalităților percepute (...) Drept urmare, ne menținem amendamentul referitor la clauza nr. 11.1 din draftul de contract”.

Față de aceste aspecte, Consiliul reține faptul că autoritatea contractantă a solicitat clarificări cu privire la modificarea contractului în mod corect și legal iar verificarea răspunsurilor a fost efectuată cu rigurozitatea impusă de propria documentație de atribuire.

Față de aceste aspecte, Consiliul constată faptul că asocieria contestatoare nu a făcut dovada îndeplinirii cerințelor exprese, impuse de către însăși autoritatea contractantă în cadrul fișei de date a achiziției, respectiv:

- ***Depunerea de certificate fiscale în original/copie legalizată/simplă certificată „conform cu originalul” care să ateste ca ofertantul nu are datorii la bugetul general consolidat scadente la nivelul lunii anterioare celei în care este prevăzut termenul limită pentru depunerea ofertelor***
- ***propuneri de modificare a clauzelor contractuale specifice.***

Consiliul reține că asocieria contestatoare a ales, prin propria voință, să nu depună niciun înscris din care să rezulte că nu are datorii la bugetele locale unde are deschise puncte de lucru asociatul ofertant SC SRL și în același timp a ales să propună modificarea unor clauze obligatorii și nu specifice astfel cum a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire fiind în deplină cunoștință că nu va putea depune aceste documente ulterior, asumându-și implicit și riscurile care urmau a fi produse.

Consiliul nu poate reține nici susținerile contestatorului formulate în cadrul contestației cu privire la faptul că:

- „prin prezentarea formularului nr. 8 (n.n. Declarația privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 181 din OUG nr. 34/2006) și-a îndeplinit obligațiile de plată inclusiv cele aferente sediilor secundare, conform certificatului constatator depus. (...) În acest sens, prezenta adresă reprezintă o declarație pe proprie răspundere de confirmare a îndeplinirii cerinței de calificare”, motivat de faptul că această declarație a fost depusă de SC SRL pentru îndeplinirea cerinței de calificare obligatorii nr. 2 alin. 1 nu pentru îndeplinirea cerinței nr. 2 alin. (2) expres și imperativ solicitată de autoritatea contractantă; declarația pe proprie răspundere privind neîncadrarea în dispozițiile art. 181 din OUG nr. 34/2006 nu poate fi asimilată, nici confundată și nu poate ține locul declarației întocmită potrivit art. 11 alin. (4) din HG nr. 925/2006 care este însoțită de o anexă în care ofertantul trebuie să menționeze succint, dar precis, modul concret de îndeplinire a respectivelor cerințe. Mai mult, cerințele de calificare impuse în cadrul fișei de date astfel cum au fost ele formulate la cap. III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului sunt cerințe cumulative și nu alternative. De asemenea, nici răspunsul la solicitarea de clarificări nu poate ține locul declarației întocmită potrivit art. 11 alin. (4) din HG nr. 925/2006 care este însoțită de o anexă în care ofertantul trebuie să menționeze succint, dar precis, modul concret de îndeplinire a respectivelor cerințe, motivat de faptul că aceasta a fost depusă la autoritatea contractantă ulterior momentului depunerii ofertelor și nu anterior așa cum prevede legiuitorul în situația în care ofertantul alege să depună inițial o declarație însoțită de o anexă în care ofertantul trebuie să menționeze succint, dar precis, modul concret de îndeplinire a respectivelor cerințe. Contestatorul a cunoscut toate aceste aspecte, având în vedere faptul că în cadrul fișei de date autoritatea contractantă a subliniat atât la cap. III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului cât și la cap. VI.3) ALTE INFORMATII modul în care ofertanții pot demonstra îndeplinirea cerințelor de calificare.
- „în ceea ce privește amendamentul clauzei 11.1 din formularul de contract (...) acesta reprezintă o reglare din punct de vedere al proporționalității prestațiilor respectiv a penalităților percepute (...) Drept urmare, ne meținem amendamentul referitor la clauza nr. 11.1 din draftul de contract” având în vedere pe de o parte că a cunoscut că autoritatea contractantă a lăsat posibilitatea de a propune clauze de modificare doar pentru cele care se regăsesc la cap. „clauze specifice”, clauza 11.1 regăsindu-se la cap. „Clauze obligatorii” iar pe de altă parte asocierea contestatoare a avut

cunoștință despre conținutul neproportional al acestei clauze încă de la data inițierii în SEAP a procedurii, respectiv data de, conținut necontestat în termenul legal și asumat implicit.

Față de aceste aspecte Consiliul reține pe de o parte faptul că riscul întocmirii ofertelor (depunerea unor înscrisuri într-o anumită formă și nedepunere altora) cade în sarcina operatorului economic el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii ca inacceptabilă și/sau neconformă a ofertei potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” iar pe de altă parte autoritatea contractantă a menționat în mod expres atât cerințele pe care orice operator economic participant trebuie să le îndeplinească.

În cazul în care o ofertă nu îndeplinește una sau mai multe dintre cerințele de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a prezentat conform prevederilor art. 11 alin. (4) – (5) documente relevante în aceste sens este considerată, în conformitate cu dispozițiile art. 36 alin. (1) lit. a) din HG nr. 925/2006, o ofertă inacceptabilă, iar potrivit art. 37 din același act normativ doar „*ofertele care nu se încadrează în niciuna dintre situațiile prevăzute la art. 36 sunt singurele oferte care pot fi considerate admisibile. Oferta câștigătoare se stabilește numai dintre ofertele admisibile și numai pe baza criteriului de atribuire precizat în anunțul de participare și în documentația de atribuire*”.

Comisia de evaluare are obligația, conform art. 81 din HG nr. 925/2006 de a respinge ofertele inacceptabile și ofertele neconforme.

În cazul în care cerințele prevăzute în fișei de date a achiziției nu erau justificate, sau dacă considera că autoritatea contractantă a inclus cerințe contradictorii/eronate/ambiguu formulate / neproportionale, contestatorul putea solicita, autorității contractante clarificări, în temeiul dispozițiilor art. din OUG nr. 34/2006 sau putea formula notificare în temeiul prevederilor art. 2561 din OUG nr. 34/2006, acțiune/manifestare de voință gratuită și care ar fi putut determina autoritatea contractantă, dacă considera necesar, să ia măsuri de remediere sau putea contesta respectivele specificații tehnice în termenul legal potrivit art. 255 coroborat cu art. 2562 din același act normativ.

Prin depunerea ofertei, contestatorul și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și conținutul fișei de date a achiziției, motiv pentru care avea obligația, potrivit art. 170 din OUG nr. 34/2006 de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire.

În aceste condiții, comisia de evaluare nu avea dreptul să solicite clarificări așa cum în mod eronat susține contestatorul având în vedere următoarele aspecte:

- prin articolul unic pct. 46 din HG nr. 834/2009, art. 77 din HG nr. 925/2006 a fost abrogat;

- prin depunerea înscrisurilor în altă formă decât cea solicitată în documentația de atribuire și nedepunerea altora deși au fost solicitate în mod expres și imperativ de autoritatea contractantă, contestatorul nu poate să impună ca autoritatea contractantă să fie obligată să solicite clarificări în condițiile în care legiuitorul reglementează în mod expres și imperativ un drept de solicitare de clarificări ale documentelor existente de care poate uza dacă dorește/consideră necesar autoritatea contractantă și nu o obligație, conform art. 35 din HG nr. 925/2006;

- așa cum a fost reținut anterior riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic.

Având în vedere prevederile art. 34 alin. (1) din HG nr. 925/2006, respectiv *„în cazul în care, în cadrul documentației de atribuire, a fost prevăzută obligația îndeplinirii unor criterii de calificare, astfel cum sunt acestea prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a acestor criterii de către fiecare ofertant în parte”* Consiliul constată că membrii comisiei de evaluare au ținut cont de cerințele obligatorii solicitate prin fișa de date a achiziției.

De asemenea, autoritatea contractantă trebuie în etapa de evaluare/verificare a modului de îndeplinire a criteriilor de calificare să respecte principiile expres reglementate la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 respectiv cel a nediscriminării, tratamentului egal, transparenței și asumarea răspunderii.

Astfel, Consiliul constată că potrivit prevederilor art. 35 din H.G. nr. 925/2006, comisia de evaluare are dreptul doar de a solicita clarificări sau completări ale documentelor **prezentate** de ofertanți pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare.

Situația supusă soluționării nu poate fi încadrată în categoria clarificărilor sau completărilor antemenționate, datorită considerentelor anterior reținute de Consiliul. Mai mult prin abrogarea art. 77 și introducerea unei noi prevederi în cuprinsul HG nr. 925/2006, coroborate cu dispozițiile art. 170 din OUG nr. 34/2006, Consiliul apreciază că participanții la o procedură de achiziție publică au obligația fie de a depune toate documentele de calificare solicitate în documentația de atribuire, fie de a depune o declarație în sensul respectării cerințelor minime impuse, lipsa uneia dintre aceste două variante ducând la imposibilitatea demonstrării, ulterior deschiderii ofertelor, a îndeplinirii solicitărilor fișei de date a achiziției, respectiv, a completării ofertei.

Așadar, în baza aceluiași modificări aduse de HG nr. 834/2009, conform art. 11 alin. (4) din HG nr. 925/2006, legiuitorul a acordat posibilitatea ofertanților ca pentru demonstrarea criteriilor de calificare prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, să prezinte *„inițial doar o declarație pe propria răspundere semnată de reprezentantul său legal, prin care se confirmă că îndeplinește cerințele de calificare astfel cum au fost solicitate în documentația de atribuire. Declarația va fi însoțită de o*

anexă în care ofertantul trebuie să menționeze succint, sau precis, modul concret de îndeplinire a respectivelor cerințe”.

Mai mult Consiliul reține faptul că aceste cerințe din cadrul documentației de atribuire nu au fost contestate de participanții la procedură, iar prin depunerea ofertelor pentru procedura în cauză, operatorii economici au acceptat condițiile impuse de autoritatea contractantă. Nemodificată anterior datei limită de depunere a ofertelor, documentația de atribuire devine obligatorie atât pentru autoritate, cât și pentru ofertanți care trebuie să o respecte întocmai.

De asemenea asocierea contestatoare a ales să nu uzeze nici de dreptul expres reglementat de prevederile art. 11 alin. (4) din HG nr. 925/2006 de a depune inițial o declarație pe proprie răspundere însoțită de o anexă în care ofertantul trebuie să menționeze succint, dar precis, modul concret de îndeplinire a respectivelor cerințe, pentru ca ulterior să ofere posibilitatea autorității contractante de a solicita în temeiul art. 11 alin. (5) din HG nr. 925/2006 prezentarea completarea certificatele/documentele edificatoare care probează/confirmă îndeplinirea cerințelor de calificare.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare, a propunerii tehnice, și a propunerii de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, așa cum este prevăzut la art. 72 alin. (2) lit. b) și f) și art. 36 alin. (2) lit. c) din HG nr. 925/2006, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul respinge ca nefondată contestația formulată de către SC SA, Liderul Asocierii SC SA - SC SRL în contradictoriu cu

În baza art. 278 alin. (6) din ordonanța evocată, va dispune continuarea procedurii de atribuire.

PREȘEDINTE COMPLET

.....

MEMBRU COMPLET

.....

MEMBRU COMPLET

.....