CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 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. ..., depusă de SC ...SRL, cu sediul ..... împotriva rezultatului procedurii, consemnat în raportul procedurii publicat în SICAP în data de ..., și comunicat prin adresa nr. ..., emis de către ..., cu sediul în ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată online organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Lucrări specializate de construcții-instalare echipamente pentru Centru de conferință și cultură”, s-a solicitat Consiliului admiterea contestației și:

- obligarea autorității contractante la anularea adresei nr. ..., a raportului procedurii publicat în SICAP în data de ..., ora ..., precum și a tuturor actelor subsecvente;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei SC ...SRL, în sensul obligativității de a-i solicita acesteia clarificări, care să lămurească situația datoriilor declarate în cuprinsul DUAE.

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 SC ...SRL critică nelegalitatea rezultatului procedurii, consemnat în raportul procedurii publicat în SICAP în data de ..., și comunicat prin adresa nr. ..., prin care autoritatea contractantă i-a declarat inacceptabilă oferta, *„în baza art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, deoarece nu îndeplinește unul sau mai multe din criteriile de calificare stabilite în*

documentația de atribuire, respectiv figurează cu datorii restante la plata impozitelor și plata asigurărilor sociale”, și a anulat procedura de atribuire, în baza art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, deoarece nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă.

Cu titlu preliminar, SC ...SRL aduce în discuție legitimitatea demersului său, solicitând constatarea interesului legitim al acesteia, respectiv folosul practic urmărit prin contestația formulată, constituit de posibilitatea atribuirii contractului, fiind unic ofertant în cadrul procedurii, în condițiile în care, în urma admiterii contestației, s-ar constata că autoritatea contractantă i-a respins în mod nelegal oferta.

Contestatoarea solicită constatarea faptul că ofertanta a declarat, în cuprinsul DUAE depus (pag. 3), faptul ca *„va fi în măsură să furnizeze un certificat cu privire la plata contribuțiilor la asigurările sociale și plata impozitelor sau să furnizeze informații care să îi permită autorității contractante sau entității contractante să obțină acest certificat direct prin accesarea unei baze de date naționale în orice stat membru, disponibilă în mod gratuit”*, în egală măsură, în cuprinsul aceluiași DUAE (pag. 9-10) declarând datoriile existente la momentul depunerii ofertelor, respectiv impozite și taxe - total = 75858 lei, din care: luna mai =20153 lei, luna aprilie =53578 lei, majorări = 2127 lei și contribuții asigurări sociale - total = 66622 lei, din care: luna mai = 32295 lei, luna aprilie - 34327 lei.

Din interpretarea prevederilor art. 165 alin. (1), (2) și (3) din Legea nr. 98/2016, pe care le evocă, contestatoarea consideră că operatorul economic NU este exclus în situația în care, anterior deciziei de excludere, își îndeplinește obligațiile. Transpunerea în practică a acestor prevederi legale, implică din partea autorității contractante obligația de a-i comunica ofertantului care este data deciziei de excludere, pentru a-i oferi acestuia posibilitatea conformării voluntare în privința achitării datoriilor către bugetul de stat. În susținere, petenta invocă Decizia CNSC nr. 1050/C4/.

În egală măsură, susține petenta, potrivit dispozițiilor art. 196 și art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, legiuitorul a acordat autorității contractante, prin comisia de evaluare, un drept, în sensul solicitării de clarificări și/sau completări ale documentelor prezentate în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu asigurarea respectării principiilor statuate la art. 2 alin. (2) din același act normativ.

De asemenea, contestatoarea consideră că, orice decizie a autorității contractante, privind admiterea sau respingerea unei oferte, trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte - care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei, iar dreptul ofertanților nu trebuie să fie unul iluzoriu, ci efectiv, sens în care însăși ....

.....

Astfel, contestatoarea consideră că, în situația în care autoritatea contractantă ar fi respectat prevederile legale anterior invocate și ar fi procedat la solicitarea de clarificări/comunicarea către aceasta a datei de excludere, respectiv a datei în care urmează să se întrunească comisia de evaluare, pentru a-i oferi posibilitatea de a-și achita datoriile către bugetul de stat, ar fi constatat că SC ...SRL, adoptând o conduită diligentă, a procedat din oficiu la achitarea datoriilor către bugetul de stat, la data prezentei acestea fiind achitate în integralitate.

În drept, SC ...SRL invocă prevederile art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/2016.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente.

Prin adresa nr. .... autoritatea contractantă transmite punct de vedere, solicitând respingerea contestației, ca nefondată, conform art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Autoritatea contractantă menționează că, în data de 16.07.2018, a procedat la evaluarea documentului DUAE depus de singurul ofertant participant la procedură, SC ...SRL.

În cadrul acestuia, arată autoritatea, la pagina 9 și 10, la întrebarea:

- „Operatorul economic și-a încălcat obligațiile cu privire la plata impozitelor, atât în țara în care este stabilit, cât și în statul membru al autorității contractante sau al entității contractante, în cazul în care este diferit de țara de stabilire”, SC ...SRL a răspuns DA și a specificat suma de 75.858 lei datorie la plata impozitelor sau contribuțiilor la asigurările sociale;

- „Operatorul economic și-a încălcat obligațiile cu privire la plata contribuțiilor la asigurările sociale, atât în țara în care este stabilit, cât și în statul membru al autorității contractante sau al entității contractante, în cazul în care este diferit de țara de stabilire”, SC ...SRL a răspuns DA și a specificat suma de .... lei.

Având în vedere cele de mai sus, prevederile art.165 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, precum și cele ale art.137 alin.(2) lit. b) din HG nr.395/2016, ... învederează că declarat oferta contestatarului ca inacceptabilă, deoarece nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă.

Totodată, precizează că a anulat procedurii de atribuire în cauză, întrucât a fost depusă o singură oferta ce a fost declarată ca inacceptabilă. Faptul că la momentul depunerii contestaţiei SC ...SRL a plătit datoriile, așa cum reiese din ordinele de plată anexate, nu conduce către concluzia ca autoritatea contractantă nu a respectat principiile care stau la baza atribuirii contractelor de

achiziții, conform art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, așa cum, în mod eronat, susține contestatorul.

În concluzie, organizatoarea procedurii își menține poziția privind stabilirea ofertei SC ...SRL ca inacceptabilă.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

... a inițiat o procedură simplificată online, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect *„Lucrări specializate de construcții-instalare echipamente pentru Centru de conferință și cultură”*, prin publicarea, în SICAP, a anunțului de participare simplificat nr. ..... Valoarea estimată a contractului de lucrări ce urmează a fi atribuit fiind de ..... lei, fără TVA și criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut”.

Decizia privind rezultatul procedurii de atribuire i-a fost comunicată SC ...SRL prin adresa nr. .... din ..., în care se arată că oferta sa a fost declarată inacceptabilă, în baza art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, deoarece nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire, respectiv figurează cu datorii restante la plata impozitelor și plata asigurărilor sociale. De asemenea, autoritatea contractanta ii mai comunica și faptul că procedura de atribuire a fost anulata, în baza art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, deoarece nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă.

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, SC ...SRL a înaintat Consiliului contestația de față (consemnând cauțiunea în valoare de .....

- obligarea autorității contractante la anularea adresei nr. ..., a raportului procedurii publicat în SICAP în data de ..., ora ..., precum și a tuturor actelor subsecvente;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei SC ...SRL, în sensul obligativității de a-i solicita acesteia clarificări, care să lămurească situația datoriilor declarate în cuprinsul DUAE.

Verificând legalitatea deciziei autorității contractante de a respinge ca inacceptabilă oferta SC ...SRL, deoarece figurează cu datorii restante la plata impozitelor și plata asigurărilor sociale, Consiliul reține că, prin fișa de date a achiziției, punctul III.1.1.a) „Situația personală a candidatului sau ofertantului”, s-a impus următoarea cerință:

„1)Ofertantii, tertii sustinatori și subcontractantii nu trebuie sa se regaseasca în situatiile prevazute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016. Modalitatea prin care poate fi demonstrata indeplinirea cerintei: se va completa DUAE de catre operatorii economici participanti la procedura de atribuire cu informatiile aferente

situatiei lor. Documentele justificative care probeaza indeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmeaza a fi prezentate, la solicitarea autoritatii contractante, doar de catre ofertantul clasat pe locul 1 în clasamentul intermediar intocmit la finalizarea evaluarii ofertelor. Aceste documente pot fi: certificate constatatoare privind lipsa datoriilor restante cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contributiilor la bugetul general consolidat (buget local, buget de stat, etc.), valabile la momentul prezentarii."

Văzând mențiunile din DUAE prezentat de către SC ...SRL vizând restanțe la plata impozitelor și taxelor, precum și a contribuțiilor de asigurări sociale, autoritatea contractantă, potrivit propriilor afirmații din punctul de vedere la contestație, apreciind aplicabilitatea dispozițiilor art. 165 din Legea nr. 98/2016, a decis respingerea ca inacceptabilă a acestei unice oferte primite.

Față de această situație de fapt, Consiliul reține incidența următoarelor prevederi ale Legii nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare:

- art. 165

"(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire orice operator economic despre care are cunoştinţă că şi-a încălcat obligaţiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuţiilor la bugetul general consolidat, iar acest lucru a fost stabilit printr-o hotărâre judecătorească sau decizie administrativă având caracter definitiv şi obligatoriu în conformitate cu legea statului în care respectivul operator economic este înfiinţat.

(2) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire un operator economic în cazul în care poate demonstra prin orice mijloace adecvate că respectivul operator economic şi-a încălcat obligaţiile privind plata impozitelor, taxelor sau a contribuţiilor la bugetul general consolidat.

(3) ***Operatorul economic nu este exclus*** *din procedura de atribuire* ***dacă, anterior deciziei de excludere, îşi îndeplineşte obligaţiile*** *prin plata impozitelor, taxelor sau contribuţiilor la bugetul general consolidat datorate ori prin alte modalităţi de stingere a acestora sau beneficiază, în condiţiile legii, de eşalonarea acestora ori de alte facilităţi în vederea plăţii acestora, inclusiv, după caz, a eventualelor dobânzi ori penalităţi de întârziere acumulate sau a amenzilor."*

- art. 168

„(1) ***Autoritatea contractantă are obligaţia de a accepta*** *ca fiind* ***suficient şi relevant*** *pentru demonstrarea faptului că ofertantul/candidatul nu se încadrează în una dintre situaţiile prevăzute la art. 164, 165 şi 167,* ***orice document considerat edificator****, din acest punct de vedere, în ţara de origine sau în ţara în care ofertantul/candidatul este stabilit, cum ar fi certificate,*

caziere judiciare sau alte documente echivalente emise de autorităţi competente din ţara respectivă."

- art. 169

„Autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoştinţă că operatorul economic se află, având în vedere acţiunile sau inacţiunile săvârşite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situaţiile prevăzute la art. 164, 165 şi 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire."

- art. 196

*„(1) **Autoritatea** contractantă **poate solicita** candidaţilor/ofertanţilor **să depună** toate sau o parte dintre **documentele justificative** ca dovadă a informaţiilor cuprinse în DUAE, **în orice moment** pe durata desfăşurării unei proceduri de atribuire, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfăşurarea corespunzătoare a procedurii.*

*(2) Înainte de atribuirea contractului de achiziţie publică/acordului-cadru, cu excepţia situaţiei contractelor subsecvente atribuite în executarea unui acord-cadru, autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte **documente justificative actualizate** prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare şi selecţie, în conformitate cu informaţiile cuprinse în DUAE, cu excepţia procedurilor desfăşurate în mai multe etape când documentele justificative sunt solicitate înainte de transmiterea invitaţiilor pentru etapa a doua către candidaţii selectaţi.*

(3) Autoritatea contractantă poate invita candidaţii/ofertanţii să completeze sau să clarifice documentele prevăzute la alin. (1) sau (2)."

Văzând dispozițiile legale citate, Consiliul stabilește că, înainte de luarea deciziei de excludere a unei oferte pentru incidența cazului reglementat la art. 165 din Legea 98/2016, autoritatea contractantă trebuie să acorde ofertantului posibilitatea de a proba că, la data luării deciziei, nu se mai află în situația de fapt care atrăgea respingerea ofertei sale. Este evident că o astfel de desfășurare de acte nu se poate realiza prin voința și acțiunea exclusivă a ofertantului, acesta necunoscând calendarul activității autorității contractante de evaluare a ofertelor primite. În acest sens, se impune cu forța evidenței faptul că îi revine autorității contractantă sarcina unui rol activ în aplicarea tuturor dispozițiilor legale citate, fiind necesar ca aceasta să solicite ofertantului documente actualizate, informații, probe etc, din care să rezulte dacă, la luarea unei decizii privind oferta sa, se mai află sau nu în situațiile reglementate de lege ca fiind motive de excludere din procedura de atribuire.

Despre faptul posibilității solicitării de clarificări privind informațiile regăsite în DUAE, Consiliul reține că, potrivit art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, *"În cazul în care informaţiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanţilor/candidaţilor clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceştia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal şi transparenţei."*

Așa cum rezultă din textul de lege evocat, legiuitorul a acordat autorității contractante, prin comisia sa de evaluare, numai un drept în sensul solicitării de clarificări și/sau completări ale documentelor prezentate în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, fără a o obliga pe aceasta la o asemenea conduită.

Însă, textul legal nu poate fi interpretat în sensul ca autoritatea contractantă poate să își exercite în mod discreționar prerogativa legală, aceasta, în condițiile în care alege să nu își exercite acest drept, trebuind să motiveze împrejurarea că unui anumit ofertant/candidat sau tuturor acestora nu le este solicitată clarificarea și/sau completarea documentelor prezentate.

Mai mult, drepturile acordate de legiuitor au ca scop încurajarea autorității contractante către conduita indicată de lege și nu acordarea posibilității de eludare a unui astfel de comportament, având ca unică motivare absența obligativității și imposibilitatea transformării unui drept într-o obligație.

Este de interes a se reține aici și faptul că întreaga reglementare a domeniului achizițiilor publice, cu toate drepturile și obligațiile prevăzute părților implicate în acest proces, au ca prim scop asigurarea respectării principiilor statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, principii printre care se regăsește și acela al proporționalității, înțeles ca fiind egala măsură între ceea ce se cere și ceea ce se oferă, respectiv între ceea ce se face și cum se sancționează.

Pe de altă parte, nu se poate reține în speță ipoteza avută în vedere de legiuitor prin textul art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 *("Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat."),* deoarece exercitarea unui drept prevăzut de lege (art. 209 alin. 1 din lege) nu poate fi apreciat chiar de legiuitor ca fiind de natură să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant. Ipoteza prevăzută la art. 209 alin. (2) din lege intervine în momentul în care exercitarea de către autoritatea contractantă a dreptului său se realizează cu încălcarea a ceea ce este adecvat și cu atingerea

principiilor tratamentului egal, transparenței și chiar proporționalității.

Concluzia se impune chiar prin prevederea de la art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, care nu restrânge plaja de documente care pot face obiectul clarificării şi/sau completării.

Nu se regăsesc în legislația aplicabilă domeniului achizițiilor publice, texte care să prevadă imposibilitatea exercitării dreptului autorității contractante, prevăzut la art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, și în ceea ce privește DUAE.

Sancționarea unei oferte cu respingerea, ca inacceptabilă, în cazul în care a fost depusă de un ofertant care în DUAE a făcut mențiuni din care rezultă incidența unui caz de excludere, nu reprezintă o măsură ad-hoc, ce intervine automat, de vreme ce chiar legiuitorul arată, pe de o parte, că autoritatea contractantă va cere prezentarea de **documente justificative actualizate** prin care să se demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare şi selecţie, în conformitate cu informaţiile cuprinse în DUAE, iar pe de altă parte, că **operatorul economic nu este exclus** din procedura de atribuire **dacă, anterior deciziei de excludere, îşi îndeplineşte obligaţiile.** Or, în lumina acestor prevederi se impune cu forța evidenței necesitatea caracterului diligent al conduitei autorității contractante care poate și trebuie să ceară ofertantului documente în lămurirea situației juridice a ofertei sale. Consiliul stabilește că o atare abordare și interpretare este convergentă atât cu prevederile exprese citate mai înainte, cât și cu principiul proporționalității consacrat la art. 2 alin. (2) din Lege.

Textul de lege nu poate fi interpretat în mod superficial în sensul în care sancțiunea intervine automat, ca urmare a celor înscrise de ofertant în DUAE, ci trebuie interpretat în sensul în care, după parcurgerea tuturor etapelor de clarificare și/sau completare a documentului (în acord cu prevederile legale amintite), situația ce constituie motiv de excludere încă persistă.

Este evident că oferta va fi considerată inacceptabilă dacă autorul ei nu îndeplinește cerințele de calificare prevăzute în documentele achiziției, însă această sancțiune, așa cum se preciza mai sus, nu intervine imediat, ci este o măsură ce urmează întregului set de reguli, obligații și drepturi acordate în egală măsură atât autorității contractante, cât și ofertanților, de către reglementarea în materie.

În aceste condiții, Consiliul stabilește ca nelegală conduita autorității contractante de a respinge oferta SC ...SRL fără a cere acestei societăți clarificările și documentele probante despre care s-a făcut vorbire mai înainte.

Drept urmare, apare ca nelegală și decizia autorității contractante de a anula procedura de atribuire, act determinat de

faptul că unica ofertă primită, depusă de contestatoare, a fost respinsă.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să admită contestația depusă de SC ...SRL și să anuleze actele autorității contractante privind decizia referitoare la oferta SC ...SRL și la anularea procedurii.

În baza art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare, să reanalizeze oferta depusă de SC ...SRL prin solicitarea de documente care să ateste situația datoriilor menționate în DUAE.

Pentru aceste motive,

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de SC ...SRL în contradictoriu cu ....

Anulează actele autorității contractante privind decizia referitoare la oferta SC ...SRL și la anularea procedurii.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare, să reanalizeze oferta depusa de SC ...SRL prin solicitarea de documente care să ateste situația datoriilor menționate în DUAE.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părţile cauzei, respectiv de la data luării la cunoştinţă de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

...