

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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 înregistrată la... sub nr...., depusă de..., cu sediul în..., Calea... nr...., ap...., județul..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr...., având..., legal reprezentată de administrator..., privind procedura proprie, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect Furnizare pachete alimentare în regim de catering pentru preșcolari și elevii din cadrul structurilor școlare ale..., în cadrul Programului Național "Masă sănătoasă", cod... Servicii de catering pentru școli (Rev.2), de..., cu sediul în..... nr...., județul..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat:

- constatarea nulității parțiale a procedurii cu consecința anulării rezultatului procedurii emisă de... - nr...., prin care oferta S.A.nu a fost admisă, pretinzând că nu au fost respectate criteriile de calificare prevăzute în documentația de atribuire;

- reevaluarea ofertei sale cu interpretarea corectă a cerinței privind capacitatea economică și financiară conform textului documentației;

- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației;

- obligarea autorității contractante de a-i pune la dispoziție toate documentele din dosarul achiziției.

... nr...., Consiliul a respins, ca nefondată, cererea de suspendare a procedurii de atribuire, formulată de....

...,

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 ofertantul... critică rezultatul procedurii, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

În fapt, contestatoarea arată că oferta S.A.a fost respinsă ca neconformă, autoritatea contractantă pretinzând că nu au fost respectate criteriile de calificare prevăzute în documentația de atribuire.

Un prim motiv vizează faptul că în caietul de sarcini, la Cap. III: Condiții de participare, punctul... Criterii de calificare și selecție, subpunctul....2 Capacitatea economică și financiară, una dintre condițiile impuse a fost aceea că: "Se va face dovada profitului în ultimii 3 ani prin depunerea bilanțurilor contabile pe ultimii 3 ani".

Contestatoarea precizează că textul nu menționează obligativitatea obținerii de profit în fiecare an dintre cei trei, ci doar în ultimii 3 ani, adică pentru perioada analizată per ansamblu.

Astfel, interpretarea corectă a cerinței este aceea că ofertantul trebuie să demonstreze că a obținut profit pe ansamblul ultimilor 3 ani, nu neapărat în fiecare an calendaristic, condiție îndeplinită de societatea S.A..

Prin urmare, autoritatea contractantă a modificat nepermis sensul cerinței atunci când a exclus oferta S.A., motivând că în anul... au fost înregistrate pierderi și că nu a fost demonstrată obținerea de profit în fiecare din ultimii 3 ani.

Această interpretare extinde în mod nelegal condiția prevăzută în documentația de atribuire, încălcând principiul securității juridice și previzibilității.

Nu în ultimul rând, petenta consideră că, prin interpretarea restrictivă și neprevăzută expres în documentația de atribuire, autoritatea contractantă a încălcat următoarele principii:

- Principiul transparenței - prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, conform căruia autoritatea are obligația de a asigura claritatea și predictibilitatea cerințelor, astfel încât ofertanții să le poată înțelege în mod corect și complet. În acest caz, cerința privind profitul a fost interpretată diferit față de formularea publicată, ceea ce a condus la o aplicare netransparentă.

- Principiul tratamentului egal al operatorilor economici - prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. b) din aceeași lege, întrucât prin aplicarea unei condiții suplimentare neprevăzute (profit anual, nu global), ofertantul a fost dezavantajat față de ceilalți participanți.

- Principiul proporționalității - prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. e), deoarece cerința privind profitul a fost interpretată într-o manieră excesivă și disproporționată față de scopul verificării capacității economico- financiare, care este de a demonstra o situație financiară stabilă, nu profitabilitate continuă.

În speță, contestatoarea precizează că autoritatea contractantă a adăugat o cerință suplimentară nepublicată („profit în fiecare an”) și a exclus oferta S.A.pentru un motiv care nu exista în documentația de atribuire, fapt ce atrage nulitatea parțială a rezultatului procedurii.

Autoarea contestației arată că cel de-al doilea motiv de contestație se referă la refuzul nejustificat al accesului la documentele procedurii de achiziție.

Astfel, după primirea comunicării privind excluderea (adresa nr....), contestatoarea menționează că a solicitat, prin adresa nr....., transmiterea documentelor din dosarul achiziției, pentru a putea formula o contestație fundamentată și pentru a verifica legalitatea evaluării ofertelor.

Prin răspunsul oficial cu nr..., autoritatea contractantă a comunicat că „procedura de atribuire nu este finalizată” și că documentele nu pot fi transmise până la expirarea termenului de contestație, invocând art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

În opinia petentei, această interpretare este eronată și abuzivă, întrucât accesul la documentele din dosarul achiziției publice se acordă în condițiile respectării confidențialității datelor, fără a condiționa transmiterea acestora de finalizarea procedurii.

Astfel, autoritatea contractantă a limitat în mod nejustificat accesul la informații esențiale pentru apărarea interesului său legitim, încălcând principiile transparenței, proporționalității și buneii administrări.

În lumina celor expuse supra, solicită;

- admiterea contestației astfel cum a fost formulată;
- constatarea nulității parțiale a procedurii cu consecința anulării comunicării rezultatului procedurii;
- reevaluarea ofertei sale, cu interpretarea corectă a cerinței privind capacitatea economică și financiară conform textului documentației;
- suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației;
- obligarea autorității contractante de a-i pune la dispoziție toate documentele din dosarul achiziției.

Cu cheltuieli pe cale separată.

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr..., autoritatea contractantă a formulat punct de vedere cu privire la contestația depusă de..., solicitând respingerea acesteia.

Cu titlu preliminar, autoritatea susține că, prin critica pur formală a modalității de interpretare a criteriului de selecție, contestatoarea nu face altceva decât să conteste documentația de atribuire. Contestând acest criteriu de selecție sub aspectul încălcării prevederilor art. 2, alin. (2), lit. b), lit. d) și lit. e) din Legea nr. 98/2016... contestă documentația de atribuire. Or, conform prevederile art. 16 alin. (1) raportate la prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016 termenul de contestare a actului pretins vătămător (documentația de atribuire) este mult depășit, în condițiile în care anunțul de participare a fost publicat la data de....

În acest context, subliniază totodată că motivul invocat în contestație - referitor la interpretarea cerinței privind profitabilitatea - nu a fost formulat anterior în contestația depusă de... împotriva documentației de atribuire, înregistrată la... sub nr..... Acest aspect nu a fost analizat de... în cadrul Deciziei nr.... și nu a făcut obiectul măsurilor

de remediere dispuse. Documentația de atribuire a fost modificată și completată prin eratele nr.... și nr..... care au fost comunicate ambilor ofertanți și publicate pe site-ul oficial al autorității. Prin urmare, interpretarea cerinței privind profitabilitatea continuă nu poate fi contestată ulterior, în afara cadrului procedural prevăzut de Legea nr. 101/2016.

Pe fondul cauzei, apreciază ca neîntemeiată contestația formulată de către..., întreaga argumentație a contestatoarei fiind bazată pe un raționament circular, raționamentul logico-juridic invocat de aceasta în susținerea solicitărilor fiind viciat în integralitate.

Astfel, solicită Consiliului să observe că... ia drept premisă a raționamentului afirmația proprie, nedovedită, că cerința privind dovada profitului în ultimii 3 ani, care se face prin depunerea bilanțurilor contabile pe ultimii 3 ani, se interpretează în sensul că profitabilitatea firmei se face prin calcularea profitului global, per ansamblu. În baza acestei premise concluzionează că „Prin urmare, autoritatea contractantă a modificat nepermis sensul cerinței atunci când a exclus oferta societății noastre motivând că în anul... au fost înregistrate pierderi și că nu a fost demonstrată obținerea de profit în fiecare din ultimii 3 ani”. Practic, plecând de la o premisă falsă, ajunge la aceeași concluzie, aceasta fiind în esență, un raționament circular, un cerc vicios care duce la invalidarea întregului raționament.

Trecând peste aspectul că în normele de drept care reglementează profitul și modalitatea de calcul a profitabilității unei firme nu există noțiunea de profit global, autoritatea subliniază că interpretarea dată de contestatoare este eronată și din punct de vedere legal.

Astfel, cerința prevăzută la pct.....3 din caietul de sarcini impune: „Se va face dovada profitului în ultimii 3 ani prin depunerea bilanțurilor contabile pe ultimii 3 ani”. Prin această formulare, interpretată în sensul său literal, contabil și legal, ofertantul trebuie să fi obținut profit net în fiecare dintre cei 3 ani fiscali anteriori.

Contestatoarea susține că cerința ar permite o analiză „pe ansamblu” sau „globală” a profitului, adică cumularea rezultatelor financiare pe 3 ani. Această interpretare este eronată și nefundamentată.

Utilizatorii situațiilor financiare, în determinarea profitabilității unei societăți, iau decizii economice după evaluarea capacității acesteia de a genera numerar și echivalente de numerar cu ajutorul resurselor existente, pe baza informațiilor concentrate asupra poziției financiare, performanței și modificărilor poziției sale financiare.

Întrucât modalitatea cea mai facilă de reflectare a performanțelor unei societăți este prin intermediul rezultatelor acesteia, exprimate în mărimi absolute (profit), autoritatea afirmă că pe baza contului de profit și pierdere se analizează performanțele societății. Reglementarea acestor aspecte se regăsește în Legea 82/1991 - Legea contabilității (art....), Legea 227/2015 -... (art. 18 - 46), Ordinul nr.... pentru aprobarea

Reglementărilor contabile privind situațiile financiare anuale individuale și situațiile financiare anuale consolidate (pct. 24 din Reglementare).

Astfel, conform art...., alin. (1) din Legea nr. 82/1991 - Legea contabilității "în contabilitate, profitul sau pierderea se stabilește cumulat de la începutul exercițiului financiar. Închiderea conturilor de venituri și cheltuieli se efectuează, de regulă, la sfârșitul exercițiului financiar (2) Rezultatul definitiv al exercițiului financiar se stabilește la închiderea acestuia". Potrivit art...., alin. (1) și (2) din Legea nr. 227/2015 -... "Rezultatul fiscal se calculează ca diferență 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. (2) Rezultatul fiscal se calculează trimestrial/anual, cumulat de la începutul anului fiscal". De asemenea, potrivit prevederilor pct. 24 din Reglementările contabile privind situațiile financiare anuale individuale și situațiile financiare anuale consolidate aprobate prin Ordinul Ministerului Finanțelor Publice nr.... "24. - Situațiile financiare anuale trebuie să ofere o imagine fidelă a activelor, datoriilor, poziției financiare și a profitului sau pierderii entității".

Din interpretarea teleologică și logico - sistemică a textelor de lege precizate se desprinde o singură concluzie: pentru determinarea profitabilității unei societăți raportat la profitul acesteia, fără a adăuga la lege, singurul criteriu este rezultatul financiar anual. Cum rezultatul exercițiului (profit sau pierdere) este un indicator contabil determinat distinct pentru fiecare an fiscal, cum normele de drept incidente nu permit o formulă de calcul a „profitului global” sau „pe ansamblu” calculate pentru mai mulți ani, în speță o perioadă de 3 ani, reiese fără echivoc, că interpretarea dată de către contestatoare cerinței criticate este eronată fiind de natură să creeze incertitudine și inechități în procesul de evaluare. De altfel, în acest sens vine și prevederea de la pct. 17 din Reglementările contabile privind situațiile financiare anuale individuale și situațiile financiare anuale consolidate aprobate prin Ordinul Ministerului Finanțelor Publice nr.... potrivit căreia "Obiectivul situațiilor financiare anuale îl constituie furnizarea de informații despre poziția financiară, performanța financiară și fluxurile de trezorerie ale unei entități, utile unei categorii largi de utilizatori."

Profitul este un indicator contabil determinat anual, iar cerința privind demonstrarea profitului în ultimii 3 ani presupune, în mod clar, existența unui rezultat pozitiv în fiecare exercițiu financiar. Cerința, așa cum este formulată în documentația de atribuire, permite o verificare simplă și obiectivă, anume se consultă coloana „rezultat net” din bilanțul fiecărui an. Orice altă interpretare ar presupune să adaugi la lege și ar introduce subiectivism în evaluare, contrar principiului transparenței (art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016). De exemplu: un ofertant are pierdere într-un an din cei trei ani, iar un alt ofertant are pierdere în doi ani din cei trei, dar „pe ansamblu” profitul celui de al doilea este mai mare decât al ofertantului care are pierdere în doar unul dintre cei trei

ani analizați. Analizând exemplul de mai sus, interpretarea propusă de contestatoare ar crea un avantaj nejustificat pentru operatorii economici care au înregistrat pierderi în unul sau mai mulți ani, dar au compensat ulterior. Cerința profitabilității continue este un indicator de sustenabilitate financiară, esențial în contractele de servicii alimentare pentru instituții publice. Un operator care a înregistrat pierderi poate fi expus riscului de insolvență, ceea ce afectează capacitatea de livrare constantă și sigură.

În concluzie, în considerarea celor de mai sus, achizitoarea precizează că aplicarea acestei cerințe de calificare a fost făcută în mod egal și nediscriminatoriu, conform art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016: s-a urmărit profitul obținut în ultimii 3 ani (nu per ansamblu, nu global), cerința din documentația de atribuire fiind clară, în concordanță cu normele de drept substanțial incidente, nefiind susceptibilă de interpretări. Deși contestatoarea invocă o interpretare alternativă, cerința privind profitul trebuie interpretată în sensul existenței unui rezultat pozitiv în fiecare an, aceasta fiind singura modalitate în care se poate realiza o evaluare pertinentă și obiectivă a capacității financiar și profitabilității unui ofertant.

Referitor la solicitarea contestatoarei privind accesul la dosarul achiziției, autoritatea comunică că, prin adresa nr....., transmisă prin e-mail către ofertantul..., acesta a fost invitat oficial la sediul său pentru vizualizarea dosarului procedurii, cu posibilitatea multiplicării documentelor solicitate, însă, urmare contestației, autoritatea contractantă a decis ca atribuirea contractului să se facă după soluționarea contestației de către..., astfel că, prin adresa nr....., s-a revenit și s-a comunicat contestatoarei că documentele solicitate din dosarul achiziției se vor pune la dispoziție, în format pdf, așa cum s-a solicitat, cu respectarea art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

Având în vedere cele expuse, autoritatea solicită respingerea contestației ca nefondată, confirmarea legalității interpretării cerinței privind profitabilitatea continuă și menținerea rezultatului procedurii de atribuire.

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr...., autoritatea contractantă a transmis documentele necesare soluționării contestației în format hârtie.

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr...., contestatoarea a formulat note de ședință.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura proprie organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect Furnizare pachete alimentare în regim de catering pentru preșcolari și elevii din cadrul structurilor școlare ale..., în cadrul Programului Național "Masă sănătoasă", cod... Servicii de catering pentru școli (Rev.2), prin

publicarea pe site-ul său a anunțului de participare nr...., data limită de depunere a ofertelor fiind stabilită pentru..., ora...; valoarea estimată a contractului de servicii fiind..., fără TVA.

Nemulțumită de rezultatul procedurii de atribuire... a înaintat contestația în analiză, prin care a solicitat și suspendarea procedurii până la soluționarea contestației.

Contestatoarea a constituit cauțiunea în sumă de..., conform art. 611 alin. (1)¹ lit. a) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr.... eliberată de... -..., la data de....

... nr...., *Consiliul a respins, ca nefondată*, cererea de suspendare a procedurii de atribuire, formulată de....

Potrivit actului nr.... motivele reținute de membrii comisiei de evaluare în decizia de respingerea a ofertei... sunt următoarele:

Vă informăm că, în urma finalizării procesului de evaluare a ofertelor depuse în cadrul procedurii menționate mai sus, oferta dumneavoastră nu a fost admisă, întrucât nu a îndeplinit criteriile de calificare prevăzute în documentația de atribuire.

...: CONDIȚII..., punctul... Criterii de calificare și selecție, subpunctul....2 Capacitatea economică și financiară, ofertanții au obligația de a demonstra, prin depunerea bilanțurilor contabile că:

- cifra de afaceri pe ultimii 3 ani este cel puțin egală cu valoarea estimată a contractului (... cu TVA);
- au înregistrat profit în fiecare dintre ultimii 3 ani,.

Din documentele transmise reiese că în anul... societatea dvs...., a înregistrat pierdere, ceea ce contravine cerinței privind demonstrarea capacității economice și financiare. În consecință, oferta a fost respinsă ca neconformă.

Ofertantul declarat câștigător este..., cu un punctaj de 100 puncte, cu un pret total oferat de... fara TVA, la care se adauga TVA in valoare de....

Din lecturarea actului de comunicare nr.... se are în vedere că membrii comisiei de evaluare au reținut un motiv de neconformitate în ceea ce privește îndeplinirea cerinței cu privire la capacitatea *economică și financiară care a condus* la respingerea ofertei, fiind declarată neconformă potrivit art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, respectiv

(2) În condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații:

(...)

b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă.

Analizând criticile formulate de autoarea contestației, Consiliul constată că acestea vizează modalitatea de evaluare a ofertei contestatoare, evaluare pe care o apreciază ca fiind netemeinică.

Autoarea contestației reclamă faptul că achizitoarea, prin membrii comisiei de evaluare au reținut un motiv de respingere netemeinic, întrucât textul cerinței reclamate nu menționează obligativitatea obținerii de profit în fiecare an dintre cei trei, ci doar în ultimii 3 ani, adică pentru perioada analizată *per ansamblu*.

Astfel concluzia la care ajunge contestatoarea este aceea că autoritatea contractantă a adăugat o cerință suplimentară nepublicată

(„profit în fiecare an”) și a exclus oferta depusă pentru un motiv care nu exista în documentația de atribuire, fapt ce atrage nulitatea parțială a rezultatului procedurii.

Se au în vedere și argumentele achizitoarei aduse în replică la cele reclamate, respectiv cerința prevăzută la pct.....3 din caietul de sarcini impune: Se va face dovada profitului în ultimii 3 ani prin depunerea bilanțurilor contabile pe ultimii 3 ani, prin această formulare, interpretată în *sensul său literal, contabil și legal*, ofertanții trebuie să fi obținut profit net în fiecare dintre cei 3 ani fiscali anteriori. Achizitoarea a adăugat faptul că profitul este un indicator contabil determinat anual, iar cerința privind demonstrarea profitului în ultimii 3 ani presupune, existența unui rezultat pozitiv în fiecare exercițiu financiar.

Înainte de a proceda la analiza pe fond a aspectelor sesizate de societatea contestatoare, Consiliul găsește util expunerea câtorva elemente din cadrul documentației de atribuire, menite să înlesnească înțelegerea ei, cât și să îi circumstanțieze soluționarea.

Obiectul contractului de servicii în cauză este astfel definit în anunul de participare:

3. TIP CONTRACT: Contract de servicii de catering pentru scoli - "Furnizare pachete alimentare în regim de catering pentru preșcolarii și elevii din cadrul structurilor școlare ale..., în cadrul Programului Național "Masă sănătoasă", derulat pe perioada desfășurării cursurilor Școlare din anul 2025 în conformitate cu HG nr. 23/2025 - cod... Servicii de catering pentru scoli, conform Caietului de sarcini, parte integrantă a documentației de atribuire.

Se rețin și precizările din anunț vizavi de cerințele minime de calificare:

12. CERINȚE.... Ofertanții trebuie să respecte termene prevăzute în prezentul anunț și să îndeplinească formalitățile de participare la prezenta procedură proprie. Aceștia trebuie să **prezinte documente pentru dovedirea îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, ce se regăsesc în documentația de atribuire atașată acestui anunț de participare, respectiv caietul de sarcini, proiectul de contract**, formulare și modele de documente. Ofertantul trebuie S.A.fie furnizor autorizat, conform legislației în vigoare, pentru prestarea serviciilor în cauză. Ofertanții nu trebuie să fie în conflict de interese sau într-una din situațiile prevăzute la art.... și... din Legea 98/2016 privind achizițiile publice. Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: completarea declarațiilor privind neîncadrarea în aceste situații.

În cadrul caietului de sarcini sunt prevăzute următoarele:

CAPITOLULUI: CONDIȚII.... Criterii de calificare și selecție - plic 1

Pentru a participa la procedura de atribuire, operatorii economici trebuie să îndeplinească următoarele criterii:

(...)

....3. **Capacitatea economică și financiară**

- **Cifra medie de afaceri pe ultimii 3 ani să fie cel puțin egală cu valoarea estimată a contractului;**

- **Se va face dovada profitului în ultimii 3 ani prin depunerea bilanțurilor contabile pe ultimii 3 ani.**

Din economia aspectelor mai sus redată în vederea atribuirii *contractului de servicii* supus procedurii în cauză, a cărui grad de complexitate nu poate fi tăgăduit, Consiliul are în vedere că, dată fiind complexitatea contractului, importanța acestuia, durata contractuală și rezultatele așteptate de la derularea proiectului,

asigurarea posibilității depunerii unor oferte conforme, autoritatea contractantă a depus toate diligențele necesare întocmirii unei documentații care să țină seama de toate aspectele pe care le implică contractul de lucrări, luând în considerare specificul acestuia, astfel încât să poată fi asigurată derularea proiectului.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de servicii, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată cu succes de niciun operator economic, drept care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire (relevantă, în acest sens, este, de pildă, decizia civilă nr.... 99 din... decembrie... a Curții de..., Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust de926443g). La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016 (a se vedea, cu titlu de exemplu, decizia civilă nr. 77 din 7 februarie... a Curții de..., Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 39g63373e). „Conținutul documentației de atribuire, astfel cum a fost întocmită de entitatea contractantă, este obligatoriu atât pentru agenții economici participanți la procedură, care au obligația de a elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia, cât și pentru entitatea contractantă, aceasta fiind obligată ca, în desfășurarea procedurii de achiziție, să respecte atât legislația aplicabilă în domeniu, cât și propria S.A.documentație de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de părțile implicate în derularea procesului competitiv.” - sentința civilă nr. 113/CA din 11 septembrie... a Curții de..., Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 672e8757.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 - ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin... nr.... - ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (elocvente în acest sens sunt, de pildă, decizia nr. 1555 din 6 martie... a Curții de..., Secția de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 4d27ede4, decizia nr.... din 8 noiembrie 20... a Curții de..., Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 7g222g79, și decizia nr.... din 6 octombrie... a Curții de..., Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 6e77d24g). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele (a se vedea decizia civilă nr. 107 din 15 ianuarie...

a Curții de..., Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust... 24gd82).

Raționamentul conturat de autoarea contestației... în favoarea faptului că:

Textul nu menționează obligativitatea obținerii de profit în fiecare an dintre cei trei, ci doar în ultimii 3 ani, adică pentru perioada analizată per ansamblu.

Astfel, interpretarea corectă a cerinței este aceea că ofertantul trebuie să demonstreze că a obținut profit pe ansamblul ultimilor 3 ani, nu neapărat în fiecare an calendaristic, condiție îndeplinită de subscrisa.

Prin urmare, autoritatea contractantă a modificat nepermis sensul cerinței atunci când a exclus oferta societății noastre motivând că în anul... au fost înregistrate pierderi și că nu a fost demonstrată obținerea de profit în fiecare din ultimii 3 ani,

nu este judicios și nu va fi reținut de Consiliu în soluționare din considerentele mai jos expuse.

Așa cum a fost anterior redat cerința a cărei pretinsă neîndeplinire este reclamă se regăsește astfel formulată la nivelul caietului de sarcini, la secțiunea....3. de **dică Capacității economice și financiare:**

- **Cifra medie de afaceri pe ultimii 3 ani să fie cel puțin egală cu valoarea estimată a contractului;**

- **Se va face dovada profitului în ultimii 3 ani prin depunerea bilanțurilor contabile pe ultimii 3 ani.**

Din examinarea ofertei depusă de..., Consiliul reține faptul că potrivit bilanțului contabil pentru anul..., indicatorul profit/pierdere este -....

Modalitatea de evaluare a ofertei depuse de..., se regăsește astfel precizată în cadrul Procesului-verbal nr....:

A depus bilanțurile pe ultimii 3 ani și a demonstrat că media cifrei de afaceri din ultimii 3 ani este peste valoarea estimată a contractului, însă a înregistrat pierdere în anul..., contrar cerinței privind demonstrarea profitului din ultimii 3 ani.

(...)

Având în vedere art. 137 alin. (1), alin. (2) lit. b, alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 oferta... este declarată neconformă.

Așa cum a fost mai sus reținut, contestatoarele reproșează achizitoarei faptul că achizitoarea, prin membrii comisiei de evaluare textul cerinței nu menționează obligativitatea obținerii de profit în fiecare an dintre cei trei, ci doar în ultimii 3 ani, adică pentru perioada analizată per ansamblu, *motiv* pentru care contestatoarele consideră că interpretarea corectă a cerinței este aceea că ofertantul trebuie să demonstreze că a obținut profit pe ansamblul ultimilor 3 ani, nu neapărat în fiecare an calendaristic, condiție îndeplinită de contestatoare.

Astfel concluzia la care ajunge contestatoarele este aceea că autoritatea contractantă a adăugat o cerință suplimentară nepublicată („*profit în fiecare an*”) și a exclus oferta depusă pentru un motiv care nu exista în documentația de atribuire, fapt ce atrage nulitatea parțială a rezultatului procedurii.

... se prevalează de propria culpă vizavi de neîndeplinirea cerinței, solicitând acceptarea faptului că autoritatea contractantă a *modificat nepermis sensul cerinței atunci când a exclus oferta societății*

noastre motivând că în anul... au fost înregistrate pierderi și că nu a fost demonstrată obținerea de profit în fiecare din ultimii 3 ani.

Se mai reproșează achizitoarei faptul că Această interpretare extinde în mod nelegal condiția prevăzută în documentația de atribuire, încălcând principiul securității juridice și previzibilității.

Însă, achizitoarea a fixat încă de la început cerința **Se va face dovada profitului în ultimii 3 ani prin depunerea bilanțurilor contabile pe ultimii 3 ani.**

Împrejurarea că textul nu menționează explicit obligativitatea obținerii de profit în fiecare an dintre cei trei, utilizându-se sintagma în ultimii 3 ani, adică pentru perioada analizată per ansamblu nu conduce la interpretarea propusă de contestatoare, respectiv: *interpretarea corectă a cerinței este aceea că ofertantul trebuie să demonstreze că a obținut profit pe ansamblul ultimilor 3 ani, nu neapărat în fiecare an calendaristic.*

În stabilirea acestei finalități Consiliul are în vedere faptul că, contrar celor susținute de contestatoare, din interpretarea cerinței documentației de atribuire privind cifra de afaceri, rezultă că ofertanții trebuiau să demonstreze o cifră medie de afaceri pe ultimii 3 ani care trebuia să fie cel puțin egală cu valoarea estimată a contractului, pe de o parte, și, pe de altă parte, ofertanții trebuiau să facă dovada profitului în ultimii 3 ani prin depunerea bilanțurilor contabile pe ultimii 3 ani.

Față de cele de mai sus, Consiliul va reține incidența următoarelor prevederi legale în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire:

➤ **Legea nr. 98/2016:**

- **Art.... -** (1) Autoritatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentația de atribuire cerințe privind situația economică și financiară care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dispun de capacitatea economică și financiară necesară pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru și pentru a fi protejată față de un eventual risc de neîndeplinire corespunzătoare a contractului.

(2) Cerințele privind situația economică și financiară stabilite de autoritatea contractantă pot viza elemente cum ar fi:

a) un anumit nivel minim al cifrei de afaceri anuale, **inclusiv o anumită cifră de afaceri minimă în domeniul obiectului contractului de achiziție publică/acordului-cadru**; cifra de afaceri minimă anuală impusă operatorilor economici nu trebuie să depășească de două ori valoarea estimată a contractului de achiziție publică sau, după caz, la valoarea maximă anticipată a contractelor subsecvente ce urmează să se execute în același timp sau, dacă aceasta nu este cunoscută, la valoarea estimată a celui mai mare contract subsecvent;

b) anumite niveluri ale altor indicatori economico-financiarți relevanți, precum nivelul de lichiditate anuală;

c) un nivel corespunzător al asigurării de risc profesional.

(3) Prin excepție de la prevederile alin. (2) lit. a), cifra de afaceri minimă anuală impusă operatorilor economici poate depăși limita prevăzută la alin. (2) lit. a) în cazuri temeinic justificate, precum cele legate de existența unor riscuri speciale aferente naturii lucrărilor, serviciilor sau produselor care fac obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru.

(4) În cazul prevăzut la alin. (3), autoritatea contractantă indică în documentele achiziției principalele motive care justifică o astfel de cerință.

(...)

Art. 177. - (1) Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind situația economică și financiară, de regulă, prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente:

a) declarații sau extrase bancare corespunzătoare sau, acolo unde este cazul, dovada asigurării de risc profesional;

b) prezentarea situațiilor financiare sau a extraselor din situațiile financiare, în cazul în care publicarea situațiilor financiare este prevăzută de legislația țării în care este stabilit operatorul economic;

c) o declarație privind cifra totală de afaceri a operatorului economic și, acolo unde este cazul, cifra de afaceri din domeniul de activitate care face obiectul contractului, pentru cel mult ultimele trei exerciții financiare disponibile, în funcție de data înființării sau începerii activității operatorului economic, în măsura în care informațiile privind cifrele de afaceri sunt disponibile.

(2) În cazul în care, din motive obiective și justificate, operatorul economic nu este în măsură să prezinte una sau mai multe dintre informațiile și documentele prevăzute la alin. (1), operatorul economic este autorizat să facă dovada situației sale economice și financiare prin orice alt document pe care autoritatea contractantă îl consideră adecvat.

➤ ... nr.....:

- art. 29 alin. (1): „Criteriile de calificare privind capacitatea au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta S.A.va fi declarată câștigătoare”.

Față de cele redate cerința stabilită de achizitoare respectă dispozițiile legale incidente din economia cărora se desprinde că intenția legiuitorului a fost respectarea de către autoritățile contractante, prin modul de elaborare al documentațiilor de atribuire a principiilor care guvernează domeniul achizițiilor publice, respectiv: principiul "nediscriminării", al "tratamentului egal" și al "proporționalității". Totodată din lecturarea dispozițiilor legale evocate Consiliul determină că achizitoarea are dreptul impunerii cerinței privind un anumit nivel minim al cifrei de afaceri anuale, *inclusiv o anumită cifră de afaceri minimă în domeniul obiectului contractului de achiziție publică/acordului-cadru*.

Consiliul va reține că scopul criteriului de calificare privind *cifra de afaceri* este de a demonstra potențialul financiar al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte capacitatea ofertantei de a gestiona contractul supus procedurii de atribuire și de a diminua riscul de neîndeplinire a contractului și trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acesteia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta S.A.va fi declarată câștigătoare și, nu de a restricționa participarea la procedură prin impunerea unor cerințe pe care doar anumiți operatori economici le pot îndeplini.

Pentru o corectă înțelegere a cerinței de calificare solicitate, se impune a preciza ce reprezintă noțiunea „**cifra de afaceri**”, și care este rolul acestui indicator financiar.

Cifra de afaceri totală (CA) reprezintă volumul total al afacerilor unei societăți, evaluate la prețurile pieței, respectiv încasările totale. Ea cuprinde totalitatea veniturilor din vânzarea mărfurilor și produselor, executarea lucrărilor și prestarea serviciilor într-o perioadă de timp, respectiv un an calendaristic complet.

Cifra de afaceri este unul dintre cei mai importanți indicatori financiari deoarece reflectă totalul veniturilor obținute de un operator

economic într-o anumită perioadă de timp, cifra de afaceri determină performanța afacerii și ajută la menținerea unui control eficient asupra costurilor. Acest indicator reprezintă o modalitate excelentă de a măsura performanța pentru că în baza ei se stabilește tipul de impozit pe care îl plătește un operator economic la stat sau înregistrarea în scopuri de TVA.

Cifra de afaceri reprezintă un indicator capabil S.A. oferi o imagine asupra poziției pe piața a companiei, acest tip de indicator măsoară performanța companiei.

Pornind de la faptul că pentru achizitoare era de interes proba faptului că cifra de afaceri, care reprezintă un indicator care măsoară performanța companiei, are ca scop dovedirea capacității ofertantului de a gestiona contractul și de a diminua riscul de neîndeplinire a contractului, fapt care ar aduce mari prejudicii autorității contractante, Consiliul apreciază că cerința impusă va aduce beneficii directe și cuantificabile autorității contractante prin estimarea corectă de către viitorul contractant a efortului necesar și a diminua riscul de neîndeplinire a contractului având în vedere că cerința profitabilității continue este un indicator de sustenabilitate financiară, esențial în contractele de servicii alimentare pentru instituții publice. Așa cum a susținut achizitoarea un operator care a înregistrat pierderi poate fi expus riscului de insolvență, ceea ce afectează capacitatea de livrare constantă și sigură.

Argumentele avute de achizitoare la baza impunerii cerinței sunt astfel precizate în cadrul punctului de vedere:

Pe fondul cauzei, apreciem, de asemenea, ca neîntemeiată contestația formulată de către.... întreaga argumentație a contestatoarei este bazată pe un raționament circular, raționamentul logico-juridic invocat de aceasta în susținerea solicitărilor fiind viciat în integralitate.

Astfel, vă rugăm să observați că... ia drept premisă a raționamentului afirmația proprie, nedovedită, că cerința privind dovada profitului în ultimii 3 ani, care se face prin depunerea bilanțurilor contabile pe ultimii 3 ani, se interpretează în sensul că profitabilitatea firmei se face prin calcularea profitului global, per ansamblu. În baza acestei premise concluzionează că „Prin urmare, autoritatea contractantă a modificat nepermis sensul cerinței atunci când a exclus oferta societății noastre motivând că în anul... au fost înregistrate pierderi și că nu a fost demonstrată obținerea de profit în fiecare din ultimii 3 ani/”. Practic, plecând de la o premisă falsă, ajunge la aceeași concluzie, aceasta fiind în esență, un raționament circular, un cerc vicios care duce la invalidarea întregului raționament.

Trecând peste aspectul că în normele de drept care reglementează profitul și modalitatea de calcul a profitabilității unei firme nu există noțiunea de profit global, dorim să subliniem că interpretarea dată de contestatoare este eronată și din punct de vedere legal.

Astfel, cerința prevăzută la pct.....3 din caietul de sarcini impune: „Se va face dovada profitului în ultimii 3 ani prin depunerea bilanțurilor contabile pe ultimii 3 ani.”. Prin această formulare, interpretată în sensul său literal, contabil și legal, ofertantul trebuie să fi obținut profit net în fiecare dintre cei 3 ani fiscali anteriori.

Contestatarul susține că cerința ar permite o analiză „pe ansamblu” sau „globală” a profitului, adică cumularea rezultatelor financiare pe 3 ani. Această interpretare este eronată și nefundamentată.

Utilizatorii situațiilor financiare, în determinarea profitabilității unei societăți, iau decizii economice după evaluarea capacității acestora de a genera numerar și echivalente de numerar cu ajutorul resurselor existente, pe baza informațiilor concentrate asupra poziției financiare,

performanței și modificărilor poziției sale financiare. Întrucât modalitatea cea mai facilă de reflectare a performanțelor unei societăți este prin intermediul rezultatelor acesteia, exprimate în mărimi absolute (profit), putem afirma că pe baza contului de profit și pierdere se analizează performanțele societății. Reglementarea acestor aspecte se regăsește în Legea 82/1991 - Legea contabilității (art....), Legea 227/2015 -... (art. 18 - 46), Ordinul nr.... pentru aprobarea Reglementărilor contabile privind situațiile financiare anuale individuale și situațiile financiare anuale consolidate (pct. 24 din Reglementare).

Astfel, conform art...., alin. (1) din Legea nr. 82/1991 - Legea contabilității *"în contabilitate, profitul sau pierderea se stabilește cumulat de la începutul exercițiului financiar. Închiderea conturilor de venituri și cheltuieli se efectuează, de regulă, la sfârșitul exercițiului financiar (2) Rezultatul definitiv al exercițiului financiar se stabilește la închiderea acestuia"*. Potrivit art...., alin. (1) și (2) din Legea nr. 227/2015 -... *"Rezultatul fiscal se calculează ca diferență 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. (2) Rezultatul fiscal se calculează trimestrial/anual, cumulat de la începutul anului fiscal."* De asemenea, potrivit prevederilor pct. 24 din Reglementările contabile privind situațiile financiare anuale individuale și situațiile financiare anuale consolidate aprobate prin Ordinul Ministerului Finanțelor Publice nr.... *"24. - Situațiile financiare anuale trebuie să ofere o imagine fidelă a activelor, datoriilor, poziției financiare și a profitului sau pierderii entității.*

Din interpretarea teleologică și logico - sistemică a textelor de lege precizate se desprinde o singură concluzie: pentru determinarea profitabilității unei societăți raportat la profitul acesteia, iară a adăuga la lege, **singurul criteriu este rezultatul financiar anual**. Cum rezultatul exercițiului (profit sau pierdere) **este un indicator contabil determinat distinct pentru fiecare an fiscal**, cum normele de drept incidente nu permit o formulă de calcul a „profitului global” sau „pe ansamblu” calculate pentru mai mulți ani, în speță o perioadă de 3 ani, reiese fără echivoc, că interpretarea dată de către contestatoare cerinței criticate este eronată fiind de natură să creeze incertitudine și inechități în procesul de evaluare. De altfel, în acest sens vine și prevederea de la pct. 17 din Reglementările contabile privind situațiile financiare anuale individuale și situațiile financiare anuale consolidate aprobate prin Ordinul Ministerului Finanțelor Publice nr.... potrivit căreia *Obiectivul situațiilor financiare anuale îl constituie furnizarea de informații despre poziția financiară, performanța financiară și fluxurile de trezorerie ale unei entități, utile unei categorii largi de utilizatori.*

Așa cum a argumentat achizitoarea profitul este un indicator contabil determinat anual, iar cerința privind demonstrarea profitului în ultimii 3 ani presupune, în mod impliccit, existența unui rezultat pozitiv în fiecare exercițiu financiar, respectiv: Cerința, așa cum este formulată în documentația de atribuire, permite o verificare simplă și obiectivă, anume se consultă coloana „rezultat net” din bilanțul fiecărui an. Orice altă interpretare ar presupune să adaugi la lege și ar introduce subiectivism în evaluare, contrar principiului transparenței (art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016). De exemplu: un ofertant are pierdere într-un an din cei trei ani, iar un alt ofertant are pierdere în doi ani din cei trei, dar „pe ansamblu” profitul celui de al doilea este mai mare decât al ofertantului care are pierdere în doar unul dintre cei trei ani analizați. Analizând exemplul de mai sus, interpretarea propusă de contestatar ar crea un avantaj nejustificat pentru operatorii economici care au înregistrat pierderi în unul sau mai mulți ani. dar au compensat ulterior. Cerința profitabilității continue este un indicator de sustenabilitate financiară, esențial în contractele de servicii alimentare pentru instituții publice. Un operator care a înregistrat pierderi poate fi expus riscului de insolvență, ceea ce afectează capacitatea de livrare constantă și sigură.

Contrar celor susținute de autoarea contestației dacă contestatoarea ar fi fost diligentă și prudentă, ar fi putut din vreme să-și conserve dreptul la clarificarea aspectului în discuție sub aspectul înțelegerii înțelesului/întinderii cerinței.

Documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini și anexele, formularele necesare și modelul contractului de servicii, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016 (art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și la cele ale art.... C. proc. civ.).

De numeroase ori, instanțele de judecată au subliniat importanța respectării de către ofertanți a regulilor prestabilite în documentațiile de atribuire.

Faptul că autoritatea contractantă solicită informații concrete privind derularea serviciilor și stabilește cerințe în referire la aspecte practice necesare a fi adaptate specificului obiectului supus procedurii de atribuire în cauză vizavi de cerința profitabilității continue care este un indicator de sustenabilitate financiară, esențial în contractele de servicii alimentare pentru instituții publice, reprezintă o obligație corelativă de urmărire a derulării și finalizării în termen a serviciilor pentru livrarea de suport alimentar, sub formă de masă caldă în regim de catering, conduita adoptată de autoritatea contractantă fiind în concordanță cu atribuțiile acesteia de achizitor.

Așa cum a fost anterior reținut prioritar este *interesul public unde așteptările și nevoile* sunt foarte mari, astfel că se încheie contractul pentru realizarea unor sarcini ale interesului public (Obiectul contractului îl constituie contractarea de servicii pentru livrarea de suport alimentar, sub formă de masă caldă în regim de catering, conform art. 3 alin. (1) lit. b, pentru beneficiarii programului "... ", instituit prin Hotărârea nr. 23/2025, în limita sumei alocate conform Hotărârii de Guvern nr. 80/2025 privind repartizarea pe unități/subdiviziuni administrativ-teritoriale și pe unități de învățământ a sumei prevăzute în Legea bugetului de stat pe anul 2025 nr.... pentru finanțarea Programului național "Masă sănătoasă").

Consiliul are în vedere faptul că prezentul contract de achiziție publică de servicii alimentare pentru instituții publice ce se dorește a fi încheiat se derulează prin încheiere unui *contract administrativ* și nu comercial, contractul de achiziție publică este definit la art. 3 alin. (1) lit. l) din Legea nr. 98/2016 astfel: l) contract de achiziție publică - 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. În acest context, având în vedere că prin contractul administrativ, administrația publică (sau entitățile asimilate) își realizează o parte din sarcinile sale, se consideră că regimul juridic aplicabil acestor contracte este unul exorbitant, de drept public.

Consiliul are în vedere că într-un mod general, scopul contractelor, actelor administrative este de a asigura **funcționarea serviciilor publice** și de a da astfel satisfacție intereselor generale.

Clauzele exorbitante sunt clauze derogatorii de la dreptul comun și care consacră puteri sporite în favoarea entității publice pe considerentul ocrotirii interesului public. Acestea sunt de obicei prevăzute în caietul de sarcini, precum și în actul normativ care reglementează respectivul contract.

Astfel, orice contract cu o entitate publică centrală sau locală cuprinde clauze și cerințe ce pot fi considerate exorbitante pentru particulari, dată fiind calitatea aparte a beneficiarului și destinația vizând interesul public a contractului, se are în vedere regula după care principiul libertății contractuale este subordonat principiului priorității interesului public.

În consecință, se reține că și contractele de achiziție publică presupun anumite rigori pe care trebuie să le accepte cei care doresc să se implice într-o relație contractuală cu statul sau cu entitățile sale publice.

În raport de cele mai sus reținute abordarea contestatoarei și întreaga pledoarie vizavi de întinderea/înțelesul cerinței reclamate și asupra faptului că *autoritatea contractantă a adăugat o cerință suplimentară nepublicată („profit în fiecare an”) și a exclus oferta pentru un motiv care nu exista în documentația de atribuire, fapt ce atrage nulitatea parțială a rezultatului procedurii* nu poate fi îmbrățișată de Consiliu ca fiind judicioasă, prin raportare la precizările documentației de atribuire.

În cazul în care contestatoarea aprecia că interpretarea cerinței privind profitabilitatea, care a fost prezentată în cuprinsul caietului de sarcini, la secțiunea....3 dedicată *Capacității economice și financiare* (motiv pentru care neîndeplinirea unei cerințe aferente caietului de sarcini duce la aplicarea prevederilor art. 137 alin. (2), lit. b) din H.G. 395/2016) trebuie interpretată în maniera propusă de contestatoarea, mai sus redată, trebuia să solicite clarificări în termenul prevăzut în documentația de atribuire sau să conteste acest aspect în termenul legal.

Atâta timp cât cerința a fost menționată în cuprinsul caietului de sarcini și nu au fost solicitate clarificări și nici formulată contestație la documentația de atribuire cu privire la acest aspect, prin depunerea ofertei, contestatoarea și-a însușit cerințele documentației de atribuire.

Așadar, criticile cu privire la conținutul caietului de sarcini și la întinderea/ înțelesul cerinței reclamate, la acest moment sunt tardive.

În jurisprudența S.A., Curtea de Justiție a... a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. La punctul 34 din Hotărârea din 13 iulie..., Ingsteel și Metrostav (C-76/16, EU: C:...: 549), Curtea a reamintit că „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 normal 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 (Hotărârea din 2 iunie..., Pizzo, C-... /15, EU: C:....: 404, punctul 36, precum și jurisprudența citată)”.

În cazul în care, în cadrul unei proceduri de „cerere de ofertă”, autoritatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate de altfel să se abată, față de vreun ofertant, de la

condițiile pe care le-a definit astfel fără să încalce principiul egalității de

tratament între ofertanți (Ordonanța președintelui... din 4 decembrie..... & Benefits/Comisia, T-... 9/14 R, EU: T:....:..., punctul 96, și... din 20 martie..... /Entreprise commune Fusion for Energy, T-415/10, EU: T:....: 141, punctul 80). Și autorităților contractante le revine obligația de a garanta aplicarea dreptului Uniunii cu ocazia adoptării deciziilor lor și de a lăsa neaplicate, dacă este necesar, dispozițiile naționale care ar contraveni celor ale dreptului Uniunii care au efect direct (a se vedea, în acest sens, Hotărârea din 22 iunie..., Costanzo, 103/88, EU: C:....:..., punctele 30-33, Hotărârea din 14 octombrie..., Fuß, C-243/09, EU: C:....: 609, punctele 61 și 63, Hotărârea din..., Minister for Justice and Equality și Commissioner of... Síochána, C-3... /17, EU: C: 2018: 979, punctele 36 și 38, precum și Hotărârea din 21 ianuarie..., Banco de Santander, C-... 4/14, EU: C:....: 17, punctul...).

Astfel, luând la cunoștință despre precizările vizavi de documentele solicitate în vederea elaborării ofertei, era în sarcina ofertantei să depună diligențele necesare și să prezinte documentele solicitate prin documentația de atribuire.

În stabilirea acestei finalități, Consiliul are în vedere faptul că odată depășit termenul de contestare a documentației, raportat la dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și la cele corespondente din art.... alin. (1) C. proc. civ., Consiliului îi este interzis să o cerceteze și să se pronunțe inclusiv chiar sub aspectul legalității.

La acest moment al procedurii, comunicarea rezultatului procedurii nu mai pot emite pretenții vizavi de înțelegerea/întinderea unor cerințe din cuprinsul documentației de atribuire.

Împrejurarea relatată de contestatoare, potrivit căreia cerința privind profitul a fost interpretată într-o manieră excesivă și disproporționată față de scopul verificării capacității economico-financiare, care este de a demonstra o situație financiară stabilă, nu profitabilitate continuă, nu este judicioasă și nu va fi reținută de Consiliu în soluționare ca fiind de natură a conduce la abordarea îmbrățișată de ofertantă.

Era în sarcina ofertantei să analizeze riguros documentația de atribuire, prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu.

Autoarea contestației prin intermediul contestației formulează în fapt, critici privind documentația de atribuire. Aprecierile contestatoarei vizavi de modul de înțelegere/interpretare a conținutului cerințelor din cadrul documentației de atribuire vizavi de cerința reclamată privind profitabilitatea, nu pot fi primite de Consiliu în soluționare atâta vreme cât la acest moment al procedurii, respectiv *etapa de comunicare a rezultatului procedurii*, ofertanta a luat la cunoștință despre cerința în discuție încă de la data publicării documentației de atribuire, respectiv la....

Odată depășit termenul de contestare a documentației, raportat la dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și la cele corespondente din art.... alin. (1) C. proc. civ., Consiliului îi este interzis să o cerceteze și să se pronunțe inclusiv sub aspectul legalității.

Dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016 prevăd:

Art. 8. - (1) 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:

a) 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/sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către... al... a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii;

b) 7 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... al... a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

(2) În cazul în care **contestația privește conținutul documentației de atribuire, publicată în sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire.**

Așadar, raportat la normele art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și la cele ale art.... C. proc. civ., este incidentă tardivitatea reclamării cerințelor din documentația de atribuire.

În considerarea celor antemenționate sunt relevante susținerile achizitoarei potrivit cărora:

Cu titlu preliminar, înțelegem să arătăm că prin critica pur formală a modalității de interpretare a criteriului de selecție, contestatoarea nu face altceva decât să conteste documentația de atribuire. Contestând acest criteriu de selecție sub aspectul încălcării prevederilor art. 2, alin. (2), lit. b), lit. d) și lit. e) din Legea nr. 98/2016... contestă documentația de atribuire. Or, conform prevederile art. 16, alin. (1) raportate la prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016 termenul de contestare a actului pretins vătămător (documentația de atribuire) este mult depășit, în condițiile în care anunțul de participare a fost publicat la data de.... În acest context subliniem totodată, că motivul invocat în prezenta contestație - referitor la interpretarea cerinței privind profitabilitatea - nu a fost formulat anterior în contestația depusă de... împotriva documentației de atribuire, înregistrată la... sub nr.... Acest aspect nu a fost analizat de... în cadrul Deciziei nr.... și nu a făcut obiectul măsurilor de remediere dispuse. Documentația de atribuire a fost modificată și completată prin eratele nr.... și nr.... care au fost comunicate ambilor ofertanți și publicate pe site-ul oficial al autorității contractante. Prin urmare, interpretarea cerinței privind profitabilitatea continuă nu poate fi contestată ulterior, în afara cadrului procedural prevăzut de Legea nr. 101/2016.

Așa cum a fost reținut, Consiliul a precizat că prevederile documentației și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire.

Întinderea/înțelegerea asupra modului de îndeplinire a cerinței reclamate care a stat la baza decizei de respingere a ofertei contestatoare nu mai poate face obiectul analizei Consiliului, la etapa comunicării rezultatului procedurii, inclusiv sub aspectul legalității respectivelor cerințe.

Dacă existau obiecțiuni de nelegalitate în privința conținutului documentației de atribuire, operatorii economici trebuiau să îl conteste înainte de expirarea termenului legal, iar nu să aștepte rezultatul procedurii pentru a îi reclama nelegalitatea. Prin întocmirea și depunerea propriei oferte în baza documentației primite de la autoritate, petenta a acceptat tacit și a dat eficiență tuturor clauzelor din respectiva documentație, inclusiv a celor pe care le apreciază nelegale, astfel că față de invocarea la această dată a nelegalității ei, raportat la normele art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și la cele ale art.... C. proc. civ., este incidentă tardivitatea reclamării cerințelor din documentația de atribuire.

Recapitulând ansamblul considerentelor expuse, Consiliul reține că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă (în această direcție s-au pronunțat, de pildă..., Secția contencios administrativ și fiscal, în decizia nr.... din 12

ianuarie..., cod ReJust 39gd8e7....., Secția a IX-a de contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr.... din 12 august..., cod ReJust 736ee28e, în decizia nr.... din 17 iunie..., cod ReJust 28993ed2, în decizia nr.... 4 din 8 octombrie..., cod ReJust 845de6d9, și în decizia civilă nr. 1417 din 9 septembrie..., cod ReJust gg2g5696, și..., Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr.... din 16 mai..., cod ReJust... e).

Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora (... , Secția a IX-a de contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr.... din 1 aprilie..., cod ReJust 65ed4d74, și decizia civilă nr.... din 4 martie..., cod ReJust..., și..., Secția a III-a contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr.... din 21 decembrie..., cod ReJust...).

În concluzie, Consiliul achiesează la concluziile la care a ajuns autoritatea contractantă (în concluzie, în considerarea celor de mai sus, aplicarea acestei cerințe de calificare a fost făcută în mod egal și nediscriminatoriu, conform art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016: s-a urmărit profitul obținut în ultimii 3 ani (nu per ansamblu, nu global), cerința din documentația de atribuire fiind clară, în concordanță cu normele de drept substanțial incidente, nefiind susceptibilă de interpretări. Deși contestatarul invocă o interpretare alternativă, cerința privind profitul trebuie interpretată în sensul existenței unui rezultat pozitiv în fiecare an, aceasta fiind singura modalitate în care se poate realiza o evaluare pertinentă și obiectivă a capacității financiar și profitabilității unui ofertant) respectiv de neconformitate a ofertei depusă de... în cauza expusă și susține că ofertanții au obligația de a întocmi ofertele cu respectarea prevederilor documentației de atribuire, după cum rezultă din dispozițiile art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, potrivit cu care „Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...).”.

În atari condiții, respingerea ofertei... fiind legală, cele susținute de contestatoare sunt nefondate. Neexistând motive întemeiate pentru infirmarea măsurii luate de autoritate sau pentru anularea rezultatului procedurii de atribuire, Consiliul urmează să respingă criticile formulate de societatea contestatoare.

Se are în vedere că autoarea contestației reclamă și aspecte legate de refuzul nejustificat al achizitoarei privind accesul la documentele procedurii de achiziție.

Astfel, contestatoarea susține că după primirea comunicării privind excluderea (adresa nr.....) a solicitat prin adresa nr....., transmiterea documentelor din dosarul achiziției, pentru a putea formula o contestație fundamentată și pentru a verifica legalitatea evaluării ofertelor.

Prin răspunsul nr...., autoritatea contractantă a comunicat că „procedura de atribuire nu este finalizată” și că documentele nu pot fi

transmise până la expirarea termenului de contestație, invocând art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

Față de susținerile contestatoarei achizitoarea a explicat următoarele:

Referitor la solicitarea contestatorului privind accesul la dosarul achiziției, vă comunicăm că, prin adresa nr....., transmisă prin mail către ofertantul..., acesta a fost invitat oficial la sediul autorității contractante pentru vizualizarea dosarului procedurii, cu posibilitatea multiplicării documentelor solicitate, însă, urmare contestației, autoritatea contractantă a decis ca atribuirea contractului să se facă după soluționarea contestației de către..., astfel că, prin adresa nr....., s-a revenit și s-a comunicat contestatarului că documentele solicitate din dosarul achiziției se vor pune la dispoziție, în format pdf, așa cum s-a solicitat, cu respectarea art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

Față de cele mai sus redată reținându-se faptul că autoritatea contractantă prin intermediul adresei nr..... a comunicat ofertantei contestatoare: Documentele vor fi puse la dispoziție pentru vizualizare, iar copiile acestora, la cererea dvs.. vor putea eliberate în măsura în care nu conțin informații declarate confidențiale de ofertanți, conform prevederilor legale și, prin intermediul adresei nr.....: Ca urmare a solicitării dumneavoastră, vă înaintăm, în format pdf, documentele solicitate:

- Raportul intermediar al procedurii;
- Propunerea tehnică și financiară a ofertantului declarat câștigător;
- Răspunsul la clarificările formulate în cadrul procedurii;
- Justificările de preț/cost - nu este cazul,

se constată caracterul nefondat al criticilor privind refuzul nejustificat al achizitoarei privind accesul la documentele procedurii de achiziție.

Analiza actului atacat al autorității contractante, din punctul de vedere al legalității și temeiniciei, s-a efectuat prin prisma motivelor invocate de societatea contestatoare, în acord cu principiul disponibilității care guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului [art. 26 alin. (2) partea introductivă din legea remediilor și art. 9 alin. (2) C. proc. civ. - obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților].

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

În temeiul art. 26 alin. (6) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge, ca nefondată, contestația formulată de..., în contradictoriu cu....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

Redactat practicaua deciziei

Redactată în 4 exemplare originale, conține 20 pagini.