

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 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 62429/02.12.2021, formulată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI ..., în calitate de lider al Asocierii SC ... SRL – SC ... SRL, împotriva rezultatului procedurii cuprins în raportul procedurii nr. 16600/24.11.2021 și în adresa de comunicare nr. 16605/24.11.2021, emise de PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ..., cu sediul ..., Piața ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate de atribuire a contractului de achiziție publică având ca obiect *«Execuție de lucrări Componenta A, pentru obiectivul de investiții „Reabilitarea și modernizarea Casei de Cultură ...”, transformarea acesteia în Centru Cultural multifuncțional»*, s-a solicitat:

- anularea comunicării nr. 16605/24.11.2021;
- anularea raportului procedurii nr. 16600/24.11.2021, prin care oferta Asocierii SC ... SRL - SC ... SRL a fost respinsă ca inacceptabilă, iar oferta SC ... SRL a fost desemnată câștigătoare;
- anularea tuturor actelor subsecvente, precum și a tuturor actelor emise anterior de autoritatea contractantă, în ceea ce privește declararea și respingerea ofertei Asocierii SC ... SRL - SC ... SRL ca inacceptabilă și declararea ofertei SC ... SRL ca fiind câștigătoare;
- constatarea faptului că oferta Asocierii SC ... SRL - SC ... SRL este acceptabilă, îndeplinind condițiile și cerințele minime de participare stabilite prin fișa de date a achiziției;
- obligarea autorității contractante la evaluarea și punctarea ofertei depusă de Asocierea SC ... SRL - SC ... SRL și emiterea unui nou clasament, cu luarea în considerare a acestei oferte.

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 rezultatul procedurii cuprins în raportul procedurii nr. 16600/24.11.2021 și în adresa de comunicare nr. 16605/24.11.2021, solicitând adoptarea măsurilor de remediere precizate mai sus.

Preliminar, contestatoarea arată că justifică un interes în procedura de atribuire având în vedere că a depus ofertă, iar prețul pe care l-a oferat este mult mai scăzut decât cel oferat de SC ... SRL, în condițiile în care criteriul de atribuire este prețul cel mai scăzut. (19.428.845,37, fără TVA)

Totodată, arată că prin actele contestate a fost prejudiciat, oferta sa fiind considerată inacceptabilă, cu toate că îndeplinește cerințele minime de calificare solicitate de autoritatea contractantă prin fișa de date a achiziției.

Contestatoarea face precizarea că în etapa de verificare a DUAЕ, în urma răspunsului său la solicitarea de clarificări, oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă.

SC ... SRL susține că nu reprezintă o modificare a ofertei faptul că a răspuns solicitării de clarificări prin prezentarea acordului de asociere completat conform modelului, ceea ce nu schimbă condițiile inițiale ale asocierii, ci doar le transpune pe modelul autorității contractante.

Lipsa unor informații din acordul de asociere depus inițial se încadrează în categoria viciilor de formă, iar completarea acordului de asociere prin transpunerea acestuia pe modelul propus de autoritatea contractantă este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul informațiilor existente în DUAЕ și în cadrul propunerii tehnice depuse.

Așadar, informațiile existente la nivelul DUAЕ și propunerii tehnice arată că lucrările se desfășoară în comun, ambii asociați urmând să execute oricare dintre lucrările aferente contractului de achiziție publică. Mai mult decât atât, petenta susține că lipsa informațiilor la care face referire autoritatea contractantă nu are ca scop eludarea principiilor asocierii sau a răspunderii asociaților, cu atât mai puțin cu cât raporturile dintre asociați și față de terți sunt reglementate în Noul Cod Civil, art. 1953, iar legislația aplicabilă achizițiilor publice - art. 185 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 prevede răspunderea solidară a membrilor asocierii, fapt care, în opinia sa, evidențiază că oferta avea încă de la început în vedere acest aspect.

Aceasta susține că omisiunea de a insera clauza privind răspunderea solidară a membrilor asocierii și a celorlalte articole este cauzată de o eroare de redactare, având în vedere că în contractele administrative asumarea răspunderii este obligatorie, toate aceste

aspecte fiind precizate și la nivelul fișei de date, rezultând că acestea au fost asumate în momentul depunerii ofertei.

În contestație se invocă prevederile art. 134 din HG nr. 395/2016 și art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări și/sau completări ale documentelor prezentate în cadrul ofertelor, cu respectarea principiilor statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, printre și principiul proporționalității, înțeles ca fiind egala măsură între ceea ce se face și cum se sancționează.

Sanționarea unei oferte cu respingerea, ca inacceptabilă, în cazul în care a fost depusă de un ofertant care a prezentat cu lipsuri un document menționat în DUAЕ (acordul de asociere), conform art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, nu reprezintă o sancțiune ce intervine automat, pentru nerespectarea condițiilor de prezentare a documentului, ci trebuie interpretat în sensul în care, după parcurgerea tuturor etapelor de clarificare și/sau completare a documentului (în acord cu prevederea de la art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016), acestuia încă îi lipsesc informațiile care să conducă la concluzia că ofertantul îndeplinește cerințele de calificare. Concluzia se impune chiar din conținutul prevederii de la art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, care nu restrânge plaja de documente care pot face obiectul clarificării și/sau al completării.

Astfel, contestatoarea consideră ca oferta sa a fost declarată inacceptabilă în mod ilegal, ținând cont că, în urma solicitărilor de clarificări, aceasta a depus Acordul de Asociere pe formatul solicitat de autoritatea contractantă, oferta sa fiind, la acest moment, completă și acceptabilă în ceea ce privește documentele de calificare.

Scopul autorității contractante este (sau ar trebui să fie) acela de a clarifica și completa, dacă este cazul, anumite aspecte privind oferta, astfel încât să se poată asigura că ofertanții respectă solicitările sale în fond.

Contestatoarea este de părere că prin răspunsul său din data de 06.09.2021, la solicitarea nr. 11976/31.08.2021, a remediat o greșeală, transmițând autorității contractante acordul de asociere nr. 01/19.08.2021, care cuprinde explicit și clauzele care nu s-au regăsit, dintr-o evidentă eroare, inițial în acordul de asociere.

Aceasta arată că din atitudinea manifestată de autoritatea contractantă, prin declararea ofertei sale ca fiind inacceptabilă pe motiv că nu a răspuns întrebării *„de ce nu s-a încărcat modelul de acord de asociere propus de autoritatea contractantă”*, reiese în mod vădit că autoritatea contractantă nu a dorit să clarifice în mod real aspectul condițiilor asocierii, nefiind interesată de conținutul efectiv al documentelor, ci mai degrabă urmărind descalificarea ofertanților pe aspecte irelevante în cauză.

Pentru toate considerentele de mai sus, contestatoarea solicită Consiliului să admită contestația formulată și să dispună în sensul măsurilor precizate în partea introductivă a prezentei decizii.

PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ... a transmis o serie de documente necesare în soluționare, precum și punctul său de vedere nr. 17444/10.11.2021, înregistrat la Consiliu cu nr. 64538/10.12.2021, prin care solicită respingerea contestației ca nefondată.

Autoritatea contractantă face precizarea că evaluarea ofertelor s-a realizat cu respectarea prevederilor în vigoare în domeniul achizițiilor publice și în baza documentației de atribuire publicată în SEAP.

În evaluarea ofertelor, în etapa de evaluare a documentelor de calificare, comisia de evaluare a constatat următoarele neconformități în cadrul ofertei prezentată de Asociera SC ... SRL - SC ... SRL: conform fișei de date, la cap. III. 1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională s-a solicitat: *„În cazul depunerii unei oferte comune, DUAЕ va fi completat de către fiecare operator economic în parte. O dată cu depunerea DUAЕ, ofertanții vor prezenta și Acordul de asociere. În cazul unei asocieri se completează și se prezintă formularul model „Acord de asociere”. Dacă oferta este declarată câștigătoare, se va legaliza asocierea, iar contractul de asociere legalizat va fi prezentat Achizitorului, înainte de data semnării contractului, aceasta fiind o condiție necesară și obligatorie pentru semnarea și îndeplinirea viitorului contract. Oferta trebuie să cuprindă acordul de asociere în care să se menționeze că toți asociații își asumă răspunderea solidară pentru îndeplinirea contractului, că liderul asocierii este împuternicit să se oblige și să primească instrucțiuni de la și în numele tuturor asociaților, individual și colectiv, și că liderul asocierii este responsabil pentru îndeplinirea contractului, inclusiv plățile. Structura sau constituirea asociației nu va fi modificată pe toată durata contractului, decât cu aprobarea autorității contractante și numai în situații excepționale. Acordul de asociere va purta obligatoriu nr. de înregistrare, va fi ștampilat și semnat.*

În cadrul documentației de atribuire a fost publicat Formularul nr. 3 - Acord de asociere, în care la punctul nr. 5 se prevedea:

5. RĂSPUNDERE

5.1 Părțile vor răspunde solidar și individual în fața Beneficiarului în ceea ce privește toate obligațiile și responsabilitățile decurgând din sau în legătură cu Contractul.

În cadrul ofertei, ASOCIEREA SC ... SRL - SC ... SRL a prezentat Acordul de Asociere nr. 1 din 19.08.2021, care a fost prezentat conform formularului autorității contractante, dar din care părțile au eliminat punctul nr. 5 în care se prevedea că părțile răspund solidar și individual în fața Beneficiarului, cu toate că aceasta era solicitat în mod expres și în Fișa de date.

De asemenea, ofertantul a eliminat și punctul

6 - ALTE CLAUZE.

6.1 Asociații convin să se susțină ori de câte ori va fi nevoie pe tot parcursul realizării contractului, acordându-și sprijin de natură tehnică, managerială sau/și logistică ori de câte ori situația o cere.

6.2 Nici una dintre Părți nu va fi îndreptățită să vândă, ceseze sau în orice altă modalitate să grezeze sau să transmite cota sa sau parte din aceasta altfel decât prin efectul legii și prin obținerea consimțământului scris prealabil atât al celorlalte Părți, cât și a Beneficiarului.

Autoritatea contractantă susține că prin eliminarea celor prevăzute la 6.2 nu se îndeplinește nicio altă cerință prevăzută în mod expres în fișa de date cu privire la clauzele obligatorii pe care trebuie să le cuprindă acordul de asociere, și anume aceea privind faptul că structura sau constituirea asociației nu va fi modificată pe toată durata contractului, decât cu aprobarea autorității contractante și numai în situații excepționale.

Drept urmare, prin adresa nr. 11976/31.08.2021, a solicitat Asocierii SC ... SRL - SC ... SRL să clarifice de ce din Formularul Acord de asociere postat în SEAP în cadrul documentației de atribuire lipsesc punctele 5, 6 și 7.

Prin răspunsul transmis de ofertant la această solicitare, acesta a transmis un al Acord de asociere modificat, context în care comisia de evaluare a hotărât că oferta prezentată de Asocierea SC ... SRL - SC ... SRL este inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, deoarece în acordul de asociere nu se regăseau cerințe formulate în mod expres în fișa de date cu privire la conținutul acestuia, cerințe care au fost introduse de către autoritatea contractantă în formularul postat în SEAP în cadrul documentației de atribuire.

Comisia de evaluare nu a fost de acord cu răspunsul transmis de ofertantul Asocierea SC ... SRL - SC ... SRL cu privire la neconformitățile cuprinse în acordul de asociere, deoarece prin acceptarea acestei modificări a ofertei se încălca în primul rând principiul tratamentului egal, având în vedere că în cadrul procedurii a mai fost prezentă o asociere, iar acordul de asociere prezentat de acest ofertant îndeplinește întocmai condițiile impuse de autoritatea contractantă în documentația de atribuire.

În opinia autorității contractante, motivele invocate de Asocierea SC ... SRL - SC ... SRL în cadrul contestației formulate nu pot fi luate în considerare, întrucât:

- contestatoarea precizează în mod eronat că oferta sa îndeplinește cerințele minime de calificare solicitate de către autoritatea contractantă prin Fișa de date a achiziției, respectiv că este conformă în raport cu documentația de atribuire, deoarece aceasta nu îndeplinea

cerințe precizate în mod expres în Fișa de date pe care trebuia să le conțină acordul de asociere;

- contestatoarea consideră în mod eronat că nu a modificat oferta și că a prezentat în urma solicitării de clarificări un Acord de asociere prin care nu schimbă condițiile inițiale ale asocierii, deoarece noul acord de asociere prezentat are clauze suplimentare care conțin obligații suplimentare ale asociaților;

- lipsa unor informații din acordul de asociere depus inițial nu poate fi încadrată în categoria viciilor de formă.

Autoritatea face precizarea că în cadrul documentației de atribuire autoritatea contractantă a prezentat în format editabil (word) un formular în care ofertanții trebuiau doar să își completeze datele personale, însă ofertantul a modificat acest formular pe care l-a prezentat în cadrul ofertei sale, dar în care a eliminat punctele 5, 6 și 7, în urma solicitării de clarificări nefiind prezentată nicio explicație în acest sens.

În acord cu prevederilor art. 135 din HG nr. 395/2016, prin acceptarea acestei modificări se producea un avantaj în comparație cu un alt ofertant în condițiile în care și acesta era o asociere care a prezentat acordul de asociere în conformitate cu cerințele din fișa de date. De asemenea ofertantul nu a prezentat în răspunsul transmis faptul că aceste omisiuni erau susținute în mod neechivoc de alte documente din cadrul ofertei inițiale. În cadrul contestației ofertantul afirmă că aceste modificări operate în Acordul de asociere ar fi susținute de anumite elemente din DUAE și din propunerea tehnică, însă nu a indicat concret care sunt acestea.

Autoritatea contractantă susține că nu poate lua în considerare nici faptul că necuprinderea în acordul de asociere a punctelor 5, 6 și 7 din acordul de asociere model este o eroare de redactare, deoarece acest formular a fost la dispoziție în format editabil, însă ofertantul a eliminat anumite puncte din acesta.

Autoritatea contractantă susține că nu a solicitat ofertantului completarea ofertei cu un nou acord de asociere, întrucât a considerat că prin aceasta ar încălca principiul tratamentului egal. În conformitate cu prevederile legale în vigoare ofertantul are obligația de a prezenta o ofertă în conformitate cu documentația de atribuire, ori acordul de asociere prezentat de ofertant nu respectă cerințele formulate în mod expres în fișa de date cu privire la clauzele obligatorii pe care trebuie să le cuprindă acest acord, cu atât mai mult cu cât autoritatea contractantă a publicat și un formular de acord de asociere, în format editabil, în cadrul documentației de atribuire.

În susținerea celor expuse mai sus, autoritatea a anexat și decizia civilă nr. 1279/2013 a Curții de Apel Cluj, unde se observă că într-o speță similară, în care autoritatea contractantă a precizat doar în fișa de date obligativitatea răspunderii solidare a asociaților, omițând chiar să o

mai precizeze în formularul pus la dispoziție ofertanților, observând că în Acordul de asociere aceștia nu au prezentat clauza privind răspunderea solidară, autoritatea contractantă a exclus direct ofertantul fără a mai solicita nicio clarificare în acest sens, aspect procedural considerat legal și justificat de către Curtea de Apel.

În replică, în urma vizualizării și analizei punctului de vedere transmis de Primaria Municipiului ..., SC ... SRL a formulat răspuns la acesta.

Față de considerentul că ofertantul a intenționat depunerea unei oferte inacceptabile prin eliminarea deliberată a articolelor 5, 6 și 7 din modelul de acord de asociere, contestatoarea arată că această afirmație reprezintă o premisă neargumentată și falsă de la care autoritatea a început evaluarea, interpretarea și aplicarea prevederilor legale.

Contestatoarea reiterează că absența acelor articole reprezintă o eroare de redactare, susținută de interesul său în participarea la procedură și atribuirea contractului, raportat la toate aspectele asumate și la toate costurile cu redactarea ofertei pentru participarea la procedură.

În ceea ce privește afirmația autorității contractante că au fost eliminate acele puncte din modelul de acord de asociere, petenta precizează că acel model de acord de asociere este unul propus de ANAP și care preia, în diferite proceduri, forme diverse (mai mult sau mai puțin complexe). Astfel, arată că completarea acestuia s-a făcut pe un model de formular similar în care, dintr-o eroare de redactare, nu s-au salvat modificările făcute prin introducerea articolelor 5, 6 și 7.

Aceasta reiterează că asumarea răspunderii solidare și a celorlalte aspecte (omise eronat) reiese din modul în care este abordată oferta sa, din structura acesteia și, mai mult decât atât, din însăși obligația legală intrinsecă a Asocierilor. Depunerea acordului de asociere în formatul precizat de către autoritatea contractantă nu poate fi asimilată "modificării" de ofertă, autoritatea limitând interpretarea art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 strict la fraza aferentă, fără a avea în vedere tot cadrul legislativ al Legii achizițiilor publice și principiile de bază ale procesului de achiziție publică, printre care "*asumarea răspunderii*".

Față de afirmația autorității că oferta contestatorului a fost descalificată întrucât acesta nu a acordat explicații în sensul cerut prin solicitarea de clarificări, petenta consideră că comisia de evaluare nu a înțeles ce reprezintă răspunsul la o solicitare de clarificări, anume de a avea, în final, o oferta acceptabilă/inacceptabilă în fondul ei și nu acela de a avea explicații de genul celor ce se subînțeleg a fi solicitate de Primăria Oraștie.

Mai mult, aceasta reiterează că în răspunsul la solicitarea de clarificări a precizat că a transmis Acordul de asociere corectat, motiv

pentru care nu a considerat că mai sunt necesare și alte explicații suplimentare.

Contestatoarea învederează că autoritatea contractantă folosește o speță (proba) - Decizia civilă nr. 1279/2013, emisă de Curtea de Apel Cluj, Decizie care a fost luată în baza unei legislații abrogate și care nu poate fi folosită ca speță relevantă, având în vedere că noul pachet legislativ aduce modificări considerabile procesului de achiziție publică, reglementează diferit fondul procesului de achiziție publică și concretizează mai profund principiile care guvernează procesul achizițiilor publice.

Din aceste motive consideră că oferta sa a fost declarată inacceptabilă în mod ilegal, solicitând adoptarea măsurilor precizate în introducerea acestei decizii.

Cu adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 65982/17.12.2021, ... SRL, a formulat concluzii scrise, prin care reiterează solicitările adresate Consiliului prin intermediul contestației.

În completarea susținerilor prezentate în contestație și în răspunsul la punctul de vedere exprimat de autoritatea contractantă, contestatoarea

solicită Consiliului să observe că susținerile autorității contractante sunt netemeinice și nefondate.

Astfel, citând dispozițiile art 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, precizează că în legislația aplicabilă domeniului achizițiilor publice nu se regăsesc texte care să prevadă imposibilitatea exercitării dreptului autorității contractante, prevăzut în acest articol de lege, și în ceea ce privește documentele anexate DUAE.

Totodată, în acord cu dispozițiile art. 135 din HG 395/2016, solicită observarea faptului că, în speță:

- a răspuns solicitării de clarificări venită din partea autorității contractante, cu adresa datată 06.09.2021, care cuprinde precizarea *„Anexăm la prezenta Acordul de asociere corectat conform formular model prezentat în SEAP de către autoritatea contractantă care conține toate informațiile solicitate”*.

- nu numai că a răspuns solicitării de clarificări, dar a atașat și Acordul de asociere în forma corectă, formularul corectat având rol de clarificare sau de confirmare, așa cum prevede art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

Astfel, consideră că fiind corectat formularul de acord prin introducerea celor 3 articole (5, 6 și 7) care au fost omise inițial dintr-o eroare de tehnoredactare, a clarificat și confirmat că înțelege să își asume răspunderea în solidar în fața beneficiarului, respectiv că nu are dreptul de a modifica structura asociației fără acordul beneficiarului.

- această corecție a fost pentru un viciu de formă minor, astfel încât, consideră că declararea ofertei sale ca fiind inacceptabilă ca urmare a acestei corecții dă dovadă de un formalism excesiv și apare ca

o încălcare a principiului proporționalității între ce se face și ceea ce se sancționează, principiu prevăzut de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

- această corecție nu este în mod cert de natură a duce la un avantaj incorect față de ceilalți participanți la procedură, cu atât mai mult cu cât acordul de asociere anexat la ofertă oricum ar urma să suporte modificări la momentul încheierii contractului de achiziție publică, având în vedere prevederile pet III. 1.3.a, Cerința 2. Asocierea din Fișa de date a achiziției, conform căroră: *„Dacă oferta este declarată câștigătoare, se va legaliza asocierea, iar contractul de asociere legalizat va fi prezentat Achizitorului, înainte de data semnării contractului, aceasta fiind o condiție necesară și obligatorie pentru semnarea și îndeplinirea viitorului contract”*.

- autoritatea contractantă nu are niciun temei să considere că acea omisiune a fost intenționată, iar eventualele bănuieli ale acesteia nu sunt nici probate și nici fondate. Astfel, în ceea ce privește răspunderea solidară a asociaților din asociere, aceasta este solidară *ope legis*, având în vedere dispozițiile art. 1.953 din Codul civil aprobat prin Legea nr. 287/2009.

Având în vedere prevederile art. 1953 alin. (2) și (4) din Cod civil, solidaritatea asociaților nu numai că este impusă imperativ de lege, precizarea în acordul de asociere a acestei solidarități fiind doar o chestiune de formă superfluă, dar chiar și dacă ar fi prevăzut contrariul în acordul de asociere, acea clauză ar fi fost inopozabilă autorității contractante.

Petenta subliniază că limitele derogării de la prevederile normative ce reglementează asocierea sunt în mod expres prevăzute la art 1.954 Cod civil: *„Cu excepția dispozițiilor prevăzute la art. 1.949 - 1.953, convenția părților determină forma contractului, întinderea condițiile asocierii, precum și clauzele de dizolvare și lichidare a acesteia”*.

În aceeași situație se află și celelalte prevederi omise din acordul de asociere, având în vedere că prin acord era stabilit liderul asocierii, care, prin natura acestuia de lider (conducător), dobânda dreptul de reprezentare al asociației, iar art. 2 alin. (2) din Legea 101/1916 prevede că *„(2) Oricare dintre membrii unei asocieri a unor operatori economici, fără personalitate juridică, poate formula orice cale de atac reglementată de prezenta lege”*. Or, cine poate mai mult, poate și mai puțin. Ca atare, dacă oricare dintre asociați primește dreptul de a reprezenta asocierea în cadrul procedurilor prevăzute de Legea nr. 101/2016, cu atât mai mult liderul asocierii are dreptul de reprezentare a asocierii în relația cu terții.

Și în ce privește eventuala înlocuire a unuia dintre membrii asocierii doar cu acordul autorității contractante, această clauză este subînțeleasă din întreaga legislație a achizițiilor publice (care nu permite modificarea condițiilor inițiale decât în situații special reglementate de lege și exclusiv

cu acordul autorității contractante), dar și în lumina dispozițiilor art. 1953 din cod civil.

În acest context normativ, contestatoarea susține că nu avea niciun motiv de drept sau de fapt să omită intenționat includerea celor 3 clauze în Acord, subliniind că omiterea acestora nu este de natură a-i crea vreun avantaj față de ceilalți participanți la achiziție.

Mai mult, arată că asumarea răspunderii solidare și a celorlalte aspecte omise eronat reies din modul în care este abordată oferta sa, din structura acesteia și documentația DUAЕ depusă pentru ambii membri ai asocierii.

Având în vedere că art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 nu restrânge plaja de documente care pot face obiectul clarificării și/sau al completării, sancționarea unei oferte cu respingerea, ca inacceptabilă, nu intervine automat în cazul în care a fost depusă de un ofertant care nu a prezentat, în mod identic cu cel dat ca model de autoritatea contractantă, un document menționat în DUAЕ (acordul de asociere).

Contestatoarea precizează că în acord cu dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, această sancțiune nu intervine automat pentru nerespectarea condițiilor de prezentare a documentului. Acest text normativ trebuie interpretat în sensul în care, după parcurgerea tuturor etapelor de clarificare și/sau completare a documentului (în acord cu prevederea de la art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016), acestuia încă îi lipsesc informațiile care să conducă la concluzia că ofertantul îndeplinește cerințele de calificare, se aplică sancțiunea declarării ofertei ca inacceptabilă, însă în speța de față nu ne regăsim într-o astfel de situație, întrucât prin răspunsul la cererea de clarificări asocierea a lămurit toate aspectele, dovedind că îndeplinește condițiile de calificare.

Aceasta apreciază că însăși autoritatea contractantă a dovedit dreptul său de a aduce clarificări ofertei în acest caz, inclusiv prin corectarea formularului de acord de asociere, tocmai prin solicitarea de clarificări transmisă prin adresa nr. 11976/31.08.2021.

Contestatoarea subliniază că dacă autoritatea contractantă ar fi considerat că acordul de asociere nu îndeplinește condițiile din documentația de atribuire și nici nu poate fi corectat pentru a duce la îndeplinirea acestor condiții, nu ar mai fi existat rațiunea să transmită solicitarea de clarificări, ci ar fi declarat direct oferta inacceptabilă.

Opinia sa este că odată transmisă solicitarea de clarificări, autoritatea putea să declare oferta inacceptabilă doar în două situații: refuzul de a îndrepta viciile de formă sau neconcludența completărilor transmise, însă prezenta speță nu se regăsește în niciuna dintre aceste două situații, întrucât asocierea nu numai că nu a refuzat corecția, dar a și efectuat-o prin introducerea celor 3 articole din Acord nesusluate, iar această corecție era cât se poate de concludentă, eliminând orice diferențe între formularul de acord pus la dispoziție de autoritate și cel atașat la ofertă.

Mai mult, consideră că autoritatea contractantă dă dovadă de un dublu standard pentru aprecierea ca acceptabile a corecturilor unor erori ale ofertelor în cadrul procedurii. Astfel, prin procesul verbal al ședinței de vizualizare a ofertelor și analizării garanției de participare nr. 11693/25.08.2021, autoritatea contractantă a constatat, în ceea ce privește Societatea ... SRL, că aceasta a prezentat Polița de asigurare de garanții în care quantumul garanției de participare, respectiv suma asigurată este de 1976 lei (în loc de valoarea de 197.585,34 lei fără TVA), suma de 1976 lei necorespunzând Fișei de date. Astfel, la punctul III. 1.6. privind "Garanția de participare", s-au precizat următoarele: *„Ofertantul trebuie să facă dovada constituirii garanției de participare în quantum de 1% din valoarea estimată a contractului de achiziție, respectiv suma de 197.585,34 lei, fără TVA”*. Mai mult, în urma analizei poliței de asigurare s-a constatat că în cadrul acesteia era precizată ca valoare a contractului de achiziție publică suma de 0 lei, sumă în mod evident mult diferită de valoarea estimată a contractului de achiziție, respectiv suma de 19.758.534,59 lei, fără TVA.

Or, teoretic aceste vicii nu puteau fi complinite sau corectate ulterior deschiderii ofertelor de către ofertantul SC ... SRL, întrucât garanția de participare la licitație trebuie să fie în quantumul stabilit și valabil la data deschiderii ofertelor, tocmai pentru a da posibilitatea autorității contractante să se îndeplinească din aceasta, în cazul în care sunt îndeplinite condițiile din fișa de date a achiziției pentru revendicarea garanției de către autoritate.

Polița de asigurare a garanției de participare la licitație, ca instrument de garantare emis de o societate de asigurare, permite autorității contractante să se adreseze emitentului în vederea încasării, în întregime sau, după caz, în parte, a sumei constituite cu titlu de garanție de participare și care obligă pe emitent la plata sumei solicitate de beneficiar.

În plus, polița de asigurare intră în vigoare doar la data la care a fost prevăzută în cuprinsul acesteia și nu poate fi modificată retroactiv de către emitent, din momentul emiterii acesteia de către asigurator nefiind permise modificări cu privire la conținutul acesteia decât cu acordul autorității contractante și care nu pot opera decât pentru viitor.

În acest context, chiar dacă ulterior deschiderii ofertelor ofertantul SC ... SRL ar fi încheiat o altă poliță de asigurare pe valoarea estimată corectă a contractului de achiziție publică, această nouă poliță nu putea produce efecte la data deschiderii ofertelor, astfel încât scopul acesteia nu putea fi îndeplinit conform voinței legiuitorului.

Deși în fișa de date a achiziției, la pct. IV.4.3, s-a precizat că împreună cu DUAЕ, propunerea tehnică și propunerea financiară se va depune și dovada constituirii garanției de participare, care se va încărca în SEAP odată cu oferta și trebuie să fie prezentată cel mai târziu la data și ora limită stabilită pentru depunerea ofertelor, respectiv că ofertele

care nu fac dovada constituirii garanției de participare vor fi respinse în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (2) din H.G. 395/2016, în urma răspunsului la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă a considerat că ofertantul SC ... SRL avea dreptul să aducă modificări ulterioare deschiderii ofertei garanției de participare la licitație, deși omisiunea în cazul de față era sancționată expres de fișa de datei achiziție. Totodată, arată că oferta societății ... SRL era mai mare decât a asocierii, în timp ce eroarea acesteia, de mult mai mică importanță, a fost considerată de necorectat.

Din motivele prezentate mai sus, contestatoarea solicită Consiliului să sancționeze decizia autorității contractante prin anularea, în parte, a documentației de atribuire în ceea ce privește calificarea Asocierii contestatoare ca inacceptabilă.

În calitate de autoritate contractantă, PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ... a inițiat o procedură de atribuire simplificată a contractului de achiziție publică având ca obiect «Execuție de lucrări Componenta A, pentru obiectivul de investiții „Reabilitarea și modernizarea Casei de Cultură ...”, transformarea acesteia în Centru Cultural multifuncțional»», prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. .../03.08.2021, împreună cu documentația de atribuire aferentă.

Valoarea estimată a contractului este de 19.758.534,59 lei fără TVA, iar criteriul de atribuire a fost „prețul cel mai scăzut”.

Potrivit declarației de participare, publicată în SEAP în data de 24.08.2021, și a procesului-verbal al ședinței de vizualizare a ofertelor și a evaluării garanției de participare nr. 11693/25.08.2021, au depus oferte 3 operatori economici, printre care și contestatoarea.

Conform raportului procedurii nr. 16600/24.11.2021, oferta depusă de Asocierea SC ... SRL – SC ... SRL a fost respinsă, ca inacceptabilă, în baza art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. (2) din HG nr. 395/2016, fiind declarată câștigătoare a procedurii de atribuire oferta depusă de SC ... SRL, cu un preț de 19.592.842,40 lei fără TVA, respectiv 99,16% din valoarea estimată.

Împotriva acestui rezultat, SC ... SRL a formulat prezenta contestație, în care critică motivele de respingere a ofertei asocierii al cărei lider este.

După depunerea contestației, SC ... SRL a transmis dovada constituirii cauțiunii, conform art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, actualizată, în cuantum de ... lei, prin consemnarea la CEC Bank – Sucursala Deva a sumei respective, conform recipisei de consemnare nr. ..., suma fiind consemnată la dispoziția Consiliului pentru contestația aferentă procedurii .../03.08.2021.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

Pe fondul cauzei, oferta depusă de Asocierea SC ... SRL – SC ... SRL a fost respinsă, ca inacceptabilă, în etapa de evaluare a DUAЕ, pe motiv că acordul de asociere prezentat odată cu DUAЕ nu conține punctele 5, 6 și 7 din modelul de formular de asociere din SEAP.

Inițial, autoritatea contractantă a solicitat acestui ofertant, prin adresa nr. 11976/31.08.2021, clarificări cu privire la acest aspect.

În urma acestei solicitări de clarificări, SC ... SRL a transmis un exemplar al acordului de asociere în care au fost incluse și punctele 5, 6 și 7 din modelul de contract, însă autoritatea contractantă a respins această ofertă, pe motiv că ofertantul a prezentat un alt acord de asociere decât cel prezentat inițial.

Consiliul consideră de un formalism excesiv respingerea ofertei contestatoarei pentru singurul motiv că acordul de subcontractare depus odată cu oferta nu a cuprins integral textul din formularul 3 din SEAP, fără a lua în considerare că în urma solicitării de clarificări, SC ... SRL a depus un acord de asociere în conformitate cu cel solicitat prin documentația de atribuire.

În soluționarea cauzei, Consiliul are în vedere că, potrivit prevederilor art. 209 din Legea nr. 98/2016:

„(1) În cazul în care informațiile 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 ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, **completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor** sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.

(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.”

Totodată, potrivit art. 134 din HG nr. 395/2016:

„(1) Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia.”

Depunerea unui acord de asociere refăcut reprezintă **o completare de confirmare**, care nu încalcă principiile achizițiilor publice, neproducând un avantaj ofertantului în cauză, având în vedere că acordul în cauză este un formular tipizat, care se regăsește în documentația de atribuire. O astfel de modificare a acordului de subcontractare reprezintă evident un viciu de formă, informațiile

respective regăsindu-se în formularul tipizat iar articolele care lipseau nu necesitau vreo completare olografă din partea membrilor asocierii, textul integral al celor 3 articole care au făcut obiectul completării, regăsindu-se integral în Formularul 3, identic pentru toți ofertanții. În aceste condiții, autoritatea contractantă trebuia să facă aplicarea prevederilor art. 134 alin. (7) din HG nr. 395/2016 („Prin excepție de la dispozițiile alin. (6), oferta va fi considerată admisibilă în măsura în care modificările operate de ofertant în legătură cu propunerea sa tehnică se încadrează în una din categoriile de mai jos: a) pot fi încadrate în categoria viciilor de formă”), coroborat cu art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016 („În sensul dispozițiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau **a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare**, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire”).

Consiliul nu poate reține susținerile autorității contractante, potrivit căroră lipsa unor informații din acordul de asociere nu poate fi încadrată în categoria viciilor de formă. Potrivit art. 135 ali (3) din HG nr. 395/2016, viciile de formă reprezintă și acele informații a căror completare are rol de clarificare sau completare, ori în cazul de față informațiile în cauză, respectiv art. 5, 6 și 7 din formularul de acord de asociere, au caracter de confirmare.

Consiliul mai reține neclaritatea solicitării de clarificări, prin care, după expunerea situației, autoritatea contractantă a solicitat doar: „Vă rugăm să clarificați.” În condițiile în care cel mai probabil răspuns la această solicitare de clarificare era depunerea unui acord de asociere refăcut, autoritatea contractantă trebuia să precizeze că nu este permisă depunerea unui acord de asociere refăcut, astfel încât o astfel de solicitare putea fi contestată.

Totodată, Consiliul observă atitudinea disproporționată a autorității contractante la evaluarea ofertei contestatoarei, pe care a respins-o pentru motive minore, mai ales în condițiile în care concurența era redusă doar la 3 ofertanți, ceea ce a avut ca rezultat admisibilitatea unei singure oferte, care a devenit câștigătoarea procedurii cu un preț foarte apropiat (99,16%) de valoarea estimată.

Consiliul nu poate lua în considerare jurisprudența invocată de autoritatea contractantă (Decizia civilă nr. 1279/2013 a Curții de Apel Cluj), având în vedere că între timp legislația după care s-a judecat acel dosar a fost abrogată.

Pentru toate aceste motive, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 98/2016, Consiliul va admite contestația depusă de SC ... SRL, în contradictoriu cu PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ..., va anula raportul procedurii nr. 16600/24.11.2021 cu privire la oferta depusă de SC ...

SRL și va dispune reevaluarea acestei oferte în conformitate cu considerentele de mai sus, în termen de 15 zile de la primire.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 98/2016, Consiliul admite, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu PRIMĂRIA MUNICIPIULUI ..., anulează raportul procedurii nr. 16600/24.11.2021 cu privire la oferta depusă de SC ... SRL și dispune reevaluarea acestei oferte în conformitate cu considerentele prezentei decizii, în termen de 15 zile de la primire.

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

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

Redactată în 4 exemplare, conține 15 (cincisprezece) pagini.