CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. A2174/02.04.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 13313/06.04.2020, formulată de către SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ..., CUI RO ..., reprezentată legal prin director general ..., împotriva raportului procedurii nr. 37/30.03.2020, emis de către ... S.A., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect *„țeavă din oțel (izolată și neizolată)”*, s-a solicitat: anularea deciziei de respingere a ofertei sale, modificarea punctului III.1.2) *Capacitatea economică și financiară* din fișa de date, în sensul că ofertantul trebuie să dovedească o medie a cifrei de afaceri generale pentru ultimele 3 exerciții financiare încheiate, respectiv 2018, 2017 și 2016 de cel puțin 713.000 euro, respingerea ofertei ... SRL, deoarece a declarat că au caracter confidențial documente care contravin prevederilor art. 129 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016 și reluarea procesului de evaluare a ofertelor, pe baza unui tratament de egalitate, transparență și bună credință, conform legislației în vigoare și a Legii nr. 99/2016.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost sesizat și este competent să soluţioneze contestaţia formulată de SC ... SRL, împotriva deciziei de respingere a ofertei sale, ca inacceptabilă și neconformă, și de declarare câștigătoare a procedurii a ofertei prezentată de ... SRL, potrivit raportului procedurii nr. 37/30.03.2020, publicat în SEAP.

Contestatoarea arată că decizia de declarare a ofertei sale ca inacceptabilă s-a raportat la prevederile art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, coroborat cu art. 143 alin. (2), lit. b) din HG nr. 394/2016, respectiv că la nivelul DUAE prezentat, ... nu a completat informațiile legate de îndeplinirea cerinței de calificare privind cifra de afaceri.

A) Referitor la cifra de afaceri, în contestație se arată că la documentul DUAE prezentat, ... a omis completarea câmpului „Situația economică și financiară - Cifra de afaceri medie anuală", însă, în temeiul art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă îi putea solicita să completeze sau să clarifice documentele depuse, însă nu a primit o astfel de solicitare.

Contestatoarea susține că media cifrei sale de afaceri pentru ultimele 3 exerciții financiare încheiate, de 23.964.305 euro, îndeplinește cerința din fișa de date, respectiv de 713.000 euro, cifra de afaceri pe ultimii trei ani fiind: anul 2017 -19.272.366 euro, 2018 - 28.406.333 euro, anul 2019 - 24.214.216 euro. Petenta arată că luând în calcul doar cifra de afaceri pe cel mai nefavorabil an dintre cei trei (2017), aceasta este suficientă pentru a se califica în următoarea etapă a licitației.

Totodată, contestatoarea învederează că solicitarea entității contractante de prezentare a cifrei de afaceri generale pentru ultimele 3 exerciții financiare încheiate, respectiv 2019, 2018 și 2017 de cel puțin 713.000 euro nu este legală, întrucât licitația a fost publicată în data de 11.02.2020, iar solicitarea transmiterii cifrei de afaceri pe anul 2019 nu poate fi dovedită în mod legal, regula fiind ca bilanțurile să fie finalizate până la 150 zile de la închiderea exercițiului financiar.

Astfel, media cifrei de afaceri pe ultimii 3 ani a ofertantului declarat câștigător, respectiv 2018 (757.866 euro), 2017 (657.583 euro) și 2016 (701.698 euro), este 705.715 euro. În anul 2019, cifra de afaceri a ofertantului ... SRL a fost de 962.725 euro, ceea ce a ridicat media cifrei de afaceri pe cei trei ani, 2019, 2018 și 2017 la 792.725 euro.

Contestatoarea învederează că, în conformitate cu dispozițiile art. 206 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă poate obține informații privind cifra de afaceri și accesând în mod gratuit bazele de date naționale, inclusiv site-ul Ministerului Finanțelor Publice, care oferă informații financiare despre toate firmele din România, https://www.mfinante.gov.ro.

Comisia de evaluare nu a solicitat clarificări/completări ale documentelor prezentate de ofertanți/candidați pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor stabilite prin criteriile de calificare și selecție sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate, conform art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016.

B) Petenta precizează că în conformitate cu raportul procedurii nr. 37/30.03.2020, prețul ofertei sale a fost de 1.048.997,06 euro, cu 39,7% mai mic decât valoarea estimată, de 1.465.432 euro, fiind declarată câștigătoare oferta depusă de ... SRL, cu un preț de 1.563.129 euro, cu 6,7% mai mare decât valoarea estimată.

În opinia sa, entitatea contractantă nu a acționat în conformitate cu propriile interese, și nu a transmis o solicitare de completare a informațiilor din DUAE, astfel încât să poată beneficia de avantajul oferit

de primirea a două oferte. De asemenea, raportat la prevederile art. 73 alin. (1) din HG nr. 394/2016, susține că pentru ofertantul clasat pe primul loc, entitatea contractantă nu a realizat niciun demers în baza art. 205 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, pentru a demonstra în mod corespunzător îndeplinirea integrală a tuturor criteriilor de calificare.

C). Contestatoarea învederează că, potrivit prevederilor art. 71 alin. (4) din HG nr. 394/2016, ședința de deschidere se finalizează printr-un proces-verbal în care se consemnează: aspectele formale constatate la deschiderea ofertelor, elementele principale ale fiecărei oferte, inclusiv prețul, consemnându-se totodată lista documentelor depuse de fiecare operator economic în parte, iar potrivit alineatului (5), entitatea contractantă are obligația de a transmite un exemplar al procesului-verbal tuturor operatorilor economici participanți la procedura de atribuire, precum și de a-l încărca în SEAP, în cel mult o zi lucrătoare de la deschidere, indiferent dacă aceștia au fost sau nu prezenți la ședința respectivă.

Contestatoarea susține că entitatea contractantă nu a pus la dispoziția ofertanților documentul mai sus menționat, în termenul și prin mijloacele prevăzute de Legea nr. 99/2016 și HG 394/2016.

D) În ceea ce privește informațiile declarate ca fiind confidențiale, ... SRL arată că a oferit transparență totală asupra datelor din oferta sa, respectiv nu a declarat nicio informație din oferta prezentată ca fiind confidențială/clasificată/protejată de un drept de proprietate intelectuală, așa cum reiese din raportul procedurii nr. 37/30.03.2020.

Pe de altă parte, ... SRL a declarat ca fiind confidențiale propunerea tehnică, în integralitatea sa, propunerea financiară, în integralitatea sa, răspunsurile la solicitările de clarificări cu privire la propunerea tehnică și financiară, precum și mostrele produselor ofertate.

Contestatoarea invocă prevederile art. 129 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016 și răspunsul postat pe site-ul ANAP, în secțiunea "Biblioteca de spețe", tema "Confidențialitate" și susține că operatorul economic are dreptul de a declara confidențiale doar anumite informații/părți din cadrul propunerii tehnice și/sau financiare, pentru care are obligația de a justifica caracterul confidențial al acestora. În opinia sa, declararea de către ... SRL ca fiind confidențiale r*ăspunsurile la solicitările de clarificări cu privire la propunerea tehnică și propunerea financiară* și m*ostrele produselor ofertate* contravine prevederilor art. 129 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016.

Așadar, consideră că hotărârea comisiei de evaluare, cuprinsă în raportul procedurii nr. 37/30.03.2020, încalcă prevederile art. 2, art. 201 alin. (1), art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 și art. 71 alin. (4) și alin. (5) din HG 394/2016.

Pe cale de consecință, solicită anularea hotărârii de respingere a ofertei sale, modificarea punctului III.1.2) *Capacitatea economică și financiară*, în sensul că ofertantul trebuie să dovedească o medie a cifrei de afaceri generale pentru ultimele 3 exerciții financiare încheiate, respectiv 2018, 2017 și 2016 de cel puțin 713.000 euro, respingerea ofertei ... SRL, deoarece a declarat că au caracter confidențial documente care contravin prevederilor art. 129 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016 și reluarea procesului de evaluare a ofertelor, pe baza unui tratament de

egalitate, transparență și bună credință, conform legislației în vigoare și a Legii nr. 99/2016.

Cu adresa nr. 180/09.04.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 13976/09.04.2020, entitatea contractantă a transmis punctul său față de contestația formulată de SC ... SRL, solicitând respingerea, ca nefondată, a cererii de anulare a hotărârii de respingere a ofertei sale și ca lipsit de interes a petitului privind anularea deciziei de desemnare câștigătoare a ofertei depusă de ... S.R.L.

Entitatea contractantă arată că modul de evaluare a DUAE a fost consemnat în cadrul procesului-verbal privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE si a documentelor care îl însoțesc nr. 28 din 16.03.2020, iar aceste informații au fost reluate în raportul procedurii nr. 37/30.03.2020, oferta contestatoarei fiind respinsă în cadrul acestei etape, ca inacceptabilă, în temeiul art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 coroborat cu art. 143 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 394/2016, întrucât la nivelul DUAE prezentat, contestatoarea nu a completat informațiile legate de îndeplinirea cerinței de calificare privind Situația economică și financiară - cifra de afaceri. Rezultatul evaluării ofertei a fost adus la cunoștința contestatoarei prin comunicarea rezultatului procedurii, materializată prin adresa nr. 159/30.03.2020.

i. Considerente privind lipsa de temei a contestației în ceea ce privește respingerea ofertei contestatoarei.

Entitatea contractantă arată că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, modele de formulare, drafturile de acord-cadru și contract subsecvent nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile acesteia și-au consolidat forța obligatorie atât pentru entitatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru contestatoare. La acest moment al procedurii nu pot fi emise pretenții sau critici față de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prevăzut de Legea nr. 101/2016. Prin depunerea ofertelor la această procedură de atribuire, 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 acesteia, opozabile în cel mai mic detaliu. În opinia entității contractante, acesteia nu i se poate reproșa că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

Entitatea contractantă precizează că motivele respingerii ofertei contestatoarei sunt justificate de neîndeplinirea cerințelor obligatorii stabilite prin documentele achiziției, respectiv neprezentarea la nivelul DUAE a informațiilor obligatorii legate de îndeplinirea cerinței de calificare privind cifra de afaceri, ceea ce a condus la depunerea unei oferte inacceptabile. Omisiunea contestatoarei de a furniza informații astfel cum s-a solicitat în mod expres și imperativ în *Partea IV - Criterii de selecție, secțiunea B - Situația economică și financiară* din DUAE nu poate fi încadrată în categoria inadvertențelor de formă, ci în cadrul categoriei inadvertențelor de fond, astfel cum sunt definite de legiuitor în cadrul notificării privind utilizarea DUAE in procedurile de atribuire a contractelor

de achiziție publică / sectoriale, respectiv reprezintă erori/omisiuni ale informațiilor în raport cu care nu există posibilitatea de a solicita clarificări, acestea constituind informații care ar fi trebuit completate de către ofertanți și care nu reprezintă simple confirmări cu privire la îndeplinirea unor cerințe minime de calificare /selecție formulate de entitatea contractantă în fișa de date a achiziției, astfel cum sunt, spre exemplu, cerințele din cadrul părții a III-a Motive de excludere secțiunea *C. Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale*.

Mai mult, elementele lipsă din cadrul declarației DUAE analizate nu au fost susținute de nicio altă informație/precizare existentă la nivelul ofertei prezentate la data și ora limită, astfel că entitatea contractantă nu putea reține prevederile art. 221 din Legea nr. 99/2016, așa cum susține acesta, avand în vedere că, pe de o parte, această normă legală reglementează dreptul entității contractante și nu obligația acesteia de a solicita clarificări, iar, pe de altă parte, solicitările se pot formula doar cu privire la informațiile sau documentele prezentate (potrivit art. 221), iar în speță ofertanta contestatoare nu a oferit nicio informație cu privire la cifra de afaceri lipsă, o astfel de solicitare neputând fi formulată având în vedere că entitatea contractantă nu ar fi avut la ce se raporta în formularea solicitării de clarificare sau de confirmare. Conform dispozițiilor art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, entitatea contractantă trebuie să aibă în vedere că respectivul drept nu se exercită discreționar, ci în limitele stabilite de lege și cu aplicarea principiilor care guvernează materia achizițiilor sectoriale, statuate la art. 2 alin. (2) din Lege.

Entitatea contractantă invocă dispozițiile art. 133 alin. (1) lit. j) din HG nr. 394/2016, care stabilesc printre atribuțiile comisiei de evaluare, și art. 143 alin. (1) din același act normativ, susținând că pentru respectarea egalității de tratament se impune ca, în principiu, ofertele să nu poată fi modificate după data limită de depunere stabilită, indiferent de cine a inițiat un astfel de demers (entitatea contractantă sau ofertantul). În opinia sa nu pot fi solicitate clarificări unui ofertant a cărui ofertă este imprecisă sau nu corespunde cerințelor expres solicitate în documentele achiziției, oferta reprezentând modalitatea de răspuns a ofertantului la cerințele entității contractante. De asemenea, solicitarea de clarificări nu trebuie să conducă, în niciun caz, la completarea documentelor prezentate în ofertă și oricum, nu trebuie să favorizeze sau să defavorizeze unul sau mai mulți ofertanți.

Conform jurisprudenței constante a CJUE, unei entități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit prin documentele achiziției, aceasta considerație fiind cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură. În punctul de vedere se subliniază că potrivit practicii CJUE, principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte sa fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții.

Pe de alta 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 entității contractante, ceea ce implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de

atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită entității contractante să verifice efectiv dacă ofertele depuse corespund criteriilor solicitate. Entitatea contractantă a menționat în mod expres și detaliat in documentele achiziției care sunt cerințele de calificare cu privire la Situația economică și financiară pe care ofertanții trebuie să le demonstreze, detaliind explicit și concret modul de îndeplinire a acestora.

Entitatea contractanta nu poate sa admită rectificări ale omisiunilor care, potrivit dispozițiilor exprese ale documentelor achiziției, trebuie să conducă la excluderea ofertei. În acest sens citează din Notificarea ANAP:

«b) Respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAE. Raportat la prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016: „Oferta este considerată inacceptabilă daca nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, precum cerințele de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției". Situațiile care conduc la respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări privind DUAE vizează inadvertențe de fond, respectiv reprezintă acele informații completate de către ofertanți/candidați care nu confirmă îndeplinirea cerințelor minime de calificare/selecție formulate de către entitatea/entitatea contractantă în fișa de date a achiziției.”»

Potrivit art. 143 alin. (2) lit. b) din H.G. nr. 394/2016 oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: a fost depusă de un ofertant care nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de entitatea contractantă.

Alegațiile contestatoarei privind nerespectarea de către entitatea contractantă a prevederilor art. 71 alin. (4)și (5) din HG nr. 394/2016 apar ca fiind total lipsite de sens, evidențiind totala lipsă de conștientizare a situației de fapt în care se găsește contestatoarea in raport de prezenta procedură de atribuire, din moment ce textele invocate vizează exclusiv situația de excepție prevăzută la art. 65 alin. 2 din același act normativ, prezenta procedură de atribuire fiind derulată exclusiv prin mijloace electronice.

Tot o interpretare trunchiată și eronată a legislației în materie este și invocarea dispozițiilor art. 206 din Legea nr. 99/2016, care vizează exclusiv o situație de excepție de la dispozițiile art. 205, prin care entitatea contractantă poate solicita candidaților/ofertanților să depună toate sau o parte dintre documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE, ori în speța de față, în lipsa informațiilor din DUAE, lipsește situația premisă instituită obligatoriu de legiuitor, art. 206 neconstituindu-se într-o excepție de la principiul tratamentului egal pe parcursul derulării procedurii.

ii. Considerente privind lipsa de interes a contestației în ceea ce privește critica adusă ofertei câștigătoare prezentată de operatorul economic ... S.R.L.

Entitatea contractantă învederează că prin contestația depusă, fără a se formula niciun fel de critici fondate cu privire la respingerea ofertei sale,

contestatoarea critică raportul procedurii cu privire la oferta declarată câștigătoare, solicitând obligarea entității contractante să emită un nou raport al procedurii și să reevalueze ofertele.

În condițiile în care, în mod corect, oferta contestatoarei a fost respinsă ca inacceptabilă, entitatea contractantă invocă lipsa de interes a SC ... SRL de a contesta admisibilitatea ofertei depusă de ... S.R.L.

În acest sens, contestatoarea invocă prevederile art. 2 alin. (1), art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 și art. 2a alin. (2) paragraful 2 din Directiva nr. 66/2007 din 11 decembrie 2007 de modificare a Directivelor 89/665/CEE si 92/13/CEE ale Consiliului, susținând că pentru a putea fi considerată persoană vătămată printr-un act emis de o entitate contractantă, în cadrul unei proceduri de achiziție publică, contestatoarea trebuie să aibă sau să fi avut un interes legitim în legătură cu procedura și să fi suferit, să sufere sau să riște să sufere un prejudiciu urmare a unui act al entității contractante.

Deși nici Legea nr. 101/2016 și nici codul de procedură civilă nu definesc interesul, în doctrină s-a arătat că prin acesta se înțelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a acțiunii sale. Interesul, indiferent că este moral și/sau material, trebuie să fie legitim, personal și direct, să fie născut și actual. Aplicând aceste considerente doctrinare la situația de fapt, entitatea contractantă susține că petitul contestației prin care se critică oferta câștigătoare nu este justificată de existența unui interes care îndeplinește condițiile expuse anterior, având în vedere următoarele:

- oferta contestatoarei a fost respinsă ca inacceptabilă, pentru motivele evocate,

- contestatoarea nu formulează împotriva deciziei de respingere a ofertei sale, critici în urma analizării cărora Consiliul să poată să constate admisibilitatea.

Interesul eventual generat de ipoteza anulării procedurii de achiziție publică și reluării acesteia, situație în care, ipotetic, ar avea posibilitatea de a depune ofertă admisibilă, nu poate fi primit în acest caz, întrucât măsura anulării procedurii este viitoare și incertă în timp ce, interesul promovării prezentei contestații trebuie să fie născut și actual.

Nici prin argumentarea probatorie a contestației legat de petitul în discuție și nici prin mijloacele de probă anexate, autoarea contestației, contrar art. 249 din Noul Cod de procedură civilă, nu produce vreo dovadă a unui prejudiciu personal decurgând din considerarea admisibila a ofertei concurente.

Cu alte cuvinte, în opinia entității contractante, Consiliul are obligația să se pronunțe cu privire la petitele formulate prin raportare la dovezile existente la dosarul cauzei.

Critica privind respingerea ofertantului/ofertei ... S.R.L., deoarece a declarat că aceasta are caracter confidențial, fapt ce în opinia contestatoarei este în contradicție cu prevederile art. 129 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016, nefiind un motiv serios care să fie supus în dezbatere contradictorie în fata organului administrativ-jurisdicțional.

Entitatea contractantă invocă principiul de drept „actori incumbit probatio" - „sarcina probei incumba, in mod exclusiv, reclamantului",

principiu care se regăsește transpus și în dispozițiile art. 249 din Codul de Procedură Civilă, potrivit căruia „cel care face o susținere in cursul procesului trebuie să o dovedească, în afara de cazurile anume prevăzute de lege".

În punctul de vedere se invocă decizii ale instanțelor de validare a deciziilor Consiliului, care au stabilit că o contestație a unui ofertant descalificat corect este lipsită de interes.

Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a Civilă de contencios administrativ și fiscal în Decizia nr. 8543 din 22 octombrie 2014:

„Pentru petentă analiza pe fond a ofertei câștigătoare prezintă interes doar în situația în care propria sa ofertă ar fi fost declarata eligibilă (acceptabilă), ceea ce nu s-a întâmplat. Față de împrejurarea că oferta reclamantei, în urma soluționării prezentului litigiu nu va putea fi reținută de către entitatea contractantă ca întrunind cerințele legale, pentru a putea fi aleasă ca fiind ofertă câștigătoare, este inutil (lipsit de interes) a fi analizată pe fondul ei oferta câștigătoare."

Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 7353 din 24 octombrie 2014:

„În privința criticilor aduse de către asocierea petentă deciziei de desemnare a SC ... SRL drept ofertant câștigător al procedurii, lipsa de interes reținută prin Decizia Consiliului este întemeiată, în condițiile în care oferta proprie a petentei a fost declarată inacceptabilă ... în mod legal."

Curtea de Apel Craiova, Secția Contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 577 din 05 februarie 2015:

„Criticile privind oferta depusă de către ofertantul declarat câștigător sunt apreciate ca lipsite de interes în condițiile în care oferta petentei a fost reținută ca neconformă, neputând obține niciun folos material și direct din reținerea ca neconformă a ofertei declarate câștigătoare."

Față de aceste aspecte, entitatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată în ceea ce privește respingerea ofertei contestatoarei și ca lipsită de interes în ceea ce privește critica adusă ofertei câștigătoare.

Din analiza susţinerilor părţilor şi a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reţine cele ce urmează:

În calitate de entitate contractantă, ... S.A. a inițiat, în temeiul Legii nr. 99/2016 și HG nr. 394/2016, o procedură de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Țeavă din oțel (izolată și neizolată)", prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN 1018732/11.02.2020. Valoarea estimată a acordului-cadru este de 1.465.432 euro (7.000.075,58 lei), fără TVA, iar criteriul de atribuire a fost „prețul cel mai scăzut".

Conform procesului-verbal privind evaluarea garanțiilor de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc nr. 28/16.03.2020 și a declarației cu participanții la procedură, publicată în SEAP în data de 13.03.2020, în cadrul acestei proceduri de atribuire au depus oferte 2 operatori economici, printre care și contestatoarea.

Potrivit raportului procedurii nr. 37/30.03.2020, oferta depusă de SC ... SRL a fost respinsă, ca inacceptabilă, conform prevederilor art. 228

alin. (4) din Legea nr. 99/2016, coroborat cu art. 143 alin. (2) lit. b) din HG nr. 394/2016, pe motiv că la nivelul DUAE prezentat nu a completat informațiile legate de îndeplinirea cerinței de calificare privind cifra de afaceri, fiind declarată câștigătoare oferta depusă de ... S.R.L., cu un preț de 1.563.129 euro.

Împotriva acestui rezultat, SC ... SRL a formulat prezenta contestație, criticând atât motivele de respingerea a ofertei sale, cât și oferta declarată câștigătoare.

După depunerea contestației, SC ... SRL a transmis dovada constituirii cauțiunii, conform art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată prin OUG nr. 45/2018 și OUG nr. 23/2020, în cuantum de ... euro, prin consemnarea la CEC Bank – Sucursala .... a sumei respective, conform recipisei de consemnare nr. 206211569/1/08.04.2020, suma fiind consemnată la dispoziția Consiliului pentru dosarul constituit în urma depunerii contestației nr. A2174/02.04.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. 13313/06.04.2020.

Cauţiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61^1 alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Prin contestație, SC ... SRL critică decizia entității contractante de respingerea a ofertei sale, pe motiv că în DUAE prezentat nu a completat datele în ceea ce privește cifra de afaceri, susținând că se impunea să i se solicite clarificări.

De asemenea, critică oferta declarată câștigătoare, susținând că nu trebuia să se ia în considerare cifra de afaceri pentru anii 2019, 2018 și 2016, ci pentru ultimii 3 ani pentru care există date, respectiv 2018, 2017 și 2016.

Totodată susține că oferta declarată câștigătoare trebuia respinsă ca neconformă, întrucât acest operator economic a declarat confidențiale propunere tehnică, propunerea financiară, răspunsurile la solicitările de clarificări cu privire la propunerea tehnică și financiară și mostrele ofertate, încălcând, astfel, prevederile art. 129 alin. (1) din HG nr. 394/2016.

În continuare, Consiliul va analiza, pe rând, aceste critici.

În soluționarea primelor două critici, Consiliul are în vedere următoarele prevederi ale fișei de date a achiziției:

„III.1.2) Capacitatea economică și financiară

Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Specificați cifra de afaceri medie anuală

Ofertantul trebuie să dovedească o medie a cifrei de afaceri generale pentru ultimele 3 exerciții financiare încheiate, respectiv 2019, 2018, 2017, de cel puțin 713.000 euro.

Entitatea contractantă nu va lua în considerare cifra de afaceri pentru mai mult de 3 exerciții financiare încheiate.

Modalitatea de îndeplinire:

Ca dovadă preliminară pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței minime privind cifra de afaceri, ofertanții vor completa informațiile aferente situației lor de fapt în cadrul formularului DUAE. (...)

Documentele justificative care probează îndeplinirea informațiilor declarate în DUAE, urmează a fi prezentate, la solicitarea entității contractante, doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor. Astfel de documente pot fi: bilanț contabil la 31.12.2019, 31.12.2018, 31.12.2017, rapoarte de audit financiar întocmite de entități specializate sau balanțe de verificare asumate de operatorul economic, în cazul în care situațiile aferente anului financiar încheiat nu au fost încă definitivate conform prevederilor legislației incidente în domeniu, orice alte documente edificatoare din care sa reiasă îndeplinirea cerinței."

Consiliul constată că în DUAE prezentat de SC ... SRL rubrica referitoare la cifra de afaceri medie anuală nu a fost completată. Însă la aceeași pagină din DUAE sunt descrise cele 3 contracte invocate în susținerea experienței similare, desfășurate în perioada 2017-2019, cu valori de, respectiv, 11.648.935,04 lei, 234.293 lei și 623.501,47 lei, date care indică faptul că acest ofertant a fost activ în perioada pentru care se solicita prezentarea cifrei de afaceri, iar din valoarea ridicată a acestor contracte se prezumă și o cifră de afaceri ridicată. În această situație este clar că dintr-o eroare ofertantul nu a completat în DUAE cifra de afaceri. Contrar susținerilor entității contractante, această situație se circumscrie viciilor de formă, prevăzute la art. 141 alin. (3) din HG nr. 394/2016, potrivit cărora: „În sensul dispoziţiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susţinută în mod neechivoc de sensul şi de conţinutul altor informaţii existente iniţial 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 ceilalţi participanţi la procedura de atribuire."

Mai mult, dând o simplă căutare pe Google „cifra de afaceri SC ... SRL", entitatea contractantă ar fi descoperit că această societate a avut în anul 2018 o cifră de afaceri de 132.848.296 lei, suficientă pentru îndeplinirea cerinței.

Având în vedere toate acestea, solicitarea de clarificări se impunea în perspectiva prevederilor art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 („În cazul în care **informaţiile** sau documentele prezentate de către operatorii economici **sunt incomplete** sau eronate, ori în cazul în care lipsesc anumite documente, entitatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanţilor/candidaţilor clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceştia în cadrul ofertelor/solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal şi transparenţei"), fiind evident că, din eroare, ofertantul nu a prezentat informațiile privind cifra de afaceri și nu pentru că nu a avut activitate sau nu ar fi putut îndeplini cerința privind cifra de afaceri.

De asemenea, având în vedere și interesul public pe care se presupune că îl apără, precum și concurența redusă din această procedură, entitatea contractantă avea tot interesul de a nu diminua și această concurența, reducând-o la o singură ofertă, și de a nu elimina un concurent pentru motive absolut minore, care țin efectiv de modalitatea

de completare a unui document și nu de capacitatea efectivă a respectivului ofertant de a executa contractul, entitatea contractantă aducând atingere însuși scopului Legii nr. 99/2016, prevăzut la art. 2 alin. (1) din aceasta, potrivit căruia: „Scopul prezentei legi îl constituie asigurarea cadrului legal necesar pentru a realiza achiziţionarea de bunuri, servicii şi lucrări **în condiţii de eficienţă economică şi socială**."

Se reține în acest sens și incidența jurisprudenței instanțelor Uniunii Europe, respectiv Tribunalul de Primă Instanță de la Luxemburg, care, în hotărârea sa din 10 decembrie 2009, cauza T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV împotriva Comisiei Europene, la pct. 56 și 57 a statuat că *„este contrar principiului bunei administrări ca această ofertă să fie respinsă de Comisie fără ca aceasta să își exercite posibilitatea de a solicita precizări. A i se recunoaște, în asemenea împrejurări, o putere discreționară absolută, ar fi contrar principiului tratamentului egal (a se vedea în acest sens Hotărârea Tribunalului din 27 septembrie 2002, Tideland Signal/Comisia, T-211/02, punctele 37 și 38). Mai mult, principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, C-157/96). Acest principiu impune autorității contractante, atunci când aceasta se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, să solicite precizări candidatului vizat, mai degrabă, decât să opteze pentru respingerea pură și simplă a ofertei acestuia (a se vedea în acest sens Hotărârea Tideland Signal/Comisia, pct. 56 de mai sus, pct. 43)".*

De asemenea, cu privire nu numai la dreptul autorității contractante de a solicita clarificări, ci chiar la obligația acesteia de a le solicita s-a pronunțat și Curtea de Apel București în cadrul Hotarârii nr. 5040/ 02.10.2018, prin care a admis plângerea formulată împotriva Deciziei CNSC nr. 2386/C4/2326, 2327 din 31.08.2018:

«Deși este real că autoritatea contractantă și-a exercitat dreptul de a solicita clarificări, în condițiile în care nu a obținut de la ofertantă documentele, clarificările, explicațiile necesare stabilirii admisibilității/ inadmisibilității ofertei, în mod evident, achizitoarea trebuia să le solicite, adresând o nouă solicitare de clarificare, cu atât mai mult cu cât în răspuns se menționa în mod neechivoc că documentul a fost atașat.

În condițiile 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".

Curtea constată că în această situație, legislația aplicabilă prevede dreptul autorității contractante de a solicita ofertantului clarificări, însă trebuie observat că acest drept nu trebuie exercitat în mod abuziv sau discreționar, cu exces de putere, respectiv numai în cazurile în care comisia dorește și cu privire la clarificări/completări pe care aceasta dorește să le solicite, ci trebuie exercitat în limitele și potrivit scopului pentru care a fost instituit, respectiv pentru a se asigura că se dețin toate datele necesare pentru evaluarea adecvată și corectă a ofertelor depuse. De asemenea, trebuie observat că în spatele dreptului afirmat expres al autorității contractante de a solicita clarificări stă obligația de a obține toate informații necesare evaluării ofertelor care ar conține neclarități sau exprimări ambigue, astfel încât să se asigure că este pe deplin edificată cu privire la îndeplinirea/ neîndeplinirea de către acestea (oferte) a cerințelor de calificare și/sau specificațiilor tehnice. (...)

Așadar, dreptul astfel reglementat este în realitate o obligație, în sensul necesității de lămurire asupra tuturor chestiunilor în divergență, pentru că scopul reglementării este acela al ocrotirii interesului public, presupus a aparține autorității contractante.

Autoritatea contractantă nu beneficiază de o putere discreționară în a respinge o ofertă pentru omisiuni minore sau adaosuri nesemnificative, acesta fiind și raționamentul pentru care legiuitorul a instituit norma de la art. 135 din HG 395/2016.»

În contextul în care au fost admise criticile cu privire la evaluarea ofertei sale, contestatoarea dovedește interes și în criticarea ofertei declarată câștigătoare, motiv pentru care Consiliul va respinge excepția lipsei de interes în promovarea acestor critici, excepție invocată de autoritatea contractantă, și va analiza, pe fond criticile cu privire la oferta declarată câștigătoare.

În ceea ce privește critica referitoare la faptul că cerința din documentația de atribuire de prezentare a cifrei de afaceri pe ultimii 3 ani (2019, 2018 și 2017 este nelegală, deoarece la data depunerii ofertelor bilanțurile nu pot fi prezentate, acestea trebuind să fie finalizare în termen de 150 de zile de la închiderea exercițiului financiar, Consiliul are în vedere că această cerință de la pct. III.1.2) Capacitatea economică și financiară din documentația de atribuire (pag. 9-10 din decizie) nu a fost contestată, astfel că documentația de atribuire a devenit obligatorie, atât pentru ofertanți, care trebuie să întocmească oferta în conformitate cu prevederile acesteia, cât și pentru entitatea contractantă, care are obligația de a evalua ofertele în raport de prevederile documentației de atribuire. Cerința în cauză putea fi contestată în termenul prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, respectiv de 10 zile de la publicarea documentației de atribuire în SEAP, adică până vineri 21.02.2020.

De asemenea, Consiliul constată că entitatea contractantă a prevăzut că dovada îndeplinirii acestei cerințe nu este reprezentată doar de bilanțurile contabile, ci și de „rapoarte de audit financiar întocmite de entități specializate sau balanțe de verificare asumate de operatorul economic, în cazul în care situațiile aferente anului financiar încheiat nu au

fost încă definitivate conform prevederilor legislației incidente în domeniu, orice alte documente edificatoare din care sa reiasă îndeplinirea cerinței”.

De altfel, chiar contestatoarea prezintă în cuprinsul contestației valoarea cifrei sale de afaceri pe anul 2019, de 24.214.216 euro, ceea ce dovedește că orice alt operator economic putea, la data depunerii ofertelor, să-și cunoască cifra de afaceri pentru anul 2019, chiar dacă nu a depus bilanțul contabil pentru anul respectiv la organele fiscale.

Pentru aceste motive, Consiliul respinge, ca tardivă, această critică.

În continuare, Consiliul va analiza solicitarea contestatoarei de respingere, ca neconformă, a ofertei declarată câștigătoare, întrucât acest operator economic a declarat confidențiale propunere tehnică, propunerea financiară, răspunsurile la solicitările de clarificări cu privire la propunerea tehnică și financiară și mostrele ofertate, încălcând, astfel, prevederile art. 129 alin. (1) din HG nr. 394/2016.

În forma la data inițierii procedurii, art. 129 alin. (1) din HG nr. 394/2016 prevedea: „Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentaţiei de atribuire şi indică motivat în cuprinsul acesteia care informaţii din propunerea tehnică şi/sau din propunerea financiară sunt confidenţiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislaţiei aplicabile”.

Consiliul constată că la propunerea tehnică depusă de ... S.R.L. se găsește *Declarația privind partea /părțile din oferta tehnică și financiară care au caracter confidențial*, în care acest ofertant precizează motivele pentru care a declarat confidențiale aceste părți din oferta sa:

„- confidențialitatea informațiilor din contractele/ofertele de furnizare;

- la elaborarea ofertei tehnice s-au folosit resurse financiare, umane și de timp privind studierea și corelarea ofertei tehnice cu standardele și directivele naționale și europene aplicabile;

- oferta tehnică nu poate fi folosită gratuit ca sursă de documentare/copiere pentru alți posibili ofertanți.”

Consiliul constată că ... S.R.L. a procedat în conformitate cu prevederile art. 129 alin. (1) din HG nr. 394/2016, declarând propunerile tehnice și financiare în integralitate ca fiind confidențiale, precum și motivele pentru care documentele respective au caracter confidențial. Nu există nicio prevedere care să interzică declararea întregii propuneri tehnice și/sau financiare ca fiind confidențială/e, iar, pe de altă parte, răspunsurile la clarificări aparțin propunerilor tehnice/financiare în cadrul cărora au fost făcute și mostra face parte integrantă din propunerea tehnică, prezentarea acesteia fiind solicitată în cadrul caietului de sarcini.

Nici în Legea nr. 99/2016 și nici în HG nr. 394/2016 nu este prevăzută respingerea ofertei, ca nefondată, pentru erori în declararea confidențialității. În situația în care entitatea contractantă sau instanța care judecă contestația/plângerea consideră că un ofertant nu a motivat confidențialitatea documentelor, aceasta va pune la dispoziția solicitanților de acces la dosar documentele respective și în niciun caz nu va respinge oferta, nefiind un astfel de temei de drept.

De altfel nici contestatoarea nu a adus argumente temeinice cu privire la solicitarea sa, deși conform prevederilor art. 249 din Codul de

Procedură Civilă, sarcina probei revine reclamantului. De altfel, din formularea sumară din contestație nu reiese nici măcar dacă SC ... SRL are în vedere documentele declarate confidențiale sau motivele pentru care acestea au fost declarate astfel.

Pentru toate acestea, Consiliul va respinge critica referitoare la declarația de confidențialitate depusă de ... S.R.L.

În ceea ce privește faptul că entitatea contractantă nu a pus la dispoziția participanților la procedură procesul-verbal de deschidere, Consiliul are în vedere că entitatea contractantă are obligația de a întocmi un asemenea proces-verbal doar pentru situația în care procedura nu este organizată on-line.

În acest sens, sunt relevante următoarele prevederi ale HG nr. 394/2016:

„Art. 65. - (1) Entitatea contractantă aplică procedura de licitaţie deschisă prin mijloace electronice, completând în SEAP anunţul de participare prevăzut la art. 151 din Lege, situaţie în care numai operatorii economici înregistraţi în SEAP pot depune ofertă.

(2) Prin excepţie de la alin. (1) şi în aplicarea art. 220 din Lege, entitatea contractantă poate, după publicarea anunţului de participare, să nu utilizeze mijloacele electronice pentru derularea procedurii de atribuire atunci când acest lucru nu este posibil din motive tehnice imputabile operatorului SEAP, situaţie în care evaluarea conformităţii ofertelor cu specificaţiile tehnice şi celelalte criterii prevăzute în documentele achiziţiei şi aplicarea criteriului de atribuire se realizează anterior verificării îndeplinirii criteriilor de calificare şi selecţie.”

„Art. 71. - (1) În cazul prevăzut la art. 65 alin. (2), entitatea contractantă are obligaţia de a deschide ofertele la data, ora şi adresa indicate în anunţul de participare, organizându-se în acest sens o şedinţă de deschidere a ofertelor.

(2) Orice ofertant are dreptul de a participa la şedinţa de deschidere a ofertelor prevăzută la alin. (1).

(3) În cadrul şedinţei de deschidere a ofertelor nu este permisă respingerea vreunei oferte, cu excepţia celor pentru care nu a fost prezentată dovada constituirii garanţiei de participare.

(4) Şedinţa de deschidere se finalizează printr-un proces- verbal semnat de membrii comisiei de evaluare şi de reprezentanţii legali/împuterniciţi ai operatorilor economici prezenţi la şedinţă, în care se consemnează modul de desfăşurare a şedinţei respective, aspectele formale constatate la deschiderea ofertelor, elementele principale ale fiecărei oferte, inclusiv preţul, consemnându-se totodată lista documentelor depuse de fiecare operator economic în parte.

(5) Entitatea contractantă are obligaţia de a transmite un exemplar al procesului-verbal tuturor operatorilor economici participanţi la procedura de atribuire, precum şi de a-l încărca în SEAP, în cel mult o zi lucrătoare de la deschidere, indiferent dacă aceştia au fost sau nu prezenţi la şedinţa respectivă.”

Din aceste prevederi legale reiese că procesul-verbal de deschidere se întocmește doar în urma unei ședințe de deschidere a ofertelor, iar aceasta are loc doar în cazul procedurilor care nu se defășoară prin

mijloace electronice (on-line) și la care pot participa și reprezentanții ofertanților. Procedura de față desfășurându-se on-line, entitatea contractantă nu mai organizează ședințe de deschidere a ofertelor și, în consecință nici nu mai întocmește un astfel de proces-verbal.

În consecință, Consiliul va respinge, ca nefondată, această critică.

Având în vedere toate acestea, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2020, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu ... S.A. și va anula raportul procedurii nr. 37/30.03.2020, în partea care vizează evaluarea ofertei depusă de SC ... SRL, precum și actele subsecvente și va dispune reevaluarea DUAE depus de SC ... SRL prin solicitarea de clarificări și depunerea unui DUAE revizuit și continuarea procedurii de atribuire.

Măsurile de remediere dispuse vor fi îndeplinite în termen de 20 zile lucrătoare de la primire.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2020 admite, în parte, contestația formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu ... S.A.

Anulează raportul procedurii nr. 37/30.03.2020, în partea care vizează evaluarea ofertei depusă de SC ... SRL și actele subsecvente și dispune reevaluarea DUAE depus de SC ... SRL prin solicitarea de clarificări și depunerea unui DUAE revizuit și continuarea procedurii de atribuire.

Măsurile de remediere vor fi duse la îndeplinire în termen de 20 zile lucrătoare de la primira prezentei.

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

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

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 15 (cincisprezece) pagini.