

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. 1403/C1/1433

Data: 07.07.2022

Prin contestația nr. 19060/14.06.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 29891/15.06.2022, formulată de SC SRL, cu sediul în mun., jud., Str., nr. ..., bloc ..., scara ..., etaj .., apartament ..., cod unic de înregistrare, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., reprezentată legal prin, împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 29951/07.06.2022, emis de SA, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în, nr. ..., bl. ..., sector ..., cu sediul procesual de comunicare al actelor în, în cadrul procedurii de achiziție publică având ca obiect: „Execuție lucrări pentru obiectivul de investiții: «Reabilitare drumuri degradate în Comuna Ferești, județul Vaslui», cod CPV: 45233140-2, s-a solicitat:

- anularea comunicării rezultatului raportului procedurii nr. 29951/07.06.2022 și a tuturor actelor subsecvente;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale;
- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu reevaluarea ofertei sale;
- în subsidiar, anularea procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 1491/27.06.2022 înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 32082/27.06.2022 SC SRL, cu sediul în sat ..., strada ..., bloc ..., etaj, ap., județul ... și sediu ales în vederea comunicării actelor de procedură în localitatea, DN lângă, jud., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI, reprezentată legal prin, formulează cerere de intervenție voluntară în interesul autorității contractante, solicitând respingerea ca nefondată a contestației formulate de către SC SRL.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În introducerea contestației, SC SRL, prezintă un scurt istoric al derulării procedurii.

Contestatorul precizează că oferta sa a fost respinsă de autoritatea contractantă și declarată ca fiind inacceptabilă.

În opinia contestatorului, decizia de respingere a ofertei sale este nelegală și netemeinică. Susține că prin maniera de evaluare a ofertei sale, autoritatea contractantă a încălcat principiile în materia achizițiilor publice și conform acestuia, se impune anularea procedurii de atribuire față de abaterile de la prevederile legale ce afectează procedura de atribuire.

Menționează că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă de autoritatea contractantă, în temeiul art. 134 alin. (5) coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din Normele metodologice, în ceea ce privește cerința cu privire la realizarea unui cash flow de execuție a lucrării de minim 1.247.877,28 lei.

Potrivit contestatorului, autoritatea contractantă motivează neconcludența răspunsului la clarificări prin faptul că SC SRL nu ar fi completat inițial în formularul DUAЕ informația minimă necesară pentru evaluarea respectării cerinței cu privire la realizarea unui cash flow de execuție a lucrării de minim 1.247.877,28 lei.

Contestatorul arată că, autoritatea afirmă că SC SRL ar fi trebuit să completeze această rubrică cu propriile informații referitoare la modul de îndeplinire a cerinței privind cash flow-ul, urmând să prezinte documentele justificative doar în cazul în care s-ar fi clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor.

SC SRL precizează că a furnizat un răspuns concludent la solicitarea de clarificări, confirmând îndeplinirea cerinței solicitată și comunicând DUAЕ-ul revizuit prin răspunsul la clarificări.

De asemenea susține că respingerea ofertei sale este excesivă față de maniera de formulare a cerinței din documentația de atribuire.

Contestatorul prezintă în continuare cerința referitoare la cash flow-ul de execuție din cuprinsul documentației de atribuire de la Secțiunea III 1.2) din fișa de date și modul de prezentare a propunerii financiare din caietul de sarcini din cadrul capitolului III.

Susține că din modul de formulare al cerinței atât la nivelul fișei de date, cât și a caietului de sarcini rezultă, că accesul la resursele reale, negrevate de datorii, depozite bancare, linii de credit suficiente pentru a realiza un cash flow de execuție a lucrării de minim 1.247.877,28 lei, fără TVA, trebuie demonstrat doar de ofertantul clasat pe locul I, la momentul solicitării documentelor suport DUAЕ.

Totodată atrage atenția asupra formulării acestei cerințe față de alte criterii existente la nivelul fișei de date, care utilizează noțiuni precum „ofertanții”, „operatorii economici ce depun ofertă”, iar nu limitativ „ofertantul clasat pe locul I”, oferind exemple din fișa de date.

Menționează că în cadrul cerinței privind cash flow, inclusă atât în fișa de date, cât și în caietul de sarcini, autoritatea a precizat că trebuie demonstrată îndeplinirea sa, doar de ofertantul clasat pe locul I și doar la momentul solicitării documentelor suport DUAЕ.

În opinia contestatorului, scopul în sine al cerinței ar trebui să vizeze doar operatorul economic care va executa contractul de lucrări întrucât privește o cerință relevantă pentru execuția lucrării.

În ceea ce privește modalitatea de îndeplinire a cerinței, la care face referire autoritatea contractantă în comunicare, contestatorul

precizează că nu poate fi interpretată și aplicată în afara cerinței propriuzise, ci doar prin raportare la aceasta; dacă ar fi considerat că toți operatorii economici participanți la procedură trebuie să demonstreze îndeplinirea acestei cerințe, autoritatea nu trebuia să se limiteze în formularea sa doar la ofertantul de pe primul loc și să includă o astfel de mențiune expresă, invocând art. 20 alin. (5) din normele metodologice.

În susținere, contestatorul invocă art. 193 alin. (1) lit. b); art. 2 alin. (2) lit. f); art. 3 pct. 26 lit. z), art. 154 din Legea nr. 98/2016 și a art. 20 alin. (2) din Normele metodologice, precizând că autoritatea

contractantă este cea care răspunde pentru modul de redactare al documentației de atribuire și pentru asigurarea unei informări complete, corecte și explicite a operatorilor economici cu privire la procedura de achiziție.

Contestatorul precizează că a clarificat îndeplinirea cerinței prin clarificările furnizate și a depus DUAЕ-ul revizuit în concordanță, cu toate că cerința este cerută a fi demonstrată numai de ofertantul clasat pe primul loc, iar respingerea ofertei sale și justificarea din comunicare, în opinia sa nu sunt în concordanță cu prevederile documentației de atribuire, pe care autoritatea însăși le-a stabilit și de care este ținută în evaluarea ofertelor.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă nu poate modifica cerința din documentație prin comunicare și raport și nici nu poate distorsiona sensul acesteia, invocându-și propria culpă, o astfel de încercare fiind contrară principiului *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Potrivit contestatorului, culpa pentru formularea deficitară a cerinței privind cash flow-ul nu poate fi transferată contestatorului prin respingerea ofertei, întrucât obligația întocmirii unei documentații complete, cu cerințe clare și explicite incumbă autorității contractante. Chiar dacă ar considera că prevederile din documentație de atribuire sunt interpretabile, față de modalitatea de îndeplinire a cerinței invocată de în comunicare, potrivit principiului de drept *in dubio pro reo* și art. 1269 alin. (1) și (2) din Codul Civil, potrivit căroră contractul se interpretează în favoarea celui care se obligă, iar stipulațiile înscrise în contractele de adeziune se interpretează împotriva celui care le-a propus.

Contestatorul apreciază că cerința din documentația de atribuire referitoare la demonstrarea accesului la resursele financiare se va interpreta în favoarea ofertantului, respectiv a sa.

Potrivit contestatorului, față de maniera de formulare a cerinței de către autoritatea contractantă, ofertanților li s-a creat așteptarea legitimă că demonstrarea acestei cerințe va fi realizată doar de ofertantul de pe locul I și doar la momentul depunerii documentelor DUAЕ. Menționează că acest aspect este confirmat chiar de raportul procedurii, potrivit căruia mai bine de jumătate dintre ofertanți au fost respinși pentru acest motiv.

Susține că autoritatea contractantă nu poate crea premisele respingerii ofertelor prin distorsionarea în etapa de evaluare a ofertelor a cerinței formulate la nivelul documentației, imprimând acesteia un alt sens decât cel enunțat inițial, invocând în susținere jurisprudența CNSC.

Contestatorul precizează că a furnizat un răspuns concludent la solicitarea de clarificări, confirmând îndeplinirea cerinței la care

autoritatea a cerut clarificări și comunicând DUAЕ-ul revizuit prin răspunsul la clarificări.

De asemenea, susține că a precizat că în partea IV criteriі de selecție-B situație economică și financiară, la rubrica indicator financiar nu s-au salvat înscrisurile făcute, atașând un print screen.

Astfel, menționează că a transmis DUAЕ revizuit în care sunt salvate informațiile minime necesare pentru evaluarea respectării cerinței cu privire la realizarea unui cash flow de execuție a lucrării de minim 1.247.877,28 lei.

Contestatorul precizează că și-a exprimat disponibilitatea de a pune la dispoziție documente contabile, extrase de cont sau alte documente considerate relevante, în cazul în care autoritatea contractantă va considera că sunt necesare și alte informații, la solicitarea sa expresă în acest sens.

Totodată, susține că răspunsul furnizat de el nu poate fi privit în maniera propusă de autoritate, ci și în corelare cu prevederile art. 127 alin. (1) lit. i), art. 134 alin. (1) din Normele metodologice și art. 209 alin.(1) din Legea nr. 98/2016.

În opinia contestatorului, nici lipsa din formularul DUAЕ inițial a informației cu privire la cash flow, nu poate conduce la considerarea răspunsului ca neconcludent. Nesalvarea în DUAЕ a informațiilor privind cerința respectivă s-a manifestat și anterior comunicării solicitării de clarificări de către autoritate, nedecurgând din răspunsul la clarificări.

În opinia contestatorului, este illogic să se pretindă că un aspect extrinsec și care nu este contrazis de răspunsul la clarificări ar imprima acestuia un caracter neconcludent.

Consideră că această pretinsă lipsă a fost complinită de el atât prin explicația furnizată, cât și prin DUAЕ-ul revizuit, iar clarificările furnizate nu-i produc vreun avantaj și nu reprezintă o încălcare a tratamentului egal și transparenței, având în vedere că în cerința propriu-zisă se solicita demonstrarea sa doar de către ofertantul de pe primul loc, ceea ce se va întâmpla oricum la un moment ulterior.

Contestatorul invocă în susținerea celor expuse, jurisprudența CJUE și dispozițiile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

Atrage atenția asupra faptului că în DUAЕ-ul depus inițial este bifat NU la secțiunea *„Dacă documentele relevante sunt disponibile în format electronic, vă rugăm să precizați [adresa internet, autoritatea sau organismul emitent (a), referința exactă a documentației]”*

Contestatorul apreciază că fiind bifată opțiunea NU la această secțiune, se înțelege că există documente relevante, acestea nefiind însă disponibile în format electronic; o astfel de ambiguitate reprezentând un caz clasic de remediere permisă; totodată, din completările de la rubrica „Indicator financiar” din DUAЕ inițial unde precizează că a operat o completare („ -”), fiind evident că în cazul în care cerința nu ar fi fost îndeplinită s-ar fi completat „NU”, astfel cum s-a completat la rubrica următoare.

Totodată susține că documentele contabile privind raportul financiar care susțin îndeplinirea acestei cerințe, în volum foarte mare, urmau să fie puse la dispoziția autorității ca urmare unei solicitări în acest sens.

De asemenea arată că la întrebarea *„Vinovat de interpretare eronată, nedivulgare de informații, incapacitate de a furniza documentele necesare și obținere de informații confidențiale referitoare*

la aceasta procedură”, a bifat opțiunea NU și precizează că această întrebare din DUAЕ vizează situația de excludere de la art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Astfel arată că bifând NU la această întrebare, este evident că și-a asumat faptul că are capacitatea de a prezenta documentele justificative solicitate, inclusiv în demonstrarea accesului sau că are disponibile resurse financiare suficiente pentru a realiza un cash flow de execuție a lucrării de minim 1.247.877,28 lei, cu atât mai mult cu cât autoritatea a

impus ca această cerință să fie demonstrată doar de ofertantul clasat pe primul loc, la momentul solicitării documentelor suport DUAЕ.

Potrivit contestatorului, în cadrul propunerii tehnice (la pagina nr. 8), se regăsește o declarație privind conformitatea ofertei sale cu cerințele caietului de sarcini și ale documentației de atribuire, iar la pagina 15 din propunerea tehnică se regăsește formularul de propunere tehnică pus la dispoziție de autoritate prin care s-a solicitat precizarea conformității cu cerințele documentației de atribuire.

Mai mult, apreciază că îndeplinirea cerinței este susținută și de alte documente din oferta sa.

Concluzionând, contestatorul susține că oferta sa trebuia declarată admisibilă de autoritate, în baza aspectelor clarificate.

Consideră că temeiul de la art. 137 alin. (2) lit. b) din Normele metodologice nu este incident, el confirmând îndeplinirea cerinței și comunicând DUAЕ revizuit.

Astfel arată că solicitarea de clarificări a autorității este lipsită de orice finalitate practică, respingerea ofertei fiind una artificială și nu raportată la o evaluare temeinică a ofertei și a răspunsului la clarificări prezentat în demonstrarea îndeplinirii cerinței.

Potrivit contestatorului, calificarea ofertantului, în această etapă, se referă doar la „relatarea” îndeplinirii/neîndeplinirii unor condiții, de natura calificării fiind dacă cerința, în esența ei, este sau nu îndeplinită.

Conform contestatorului, răspunsul la clarificări (explicațiile furnizate și DUAЕ-ul revizuit) este parte integrantă din oferta sa, invocând în susținere art. 147 lit. b) din Normele metodologice, potrivit căruia anexă la contractul de achiziție publică este oferta, respectiv propunerea tehnică și propunerea financiară, inclusiv clarificările din perioada de evaluare.

Contestatorul precizează că în răspunsul la clarificări a arătat că lichiditatea curentă a SC SRL (active curente/datorii curente) este de 2,36 lei (valoare calculată la data de 31.12.2021); față de valoarea de referință pentru lichiditatea curentă (respectiv 2).

Apreciază că oferta sa îndeplinește cerința privind realizarea unui cash flow de execuție a lucrării de minim 1.247.877,28 lei, suficient pentru desfășurarea activităților, sumă care va fi destinată exclusiv îndeplinirii viitorului contract pentru o perioadă de 2 luni de la data semnării acestuia cu autoritatea contractantă, independent de alte angajamente contractuale ale operatorului economic; în acest sens, atașează formula de calcul pentru ofertantul clasat pe primul loc.

SC SRL susține că pentru a fi îndeplinită cerința, rezultatul acestui calcul trebuie să fie mai mare decât 2 și în urma efectuării calculului pentru oferta sa, a rezultat valoarea de 2,36, astfel, în opinia sa, cerința este îndeplinită.

Consideră că a furnizat toate clarificările solicitate, deși, accesul la resursele reale, negrevate de datorii, depozite bancare, linii de credit suficiente pentru a realiza un cash flow de execuție a lucrării de minim 1.247.877,28 lei, fără TVA trebuie demonstrat doar de ofertantul clasat pe locul I la momentul solicitării documentelor suport DUAЕ.

Potrivit contestatorului, autoritatea nu indică prin comunicare de ce nu ar fi îndeplinită cerința, alegând să ignore răspunsul la clarificări furnizat și să evalueze oferta, ca și cum acest răspuns și DUAЕ-ul revizuite nu ar fi fost transmise.

Contestatorul consideră că respingerea ofertei sale încalcă principiul proporționalității și scopul legislației achizițiilor publice, invocând în susținere art. 2 alin. (2) lit. d), e), f); art. 224 alin. (1) lit. b); alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și art. 1 alin. (2) (3) (4) din normele metodologice.

În opinia sa, scopul urmărit de autoritatea contractantă este atribuirea contractului în condiții de eficiență economică, față de criteriul de atribuire impus, respectiv prețul cel mai scăzut.

SC SRL precizează că scopul legislației achizițiilor publice este încălcat cu atât mai mult cu cât prețul ofertat de el este mai scăzut decât prețul ofertat de ofertantul declarat câștigător.

În subsidiar contestatorul solicită, anularea procedurii de atribuire, față de abaterile grave de la prevederile legislative care afectează procedura de atribuire, invocând în susținere art. 212 alin. (1) lit. c); alin. (2) și art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Menționează că procedura este viciată prin modul în care autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 20 alin. (5) din Normele metodologice, care impun autorității corelarea informațiilor solicitate în DUAЕ cu cerința stabilită prin documentația de atribuire.

Precizează că abaterile grave care afectează procedura de atribuire rezultă din modul deficitar în care autoritatea contractantă a evaluat oferta depusă de SC SRL.

Contestatorul invocă prevederile art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016 și precizează că urmare a admitterii contestației, dacă nu pot fi dispuse măsuri de remediere, solicită Consiliului dispunerea anulării procedurii de atribuire.

În drept invocă dispozițiile Legii nr. 98/2016, HG nr. 395/2016, Legii nr. 101/2016, și a tuturor celorlalte acte normative invocate punctual în cuprinsul contestației.

În sprijinul contestației, contestatorul anexează un set de înscrisuri.

Anexat contestației în original, SC SRL atașează solicitarea nr. 19062/14.06.2022, de acces la dosarul cauzei.

Prin adresa nr. 31280/20.06.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 30828/20.06.2022, ... transmite dosarul achiziției iar prin adresa nr. 33326/23.06.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 31556/23.06.2022, transmite punctul de vedere cu privire la contestație, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

Autoritatea contractantă precizează că SC SRL apreciază în mod greșit decizia de respingere a ofertei sale pentru necompletarea în formularul DUAЕ a cerinței cu privire la realizarea unui cash flow de execuție a lucrării de minim 1.247.877,28 lei, afirmând că îndeplinirea acestei cerințe trebuie demonstrată numai de către ofertantul clasat pe locul I și doar la momentul solicitării documentelor suport DUAЕ.

Autoritatea prezintă detaliat cerințele solicitate prin documentația de atribuire care au fost puse la dispoziția ofertanților în SICAP (punctul III.1.2- situația economică și financiară – 1.) Indicatorul financiar din fișa de date).

Menționează că prin documentația de atribuire întocmită pentru realizarea obiectivului de investiții: „Reabilitare drumuri degradate în Comuna Ferești, județul Vaslui”, a stabilit în sarcina ofertanților obligația de a completa formularul DUAE cu informațiile referitoare la cash-flow-ul de execuție în valoare de minim 1.247.877,28 lei, urmând ca doar

ofertantul clasat pe primul loc să demonstreze prin documente justificative, îndeplinirea informațiilor asumate prin completarea DUAE.

De asemenea precizează că, pentru îndeplinirea acestei cerințe, ofertanții aveau obligația să completeze formularul DUAE cu propriile informații referitoare la modul în care vor îndeplini această cerință privind cash flow-ul în valoare de 1.247.877,28 lei, urmând ca documentele justificative să fie prezentate doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor.

Prin urmare pentru a stabili admisibilitatea ofertelor la faza DUAE inițial, autoritatea contractantă a verificat informațiile preliminare prezentate de ofertanți în cadrul formularelor DUAE și în documentele care îl însoțesc, în raport cu condițiile de participare prevăzute în anunțul de participare și în documentația de atribuire.

Astfel arată că, din analiza informațiilor completate în DUAE de către SC SRL, nu a identificat datele referitoare la îndeplinirea cerinței privind realizarea unui cash flow de execuție a lucrării de minim 1,247.877,28 lei, întrucât Secțiunea B: Capacitatea economică și financiară din formularul DUAE, unde ar fi trebuit să se regăsească informații cu privire la respectarea acestui criteriu de calificare, respectiv realizarea cash flow-ului de execuție, nu era completată.

Autoritatea precizează că în vederea respectării principiului proporționalității și a principiului tratamentului egal, a transmis aceeași solicitare de clarificări către 5 ofertanți, inclusiv către SC SRL (adresa nr. 4137L/14.03.2022), respectiv să precizeze unde anume în formularul DUAE, completat prin intermediul aplicației SEAP se regăsește informația necesară pentru a stabili îndeplinirea cerinței cu privire la realizarea unui cash flow de execuție a lucrării de minim 1.247.877,28 lei.

În opinia autorității, prin această formulare, nu a solicitat refacerea formularului DUAE, ci a dorit să afle unde anume în cadrul formularului se regăsește informația minimă necesară, întrucât necompletarea acesteia în cadrul formularului DUAE atrage respingerea ofertei ca inacceptabilă în baza art. 134 alin. (5) coroborat cu art. 137 alin (2) lit. b) din Normele Metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016 cu completările și modificările ulterioare.

Potrivit autorității, ofertantul a răspuns în termen solicitării de clarificări și a transmis adresa nr. 17956/15.03.2022, înregistrată la autoritate sub nr. 4386L/16.03.2022, menționând următoarele:

„În formularul DUAE, prezentat în Partea IV Criterii de selecție, B SITUAȚIE ECONOMICĂ ȘI FINANCIARĂ, la rubrica Indicator financiar nu s-au salvat Înscrisurile făcute și anume:

Raport: Situația principalilor indicatori economico-financiar

Descriere: Lichiditate curentă = Active curente/Datorii curente =2.36 (valoare la 31.12.2021) față de valoarea de referință care este 2, de unde rezultă că ofertantul îndeplinește cerința privind realizarea unui cash flow de execuție a lucrării de minim 1.247.877,28 lei.

În acest sens vă transmitem DUAE revizuit în care sunt salvate informațiile minime necesare pentru evaluarea respectării cerinței cu privire la realizarea unui cash flow de execuție a lucrării de minim 1.247.877,28 lei.

În cazul în care autoritatea contractantă consideră că sunt necesare și alte informații cu privire la demonstrarea îndeplinirii cerinței privind realizarea unui cash flow de execuție a lucrării de minim 1.247.877,28 lei, în urma unei solicitări adresate putem pune la dispoziție documente contabile, extrase de cont sau alte documente considerate relevante în acest context.

Menționăm, cu toată încrederea, că vă stăm la dispoziție cu orice informație sau lămurire cu privire la oferta depusă și avem convingerea că putem clarifica orice aspect al ofertei pentru conformitatea acesteia”.

Conform autorității, în urma evaluării răspunsului la solicitarea de clarificări transmis de ofertant în termenul solicitat, a concluzionat că răspunsul a fost considerat neconcludent, având în vedere faptul că ofertantul nu a completat inițial în formularul DUAЕ transmis prin intermediul aplicației SICAP informația minimă necesară pentru a stabili respectarea cerinței cu privire la realizarea unui cash flow de execuție a lucrării de minim 1.247.877,28 lei, prezentând pe larg cerința formularului DUAЕ, PARTEA IV Criterii de selecție, punctul B: Capacitatea economică și financiară.

Autoritatea menționează că nu a luat în considerare răspunsul la solicitarea de clarificări, întrucât prin această adresă, SC SRL nu a indicat în cadrul cărei secțiuni din DUAЕ (integrat SICAP) a completat datele referitoare la cash flow. Mai mult decât atât, precizează că formularul DUAЕ revizuit nu poate fi luat în considerare, fiind obligată să respecte instrucțiunile, măsurile și regulile de bună practică emise de ANAP.

Potrivit autorității, din notificarea ANAP privind utilizarea DUAЕ în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale rezultă „posibilitatea autorității contractante de a solicita clarificări cu privire la DUAЕ atașat ofertei” doar în cazul existenței unor „inadvertențe de formă apărute în completarea DUAЕ de către ofertanți”. În vederea respectării acestei măsuri, „comisia de evaluare are dreptul de a solicita clarificări în condițiile în care informațiile sunt susținute de alte precizări existente la nivelul aceluiași DUAЕ sau a DUAЕ depus de subcontractant/terț susținător/asociat (...) Situațiile în care sunt identificate inadvertențe de formă cu privire la DUAЕ prezentat în cadrul ofertei, și care au condus la clarificarea unor informații, obligă la transmiterea de către ofertanți a unui DUAЕ revizuit. În lipsa transmiterii DUAЕ revizuit, devin aplicabile prevederile art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, respectiv ale art. 140 alin. (4) din H.G. nr. 394/2016, respectiv oferta va fi considerată inacceptabilă”.

Autoritatea susține că notificarea menționată anterior cuprinde și măsuri privind respingerea ofertei fără posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAЕ, „Situațiile care conduc la respingerea ofertei fără

posibilitatea de a solicita clarificări privind DUAЕ vizează inadvertențe de fond, respectiv reprezintă acele informații completate de către ofertanți, care nu confirmă îndeplinirea cerințelor minime de calificare/selecție formulate de către autoritatea/entitatea contractantă în fișa de date a achiziției”.

Autoritatea precizează că în procedura ce face obiectul contestației, a constatat lipsa informației minime necesare pentru a stabili îndeplinirea cerinței cu privire la realizarea unui cash flow de execuție a lucrării de minim 1.247.877,28 lei, aspect ce constituie, în opinia sa, o inadvertență

de fond, nu o inadvertență de formă, aspect nepermis de legislația în vigoare, care determină respingerea ofertei și declararea răspunsului la clarificări neconcludent.

Totodată, consideră că o eventuală acceptare a completării ulterioare în formularul DUAЕ a modului de îndeplinire a unei cerințe minime de calificare ar echivala cu o modificare a ofertei.

Concluzionând, autoritatea contractantă susține că oferta depusă de SC SRL a fost respinsă ca fiind inacceptabilă în temeiul prevederilor art. 134 alin. (5) coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din Normele Metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, deoarece clarificările transmise nu sunt concludente iar oferta 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 DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă.

Având în vedere cele prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată și în drept, invocă dispozițiile Legii nr. 98/2016, ale Normelor Metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, precum și ale Legii nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 1491/27.06.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 32082/27.06.2022, SC SRL formulează cerere de intervenție în contradictoriu cu SC SRL, solicitând respingerea contestației ca nefondată și menținerea ca temeinic și legal raportul procedurii nr. 11145/L/07.06.2022.

Intervenientul menționează că eliminarea din procedură a ofertei contestatorului ca neconformă și inacceptabilă se impunea pentru a menține principiile transparenței și egalității de tratament în ceea ce privește ofertanții cu oferte acceptabile, care au avut ca punct de plecare în redactarea propriei oferte aceeași fișă de date.

Referitor la solicitarea contestatorului de a anula procedura dacă nu i se admite contestația, menționează că o procedură nu poate fi vădit ilegală și concomitent legală (doar) dacă se admite contestația.

Intervenientul apreciază solicitarea ca fiind inadmisibilă deoarece, în urma solicitării de clarificări, SC SRL a menționat că printr-o eroare umană nu a salvat în DUAЕ, informațiile solicitate de autoritatea contractantă. Consideră că adresa nr.4386 din 6 martie 2022 a contestatorului este edificatoare pentru că include prezumția absolută a cunoașterii și înțelegerii conținutului fișei de date/DUAЕ.

Intervenientul invocă excepția tardivității contestației sub aspectul solicitării de anulare a procedurii, întrucât, susține că SC SRL nu a contestat solicitarea de clarificări la momentul emiterii sale, nu a contestat documentația de atribuire la momentul publicării, însușindu-și conținutul său prin depunerea ofertei.

Intervenientul citează o serie de cerințe din caietul de sarcini al procedurii din capitolul III. 1.2) Capacitatea economică și financiară.

Precizează că autoritatea contractantă solicită ca și condiție a capacității economice și financiare existența la nivelul operatorului economic a „unui cash flow de execuție a lucrării de minim 1.247.877,28 lei fără TVA, (...) sumă care va fi destinată exclusiv îndeplinirii viitorului contract pentru o perioadă de 2 luni”.

De asemenea precizează că ofertanții sunt obligați a declara în DUAЕ în ce manieră îndeplinesc această condiție. Atrage atenția asupra

expresiei „Modalitate de îndeplinire - Se va completa DUAЕ de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor”, respectiv, dacă au fie depozite bancare și/linii de credit confirmate de bănci ori alte resurse financiare, toate negrevate de sarcini.

Contrar opiniei contestatorului, intervenientul arată că din interpretarea semantică a frazei, rezultă că vor fi solicitate ofertantului de pe locul prim doar documentele doveditoare ale afirmațiilor/datelor preliminar completate în SICAP. Astfel că pentru a fi verificate informațiile, e necesar ca mai întâi acestea să fie livrate autorității, adică prin DUAЕ, document comun tuturor ofertanților, funcție de care are loc evaluarea în procedură.

Conform intervenientului, scopul prezentării documentelor doveditoare este acela de a confirma că informațiile livrate autorității, pe proprie răspundere, prin DUAЕ sunt reale și că depozitul sau linia de credit, adică ceea ce s-a declarat de către ofertant, există și îndeplinește condițiile autorității.

Intervenientul prezintă în susținerea celor expuse, o secțiune din ghidul de utilizare al DUAЕ, și anume:

„DUAЕ cuprinde următoarele părți și secțiuni:

Subsemnatul declar că informațiile prezentate în părțile II - V de mai sus sunt exacte și corecte și că au fost furnizate cunoscând pe deplin consecințele cazurilor grave de declarații false. Subsemnatul declar în mod oficial că pot să furnizez, la cerere și fără întârziere, certificatele și alte forme de documente justificative menționate, cu excepția cazurilor în care (...).”

Totodată, precizează că un număr de 4 participanți la procedură au completat DUAЕ cu informațiile referitoare la cash-flow, de unde rezultă că nu există neclarități în modul de redactare al ofertei.

Mai mult arată că și ofertanții descalificați, printre care și contestatorul, la solicitarea de clarificare a autorității contractante privind unde în DUAЕ s-a menționat modul de îndeplinire a condiției privitoare la cash-flow, au precizat că dintr-o eroare informatică, dovada disponibilității cash-flow-ului nu s-a salvat în documentul DUAЕ, fapt ce naște, în opinia intervenientului, prezumția absolută asupra înțelegerii fișei de date.

În susținerea celor menționate, invocă art. 160 din Legea nr. 98/2016 și prezintă răspunsul contestatorului la solicitările de clarificare, și anume adresa nr. 4386L/16.03.2022.

Potrivit intervenientului, contestatorul recunoaște că nu a completat în DUAЕ informațiile solicitate de autoritate. Expresia „nu s-au salvat înscrisurile făcute” folosită de contestator în răspunsul la clarificări, în opinia intervenientului arată că acesta în realitate cunoștea despre

existenta obligației de a prezenta modalitatea de asigurare a cash-flow-ului, contrar tezei afirmată în contestație potrivit căreia DUAE și documentația de atribuire sunt confuze.

În susținere, intervenientul invocă jurisprudența CNSC și opiniile ANAP-ului.

Potrivit intervenientului, în situația în care, pe parcursul derulării unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/sectorial intervin modificări ale cerințelor de calificare efectuate de către autoritățile/ entitățile contractante, în conformitate cu prevederile legale

sau operatorii economici participanți constată omisiuni/erori în completarea formularului inițial, până la termenul limită de depunere a ofertelor/candidaturilor, aceștia pot actualiza/corecta informațiile din DUAE.

Arată că în acest sens, se va selecta tot opțiunea „Importă DUAE” și se va importa în cadrul aplicației DUAE-ul existent în calculator (acesta nu va conține semnătura electronică a operatorului economic sau a autorității/entității contractante cu care a fost semnat la încărcarea inițială în cadrul documentației de atribuire în SEAP/procedurii de atribuire)”.

Intervenientul menționează că 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 autoritatea/entitatea contractantă în fișa de date a achiziției.

În susținerea celor expuse invocă prevederile art. 196 alin. (2), art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016; art. 205 alin. (2); art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016 coroborat cu prevederile art. 132 alin. (2) din HG nr. 395/2016 și ale art. 138 alin. (2) din HG nr. 394/2016.

Potrivit intervenientului, înainte de atribuirea contractului de achiziție publică/sectorial/acordului-cadru, autoritatea/entitatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, să prezinte documente justificative actualizate, prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE.

Intervenientul reiterează în cuprinsul cererii de intervenție, decizia de respingere a autorității asupra ofertei contestatorului și prezintă partea IV din DUAE-Criterii de selecție, punctul B și modalitatea de îndeplinire a acestui criteriu de selecție.

Consideră că autoritatea contractantă a procedat conform recomandărilor ANAP și principiilor achizițiilor publice, neputându-se reține obligația de a solicita clarificări completatoare.

În acest context tratamentul egal impune ca toate ofertele să respecte condițiile de ofertare pentru a se asigura compararea obiectivă a ofertelor, invocând jurisprudența CJUE.

În opinia intervenientului, criteriul privind conformitatea ofertei este absolut, dacă oferta nu respectă documentația de atribuire, ea trebuie respinsă.

Intervenientul apreciază cererea contestatorului de a fi anulată procedura de atribuire, ca fiind inadmisibilă, deoarece cel puțin 4 ofertanți au depus oferte conforme, invocând în susținere Legea nr.

98/2016, art. 212 alin (1) lit. a)-e); art. 20 alin. 6), (7) din Normele metodologice.

În concluzie, intervenientul apreciază contestația depusă de SC SRL ca fiind neîntemeiată, și solicită respingerea contestației și menținerea ca legale și temeinice a raportului procedurii și a desemnării ofertei sale în calitate de ofertă câștigătoare.

În urma studierii dosarului cauzei, SC SRL transmite concluzii scrise prin adresa nr. 19222/29.06.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 32696/30.06.2022, solicitând respingerea ca nefondate și

netemeinice a punctului de vedere formulat de autoritatea contractantă și cererii de intervenție voluntară transmisă de intervenient.

Potrivit contestatorului, susținerile autorității contractante din punctul de vedere, se rezumă la reluarea prevederilor din fișa de date, fără a se oferi contraargumente față de susținerile sale din contestație cu privire la maniera de formulare a cerinței și corecta interpretare a acesteia.

Consideră că și din aceste prevederi citate de autoritate rezultă că accesul la resursele reale, negrevate de datorii, depozite bancare, linii de credit suficiente pentru a realiza un cash-flow de execuție a lucrării de minim 1.247.877,28 lei, fără TVA, trebuie demonstrat doar de ofertantul clasat pe locul I, și doar la momentul solicitării documentelor suport DUAЕ.

Precizează că scopul în sine al cerinței vizează doar operatorul economic care va executa contractul de lucrări întrucât privește o cerință relevantă pentru execuția lucrării, astfel cum rezultă și din justificarea acesteia din strategia de contractare, prezentând pe larg această justificare din DUAЕ.

Contestatorul menționează că relevantă este existența disponibilităților bănești la un moment ulterior (finalul procedurii de atribuire, cât mai aproape de semnarea contractului de achiziției publice și începutul execuției), iar nu la data prezentării DUAЕ și nici măcar a răspunsului la clarificări.

În opinia sa, contrar cerinței citate din fișa de date, autoritatea conchide neîntemeiat, că ar fi stabilit în sarcina „ofertanților” obligația de a completa formularul DUAЕ cu propriile informații referitoare la modul în care vor îndeplini cerința privind cash-flow-ul de execuție în valoare de minim 1.247.877.28 lei, și urmând ca documentele justificative să fie prezentate doar de ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar al ofertelor.

Contestatorul precizează că modalitatea de îndeplinire a cerinței, la care face referire autoritatea, nu poate fi însă interpretată și aplicată în afara cerinței propriu-zise, ci doar prin raportare la maniera în care aceasta a fost formulată. Prin urmare susține că cerința vizează expres și fără dubiu ofertantul clasat pe primul loc, iar nu „ofertanții”, așa cum insinuează autoritatea în punctul său de vedere.

Potrivit contestatorului, autoritatea susține că la nivelul DUAЕ ar fi trebuit să se regăsească informații cu privire la modul în care ofertanții vor îndeplini această cerință, iar nu modul în care îndeplinesc cerința.

În opinia sa, inclusiv actele de evaluare confirmă susținerile sale cu privire la maniera de formulare a cerinței.

Contestatorul arată că autoritatea nu a tratat cerința privind cash-flow-ul drept un criteriu de calificare, ci ca o cerință a caietului de sarcini

privind modul de prezentare a propunerii financiare, menționând următoarele:

- în procesul-verbal privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice nr. 8529L/04.05.2022 se menționează distinct de solicitarea prezentării documentelor justificative actualizate DUAE și cerința din caietul de sarcini privind cash-flow-ul;

■ În procesul-verbal privind evaluarea documentelor suport depuse de candidați/ofertanți pentru demonstrarea informațiilor din DUAЕ nr. 10175/24.05.2022 sunt consemnate separat:

- într-un tabel, cerințele minime de calificare solicitate prin fișa de date conform DUAЕ (pag. 3-9), printre acestea neregăsindu-se cerința referitoare la cash-flow, ci doar cea privind experiența similară;

- la finalul procesului-verbal, precizarea că ofertantul declarat câștigător ar fi prezentat un contract de depozit la scadență constituit în data de 03.05.2022 (după depunerea ofertelor) prin care este confirmat disponibilul existent în contul de depozit în valoare de 2.000.000 lei, demonstrând la momentul solicitării documentelor suport DUAЕ ca are acces/are disponibile resursele la nivelul minim cerut.

Contestatorul atașează în susținerea celor expuse capturi din cuprinsul acestor documente.

Neidentificarea în DUAЕ a datelor referitoare la îndeplinirea cerinței privind realizarea unui cash-flow de execuție a lucrării de minim 1.247.877,28 lei, în opinia sa reprezintă un aspect ce poate face cel mult obiectul clarificărilor, neputând conduce la respingerea ofertei în maniera invocată de autoritate prin actele de evaluare. Prin urmare, modul de evaluare a ofertei câștigătoare, ce decurge din procesele-verbale de evaluare ante-menționate, confirmă că oferta sa a fost exclusă artificial din procedură.

Precizează că lipsa/completarea în DUAЕ a informației respective este complet irelevantă, de vreme ce față de cerința impusă, demonstrarea în concret a îndeplinirii acesteia se realizează la final.

În ceea ce privește cererea de intervenție, contestatorul precizează că interpretarea semantică a cerinței din documentație este una cât se poate de clară, și anume că ofertantul clasat pe primul loc este cel care trebuie să demonstreze că la momentul solicitării documentelor suport DUAЕ va avea acces sau are resurse disponibile pentru a realiza un cash-flow de execuție a lucrării la valoarea minimă impusă.

Potrivit contestatorului, nu poate fi reținută alegația conform căreia scopul prezentării documentelor doveditoare ar fi acela de a confirma că informațiile livrate autorității prin DUAЕ sunt reale și că depozitul sau linia de credit există și îndeplinește condițiile autorității, de vreme ce demonstrarea îndeplinirii condiției este cerută de autoritate doar de un anumit ofertant și doar la un moment ulterior.

Totodată arată că documentul justificativ prezentat de intervenient conform procesului-verbal de evaluare a documente suport DUAЕ nr. 10175L/24.05.2022, respectiv contractul de depozit la scadență cu referință MM2212300265 constituit în data de 03.05.2022, atestă o situație ulterioară completării DUAЕ.

În ceea ce privește declarația indicată de intervenient din ghidul de utilizare al DUAЕ, contestatorul precizează că:

- acest ghid din 08.06.2016 include o serie de informații care nu mai sunt de actualitate, DUAЕ-ul fiind completat la acest moment direct în SEAP;

- declarația respectivă este oricum acoperită în DUAЕ-ul prezentat de el printr-o întrebare (pe care o atașează în cuprinsul concluziilor), din care decurge capacitatea contestatorului de a furniza documentele necesare (e.g. documente care să demonstreze la momentul depunerii

documentelor DUAЕ îndeplinirea cerinței privind cash-flow- ul de execuție a lucrării).

■ față de maniera de formulare a cerinței de către autoritate, contestatorul susține că nu este cazul în această situație de „certificate și alte documente justificative menționate”; chiar contractul de depozit prezentat de Intervenientul vizează un depozit constituit ulterior datei completării DUAЕ, respectiv la data de 03.05.2022.

În opinia contestatorului, nici faptul că 4 participanți la procedură ar fi completat DUAЕ cu informațiile referitoare la cash-flow nu schimbă maniera de formulare a cerinței, o astfel de abordare nefiind nici cerută, dar nici prohibită de documentația de atribuire.

Contestatorul susține că a furnizat un răspuns concludent la solicitarea de clarificări, confirmând îndeplinirea cerinței cu privire la care autoritatea a cerut clarificări și comunicând DUAЕ-ul revizuit prin răspunsul la clarificări. Cu privire la acest aspect, precizează că autoritatea, prin punctul de vedere, susține că nu ar fi solicitat refacerea formularului DUAЕ, ci ar fi dorit să afle unde anume se regăsește informația minimă necesară întrucât necompletarea acesteia în cadrul formularului DUAЕ atrage respingerea ofertei ca inacceptabilă în temeiul art. 134 alin. (5) coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din Normele metodologice.

În opinia contestatorului, această afirmație nu poate fi primită întrucât ar însemna că autoritatea i-a solicitat clarificări nu în scopul de a evalua riguros și complet oferta, ci în scopul de a o elimina din procedură indiferent de răspunsul furnizat. Menționează că autoritatea arată că, din analiza informațiilor completate în DUAЕ de contestator, nu ar fi identificat datele referitoare la îndeplinirea cerinței privind realizarea unui cash-flow de execuție în valoare de minim 1.247.877,28 lei.

Solicitarea de clarificări nu poate fi privită decât în scopul său legitim, ce decurge din prevederile legale (art. 127 alin. (1) lit. i) și art. 134 alin. (1) din Normele metodologice), respectiv acela de a obține clarificările și/sau completările necesare în vederea evaluării ofertei sale, iar nu drept pretext pentru respingerea ofertei pe motiv că s-ar fi furnizat un răspuns neconcludent.

Contestatorul susține că prin răspunsul oferit la acele clarificări, a lămurit orice ambiguități/neclarități pe care le-ar fi putut avea autoritatea cu privire la îndeplinirea cerinței, la un moment viitor și doar dacă contestatorul se va clasa pe primul loc.

În ceea ce privește afirmația autorității despre formularul DUAЕ revizuit, că nu ar putea fi luat în considerare întrucât ar fi obligată să respecte instrucțiunile, măsurile și regulile de buna practică emise de ANAP, contestatorul afirmă că notificarea ANAP nu este un act normativ

cu caracter obligatoriu pentru autoritate, invocând art. 4 alin. (3) și (4) din OUG nr. 13/2015.

Precizează că această notificare din data de 01.09.2016 are în vedere prevederi din Legea nr. 98/2016 care au suferit modificări.

Contestatorul reiterează cele prezentate în contestație, adăugând că:

- informațiile completate de contestator pot fi privite cel mult ca insuficiente, dând naștere unei ambiguități ce necesită clarificare, precizând că autoritatea susține la pag. 4 din punctul de vedere că nu ar

fi identificat datele referitoare la îndeplinirea cerinței privind cash-flow-ul;

- cerința din fișa de date este ca acest cash-flow să fie demonstrat doar de ofertantul clasat pe primul loc și doar la momentul depunerii documentelor DUAЕ; lipsa din formularul DUAЕ a unor informații cu privire la o cerință a cărei îndeplinire a fost solicitată oricum la un moment ulterior nu poate fi privită ca o inadvertență de fond.

Contestatorul susține că există o serie de elemente la nivelul DUAЕ și al ofertei care susțin clarificarea furnizată de el.

Cu referire la acest aspect arată că însăși autoritatea contractantă a considerat că ar fi vorba despre o inadvertență de formă, de vreme ce a procedat la solicitarea de clarificări. Astfel conform notificării, autoritatea are dreptul de a solicita clarificări/completări în scopul lămuririi unor aspecte determinate de existența unor neconcordanțe între informațiile prezentate în cadrul DUAЕ (inadvertențe de formă), în timp ce inadvertențele de fond ar conduce la respingerea ofertei, fără posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAЕ. Doar în lipsa transmiterii unui DUAЕ revizuit devin aplicabile prevederile art. 134 alin. (5) din Normele metodologice.

În opinia contestatorului, autoritatea nu poate aplica notificarea ANAP discreționar și lipsit de coerență, respectiv:

- să califice inițial lipsa din DUAЕ a informațiilor referitoare la cerință privind cash-flow-ul de execuție drept inadvertență de formă și să solicite clarificări contestatorului; iar

- ulterior, după primirea răspunsului la clarificări care lămurește pe deplin îndeplinirea cerinței, să considere răspunsul neconcludent întrucât ar lipsi din DUAЕ informația constatată că lipsind încă de dinainte de transmiterea solicitării de clarificări și să invoce că ar fi vorba despre o inadvertență de fond.

În ceea ce privește cererea de intervenție, contestatorul menține cele prezentate în cadrul contestației, adăugând că intervenientul a depus un contract aferent unui depozit din 03.05.2022 prin care se confirmă disponibilul existent în contul de depozit la acel moment, demonstrând existența disponibilității la momentul solicitării documentelor suport DUAЕ și nu la momentul depunerii DUAЕ. Precizează că la momentul depunerii DUAЕ, intervenientul nu s-ar fi putut folosi la nivel afirmativ de documentul invocat întrucât acesta nu exista, sens în care, în opinia contestatorului, dacă ar urma această interpretare greșită a cerinței din documentația de atribuire și oferta sa ar fi trebuit respinsă întrucât era imposibil ca eventualele afirmații din DUAЕ să aibă, la momentul depunerii acestuia, suport în realitate.

Contestatorul susține că intervenientul critică inclusiv maniera în care el a completat mențiunea în DUAЕ-ul revizuit. Precizează că o astfel

de critică este însă în afara motivelor de respingere a ofertei, neputând fi analizată în acest cadru procesual.

Astfel arată că indicatorul financiar reflectă faptul că în urma exercițiului financiar înregistrat (la 31.12.2021), societatea poate deține lichidități în orice moment. Nu este reflectată lichiditatea la 31.12.2021, așa cum speculează intervenientul, ci modul de calcul al raportului financiar se raportează la informații din bilanț care cuprinde date contabile la 31.12.2021.

În opinia contestatorului, acesta este modul de calcul al raportului financiar, nefiind corectă afirmația că aceasta este lichiditatea la 31.12.2021. Susține că a indicat prin răspuns că poate pune la dispoziția autorității, la solicitarea sa, documente contabile, extrase de cont sau alte documente considerate relevante.

În opinia contestatorului, posibilitatea ofertantului de a-și verifica oferta ori faptul că ofertantul are la dispoziție un număr de zile până la care să își transmită oferta, nu conferă temeinicie deciziei de respingere.

Conform contestatorului, singura situație din ghidul de utilizare DUAЕ invocată de intervenient, vizează cu evidență o altă ipoteză, aceea în care intervin modificări ale cerințelor de calificare efectuate de autoritățile contractante sau când operatorii economici constată omisiuni/erori în completarea formularului inițial până la termenul limită de depunere a ofertelor. Consideră că ghidul nu menționează că aceasta ar fi singura situație în care DUAЕ ar putea fi revizuit.

Mai mult, contestatorul precizează că intervenientul invocă o altă notificare ANAP în care se menționează clar posibilitatea depunerii de DUAЕ-uri revizuite inclusiv după data limită de depunere a ofertelor.

Referitor la legalitatea acțiunii/măsurii autorității contractante (pct. III din cererea de intervenție), contestatorul apreciază că face trimitere la notificarea ANAP, care vizează ipoteze generale, incumbându-i autorității sarcina de a analiza în concret și în funcție de cerința impusă prin documentație, clarificările necesare în vederea evaluării corespunzătoare a ofertelor.

În opinia contestatorului, autoritatea nu a procedat nici conform recomandărilor ANAP și nici conform principiilor achizițiilor publice.

Conform contestatorului, deși autoritatea a considerat lipsa din DUAЕ a informațiilor privind cash flow-ul ca o inadvertență de formă și i-a cerut clarificări, s-a răzgândit ulterior fără vreo justificare pertinentă și a respins oferta pentru răspuns neconcludent, încălcând totodată principiile proporționalității și transparenței.

Contestatorul apreciază că oferta sa nu a fost respinsă pentru o neconformitate, respectiv pentru nerespectarea documentației de atribuire, astfel încât cauza CJUE indicată de intervenient nu este relevantă; în plus, în jurisprudența europeană s-a reținut constant că datele dintr-o ofertă pot fi corectate sau completate punctual.

Potrivit contestatorului, atât autoritatea cât și intervenientul se feresc să abordeze prin actele procedurale caracterul disproporționat al măsurii de respingere.

Contestatorul precizează că autoritatea nu răspunde criticilor din contestație referitoare la anularea procedurii de atribuire, față de abaterile de la prevederile legislative care afectează procedura de atribuire.

În opinia contestatorului, această abordare încalcă art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, susținând că punctul de vedere trebuie formulat față de criticile din cuprinsul contestației, fiind actul procesual echivalent întâmpinării din procesul civil, prin care autoritatea își expune apărările.

Totodată menționează că intervenientul invocă o pretinsă tardivitate a contestației, pe care o apreciază ca fiind nefondată.

Menționează că acest aspect nu prezintă relevanță, contestația vizând rezultatul procedurii de atribuire.

Contestatorul își menține criticile prezentate în cuprinsul contestației asupra solicitării anulării procedurii de atribuire.

Referitor la solicitarea intervenientului de constatare a inadmisibilității solicitării de anulare a procedurii, arată că se invocă doar apărări de fond neîntemeiate și niciun motiv care să conducă la respingerea cererii fără cercetarea fondului acesteia, ca inadmisibilă.

Precizează că afirmația intervenientului în sensul în care „cel puțin 4 ofertanți au depuse oferte conforme” este irelevantă câtă vreme anularea procedurii de atribuire nu a fost solicitată în temeiul art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, ci în temeiul art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu prevederile art. 212 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, față de abaterile grave de la prevederile legislative care afectează procedura de atribuire, acesta fiind cazul de anulare incident.

În al doilea rând, anularea procedurii de atribuire nu ar determina încălcarea drepturilor ofertanților cu ofertă conformă și nici principiul concurenței. Concurența în cadrul procedurii nu înseamnă eliminarea artificială a competitorilor din procedură, ci stabilirea ofertei cu prețul cel mai scăzut prin aplicarea corectă și transparentă a documentației de atribuire, în urma unei evaluări serioase, temeinice și neformaliste.

Numărul ofertanților cu oferte admisibile nu reflectă nicidecum claritatea procedurii de atribuire, ci dimpotrivă. Reiterează faptul că mai mult de jumătate din ofertele depuse (i.e. 5 oferte din 9 oferte) au fost respinse pentru un motiv comun: modalitatea de completare a DUAE cu privire la îndeplinirea cerinței privind realizarea unui cash flow de execuție a lucrării de minim 1.247.877,28 lei. Este evident, așadar, că cerința se impune a fi socotită cel puțin interpretabilă, dacă nu clară în sensul în care trebuie îndeplinită doar de ofertantul clasat pe primul loc. Pe lângă vicierea deosebit de gravă a procedurii în etapa de evaluare a ofertelor, competiția a fost mai mult decât înjumătățită artificial, astfel încât în final au rămas doar 2 oferte admisibile.

În al treilea rând, arată că art. 20 alin. (7) din Normele metodologice citat de intervenientă sprijină în fapt interpretarea din contestație, în condițiile în care:

- prin fișa de date și anunțul de participare, autoritatea contractantă a solicitat îndeplinirea cerinței privind cash flow-ul de execuție doar de către ofertantul clasat pe primul loc, iar DUAE-ul nu reflectă cerința în această manieră;

- potrivit art. 20 alin. (7) din Normele metodologice, în cazul în care există discrepanțe între informațiile prevăzute în DUAE și cele prevăzute în anunțul de participare, prevalează informațiile din anunț,

prevalează informațiile din anunțul de participare simplificat, identice cu cele din fișa de date, potrivit cărora s-a solicitat îndeplinirea

cerinței privind cash flow-ul de execuție doar de către ofertantul clasat pe primul loc.

Nu în ultimul rând, susține că nici jurisprudența europeană citată de SC SRL nu îi sprijină interpretarea. Or, în prezența situație, față de stabilirea neclară a modalității de îndeplinire a cerințelor de calificare și respingerea a 5 ofertanți din acest motiv, anularea procedurii de atribuire respectă principiul egalității de tratament.

Dimpotrivă, sancționarea ofertanților pentru aplicarea cerinței privind cash flow-ul într-o manieră distorsionată față de modul cum

aceasta a fost formulată prin documentația de atribuire, consideră că ar conduce la încălcarea principiului tratamentului egal prin defavorizarea nejustificată a ofertanților care nu au făcut altceva decât să respecte modul în care a fost această cerință impusă prin fișa de date.

Pentru toate considerentele expuse atât prin contestație, cât și prin prezentele concluzii scrise, solicită admiterea contestației.

Anexat contestației în original înregistrată la CNSC sub nr. 30211/16.06.2022, contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208114187/1 tranzacția nr. 1217090692/2043431419 din data de 14.06.2022, eliberată de CEC Bank Unitatea Bârlad, în cuantum de 88.000,00 lei.

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

..... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată pentru atribuirea contractului de achiziție având ca obiect: „Execuție lucrări pentru obiectivul de investiții: «Reabilitare drumuri degradate în Comuna Ferești, județul Vaslui», cod CPV: 45233140-2, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. SCN1098171/03.12.2021, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 7.487.263.69 lei. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

În cauza care formează obiectul prezentei, SC SRL a depus cererea de intervenție nr. 1491/27.06.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 32082/27.06.2022, care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece, prin capetele de cerere, sprijină poziția autorității contractante, fără a solicita desființarea vreunui act emis de aceasta, motiv pentru care Consiliul califică cererea de intervenție drept cerere de intervenție accesorie formulată în favoarea autorității contractante.

În raport de dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 care stipulează că „Până la soluționarea contestației de către Consiliu, (...), operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. (...)” și art. 5 din același act normativ care prevede că: „(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului. (2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a

următoarei zile lucrătoare”, având în vedere faptul că, autoritatea contractantă a publicat în SEAP în data de 15.06.2022 sub identificatorul „Document: [SCN1098171/00101] Contestație pdf.”, Consiliul constată că cererea de intervenție este formulată în cadrul termenului legal.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, 65 și 67 din Cod proc. civ. dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză SC SRL are calitatea de ofertant câștigător, iar cererea sa

privește menținerea deciziei autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție formulată, astfel cum a fost calificată iar, în conformitate cu art. 67 din c.p.c., coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cererea de intervenție a acestuia împreună cu contestația formulată de SC SRL.

Urmând a se pronunța conform art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, mai întâi asupra excepției tardivității, invocată de către intervenient, Consiliul urmează să o respingă având în vedere considerentele ce urmează.

În opinia intervenientului, societatea contestatoare nu ar fi transmis contestația în termenul legal către CNSC raportat la data solicitării clarificări și luarea la cunoștință a documentației de atribuire, în speță fiind incidente următoarele prevederi legale:

- art. 16 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: *„Sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare”;*

- art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 în vigoare la data formulării contestației: *„(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: (...) 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/ sectorial sau de concesiune este mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii”;*

- art. 5 din Legea nr. 101/2016: *„(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului. (2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare”;*

- art. 68 din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 183 din Codul de Procedură Civilă : *„(1) Actul de procedură depus înăuntrul termenului prevăzut de lege prin scrisoare recomandată la oficiul poștal sau depus la un serviciu de curierat rapid ori la un serviciu specializat de comunicare este socotit a fi făcut în termen. (...) (3) În cazurile*

prevăzute la alin. (1) și (2), recipisa oficiului poștal, precum și înregistrarea ori atestarea făcută, după caz, de serviciul de curierat rapid, de serviciul specializat de comunicare, de unitatea militară sau de administrația locului de deținere, pe actul depus, servesc ca dovadă a datei depunerii actului de către partea interesată”.

Raportat la prevederile legale mai sus iterate și ținând seama de faptul că obiectul contestației formulate îl constituie anularea adresei comunicare rezultat nr. 29951/07.06.2022 (pag. 000053 din dosarul achiziției), nicidecum adresa de solicitare clarificări sau prevederile

documentației de atribuire iar SC SRL a transmis contestația atât la CNSC cât și autoritatea contractantă în data de 15.06.2022, rezultă că societatea contestatoare a ales să îndeplinească obligația legală de transmitere a contestației în termenul legal, motiv pentru care, Consiliul va respinge excepția tardivității invocată de intervenient față de contestația formulată.

Astfel, având în vedere că obiectul contestației formulate îl constituie adresa de comunicare rezultat nr. 29951/07.06.2022 de respingere a ofertei contestatorului ca inacceptabilă deoarece nu îndeplinește unul dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire, respectiv nu a completat în DUAE rubrica referitoare la modul de îndeplinire a cerinței privind cash flow-ul în valoare de minim 1.247.877,28 lei, Consiliul îl va analiza prin raportare atât la cerințele documentației de atribuire cât și legislația specifică în materie.

Potrivit pct. III.1.2) Capacitatea economică și financiară din cadrul instrucțiunilor pentru ofertanți publicate în SEAP în anexa anunțului de participare simplificat sub identificatorul „[.....] FisaDate_DF1131017.pdf”, intitulate generic „fișa de date”, autoritatea contractantă a stabilit următorul criteriu de calificare:

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

Indicator financiar

*Ofertantul clasat pe primul loc trebuie să demonstreze că la momentul solicitării documentelor suport DUAE **va avea acces sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, depozite bancare, linii de credit confirmate de bănci ori alte resurse financiare, în original, suficiente pentru a realiza un cash flow de execuție a lucrării de minim 1.247.877,28 lei fără TVA, suficient pentru desfășurarea activităților, sumă care va fi destinată exclusiv îndeplinirii viitorului contract pentru o perioadă de 2 luni de la data semnării acestuia cu autoritatea contractanta, independent de alte angajamente contractuale ale operatorului economic.***

Formula de calcul: $Ve \times n / Dc = \text{cash-flow}$:

Ve — valoarea estimată a contractului;

n — perioada pt care se solicita cash flow (2luni);

Dc — durata de execuție a contractului.

În cazul unei asocieri, cerința poate fi îndeplinită prin cumul.

Modalitatea de îndeplinire:

Se va completa DUAE de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE, urmează să fie prezentate, la solicitarea

autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe primul loc în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluării ofertelor”.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține incidența următoarelor prevederi legale din Legea nr. 98/2016, în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire:

- art. 3 lit. s): „*DUAЕ - documentul unic de achiziții european furnizat în format electronic prin utilizarea formatului standard stabilit de Comisia Europeană, constând în declarația pe propria răspundere a*

operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție”;

- art. 193 alin. (1): „Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAЕ, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:

a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la art. 164, 165 și 167;

b) îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă;

c) dacă este cazul, îndeplinește criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi”;

- art. 196 alin. (2): „Înainte de atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu excepția situației contractelor subsecvente atribuite în executarea unui acord-cadru, autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAЕ, cu excepția procedurilor desfășurate în mai multe etape când documentele justificative sunt solicitate înainte de transmiterea invitațiilor pentru etapa a doua către candidații selectați”

Din analiza prevederilor documentației de atribuire și a prevederilor legale anterior iterate, Consiliul reține că operatorii economici participanți la procedură aveau obligația de a descrie în DUAЕ modul de îndeplinire a cerinței privind cash flow-ul în valoare de 1.247.877,28 lei (sau alte resurse disponibile, ca de exemplu: depozite bancare, linii de credit confirmate de bănci ori alte resurse financiare), urmând ca prezentarea documentelor justificative să se facă doar în cazul clasării pe locul 1 iar autoritatea contractantă în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 127 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016 să poată verifica dacă respectivul ofertant îndeplinește criteriile de calificare impuse în cadrul documentației de atribuire.

Cash-flow-ul (fluxul de numerar sau de trezorerie) reprezintă diferența dintre ieșirile de numerar (plățile făcute, cheltuielile) și intrările de numerar (încasările de la clienți, furnizori, investitori) ale unui operator economic, pe o anumită perioadă; mai precis, cash-flow-ul este suma de bani (disponibilități nete) de care dispune un operator economic la un moment dat ; solicitarea acestei cerințe fiind determinată de necesitatea îndeplinirii viitorului contract de către ofertantul câștigător,

pentru o perioada de 2 luni de la data semnării acestuia cu autoritatea contractanta, independent de alte angajamente contractuale ale operatorului economic.

În soluționare, Consiliul va reține că, potrivit art. 3 lit. s) din Legea nr. 98/2016, DUAE reprezintă: *„documentul unic de achiziții european furnizat în format electronic prin utilizarea formatului standard stabilit de Comisia Europeană, constând în declarația pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție”*.

În preambulul Regulamentului **nr. 7/2016** considerentul 4 se prevede că: *„DEAU ar trebui să contribuie, de asemenea, la o mai mare simplificare, atât pentru operatorii economici, cât și pentru autoritățile contractante și entitățile contractante, prin înlocuirea diferitelor declarații naționale pe propria răspundere, divergente, cu un singur formular standard stabilit la nivel european. Acest lucru ar trebui să contribuie, de asemenea, la reducerea problemelor legate de redactarea precisă a declarațiilor oficiale și a declarațiilor de acordare a consimțământului, precum și de aspectele lingvistice, întrucât formularul standard va fi disponibil în toate limbile oficiale. Prin urmare, DEAU ar trebui să faciliteze creșterea participării transfrontaliere la procedurile de achiziții publice”.*

Relevante în soluționarea acestei critici sunt și prevederile **art. 193 din Legea nr. 98/2016**, potrivit căruia: *„(1) Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAE, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:*

a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la art. 164, 165 și 167;

b) îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă;

c) dacă este cazul, îndeplinește criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi”.

Nu sunt lipsite de importanță nici dispozițiile art. 65 alin. (1) din HG nr. 395/2016, care stipulează: *„Comisia de evaluare analizează DUAE în conformitate cu prevederile cuprinse în cap. IV secțiunea a 8-a din Lege”.*

Din întregul context normativ se poate desprinde concluzia că reglementarea acestui document unic european de achiziții nu poate fi un impediment pentru participarea operatorilor economici la procedură, ci dimpotrivă, trebuie să le înlesnească/faciliteze accesul.

Potrivit art. 1 din Regulamentul nr. 7/2016: *„Din momentul în care măsurile naționale de punere în aplicare a Directivei 2014/24/UE vor intra în vigoare și cel târziu de la 18 aprilie 2016, formularul standard prevăzut în anexa 2 la prezentul regulament trebuie să fie utilizat în scopul întocmirii documentului european de achiziție unic, menționat la articolul 59 din Directiva 2014/24/UE. Instrucțiunile de utilizare a acestui formular sunt prezentate în anexa 1 la prezentul regulament”.*

Din verificarea anexei nr. 2 la Regulamentul nr. 7/2016, Consiliul reține că cerința privind indicatorii financiari se regăsește în cadrul formularului standard în partea IV: **„Criterii de selecție”** secțiunea B:

„Situația economică și financiară” sub forma/textul/ sintagma/întrebarea *„Indicator financiar”*, iar în coloana din dreapta a formularului standard anterior menționat, legiuitorul european a prevăzut posibilitatea formulării unui *„Răspuns”* (în speță prin completarea cu informații din care să rezulte modul de îndeplinire a cerinței privind cash flow-ul în valoare de minim 1.247.877,28 lei).

Declarația DUAE prevăzută la art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 este obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a își elabora ofertele în conformitate cu

prevederile legale mai sus iterate, cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Din verificarea dosarului cauzei, Consiliul reține că la pag. 275 din vol. 1 al dosarului cauzei se regăsește declarația DUAЕ completată de operatorul economic SC SRL în care acesta nu a completat răspunsul la rubrica „Indicator financiar”, omisiune pe care, de altfel, contestatorul a recunoscut-o în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări din partea autorității contractante, care a solicitat acestuia să precizeze unde se regăsește în cadrul DUAЕ informația referitoare la cerința cash flow-ului, iar contestatorul a menționat: „În formularul DUAЕ în partea IV Criterii de selecție, B Situația Economică și Financiară, la rubrica Indicator financiar nu s-au salvat înscrisurile făcute, ... în acest sens vă retransmitem DUAЕ revizuit ... „ (a se vedea adresa de răspuns nr.17956/15.03.2022, pag.199, vol.2 din dosarul achiziției).

Rezultă astfel, că obligativitatea îndeplinirii acestei cerințe era la momentul depunerii ofertei, prin prezentarea DUAЕ completat corespunzător, urmând ca documentele suport actualizate doar să susțină/demonstreze/dovedească cele anterior asumate în DUAЕ.

Este evident că SC SRL prin modul în care a completat DUAЕ, a dorit vicierea rezultatului procedurii pornind de la premisa că autoritatea contractantă nu va proceda la o verificare a celor declarate în DUAЕ, prin evitarea aplicării sancțiunii excluderii din procedură de către comisia de evaluare, raportat la prevederile legale anterior indicate dar și urmarea procedurii administrativ-jurisdicționale sau judiciare după caz.

Indiferent de aprecierea proprie a acestuia cu privire la cerința documentației de atribuire, toți ofertanții participanți la procedură (nu doar cel clasat pe locul 1) aveau obligația clară de a declara în DUAЕ informația referitoare la îndeplinirea cerinței cash flow-ului în scopul verificării dacă se circumscriu situațiilor de excludere din procedură prevăzute de art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, o asemenea soluție este impusă inclusiv de principiul tratamentului egal, în sensul art. (2) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere aspectele anterior menționate, Consiliul va reține incidența în speță a prevederilor art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, care stipulează următoarele : *„(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...)*

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în

*scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, **nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate***”;

Comportamentul operatorilor economici participanți la o procedură de achiziție, respectiv corectitudinea informațiilor pe care aceștia le prezintă autorității contractante reprezintă elemente esențiale în aprecierea existenței cazurilor de excludere care vizează situația personală a acestora. Din această perspectivă, Consiliul apreciază că o

interpretare contrară ar lipsi de conținut dispozițiile care reglementează DUAЕ și efectele pe care acesta le are în procedura de atribuire.

În cazul dedus soluționării, în condițiile în care contestatorul a omis să indice modul de îndeplinire a cerinței de calificare și selecție la momentul depunerii ofertei, comisia de evaluare avea obligația de a verifica în temeiul art. 132 din HG nr. 395/2016 modul de îndeplinire prin analizarea conținutului DUAЕ și de a decide respingerea ofertei ca inacceptabilă în conformitate cu dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. b) din același act normativ, care stipulează că: *„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 una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire **sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă**”.*

În ceea ce privește susținerile contestatorului potrivit cărora lipsa informațiilor cu privire la cash-flow din DUAЕ depus odată cu oferta ar fi fost suplinită prin DUAЕ revizuit transmis ulterior, Consiliul reține faptul că ANAP, în cadrul Notificării privind utilizarea DUAЕ în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale emise la data de 01.09.2017 (postată pe site-ul oficial <http://anap.gov.ro/web/wp-content/uploads/2016/09/Notificare-utilizare-DUAЕ.pdf>), a detaliat diferențele dintre inadvertențe de formă - care pot fi clarificate, în temeiul art. 209 din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 și inadvertențele de fond, care nu pot fi clarificate, astfel:

*„În etapa de analiză a conținutului DUAЕ, pot interveni următoarele situații: a) inadvertențe de formă ale informațiilor cuprinse în secțiunile DUAЕ, atât ale ofertantului/candidatului, cât și ale subcontractantului/ terțului susținător, în raport cu care există posibilitatea de a solicita clarificări; **b) inadvertențe de fond, respectiv erori / omisiuni ale informațiilor, în raport cu care nu există posibilitatea de a solicita clarificări.***

a) Posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAЕ atașat ofertei/candidaturii

În conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și ale art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, autoritatea/entitatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări/completări în scopul lămuririi unor aspecte determinate de existența unor neconcordanțe între informațiile prezentate în cadrul DUAЕ.

Astfel, pentru inadvertențele de formă apărute în completarea DUAЕ de către ofertanți/candidați, comisia de evaluare are dreptul de a solicita clarificări, în condițiile în care informațiile sunt susținute de alte precizări existente la nivelul aceluiași DUAЕ sau a DUAЕ depus de subcontractant/terț susținător/asociat.

Raportat la dispozițiile art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, „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 [...]”; respectiv ale art. 140 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016, „comisia de evaluare va stabili termenul-limită în funcție de volumul și complexitatea clarificărilor și completărilor formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte [...]”.

Situațiile în care sunt identificate inadvertențe de formă cu privire la DUAE prezentat în cadrul ofertei/solicitării de participare, și care au condus la clarificarea unor informații, obligă la transmiterea de către ofertanți/candidați, a unui DUAE revizuit.

În lipsa transmiterii unui DUAE revizuit, devin aplicabile prevederile art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016 respectiv ale art. 140 alin. (4) din H.G. nr. 394/2016, respectiva oferta va fi considerată inacceptabilă. Autoritatea/entitatea contractantă trebuie să aibă în vedere totodată, dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 respectiv ale art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016: „autoritatea/entitatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat”.

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 dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, precum și 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 autoritatea/entitatea contractantă în fișa de date a achiziției**”.*

Prin urmare, în acord atât cu dispozițiile legale amintite, cât și cu cele ale documentației de atribuire, autoritatea contractantă nu avea dreptul să permită contestatorului depunerea unui DUAE revizuit fără încălcarea principiului tratamentului egal consacrat de prevederile art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, raportat la toți operatorii economici participanți la procedura în cauză, în condițiile în care, informațiile lipsă nu sunt susținute de alte precizări existente la nivelul DUAE sau în alte înscrisuri depuse la data limită de depunere a ofertelor.

Perioada îndelungată de timp scursă de la momentul depunerii ofertelor și data finalizării/desemnării ofertei câștigătoare nu poate profita ofertanților care nu îndeplinesc cerințele minime de calificare la data depunerii ofertelor, nu declară în cadrul DUAE cu scopul de a vicia rezultatul iar ulterior obțin documentele necesare, acceptarea unei astfel de conduite fiind în contradicție cu principiile nediscriminării și tratamentului egal consacrate de art. 2 din Legea nr. 98/2016.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind

obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv. Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul documentației de atribuire (fișa de date și caietul de sarcini) nu au fost impuse participanților anumite cerințe, aparține autorității contractante.

Modalitatea de îndeplinire a cerinței de calificare privind cash flow-ul în valoare de minim 1.247.877,28 lei, stabilită în instrucțiunile pentru ofertanți intitulate „fișa de date” și în anunțul de participare simplificat nu a fost contestată de participanții la procedură, iar prin depunerea ofertelor pentru procedura în cauză, operatorii economici au acceptat condițiile impuse de autoritatea contractantă. Nemodificată anterior datei limită de depunere a ofertelor, documentația de atribuire (inclusiv anunțul de participare și fișa de date) devine obligatorie atât pentru autoritate, cât și pentru ofertanți care trebuie să o respecte întocmai.

Prin depunerea ofertei, SC SRL și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și obligația de a indica în DUAЕ la rubrica „Indicatori financiari”, modalitatea de îndeplinire a cerinței de calificare privind cash flow-ul în valoare de minim 1.247.877,28 lei iar riscul completării DUAЕ cât și riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii necorespunzătoare a DUAЕ/ofertei potrivit principiului „nemo auditur propriam turpitudinem allegans”.

Ținând cont de prevederile art. 127 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora, printre atribuțiile și responsabilitățile comisiei de evaluare se regăsește verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți coroborat cu art. 132 alin. (1) din același act normativ care stabilește în sarcina comisiei de evaluare „(...) *obligația verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conținutului DUAЕ*” și luând în seamă faptul că autoritatea contractantă are obligația de a respecta pe parcursul procesului de evaluare principiile expres reglementate în cadrul art. 2 alin. (2) al Legii nr. 98/2016, astfel încât prin solicitările de clarificări și răspunsurile primite în urma acestora să nu favorizeze nici un operator economic ofertant, DUAЕ revizuit de contestator transmis în urma demersurilor efectuate în baza art. 196 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 nu putea fi acceptat de autoritatea contractantă întrucât un astfel de demers ar fi de natură a crea un avantaj evident în favoarea contestatorului, aducând atingeri dispozițiilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 conform cărora: „*autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat*”, avantaj constând în transformarea ofertei contestatorului dintr-o ofertă care nu respectă criteriile de calificare (sanționată potrivit 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 cu respingerea ca inacceptabilă) într-o ofertă conformă.

În cauza **C-523/16, CJUE** s-a pronunțat astfel:

„Astfel, Curtea a statuat printre altele că o solicitare de clarificare nu poate suplini lipsa unui înscris sau a unei informații a căror comunicare era impusă de documentele achiziției, autoritatea contractantă fiind obligată să respecte cu strictețe criteriile stabilite chiar

de ea (a se vedea în acest sens Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, precum și Hotărârea din 11 mai 2017, Archus și Gama, C- 131/16, EU:C:2017:358, punctul 33)“.

Este adevărat că procedura de achiziție publică este reglementată de norma din domeniul dreptului public care se desfășoară sub autoritatea principiului priorității interesului public, însă în etapa de evaluare autoritatea contractantă nu poate să respecte doar acest principiu și să încalce celelalte principii expres reglementate de prevederile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în special principiul nediscriminării, tratamentului egal și transparenței.

În cadrul Hotărârii din 10 octombrie 2013, CJUE s-a pronunțat în cauza **C-336/12** astfel:

„31 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărui ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, punctele 36 și 37).

32 Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

33 Curtea a formulat în această hotărâre anumite cerințe care delimitează această posibilitate de a solicita în scris ofertanților o clarificare a ofertei lor.

34 Mai întâi, o cerere de clarificare a unei oferte, care poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie, în principiu, adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație (a se vedea în acest

sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctele 42 și 43).

35 În continuare, cererea trebuie să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 44).

36 În plus, această cerere nu poate conduce la prezentarea de către un anumit ofertant a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

37 În sfârșit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le a fost adresată (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 41)”.

Față de cele mai sus menționate, Consiliul reține că autoritatea contractantă a constatat în mod corect față de oferta contestatorului incidența prevederilor art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora: „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 DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă” deoarece acesta nu a indicat în DUAЕ la rubrica „Indicatori financiari”, modalitatea de îndeplinire a cerinței de calificare privind cash flow-ul în valoare de minim 1.247.877,28 lei, astfel cum a impus autoritatea contractantă prin fișa de date.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți, elaborare a solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării ofertelor și de stabilire a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme, precum și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. b), i) și j) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut, în cazul ofertei contestatorului, cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile acestuia privind nelegalitatea evaluării propriiei sale oferte sunt nefondate, urmând să fie respinse.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu iar, pe cale de consecință, va admite cererea de intervenție formulată de SC SRL.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL în contradictoriu cu iar, pe cale de consecință, admite cererea de intervenție formulată de SC SRL.

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare
.....

PREȘEDINTE
.....

Consilier de soluționare
.....

Redactat practicaua deciziei

.....

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 31 (treizeci și unu) pagini