



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 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. _____/.../...

Data: _____2020

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 12716/01.04.2020, depusă de SC SRL, cu sediul în, județul, înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată legal prin administrator, împotriva rezultatului procedurii de atribuire, emis de ORAȘUL (PRIMĂRIA ORAȘULUI), cu sediul în Oraș, str., județul, în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „Extindere iluminat public pe 21 străzi și modernizare iluminat public parc, în orașul, județul, cod CPV 45231400-9, s-a solicitat: anularea raportului procedurii de atribuire nr. 95332/25.03.2020 și a comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr. 95341/27.03.2020, precum și a tuturor actelor subsecvente acestora; obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse, cu respectarea principiilor prevăzute în materia achizițiilor publice și a dispozițiilor documentației de atribuire; obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate cu soluționarea prezentului demers judiciar.

Prin adresa nr. 1832/09.04.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 13971/09.04.2020, SC SRL, cu sediul în București, B-dul Preciziei, nr. 32, sector 6, având CUI:, înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr., formulează cerere de intervenție voluntară, solicitând respingerea ca nefondată a contestației.

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

Făcând trimitere la prevederile fișei de date a achiziției, respectiv Cap. IV.2 Modul de prezentare a propunerii financiare, contestatorul precizează că prin adresa nr. 95138/07.02.2020, autoritatea contractantă i-a solicitat să justifice motivul pentru care în propunerea financiară a

utilizat un coeficient pentru contribuția asiguratorie pentru muncă („CAM”) de 0,3375%, în contextul în care această facilitate s-ar putea acorda doar după aprobarea schemei de ajutor de stat care, la momentul depunerii ofertei, nu ar fi fost în vigoare.

În opinia contestatorului, solicitarea autorității viza doar motivul pentru care s-a ales indicarea în cadrul propunerii financiare a coeficientului de 0,3375%; autoritatea contractantă nu a solicitat modificarea propunerii financiare urmare a constatării unor erori aritmetice sau a unor aspecte care pot fi corectate prin refacerea calculelor aferente; și autoritatea contractantă a încercat să inducă o imposibilitate a utilizării cotei reduse urmare a lipsei aprobării schemei de ajutor de stat.

Contestatorul precizează că în data de 11.02.2020, a transmis răspunsul la solicitarea de clarificări, arătând, în concret, motivele pentru care a prevăzut un coeficient CAM de 0,3375%, respectiv:

- la data depunerii ofertei, dispozițiile art. 220³ alin. (2) din Codul Fiscal prevedeau în mod expres că, în perioada 01.01.2019 - 31.12.2028 inclusiv, cota contribuției asiguratorii pentru muncă se reduce la nivelul cotei care se face venit la Fondul de garantare pentru plata creanțelor salariale, respectiv 0,3375 %;
- cota de 0,3375% era singura ce putea fi menționată în sistemul declarativ al contribuției asiguratorii de muncă ANAF, respectiv în Declarația D112 și, în consecință, inclusiv ANAF a considerat această cotă ca fiind cea aplicabilă pentru CAM la momentul depunerii ofertei în procedura de atribuire.

Totodată, prin răspunsul la clarificări, s-a menționat expres că societatea este pe deplin disponibilă în ajustarea, potrivit legii, a aspectelor declarate, astfel că, pentru a evita interpretări contrarii, își exprimă inclusiv disponibilitatea de a nu se modifica valoarea financiară a ofertei, diferența dintre cele două cote (2,25% și 0.3375%) urmând a fi suportată prin diminuarea profitului societății. Prin urmare, chiar dacă s-ar considera o modificare a indicelui CAM, oferta nu a fost modificată, valoarea propunerii financiare rămânând aceeași, măsură cu privire la care societatea și-a manifestat întreaga disponibilitate de a o implementa, dacă și în condițiile în care autoritatea ar aprecia că se impune, prin clarificarea propunerii financiare, o astfel de măsură, însă, autoritatea contractantă nu a mai solicitat alte clarificări.

În ceea ce privește raportul procedurii, contestatorul precizează că autoritatea contractantă l-a comunicat în data de 27.03.2020 prin postarea acestuia în SEAP, prin care s-a reținut că oferta depusă a fost declarată neconformă de către comisia de evaluare urmare a prezentării unui răspuns neconcludent la solicitarea de clarificare anterior menționată.

Din analiza raportului procedurii de atribuire rezultă că propunerile financiare ar fi fost evaluate (printre altele) și sub aspectul identificării și remedierii erorilor aritmetice și corecțiilor acestora în condițiile admise de

lege, însă nu au fost indicate motivele concrete pentru care răspunsul la solicitarea de clarificări ar fi neconcludent atât timp cât s-au prezentat în mod clar considerentele care justifică introducerea cotei de 0,3375% pentru CAM (răspunsul la singura întrebare adresată pe acest subiect).

În ceea ce privește comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, contestatorul arată că autoritatea contractantă a procedat doar la detalierea motivelor pentru care consideră că se aplică coeficientul de 2,25% pentru CAM, și nu a motivelor pentru care oferta a fost în mod efectiv respinsă, respectiv neconcludența răspunsului la solicitarea de clarificare.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 12894/02.04.2020 contestatorul depune în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206202387/1, tranzacția nr. 957596556/1721923210, din data de 01.04.2020, emisă de CEC Bank, unitatea: sucursala Victoria, în valoare de 123.273,58 lei.

În susținerea criticilor sale, contestatorul invocă prevederile art. 134 alin. (1) și (5) din HG nr. 395/2016, precum și jurisprudența CNSC, precum și cea a instanțelor.

Totodată, contestatorul menționează că autoritatea contractantă nu a arătat motivele pentru care răspunsul la solicitarea de clarificări a fost considerat neconcludent., invocând în acest sens dispozițiile art. 215 alin. (2), lit. b) din legea nr. 98/2016, considerând că aceasta a analizat în mod superficial răspunsul la clarificări.

Contestatorul subliniază că autoritatea contractantă a solicitat exclusiv indicarea motivelor pentru care a inclus cota de 0,3375% pentru CAM în ofertă, la care s-a transmis un răspuns clar prin care s-a motivat includerea cotei de 0,3375% pentru indicele CAM în ofertă însă, autoritatea a considerat că răspunsul nu este concludent întrucât obligația de declarare a cotei CAM la ANAF nu ar avea nici o relevanță. Totodată, în susținere invocă jurisprudența CEJ, precum și a Curților de Apel din România.

De asemenea, arată că la momentul depunerii ofertelor, dispozițiile legale prevedeau o cotă redusă de 0,3375% CAM, aceasta fiind cota care, în mod corect s-a indicat în cadrul ofertei, autoritate contractantă indicând în mod greșit că în cadrul propunerii financiare ar fi trebuit să fie indicată cota de 2,25%.

Mai mult, subliniază că interpretarea ANAF privind dispozițiile legale aplicabile la momentul depunerii ofertei stabilea aplicarea cotei reduse de 0,3375% pentru CAM, relevante fiind următoarele aspecte:

(a) în cadrul Formularului ANAF nr. 112 „Declarație privind obligațiile de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit, și evidența nominală a persoanelor asigurate”, cota datorată de societățile care îndeplineau cerințele impuse prin dispozițiile art. 60 alin.(5) din Legea Codul Fiscal era de 0,3375%, iar nu cota standard de 2,25%, astfel cum era și speța de față;

(b) Potrivit Instrucțiunilor de completare a Declarației nr. 112: „Declarația se completează și de angajatorii prevăzuți la art. 60 pct. 5 din Codul fiscal, care desfășoară una sau mai multe activități și în domeniile de activitate prevăzute la art. 60 pct. 5 din Codul fiscal și îndeplinesc condițiile privind acordarea facilităților fiscale privind scutirea angajaților de la plata impozitului pe venit și contribuțiilor de asigurări sociale de sănătate, reducerea cotei contribuției de asigurări sociale cu 3,75 puncte procentuale, reducerea contribuției asiguratorii pentru muncă datorate de angajator de la 2,25% la 0,3375%, precum și scutirea de la plata contribuțiilor de asigurări sociale datorate în cazul condițiilor deosebite de muncă sau în cazul condițiilor speciale de muncă”;

(c) Cota de 0,3375% înscrisă în rubrica corespunzătoare din formularul Declarației 112 nu putea fi modificată manual, respectiv contribuabilul nu avea posibilitatea de a introduce cota standard de 2,25%, întrucât suma de contribuție asiguratorie pentru muncă se calculează în mod automat din software-ul Declarației 112. Încercarea de a introduce manual a unei alte sume decât cea rezultată în mod automat (de 0,3375%) determină o eroare de calcul, iar formularul nu poate fi validat și, pe cale de consecință, nu putea fi transmis on-line, așa cum prevede procedura ANAF și/sau nu poate fi listat în mod valid;

(d) procentul CAM menționat în cadrul versiunii Declarației nr. 112 din perioada 01.01.2019 - 16.04.2019 este diferit față de procentul CAM menționat în cadrul versiunii Declarației nr. 112 ulterioare în sensul că în cadrul primei versiuni se regăsește cota de 0,337542, iar în cadrul versiunii modificate cota de 2,25%, aspect ce rezultă la o simplă analiză comparativă a celor două versiuni;

(e) ANAF este singura instituție a statului roman care are competențe oficiale în materie de administrare a impozitelor, taxelor, contribuțiilor fiscale și financiare ale statului roman și, în consecință, este organul abilitat să pună în aplicare dispozițiile Codului Fiscal prin emiterea și aprobarea declarațiilor de impunere, astfel cum este cazul Declarației nr. 112;

(f) ANAF a considerat că aplicarea facilității fiscale privind contribuția asiguratorie pentru munca se calculează începând cu luna ianuarie 2019, motiv pentru care a și modificat Declarația nr. 112 în sensul introducerii în cuprinsul acesteia a cotei reduse privind contribuția asiguratorie pentru munca de 0,3375%, considerând, astfel, că prevederile art. 91 din OUG nr. 114/2018 privind ajutorului de stat nu sunt de natura a interzice aplicarea facilității;

(e) responsabilitatea acordării ajutoarelor de stat potrivit legii revine statului roman, iar nu agenților economici, aceștia doar beneficiază (sau nu) de ajutorul de stat, potrivit reglementarilor existente;

(h) Calculul și raportarea privind cota de 0,3375% pentru CAM au continuat pe perioada ianuarie - 16 aprilie 2019. Ulterior, Declarația nr.

112 a fost modificată prin eliminarea cotei reduse și revenirea la cota standard de 2,25% pentru agenții economici care respectau cerințele impuse prin prevederile art. 66 din OUG nr. 114/2018. Din acel moment ofertantul a revenit cu calculul și raportarea privind indicele CAM la cota de 2,25%. Rezultă, astfel, că la momentul depunerii ofertei în procedura de atribuire, inclusiv ANAF considera că este aplicabilă cota redusă de 0,3375% pentru CAM;

(i) ulterior datei de 16.04.2019, ANAF a solicitat tuturor societăților beneficiare ale cotei reduse să depună o declarație rectificativa pentru perioada de raportare ianuarie-martie 2019 prin aplicarea cotei standard de 2,25%, fiind obligate ca, pentru perioada ianuarie-martie 2019, să procedeze la recalcularea diferenței dintre cota redusă și cota standard, respectiv 2,25% - 0,3375%, suma rezultată privind contribuția asiguratorie pentru munca fiind virata la bugetul de stat;

(j) astfel, rezultă că în perioada ianuarie-aprilie 2019, SC SRL a aplicat corect prevederile legale și sistemul declarativ ANAF în ceea ce privește contribuția asiguratorie pentru muncă;

(k) utilizarea cotei reduse de 0,3375% privind contribuția asiguratorie pentru muncă, în devizele de lucrări pentru achiziții publice desfășurate în perioada ianuarie - 16 aprilie 2019, care au fost finalizate după revenirea la cota standard de 2,25%, nu conduce la concluzia că SC SRL este pasibilă de consecințe vătămătoare. Prin urmare, nu se poate aplica nici sancțiunea respingerii ofertei din procedura de atribuire motivată prin utilizarea cotei reduse de 0,3375% pentru CAM, devreme ce inclusiv ANAF a determinat că este aplicabilă cota redusă prin modificarea în luna ianuarie 2019 a Declarației nr. 112; abia ulterior depunerii ofertei în procedura de atribuire, în data de 16.04.2019, ANAF a revenit asupra modificării Declarației nr. 112, a anulat cota redusă de 0,3375% și a reintrodus cota standard de 2,25%. Față de aceste aspecte, este de necontestat că, atât timp cât ANAF a procedat la aplicarea cotei reduse, toți operatorii economici participanți la procedurile de atribuire erau obligați de a indica această cotă redusă (prevăzută de dispozițiile legale pentru o perioadă de 10 ani) ca fiind cota ce trebuia aplicată pentru indicele CAM în procedurile de atribuire;

(l) termenul de depunere a ofertei în procedura de atribuire a fost până în data de 15.03.2019, moment în care (încă) era în vigoare cota redusă de 0,3375% prevăzută de dispozițiile legale incidente și impusă de ANAF prin Declarația nr. 112.

În opinia contestatorului coeficientul CAM declarat în cadrul ofertei poate fi modificat urmare a intervenirii modificării legislative. Oferta SC SRL a fost respinsă în mod nelegal și netemeinic, fără ca această posibilitate să îi fie recunoscută deși nu putea avea inițiativa unei astfel de îndreptări și nici nu i s-a cerut să o implementeze.

Prin adresa nr. nr. 1832/09.04.2020 înregistrată la CNSC sub nr. 13971/09.04.2020SC, ...SRL formulează cerere de intervenție voluntară, solicitând respingerea contestației ca nefondată.

Față de criticile formulate de contestator, intervenientul precizează următoarele:

- potrivit raportului procedurii de atribuire se observă că rezultatul evaluării propunerilor financiare a fost consemnat în cele două procese-verbale 95137/07.02.2020 și nr. 95186/25.02.2020, astfel că este nefondată critica referitoare la neindicarea motivelor pentru care răspunsul ofertantului SC SRL nu a fost considerat concludent, în cuprinsul contestației, acesta recunoscând că indicele CAM aplicabil era de 2,25%, însă și-a justificat indicarea unei cote într-un quantum mai redus de existența unui formular - Declarația 112;
- potrivit principiului ierarhiei și forței juridice a actelor normative, o anexă a unei Hotărâri de Guvern de aprobarea unui formular, nu are prioritate în fața unei dispoziții normative prevăzută într-o lege sau într-o ordonanță de urgență a guvernului;
- Faptul că ANAF a solicitat depunerea unei declarații rectificative pentru perioada ianuarie - martie 2019 prin care s-a cerut aplicarea cotei standard de 2,25%, astfel cum contestatorul susține, dovedește că soluția adoptată de autoritatea contractată a fost una legală și temeinică, cota CAM aplicabilă fiind de 2,25% și nu de 0,3375%;
- din lecturarea contestației rezultă că societatea contestatoare a înțeles întocmai motivele pentru care oferta sa a fost respinsă, fiind în măsură să-și formuleze a apărare temeinică în sensul că în mod greșit autoritatea contractantă ar fi reținut ca fiind legală calcularea unei cote CAM de 2,25%.

Intervenientul consideră că soluția de respingere a ofertei depuse de contestator este legală și în raport de conduita acesteia, aceasta este vizată de un document constatatator negativ emis de Primăria Sibiu la data de 10.04.2019, menționat și descris într-o decizie a CNSC. Din analiza documentului constatatator menționat, rezultă că acesta cuprinde informații privind contractul nr. 12/11.02.2019 având ca obiect: „Ornamente iluminat festiv de iarnă în Mun. Sibiu”; la pct. 6 Calitatea serviciilor și pct. 7 Comunicarea și colaborarea contractantului cu autoritatea contractantă, este bifată mențiunea nesatisfăcător, iar la pct. 8. Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător este bifată opțiunea „Nu”, la Motivații fiind bifată cu „Da”, lit. e) rezilierea contractului. De asemenea, la pct. 9 „Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (dacă este posibilă cuantificarea acestora)”, se precizează următoarele: „a) penalități de 2 % din valoarea produselor livrate cu întârziere: „având în vedere că produsele nu au fost însoțite de documentele solicitate prin caietul (de sarcini) și că nu corespund din (punct) de vedere calitativ se calculează o penalitate de 2% din valoarea totală a contractului. Valoarea penalităților este de 777,20 lei; b) chirie pentru spațiul de

depozitare ocupat, începând cu data de 06.04.2019; c) contravaloarea măsurătorilor și verificărilor efectuate pentru stabilirea puterii absorbite de ornamentele livrate: 12.334,69 lei (exclusiv TVA)". Astfel, în speță sunt incidente dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. c) și g) și alin. (8) din Legea 98/2016.

Prin adresa nr. 95398/07.04.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 13871/09.04.2020, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, în copie, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

În fapt, autoritatea contractantă precizează că urmare a desfășurării procesului de evaluare a ofertei contestatorului, comisia de evaluare a stabilit că acesta a depus o ofertă admisibilă sub aspectul modului de prezentare a DUAE (inclusiv a documentelor conexe) și sub aspectul modului de elaborare a propunerii tehnice. Astfel, comisia de evaluare a continuat procesul de evaluare a acestei oferte din perspectiva modului în care propunerea financiară a fost elaborată cu respectarea cerințelor impuse prin documentația de atribuire. În urma analizei conținutului propunerii financiare comisia de evaluare a luat act de faptul că ofertantul și-a stabilit valoarea ofertei financiare prin utilizarea unei cote a contribuției asiguratorie pentru muncă (CAM) în cuantum de 0,3375%.

Față de această constatare, autoritatea contractantă menționează că prin adresa nr. 95138/07.02.2020, comisia de evaluare a solicitat ofertantului următoarea clarificare: „întrebarea nr. 1. Justificați motivul pentru care ați utilizat în cadrul propunerii dvs. financiare un coeficient CAM (contribuția asiguratorie pentru muncă) de 0,3375% în contextul în care această facilitate se poate acorda doar după aprobarea schemei de ajutor de stat și care, la momentul depunerii ofertelor, nu era în vigoare”.

Prin adresa nr. 170/11.02.2020 SC SRL a specificat următoarele: „(...) în acest sens ANAF a modificat sistemul declarativ al contribuției asigurătorii pentru muncă Declarația DII2 A7.II/18.07.2018 în sensul că, la rubrica DII2 privind cota de contribuție asiguratorie pentru muncă, pentru perioada de după apariția OUG 114/2018 și până la data de 16.04.2019 nu se putea înscrie decât cota de 0,3375%, astfel încât formularul D112 să poată fi validat și depus la ANAF. De abia la data de 16.04.2019 ANAF a modificat Declarația D112 A7.2.0 în sensul permiterii înscrierii în rubrica corespunzătoare a cotei de contribuție de 2,25% dată la care oferta noastră era deja depusă de mai bine de o lună la autoritatea contractantă, termenul de depunere fiind data de 15.03.2019 (atașăm erata nr. EN1007524 privind decalarea termenului de depunere a ofertelor până la data de 15.03.2019). Cu toate că Declarația D 112 a fost aprobată prin ordinul 611/188/127/31.01.2019, aceasta nu permitea înscrierea contribuției asiguratorie pentru muncă în cota de 2,25% decât începând cu data de 16.04.2019 motiv pentru care ANAF a cerut contribuabililor să depună Declarație DII 2 rectificative

pentru lunile ianuarie-martie 2019, ceea ce reprezintă de fapt recunoașterea erorii făcute de ANAF în sistemul declarativ în ceea ce privește impunerea cotei reduse de 0,3375% în loc de cota de 2,25%. Acest aspect în mod evident nu poate fi imputabil societății noastre, noi nefăcând altceva decât să respectăm prevederile legii valabile la data depunerii ofertei 15.03.2019. În concluzie: La data depunerii ofertei noastre, cota de contribuție asiguratorie de muncă pentru firmele care se încadrau în prevederile art. 60 pct. 5 din OUG nr. 114/2018, era cota redusă de 0,3375% pe care noi am utilizat-o în devizele financiare, pentru că era singura cota permisă de ANAF a fi inclusă în Declarația 112 A.7.11, valabilă din data de 18.07.2018. Cota normală de contribuție asiguratorie a fost repusă în Declarația D112 A7.2.0 începând cu data de 16.04.2019, iar pentru luni martie 2019 s-a solicitat firmelor depunerea unor Declarații D112 rectificative. Pentru a nu se modifica valoarea financiară a ofertei depuse societatea noastră este disponibilă să suporte această diferență de preț între cota de 2,25% și 0,3375% prin diminuarea profitului ofertei noastre, cu toate această eroare aparține în totalitate statului român și nu poate fi imputabilă în nici un fel societății noastre”.

Față de răspunsul la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă arată că prin explicațiile furnizate ofertantul a susținut că și-a elaborat oferta financiară cu luarea în considerare a unei cote CAM de 0,3375% deoarece, la data depunerii ofertei, formularistica pusă la dispoziție de ANAF nu permitea decât declararea acestei cote. Ulterior, comisia de evaluare a stabilit că răspunsul nu este unul concludent deoarece ofertantul trebuia să își elaboreze propunerea financiară cu luarea în considerare a legislației în materie fiscală aflată în vigoare la data depunerii ofertei și nu prin raportare la modul în care se completează formularele ce trebuie transmise către ANAF.

Astfel, comisia de evaluare a stabilit că propunerea financiară nu a fost elaborată cu respectarea dispozițiilor legale care prevedeau încă de la data depunerii ofertei că valoarea cotei CAM ce trebuie utilizată este de 2,25% și nu de 0,3375%, iar pe cale de consecință a procedat la respingerea ofertei din procedura de atribuire.

Raportat la criticile formulate de contestator, autoritatea contractantă precizează următoarele:

- la data limita stabilită pentru depunerea ofertelor legislația în materie fiscală prevedea obligația operatorilor economici de a plăti o cotă CAM în cuantum de 2,25% și, prin urmare, contestatoarea nu și-a elaborat oferta financiară cu respectarea dispozițiilor legale;
- în fișa de date a achiziției, Cap. IV.4.2 - „Modul de prezentarea propunerii financiare” s-au stabilit cerințele privind modul de elaborare a propunerii financiare, punându-se în vedere ofertanților să își elaboreze propunerea financiară prin utilizarea coeficienților stabiliți de lege, menționându-se inclusiv că nu se acceptă necotarea unor asemenea elemente;

- termenul limită pentru depunerea ofertelor a fost stabilit în data de 13.03.2019, astfel propunerea financiară trebuia elaborată cu respectarea legislației în vigoare la acel moment;
- articolul 220³ din cadrul Codului fiscal a fost modificat și completat prin dispozițiile OUG nr. 114/2018 publicată în Monitorul Oficial în data de 29.12.2018;
- așadar, la data depunerii ofertei regula o reprezenta plata unei cote CAM de 2,25%; prin excepție, societățile care desfășurau activități în sectorul de construcții și care îndeplineau inclusiv condițiile cumulative stabilite la art. 60 pct. 5 din codul fiscal, beneficiau de reducerea cotei CAM (la data depunerii ofertei cota redusă era de 0,3375 %);
- la art. 60 pct. 5 din codul fiscal, sunt prevăzute condițiile care trebuie îndeplinite cumulativ pentru acordarea scutirii; astfel, potrivit art. 60 pct. 5 lit. d) una dintre condițiile care trebuiau îndeplinite pentru acordarea scutirii o reprezenta și respectarea instrucțiunilor din ordinul ministrului finanțelor publice unde se stabileau regulile concrete pentru aplicarea scutirii;
- la data limită stabilită pentru depunerea ofertelor era în vigoare Ordinul nr. 611/138/127/2019 pentru aprobarea modelului, conținutului, modalității de depunere și de gestionare a „Declarației privind obligațiile de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit și evidența nominală a persoanelor asigurate” (act normativ care a fost în vigoare în perioada: 15 februarie 2019 - 22 mai 2019). În cadrul Anexei nr. 6 la acest Ordin se face următoarea precizare: „Facilitățile ce vizează obligațiile fiscale datorate de angajatori se aplică cu respectarea prevederilor în domeniul ajutorului de stat, după aprobarea schemei de ajutor”;
- mențiuni similare erau cuprinse chiar și în OUG nr. 114/2018 prin care a fost introdusă facilitatea reducerii cotei CAM, la art. 91 făcându-se următoarea precizare: „Aplicarea prevederilor cap. I, art. 66, pct. 12 și 20, art. 68, 69 și 81 se realizează cu respectarea prevederilor în domeniul ajutorului de stat”;
- așadar, la data depunerii ofertei legislația în materie fiscală stabilea foarte clar faptul că facilitatea ce viza reducerea cotei CAM la 0,3375% se aplica doar după momentul aprobării schemei de ajutor de stat;
- *per a contrario*, în contextul în care, la data de 15.03.2019 nu era aprobată schema pentru ajutorul de stat, rezultă că la acea dată nu opera reducerea cotei CAM de 0,3375%, fiind în vigoare cota de 2,25%; în consecință, afirmațiile repetate ale contestatorului potrivit cărora erau îndeplinite toate condițiile prevăzute la art. 60 pct. 5 din Codul fiscal, sunt nerealiste. În fapt, condiția prevăzută la lit. d) nu era îndeplinită la data depunerii ofertei motiv pentru care nici nu putea opera reducerea cotei CAM.

Autoritatea contractantă precizează că toată argumentația din cadrul răspunsului de clarificare dar și a contestației se întemeiază pe faptul că în acea perioadă formularele care se depuneau la ANAF nu ar fi permis completarea cotei de 2,25%.

Astfel, consideră că această situație, chiar dacă ar fi fost reală, este total nerelevantă din perspectiva modului de elaborare a ofertelor financiare depuse în procedura de atribuire. Faptul că formularistica ANAF și/sau procedura de comunicare către ANAF a unor date ar fi prezentat anumite anomalii nu împiedică în vreun fel ofertantul să coteze în propunerea financiară cota legală a CAM prevăzută la data depunerii ofertei. Cota CAM care se datorează de către operatorii economici nu este stabilită printr-un formular al ANAF ci este stabilită prin acte normative. Or, dispozițiile legale în vigoare la data depunerii ofertei stabileau foarte clar că reducerea cotei CAM operează doar după momentul aprobării schemei ajutorului de stat, act care la acea dată nu era aprobat.

În opinia autorității contractante, ofertantul nu putea justifica necunoașterea legii prin invocarea unor deficiențe de completare a formulelor ANAF. Doar în ipoteza în care în cadrul ofertei financiare s-ar fi solicitat prezentarea acelui formular ANAF atunci se putea justifica eroarea prin raportare la restricțiile impuse de formular. Cum un asemenea formular nu a fost solicitat pentru a fi prezentat în ofertă (nu există nicio legătură între formularistica utilizată de ANAF și regulile stabilite pentru elaborarea ofertelor financiare în procedurile de achiziție publică), este evident că eroarea de concepție a ofertei financiare se întemeiază pe înțelegerea eronată a legii.

În susținerea afirmațiilor sale, autoritatea contractantă subliniază că legalitatea deciziei adoptate de comisia de evaluare a fost confirmată și de Ministerul de Finanțe prin adresa nr. 782975/24.04.2019.

De asemenea, arată că potrivit art. 91 din OUG nr. 114/2018 se precizează faptul că aplicarea prevederilor art. 66 din același act normativ, se realizează cu respectarea prevederilor în domeniul ajutorului de stat.

În ceea ce privește aplicarea facilităților în domeniul construcțiilor, la art. 60, pct. 5 lit. d) din Codul fiscal, se prevede că scutirea se aplică potrivit instrucțiunilor la ordinul comun al ministrului finanțelor publice, al ministrului muncii, familiei, protecției sociale și persoanelor vârstnice și al ministrului sănătății, prevăzut la art. 147 alin. (17), iar Declarația privind obligațiile de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit și evidența nominală a persoanelor asigurate reprezintă declarație pe propria răspundere pentru îndeplinirea condițiilor de aplicare a scutirii. Astfel, în Anexa 6 - Instrucțiuni de completare a formularului 112: „Declarație privind obligațiile de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit și evidența nominală a persoanelor asigurate” aprobate prin Ordinul nr. 611/138/127/2019 este prevăzut faptul că: „Facilitățile ce vizează obligațiile fiscale datorate de angajatori se aplică cu respectarea prevederilor în domeniul ajutorului de stat, după aprobarea schemei de ajutor. Având în vedere cele precizate mai sus, reducerea cotei contribuției asiguratului pentru muncă se aplică numai după aprobarea schemei de ajutor de stat. În consecință, până la aprobarea schemei de

ajutor, cota contribuției asigurătorii pentru muncă este de 2,25%. Menționăm că după aprobarea schemei de ajutor, facilitatea fiscală reprezentând reducerea cotei contribuției asigurătorii pentru muncă la nivelul cotei care se face venit la Fondul de garantare pentru plata creanțelor salariale, se va aplica potrivit prevederilor schemei de ajutor”.

În opinia autorității contractante, împrejurarea că această adresa a fost emisă de Ministerul de Finanțe după data depunerii ofertelor, este nerelevantă deoarece prin adresa respectivă nu se aduc modificări dispozițiilor legale ci se prezintă interpretarea corectă care trebuie dată normelor legale aflate în vigoare încă din data de 01.01.2019.

Față de cele mai sus menționate și având în vedere faptul că la Cap. IV.4.2 - „Modul de prezentarea propunerii financiare” din fișa de date a achiziției s-a menționat că în quantumul manoperei se vor include coeficienții stabiliți de lege (CAM) coroborat cu faptul că, potrivit art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, autoritatea contractantă precizează că a stabilit că ofertantul nu a elaborat propunerea financiară cu respectarea cerințelor documentației de atribuire și a reglementărilor în materie fiscală în vigoare la data depunerii ofertei, motiv pentru care a procedat la respingerea ofertei din procedura de atribuire.

În ceea ce privește afirmația contestatorului potrivit căreia: „în contextul în care s-ar ajunge la concluzia că oferta financiară trebuia elaborată prin cuantificarea unei cote CAM de 2,25%, o asemenea situație ar fi putea fi asimilată unei erori aritmetice iar autoritatea trebuia să solicite ofertantului să corecteze respectiva eroare”, autoritatea contractantă apreciază că eroarea sesizată nu a fost generată de o eroare aritmetică, ci de lipsa de cunoaștere a dispozițiilor legale în materie fiscală. Potrivit art. 134 alin. (10) din HG nr. 395/2016, erorile aritmetice sunt definite ca fiind aspecte care pot fi clarificate cu respectarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Lege, elementele propunerii financiare urmând a fi corectate, implicit alături de prețul total al ofertei, prin refacerea calculelor aferente. Așadar, pentru a putea opera corectarea unei erori aritmetice este imperios necesară respectarea principiilor care reglementează materia achizițiilor publice.

Astfel, consideră că din această perspectivă, asimilarea erorii de concepție a propunerii financiare cu o eroare aritmetică ar conduce la încălcarea principiului transparenței și principiului tratamentului egal.

Autoritatea contractantă consideră că este total nejustificată și disproporționată cererea de acordare a cheltuielilor de judecată, motivat de următoarele aspecte:

- în ipoteza în care s-ar aprecia că decizia adoptată de autoritatea contractantă ar fi un eronată, este evident că soluția nu ar putea fi motivată decât pe interpretarea unor stări de fapt; în schimb, dispozițiile legale în vigoare la data depunerii ofertelor susțin întru-totul legalitatea și temeinicia deciziei adoptate de autoritatea contractantă;

- interpretarea oficială dată de Ministerul de Finanțe dispozițiilor în materie fiscală referitoare cota CAM confirmă faptul că autoritatea contractantă a aplicat corect dispozițiile legale aflate în vigoare la data depunerii ofertelor;

- ANAP a emis Avizul conform necondiționat nr. 10023/1427/ .../AC/05.02.2020 înregistrat la sediul primăriei cu nr. 95110/ 05.02.2020, prin care a stabilit că procesul de evaluare a ofertelor financiare s-a desfășurat cu respectarea dispozițiilor legale.

Având în vedere cele mai sus menționate, autoritatea contractantă solicită Consiliului să respingă contestația ca nefondată, să mențină decizia adoptată cu privire la evaluarea ofertei depuse de SC SRL și să dispună continuarea procedurii de atribuire.

Față de punctul de vedere emis de către autoritatea contractantă, SC SRL transmite prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 14516/14.04.2020, înscrisul denumit: *Note scrise*.

În preambul, contestatorul face o sinteză a argumentelor părților, respectiv a propriilor argumente, ale autorității contractante, precum și ale intervenientului.

În ceea ce privește cererea de intervenție depusă, contestatorul solicită Consiliului respingerea acesteia ca inadmisibilă din următoarele considerente:

- SC SRL nu a arătat motivele pentru care dovedește un pretins interes în formularea cererii de intervenție;
- oferta SC SRL nu este contestată;
- pentru a interveni într-un proces, partea care intervine trebuie să justifice un interes propriu; or, câtă vreme disputa nu vizează oferta sa, interesul său de a menține actualul rezultat nu poate fi considerat suficient pentru a-i justifica o calitate de parte;
- un participant la procedura de atribuire nu poate justifica modalitatea de evaluare a ofertei altuia; față de obiectul actualei dispute, cererea de intervenție voluntară accesorie formulată de către SC SRL nu poate sprijini, în concret, poziția autorității contractante;
- fundamentarea argumentelor invocate de către intervenient sunt lipsite de elocvență.

Referitor la critica intervenientului privind existența documentului constatat, contestatorul consideră că aceasta nu poate fi reținută și/sau analizată de către Consiliu, subliniind de asemenea faptul că acesta aduce și critici noi față de oferta SC SRL prin indicarea documentului constatat emis de Primăria Sibiu și, în subsidiar motive pentru care oferta sa a fost de fapt respinsă. În acest sens, contestatorul solicită Consiliului să nu ia în considerare această critică din următoarele considerente:

- (a) Intervenția nu este contestație. Intervenientul nu poate invoca, prin cererea de intervenție, critici privind modalitatea de evaluare a unei oferte, după cum nu poate nici suplimenta aspectele dezbătute în cadrul contestației.

- (b) Oferta depusă a fost respinsă strict ca urmare a unei pretense neconcludențe a răspunsului la clarificare privind aplicarea cotei reduse pentru CAM. Prin urmare, anterior investirii Consiliului, autoritatea contractantă nu a analizat nicio pretenșă situație de excludere a SC SRL din perspectiva existenței documentelor constatatoare.
- (c) Contestația vizează anularea comunicării rezultatului procedurii de atribuire. Limitele în care Consiliul urmează a soluționa prezenta speță sunt stabilite prin chiar contestația promovată de către SC SRL.
- (d) Efectele documentului constatator invocat de către intervenient sunt, oricum, suspendate de drept, acesta fiind atât motivul pentru care nu a fost publicat în SEAP, cât și motivul pentru care acesta nu ar putea să îl invoce în prezentul demers judiciar. Acest document constatator, emis ulterior depunerii ofertei în prezenta procedură, este contestat în prezent.

Față de critica SC SRL privind nemotivarea comunicării rezultatului procedurii și/sau raportului procedurii de atribuire, contestatorul arată că autoritatea contractantă nu formulează un punct de vedere, lăsând, practic, la latitudinea Consiliului analiza acestuia. Prin urmare, contestatorul apreciază că la o simplă analiză a temeiului de drept pentru care a fost respinsă oferta sa, precum și a motivării superficiale din cadrul comunicării rezultatului procedurii și, inclusiv, din cadrul punctului de vedere formulat în prezenta cauză, rezultă o neclaritate a motivului de respingere.

În continuare, contestatorul reiterează argumentul potrivit căruia Cota CAM indicată în cadrul ofertei respectă dispozițiile legale în vigoare la data depunerii ofertei, arătând că, cota redusă pentru CAM era prevăzută de dispozițiile legale în vigoare la momentul depunerii ofertei, respectiv 13.03.2019, această facilitate fiind introdusă prin OUG nr. 114/2018 începând cu data de 29.12.2018, iar condițiile impuse de art. 60 pct. 5 din Codul Fiscal20 pentru a beneficia de cota redusă de 0.3375% pentru CAM sunt îndeplinite întru totul, având în vedere că SC SRL:

- desfășoară activitatea de construcții definită la codul CAEN 41.42.43
- secțiunea F - Construcții, astfel cum rezultă în mod clar din certificatul constatator 21;
- realizează cifra de afaceri din activitățile de construcții în limita a cel puțin 80% din cifra de afaceri totală astfel cum rezultă din: (1) Secțiunea A [Alte date de identificare a plătitorului] din Declarația nr. 112 depusă pentru februarie 2019 în cadrul căruia a fost calculată o pondere de 98,71% a veniturilor din activitatea de construcții în totalul cifrei de afaceri; (2) Secțiunea A [Alte date de identificare a plătitorului] din Declarația nr. 112 depusă pentru martie 2019 în cadrul căruia a fost calculată o pondere de 90,04% a veniturilor din activitatea de construcții în totalul cifrei de afaceri; și (3) Secțiunea A

[Alte date de identificare a plătitorului] din Declarația nr. 112 rectificativă în cadrul căruia a fost calculată o pondere de 99,7% a veniturilor din activitatea de construcții în totalul cifrei de afaceri; și
- veniturile brute lunare din salarii și asimilate salariilor realizate de persoanele fizice pentru care se aplică scutirea sunt calculate la un salariu brut de încadrare pentru 8 ore de muncă/zi de minimum 3.000 lei lunar, aspect ce rezultă din Secțiunea C.5. [Contribuția asiguratorie pentru munca datorată de angajatorii] din Declarația nr. 112 depusă pentru februarie 2019 și Secțiunea C.5. [Contribuția asiguratorie pentru munca datorată de angajatorii] din Declarația nr. 112 depusă pentru martie 2019.

Contestatorul menționează că la momentul depunerii ofertei, Ordinul nr. 611/138/127/2019 pentru aprobarea modelului, conținutului, modalității de depunere și gestionare a Declarației emis de Ministerul Finanțelor Publice, Ministerul Muncii și Justiției Sociale, Ministerului Sănătății (Ordinul nr. 611/138/127/2019) nu contravenea aplicării cotei reduse CAM deoarece acesta este chiar actul normativ prin care versiunea ce include cota redusă a Declarației nr. 112 a fost adoptată, fiind Anexa nr. 6 a acestui ordin. Or, în cadrul Declarației nr. 112, parte din Ordin, cota datorată de societățile care îndeplineau cerințele impuse prin dispozițiile art. 60 alin.(5) din Legea Codul Fiscal era de 0,3375%, iar nu cota standard de 2,25%, cum în mod greșit susține autoritatea contractantă.

De asemenea, susține că dispozițiile art. 91 din OUG nr. 114/2018 nu contravin modificărilor intervenite asupra dispozițiilor art. 220³ alin. (2) din Codul Fiscal întrucât acesta prevăd că aplicarea cotei reduse se realizează cu respectarea prevederilor în domeniul ajutorului de stat. Ulterior, prin adresa nr. 782975/24.04.201931 interpretarea oferită prin documentele anterioare, în vigoare la data depunerii ofertei, a fost modificată. Însă, această adresă prin care se modifică cota CAM aplicabilă a fost emisă în data de 24.04.20219, la mai bine de o lună de la momentul depunerii ofertei în cadrul procedurii de atribuire.

Cu privire la coeficientul CAM declarat în cadrul ofertei, contestatorul arată că acesta poate fi modificat urmare a intervenirii modificării legislative dacă autoritatea contractantă solicită în mod expres o astfel de îndreptare, prin clarificare.

În opinia contestatorului, oferta este considerată conformă chiar și atunci când prin răspunsurile la clarificări sunt operate modificări ale propunerii financiare, cu condiția ca aceste modificări să fie minore și o eventuală modificare a prețului determinată de astfel de corectări să nu afecteze principiile aplicabile.

Ulterior, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 14553/14.04.2020, contestatorul transmite documentele aferente cheltuielilor de judecată, ocazionate cu soluționarea prezentului litigiu.

Față de notele scrise emise de către contestator, intervenientul formulează punctul de vedere nr. 1834/15.04.2020, înregistrat la CNSC sub nr. 14807/15.04.2020, precizând următoarele:

- cererea de intervenție a fost formulată în temeiul art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, arătând că SC SRL este un operator economic participant la procedură, al cărui interes rezultă de la sine;
- cererea de intervenție a fost formulată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind codul de procedura civilă;
- cererea de intervenție formulată se circumscrie categoriei de intervenție voluntară accesorie, așa cum este aceasta prevăzută de art. 63 alin. (1) cpc.;
- rolul de intervenient urmărește protejarea unui drept în legătură cu prezenta procedură de atribuire, în condițiile în care oferta SC SRL este declarată câștigătoare a procedurii.

Prin adresa nr. 95449/15.04.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 14898/15.04.2020, autoritatea contractantă transmite un punct de vedere față de notele scrise formulate de către contestator.

În ceea ce privește comunicarea rezultatului procedurii, autoritatea contractantă apreciază că în lipsa unei vătămări, raportat la prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, nu există un interes legitim din partea contestatorului de a ataca acel act. Mai mult, prin contestație, contestatorul critică chiar motivele de respingere ale ofertei sale.

Cu privire la afirmația potrivit căreia la data depunerii ofertei, Ordinul nr. 611/138/157/2019 prevedea utilizarea cotei CAM de 0,3375%, autoritatea contractantă precizează că acest act normativ a fost în vigoare de la data de 15.02.2019 până la data de 25.05.2019, iar în această perioadă nu a suferit vreo modificare, așa cum susține contestatorul. Așadar, subliniază că, la data depunerii ofertei, respectiv la data de 15.03.2019 absolut toți ofertanții cunoșteau faptul că reducerea cotei CAM operează doar de la data împlinirii termenului suspensiv reprezentat de momentul aprobării schemei de ajutor; cum la data depunerii ofertei, schema de ajutor nu era aprobată, rezultă în mod clar că la acel moment nu opera reducerea cotei CAM.

În replică față de punctul de vedere formulat de către SC ELECTRIC POWER SRL, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 14977/16.04.2020, SC SRL, precizează următoarele:

- prin soluția pronunțată în dosarul nr. 449/85/2020 aflat pe rolul Tribunalului Sibiu, s-a dispus suspendarea executării Documentelor constatatoare. Prin urmare, criticile formulate de către intervenient privind excluderea SC SRL urmare a existenței documentelor constatatoare sunt atât inadmisibile, cât și netemeinice și nelegale;

- se mențin toate argumentele expuse în mod detaliat prin contestația formulată și notele scrise depuse la CNSC în data de 13.04.2020 subliniind totodată că se impune respingerea ca inadmisibilă în principiu a cererii de intervenție, precum și admiterea excepției inadmisibilității cererii de excludere formulate de intervenient.

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

ORAȘUL (PRIMĂRIA ORAȘULUI), în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect: „Extindere iluminat public pe 21 străzi și modernizare iluminat public parc, în orașul, județul, cod CPV 45231400-9, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP anunțul de participare simplificat nr. /11.02.2019, conform căreia valoarea estimată a procedurii este de: 6.321,568,85 ron. Conform cap. II.2.5) din anunțul de participare simplificat, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

În prezenta cauză care formează obiectul prezentei, SC SRL a depus cererea de intervenție nr. 1832/09.04.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 13971/09.04.2020, care prezintă natura juridică a unei cereri de intervenție accesorie deoarece 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, cu înștiințarea părților cauzei, 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 având în vedere faptul că la data de 02.04.2019, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, sub identificatorul *„[.... /00198] Contestatatie Blurata.pdf.p7s”* contestația formulată de SC SRL, Consiliul constată că cererea de intervenție este formulată în cadrul termenului legal. ■

În ceea ce privește excepția lipsei de interes a SC SRL în formularea cererii de intervenție, invocată de către societatea contestatoare, Consiliul o va respinge ca nefondată deoarece interesul acestuia constă în menținerea rezultatului procedurii de atribuire și implicit a statutului de ofertant desemnat câștigător prin aplicarea criteriului de atribuire prețul cel mai scăzut, statut pe care l-ar putea pierde urmare a admiterii contestației motivat de faptul că prețul ofertat de societatea contestatorului este mai mic decât cel al SC SRL potrivit procesului verbal nr. 95137/07.02.2020 în care au fost consemnate aspecte privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv prețurile oferite (pag. 280-283 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei).

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 de SC SRL, astfel cum a fost calificată.

În conformitate cu prevederile art. 67 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu cele ale art. 68 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cererea de intervenție a SC SRL împreună cu contestația formulată de SC SRL.

Prin contestația formulată, SC SRL critică modalitatea în care a evaluat și respins autoritatea contractantă oferta sa în etapa de evaluare a propunerii financiare.

Având în vedere criticile formulate de SC SRL, Consiliul va reține următoarele aspecte:

- potrivit secțiunii II.1.3) din din anunțul de participare simplificat, tipul contractului care se va atribui prin procedura de achiziție în care a fost formulată contestația care face obiectul prezentei este „lucrări/proiectare și executare”;

- La secțiunea IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare din instrucțiunile pentru ofertanți publicate în SEAP, în anexa anunțului de participare simplificat sub identificatorul „[.../00001] FisaDate_DF1039190.pdf” intitulată generic „fișa de date a achiziției”, autoritatea contractantă a precizat că „Propunerea financiară va cuprinde prețul total ofertat (...) pentru execuția întregului contract și care se compune din: prețul serviciilor de proiectare, prețul lucrărilor de construcții-montaj, cheltuielile legate de O.S. aferente și altele asemenea. (...) Ofertantul va elabora propunerea financiară astfel încât aceasta să furnizeze toate informațiile solicitate cu privire la prețurile și tarifele respective (...) **Prețurile unitare vor conține toate cheltuielile aferente materialelor, manoperei, utilajelor și transportului, cota de cheltuieli indirecte (...), inclusiv cota de organizare de șantier. În quantumul manoperei se vor include coeficienții stabiliți de lege (C.A.M.).**

Propunerea financiară are caracter ferm și obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului și prevederilor acesteia pe toată perioada de valabilitate a ofertei/durata contractului. Cu excepția erorilor aritmetice, astfel cum sunt acestea definite la art. 134 alin. (10) din HG nr. 395/2016, nu vor fi permise alte omisiuni, necorelări sau ajustări ale propunerii financiare.

(...)

Intră în obligația ofertanților să demonstreze la prima cerere scrisă a comisiei de evaluare că au inclus toate activitățile care trebuie întreprinse de Antreprenor pentru a-și îndeplini obligațiile în cadrul Contractului, respectiv toate operațiunile, activitățile, organizarea de șantier necesare pentru execuția lucrărilor în cauză astfel cum sunt acestea detaliate în caietul de sarcini, quantumurile aplicate pentru calculul altor cheltuieli directe cu manopera, quantumul aplicat pentru calculul profitului, respectiv toate cheltuielile legate de execuție, manipulare, procurare, transport, testare, punere în funcțiune, inclusiv probe tehnologice, eventualele remedieri în perioada de garanție și orice alte cheltuieli până la recepția finală. Nu se acceptă necotarea oricăreia dintre elementele mai sus enumerate (...).

Din economia celor mai sus redată rezultă în mod clar că operatorii economici trebuiau să întreprindă anumite demersuri și să depună

anumite documente/înscrișuri în cadrul propunerii financiare, care să probeze toate cerințele mai sus menționate.

În soluționarea contestației, Consiliul reține că potrivit prevederilor art. 123 din HG nr. 395/2016 operatorii economici au obligația de a elabora oferta [art. 3 lit. hh) din Legea nr. 98/2016 prevede că propunerea financiară a ofertantului este parte a ofertei] în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

Potrivit cerințelor din fișa de date a achiziției, operatorii economici participanți aveau obligația să includă în ofertă toate cheltuielile aferente executării contractului inclusiv manopera și coeficienții aferenți acesteia, astfel cum sunt stabiliți de lege (C.A.M.).

Cerințele din fișa de date a achiziției cu privire la modul de elaborare a propunerii financiare sunt obligatorii, și nu formale, înscrișurile elaborate de autoritatea contractantă nefiind contestate de către niciun operator economic interesat.

Mai mult, contestatorul nu a formulat obiecții cu privire la modul în care autoritatea contractantă a solicitat elaborarea și depunerea ofertei, prin urmare și-a însușit obligația de determina prețul ofertat prin aplicarea coeficienților stabiliți de lege asupra manoperei cât și riscurile utilizării altor metode de calcul în cadrul propunerii financiare.

Din verificarea dosarului cauzei Consiliul reține că, sesizând discrepanța dintre prevederile documentației de atribuire în care s-a solicitat ca valoarea manoperei să fie determinată prin includerea coeficienților stabiliți de lege (C.A.M.) și oferta contestatorului care a fost determinată prin aplicarea unor coeficienți valabili doar pentru anumite situații bine determinate, autoritatea contractantă a transmis SC SRL adresa nr. 95138/07.02.2020 (pag. 278 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei) prin care a solicitat acestuia următoarele clarificări:

„Justificați motivul pentru care ați utilizat în cadrul propunerii dvs. financiare un coeficient CAM (contribuția asiguratorie pentru muncă) de 0,3375% în contextul în care această facilitate se poate acorda doar după aprobarea schemei de ajutor de stat și care, la momentul depunerii ofertelor, nu era în vigoare”.

La această solicitare de clarificări, SC SRL a răspuns prin adresa nr. 170/11.02.2020 (pag. 244-246 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei) astfel:

„Art. 66 pct. 20 alin. (2) din OUG nr. 114/2018, modifică art. 220³ din Legea nr. 227/2015 privind Codul fiscal, care va avea următorul cuprins:

(1) Cota contribuției asigurătorii pentru muncă este de 2,25%.

(2) Prin excepție de la prevederile alin. (1), în perioada 1 ianuarie 2019 - 31 decembrie 2028 inclusiv, cota contribuției asigurătorii pentru muncă se reduce la nivelul cotei care se face venit la Fondul de garantare pentru plata creanțelor salariale constituit în baza Legii nr. 207/2006 privind Codul fiscal constituirea și utilizarea Fondului de garantare pentru plata creanțelor salariale, cu modificările ulterioare, în cazul angajatorilor care desfășoară activități în sectorul construcții și care se încadrează în condițiile prevăzute la art. 60 pct. 5.

Potrivit alin. (4) al art. 220⁶ din Legea nr. 207/2006 privind Codul fiscal cap. V - Stabilirea și plata contribuției asiguratorie pentru muncă pentru societățile care se încadrează în prevederile art. 60 pct. 5 din OUG nr. 114/2018 - calculul și plata contribuției asiguratorie pentru muncă, se face cu respectarea art. 220³ alin. (2) din lege, în sensul reducerii cotei contribuției asiguratorii pentru muncă la nivelul sumei cuvenite fondului de garantare pentru plata creanțelor salariate, calculată cu procentul de 15% aplicat asupra cotei contribuției asiguratorii de 2,25% prevăzută la alin. (1) al art. 220³ modificat din Legea nr. 207/2006 privind Codul fiscal, adică o cotă totală de contribuție asiguratorie pentru muncă de 0,3375%. În acest sens ANAF a modificat sistemul declarativ al contribuției asiguratorii pentru munca Declarația D112 A7.11/18.07.2018 în sensul că, la rubrica din D112 privind cota de contribuție asiguratorie pentru muncă, pentru perioada de după apariția OUG nr. 114/2018 și până la data de 16.04.2019 nu se putea înscrie decât cota de 0,3375%, astfel încât formularul D112 să poată fi validat și depus la ANAF. De abia la data de 16.04.2019 ANAF a modificat Declarația D112 A7.2.0 în sensul permiterii înscrierii în rubrica corespunzătoare a cotei de contribuție de 2,25%, dată la care oferta noastră era deja depusă de mai bine de o lună la autoritatea contractant, termenul de depunere fiind data de 15.03.2019 (atașam erata nr. EN1007524 privind decalarea termenului de depunere a ofertelor până la data de 15.03.2019). Cu toate că Declarația D 112 a fost aprobată prin ordinul 611/188/127/31.01.2019, aceasta nu permitea înscrierea contribuției asiguratorie pentru muncă în cota de 2,25% decât începând cu data de 16.04.2019 motiv pentru care ANAF a cerut contribuabililor să depună Declarație D112 rectificative pentru lunile ianuarie-martie 2019, ceea ce reprezintă de fapt recunoașterea erorii făcute de ANAF în sistemul declarativ în ce privește impunerea cotei reduse de 0,3375% în loc de cota de 2,25%. Acest aspect în mod evident nu poate fi imputabil societății noastre, noi nefăcând altceva decât să respectăm prevederile legii valabile la data depunerii ofertei 15.03.2019.

În concluzie: La data depunerii ofertei noastre, cota de contribuție asiguratorie de muncă pentru firmele care se încadrau în prevederile art. 60 pct. 5. din OUG nr. 114/2018, era de cota redusă de 0,3375% pe care noi am utilizat-o în devizele financiare, pentru ca era singura cotă permisă de ANAF a fi inclusă în Declarația 112 A7.11, valabilă din data de 18.07.2018. Cota normală de contribuție asiguratorie a fost repusă în Declarația D112 A7.2.0 începând cu data de 16.04.2019, iar pentru lunile ianuarie-martie 2019 s-a solicitat firmelor depunerea unor Declarații D112 rectificative. Pentru a nu se modifica valoarea financiară a ofertei depuse societatea noastră este disponibilă să suporte această diferență de preț între cota de 2,25% și 0,3375% prin diminuarea profitului ofertei noastre, cu toate că această eroare aparține în totalitate statului roman și nu poate fi imputabilă în nici un fel societății noastre.

Cu speranța că răspunsul nostru a lămurit aspectele solicitate, vă asigurăm de întreaga noastră disponibilitate pentru alte eventuale lămuriri”.

Ulterior, autoritatea contractantă a respins oferta contestatorului prin adresa nr. 95341/27.03.2020, motivat de faptul că „(...) răspunsul prezentat nu este de natură să justifice în mod concludent de ce nu ați utilizat în oferta financiară cota CAM aflată în vigoare la data depunerii

ofertei. Astfel, obligația de declarare către ANAF a cheltuielilor aferente cotei CAM nu are nicio relevanță din perspectiva obligației de a cuprinde cota CAM corectă în propunerea financiară.

După cum rezultă și din adresa nr. 782975/24.04.2019 emisă de Ministerul Finanțelor Publice, operatorii economici pot beneficia de reducerea cotei CAM doar după aprobarea schemei de ajutor de stat. Drept urmare, la data depunerii ofertei nu era aprobată schema de ajutor de stat. Pe cale de consecință, cota CAM ce trebuia cotată în ofertă era de 2,25%.

În acest sens prezintă relevanță informațiile din Anexa nr. 6 la Ordinul nr. 611/138/127/2019 intitulată INSTRUCȚIUNI DE COMPLETARE a formularului 112 „Declarație privind obligațiile de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit și evidența nominală a persoanelor asigurate” unde se face următoarea precizare:

„Facilitățile ce vizează obligațiile fiscale datorate de angajatori se aplică cu respectarea prevederilor în domeniul ajutorului de stat, după aprobarea schemei de ajutor”.

De asemenea, această concluzie este validată și de interpretarea Ministerului de Finanțe din adresa nr. 782975/24.04.2019 unde se concluzionează că: „Având în vedere cele precizate mai sus, reducerea cotei de contribuții asiguratorii pentru muncă se aplică numai după aprobarea schemei de ajutor de stat. În consecință, până la aprobarea schemei de ajutor, cota contribuției asiguratorii pentru muncă este de 2,25%”

Mai mult, în cadrul Cap. IV.2 „Modul de prezentare a propunerii financiare” din Fișa de date a achiziției a fost stabilită următoarea cerință de elaborare a ofertei: „În cuantumul manoperei se vor include coeficienții stabiliți de lege (CAM)”.

Așadar, prin documentația de atribuire autoritatea contractantă a pus în vedere ofertanților să elaboreze propunerile financiare prin luarea în considerare a cotei prevăzute de lege pentru CAM la data depunerii ofertei. Or, cota CAM la data depunerii ofertei era de 2,25% și nu de 0,3375% așa cum s-a prevăzut în ofertă.

Prin urmare, la speță sunt direct incidente dispozițiile art. 123 alin. (1) din HG 395/2016 potrivit cărora „ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire”, iar ofertantul trebuia să elaboreze propunerea financiară prin utilizarea cotei CAM aflată în vigoare la data depunerii ofertei și care era în cuantum de 2,25%.

Pe cale de consecință, comisia de evaluare reține caracterul neconcludent al răspunsului.

Prin urmare, la speță sunt aplicabile dispozițiile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 cu privire la prezentarea unui răspuns neconcludent coroborate cu cele ale art. 137 alin. (3) lit. d) din același act normativ și cu dispozițiile art. 215 alin (5) din Legea nr. 98/2016 cu privire la

prezentarea unei oferte financiare conținând neconformități și omisiuni în raport cu cerințele documentației de atribuire”.

Verificând, la rândul său, propunerea financiară și clarificările ulterioare transmise de către contestator comisiei de evaluare, Consiliul reține următoarele aspecte:

- conform eratei nr. EN1007524 la anunțul de participare simplificat, data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită la 15.03.2019;

- potrivit prevederilor secțiunii IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare din fișa de date, ofertanții avea obligația să includă în prețul oferat valoarea contribuției asiguratorie pentru muncă determinată conform prevederilor legale în vigoare la acea dată;

- la data limită de depunere a ofertelor, cuantumul contribuției asiguratorie pentru muncă era stabilit la art. 220³ coroborat cu art. 220⁶ alin. (4) lit. a) din Legea nr. 227/2015 privind Codul Fiscal astfel:

„Articolul 220³

Cota contribuției asiguratorii pentru muncă

*(1) **Cota contribuției asiguratorii pentru muncă este de 2,25%.***

*(2) **Prin excepție de la prevederile alin. (1), în perioada 1 ianuarie 2019 - 31 decembrie 2028 inclusiv, cota contribuției asiguratorii pentru muncă se reduce la nivelul cotei care se face venit la Fondul de garantare pentru plata creanțelor salariale constituit în baza Legii nr. 200/2006 privind constituirea și utilizarea Fondului de garantare pentru plata creanțelor salariale, cu modificările ulterioare, în cazul angajatorilor care desfășoară activități în sectorul construcții și care se încadrează în condițiile prevăzute la art. 60 pct. 5”***

și

„Articolul 220⁶”

(...)

*(4) **Din contribuția asiguratorie pentru muncă încasată la bugetul de stat se distribuie lunar, până la sfârșitul lunii în curs, o cotă de:***

*a) **15%, care se face venit la Fondul de garantare pentru plata creanțelor salariale constituit în baza Legii nr. 200/2006 privind constituirea și utilizarea Fondului de garantare pentru plata creanțelor salariale, cu modificările ulterioare”.***

Prevederile art. 220³ alin. (2) anterior iterate au fost introduse în Codul fiscal prin art. 60 pct. 20 din OUG nr. 114/2018.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că regula stabilită de legiuitor este ca valoarea contribuției asiguratorie pentru muncă să se determine prin aplicarea cotei de 2,25% asupra bazei de calcul.

Prin excepție de la regula anterior menționată, cota aferentă contribuției asiguratorie pentru muncă se reduce la 15% din 2,25% (respectiv la 0,3375% din baza de calcul) numai în cazul angajatorilor care îndeplinesc **în mod cumulativ** următoarele condiții:

- desfășoară activități în sectorul construcții

și

- se încadrează în condițiile prevăzute la art. 60 pct. 5 din Codul fiscal.

Procedând la analiza prevederilor art. 60 pct. 5 din Codul Fiscal, Consiliul reține că acestea sunt, la rândul său, cumulative și cuprind: „persoanele fizice, pentru veniturile realizate din salarii și asimilate salariilor prevăzute la art. 76 alin. (1)-(3), în perioada 1 ianuarie 2019-31 decembrie 2028 inclusiv, pentru care sunt îndeplinite următoarele condiții:

a) angajatorii desfășoară activități în sectorul construcții (...);

b) angajatorii realizează cifră de afaceri din activitățile menționate la lit. a) în limita a cel puțin 80% din cifra de afaceri totală, calculată cumulativ de la începutul anului, inclusiv luna în care aplică scutirea;

c) veniturile brute lunare din salarii și asimilate salariilor prevăzute la art. 76 alin. (1)-(3), realizate de persoanele fizice pentru care se aplică scutirea, sunt cuprinse între 3.000 și 30.000 lei lunar inclusiv și sunt realizate în baza contractului individual de muncă;

d) **scutirea se aplică potrivit instrucțiunilor la ordinul comun al ministrului finanțelor publice, al ministrului muncii, familiei, protecției sociale și persoanelor vârstnice și al ministrului sănătății, prevăzut la art. 147 alin. (17)**, iar Declarația privind obligațiile de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit și evidența nominală a persoanelor asigurate reprezintă declarație pe propria răspundere pentru îndeplinirea condițiilor de aplicare a scutirii”.

Prevederile art. 147 din Codul fiscal se referă la depunerea Declarației privind obligațiile de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit și evidența nominală a persoanelor asigurate, relevante fiind alin. (1) și (17), respectiv „(1) Persoanele fizice și juridice care au calitatea de angajatori sau sunt asimilate acestora (...) sunt obligate să depună lunar, până la data de 25 inclusiv a lunii următoare celei pentru care se plătesc veniturile, Declarația privind obligațiile de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit și evidența nominală a persoanelor asigurate” și „(7) Modelul, conținutul, modalitatea de depunere și de gestionare a declarației prevăzute la alin. (1) sunt reglementate prin **ordin comun al ministrului finanțelor publice, al ministrului muncii, familiei, protecției sociale și persoanelor vârstnice și al ministrului sănătății**”.

Consiliul reține că, la 15.03.2019 (data limită de depunere a ofertelor), instrucțiunile de aplicare a scutirii/reducerii cotei contribuției asiguratorie pentru muncă erau reglementate de anexa 6 la Ordinul nr. 611/138/127/2019 pentru aprobarea modelului, conținutului, modalității de depunere și de gestionare a „Declarației privind obligațiile de plată a contribuțiilor sociale, impozitului pe venit și evidența nominală a persoanelor asigurate”, potrivit căreia „**Facilitățile** ce vizează obligațiile fiscale datorate de angajatori **se aplică cu respectarea prevederilor**

în domeniul ajutorului de stat, după aprobarea schemei de ajutor".

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că facilitatea de reducere pe cale de excepție a cotei contribuției asiguratorie de muncă, de la 2,25% la 0,3375% este condiționată de aprobarea prealabilă a schemei de ajutor de stat.

Ori, întrucât la data depunerii ofertelor nu era aprobată schema pentru ajutorul de stat, Consiliul reține că SC SRL nu îndeplinea la acea dată una din condițiile cumulative și obligatorii stabilite la art. 60 pct. 5 din Codul fiscal pentru ca acest ofertant să poată beneficia de reducerea contribuției asiguratorie pentru muncă conform art. 220³ alin. (2) din același act normativ.

Consiliul reține că obligația respectării prevederilor în domeniul ajutorului de stat a fost stabilită de legiuitor încă de la data introducerii în Codul fiscal a posibilității de reducere a cotei asiguratorie pentru muncă prin OUG nr. 114/2018, care stabilește la art. 91 că „Aplicarea prevederilor capitolului I, art. 66 (...) se realizează cu **respectarea prevederilor în domeniul ajutorului de stat**".

Raționamentul anterior se regăsește și în adresa nr. 782975/04.04.2019 emisă de Ministerului Finanțelor Publice în calitatea sa de emitent al Ordinul nr. 611/138/127/2019 (pag. 235-236 din dosarul achiziției, parte a dosarului).

Având în vedere aspectele anterior menționate, Consiliul reține că autoritatea contractantă a apreciat în mod corect drept neconcludent răspunsul contestatorului la solicitarea de clarificare a cotei contribuției asiguratorie de muncă din oferta sa deoarece modalitatea de funcționare, eventualele erori de programare sau utilizarea necorespunzătoare a unei anumite versiuni a aplicației informatice elaborată de ANAF pentru completarea formularului 112 nu constituie temei pentru elaborarea propunerii financiare cu încălcarea prevederilor Codului fiscal, Ordinului nr. 611/138/127/2019 și art. 91 din OUG nr. 114/2018 care condiționează reducerea cotei contribuției asiguratorie de muncă de **respectarea prevederilor în domeniul ajutorului de stat** și permit aplicarea acestei cote reduse doar **după aprobarea schemei de ajutor**.

În cazul în care documentația de atribuire sau solicitările de clarificări transmise de autoritatea contractantă contestatorului erau considerate ca fiind contradictorii/eronate/ambiguu formulate sau abuzive, contestatorul avea dreptul de a contesta respectivele cerințe, potrivit prevederilor legale.

Solicitarea autorității contractante a fost clară, aceasta cerând ofertantului SC SRL să justifice „*motivul pentru care ați utilizat în cadrul propunerii dvs. financiare un coeficient CAM (contribuția asiguratorie pentru muncă) de 0,3375% în contextul în care această facilitate se poate acorda doar după aprobarea schemei de ajutor de stat și care, la momentul depunerii ofertelor, nu era în vigoare*”

ceea ce înseamnă că respectivul ofertant ar fi trebuit să demonstreze că a redus în mod legal cota aferentă contribuției asiguratorie de muncă din oferta sa sau să conteste în termenul legal solicitarea autorității contractante.

Cu toate acestea, SC SRL a ales, prin propria manifestare de voință să răspundă în termen la aceste solicitări de clarificări, ceea ce implică o acceptare a acestora și oferind astfel posibilitatea autorității contractante de a verifica concludența răspunsurilor.

Consiliul va reține că riscul întocmirii răspunsului la solicitările de clarificări, la fel ca și cel al întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al calculării eronate a contribuției asiguratorie de muncă potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, în condițiile în care autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul fișei de date că „în quantumul manoperei se vor include coeficienții stabiliți de lege (C.A.M.)” iar în cadrul solicitării de clarificări, care sunt aspectele pe care operatorul economic participant trebuie să le clarifice.

În cauza C-131/16, CJUE s-a pronunțat astfel:

*„Or, în conformitate cu jurisprudența citată la punctul 29 din prezenta hotărâre, o solicitare adresată de autoritatea contractantă unui ofertant de a furniza declarațiile și documentele necesare nu poate avea, în principiu, alt obiect decât clarificarea ofertei acestuia din urmă sau îndreptarea unei erori vădite care viciază oferta menționată. Prin urmare, ea **nu îi poate permite cu titlu general unui ofertant să furnizeze declarațiile și documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de sarcini și care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor**. Conform jurisprudenței menționate la punctul 31 din prezenta hotărâre, ea nu poate nici să aibă ca rezultat depunerea de către un ofertant a unor documente care cuprind modificări de așa natură încât constituie, în realitate, o nouă ofertă”.*

În aceste condiții, comisia de evaluare nu avea dreptul să accepte explicațiile transmise de SC SRL în răspunsul său nr. 170/11.02.2020, respectiv că „ANAF a modificat sistemul declarativ al contribuției asiguratorii pentru munca Declarația D112 A7.11/18.07.2018 în sensul că, la rubrica din D112 privind cota de contribuție asiguratorie pentru muncă, pentru perioada de după apariția OUG nr. 114/2018 și până la data de 16.04.2019 nu se putea înscrie decât cota de 0,3375%, astfel încât formularul D112 să poată fi validat și depus la ANAF” având în vedere că un astfel de demers ar fi constituit avantaj evident în favoarea contestatorului cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 care interzic determinarea apariției unui avantaj ca urmare a solicitării unor clarificări, în speță transformarea unei oferte care constituie o abatere de la legislația incidentă, alta decât cea în domeniul achizițiilor publice (sanționată de legiuitor cu respingerea ca neconformă), într-una conformă, motivat de faptul că societatea contestatoare și-a redus prețul

oferat prin reducerea cotei asiguratorie de muncă fără a fi aprobată schema de ajutor de stat.

Modul de elaborare a propunerii financiare nu a fost contestat 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 fișa de date) devine obligatorie atât pentru autoritate, cât și pentru ofertanți care trebuie să o respecte întocmai.

Prin depunerea ofertelor, contestatorul și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și conținutul secțiunii IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare din fișa de date, motiv pentru care avea obligația, potrivit art. 123 din HG nr. 395/2016 de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire.

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)”.

Față de aceste aspecte, Consiliul reține faptul că prin răspunsul nr. 170/11.02.2020 la solicitarea de clarificare a comisiei de evaluare, contestatorul nu a făcut dovada că avea dreptul la data limită de depunere a ofertelor să aplice cota contribuției asiguratorie de muncă stabilită pe cale de excepție la art. 220³ alin. (2) din Codul fiscal, astfel cum a procedat în oferta depusă.

În cadrul ofertei sale contestatorul a ales să-și reducă contribuția asiguratorie de muncă de la 2,25% la 0,3375% fără ca legislația în vigoare la acea dată să permită această reducere, nefiind aprobată schema de ajutor, condiție impusă prin instrucțiunile publicate în anexa Ordinului nr. 611/138/127/2019 conform art. 60 pct. 5 lit. d) din Codul Fiscal. Față de această situație, rezultă că propunerea financiară depusă

de societatea contestatoare nu respectă nici prevederile legislației în vigoare la data depunerii ofertei și nici documentația de atribuire.

În aceste condiții, comisia de evaluare nu avea dreptul să accepte drept concludent răspunsul contestatorului prin care acest ofertant și-a recunoscut erorile din ofertă, și a inițiat o reală negociere cu autoritatea contractantă privind o modalitate favorabilă de evaluare a ofertei sale, aspect care rezultă din sintagma „*Pentru a nu se modifica valoarea financiară a ofertei depuse societatea noastră este disponibilă să suporte această diferență de preț între cota de 2,25% și 0,3375% prin diminuarea profitului ofertei noastre*”, având în vedere că prin acest demers ar fi determinat apariția unui avantaj evident în favoarea contestatorului cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, prin ignorarea prevederilor exprese și imperative ale art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 care pun în sarcina autorității contractante respingerea ofertei urmare a unui răspuns neconcludent la solicitările de clarificare.

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)”.

Consiliul va reține că regula generală, stabilită la art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 este că *„în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin. (1) conținutul (...) propunerii financiare, oferta sa va fi considerată neconformă”* iar, de la această regulă, legiuitorul a stabilit o singură excepție, la alin. (10) al aceleiași norma juridice, respectiv *„Prin excepție de la dispozițiile alin. (6), oferta nu va fi considerată neconformă în măsura în care modificările operate de ofertant în legătură cu propunerea sa financiară reprezintă erori aritmetice, respectiv aspecte care pot fi clarificate cu ajutorul principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Lege, elementele propunerii financiare urmând a fi corectate, implicit alături de prețul total al ofertei, prin refacerea calculelor aferente, pe baza datelor/informațiilor care sunt cunoscute de către toți participanții, deoarece sunt prevăzute în legislația aplicabilă, documentația de atribuire, și/sau în alte documente prezentate de ofertant”*.

Hotărârea CJUE din data 5 iunie 2015 pronunțată în cauza C 49/15, statuează în acest sens că:

„43 În această privință, trebuie amintit că, în conformitate cu ceea ce s-a statuat la punctul 28 din prezenta ordonanță, corectarea unei erori materiale săvârșite de un ofertant în redactarea ofertei sale, în temeiul articolului 160 alineatul (3) din regulamentul delegat, nu trebuie să îi permită să o modifice și să îi confere astfel un avantaj necuvenit.

44 În consecință, orice modificare a unei oferte economice care nu privește corectarea mecanică a unei erori materiale vădite de redactare sau care nu rezultă automat dintr-o corectare nu este autorizată în temeiul articolului 160 alineatul (3) din regulamentul delegat. Astfel, autoritatea contractantă nu poate da unui singur ofertant, după deschiderea ofertelor, posibilitatea să modifice termenii ofertei sale, sub sancțiunea încălcării principiului egalității de tratament, precum și a termenilor dispoziției menționate”.

Astfel cum a recunoscut SC SRL în răspunsul transmis autorității contractante și ulterior în contestație, eventuala remediere a erorilor din propunerea sa financiară nu privește corectarea mecanică a unei erori materiale astfel încât că poată fi aplicabile prevederile art. 134 alin. (10) din HG nr. 395/2016 ci schimbarea modalității de calcul (formula) aferentă contribuției asiguratorie de muncă și a profitului astfel cum rezultă din sintagma *„pentru a nu se modifica valoarea financiară a ofertei depuse societatea noastră este disponibilă să suporte această diferență de preț între cota de 2,25% și 0,3375% prin diminuarea profitului ofertei noastre”*.

În ceea ce privește invocarea de către societatea contestatoare a prevederilor art. 134 alin. (9) din HG nr. 395/2016 care definesc sintagma de *„abatere tehnică minoră”* prin raportare la cuantumul de 1% din prețul ofertei, Consiliul stabilește că acestea nu au relevanță în

soluționarea contestației care face obiectul prezentei deoarece eroarea constând în aplicarea eronată a formulei de calcul a contribuției asiguratorie de muncă nu a survenit în cadrul propunerii tehnice a contestatorului astfel încât să poată fi considerată abatere tehnică minoră ci în cadrul propunerii sale financiare.

În speță prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 au fost aplicabile, comisia de evaluare având neclarități în evaluarea propunerii financiare din cadrul ofertei depusă de SC SRL iar prin răspunsul formulat acest ofertant a răspuns neconcludent, recunoscând că și-a redus contribuția asiguratorie de muncă de la 2,25% la 0,3375% fără temei legal, aspect care a condus la respingerea ofertei sale în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (1) coroborat cu art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Consiliul nu se va pronunța asupra documentului constatator emis de Primăria Municipiului Sibiu deoarece, conform principiului disponibilității, limitele contestației sunt determinate de societatea contestatoare care a stabilit obiectul acesteia, adică ceea ce pretinde, cu încadrarea în dispozițiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Completul de soluționare fiind ținut de contestația primită și neputându-și depăși limitele deoarece obligația sa este de a se pronunța numai cu privire la ceea ce s-a cerut, acest fapt constituind garanția aplicării principiului disponibilității iar, prin contestația depusă, SC SRL a solicitat Consiliului să verifice legalitatea respingerii ofertei contestatorului urmare a răspunsului neconcludent la solicitarea de justificare a cotei contribuției asiguratorii de muncă din propunerea sa financiară.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de către SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ORAȘUL (PRIMĂRIA ORAȘULUI) 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 excepția lipsei de interes invocată de SC SRL față de intervenientul SC SRL.

Respinge ca nefondată contestația formulată de către SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ORAȘUL (PRIMĂRIA ORAȘULUI) 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 lucrătoare 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 28 (douăzecișiopt) pagini