



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ... / ... / ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 24200/16.12.2015, depusă de asocieria formată din SC ... SRL, cu sediul în ..., județul ..., CUI ..., și SC ..., și adresa aleasă pentru comunicarea actelor de procedură în ..., privind procedura de cerere de oferte pentru atribuirea contractului de lucrări de înființare sistem de canalizare și stație de epurare în ..., cod CPV 45232400-6, cu data de deschidere a ofertelor 09.09.2015, organizată de ..., cu sediul în ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire și reevaluarea ofertelor sau anularea procedurii de atribuire.

În baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația asocierii SC ... SRL - SC ... SRL nr. 24200/16.12.2015, în contradictoriu cu ..., și anulează raportul procedurii nr. 3584/08.12.2015, precum și adresele autorității contractante de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii.

Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea celor consemnate mai jos, a documentației de atribuire și a legislației în vigoare privind achizițiile publice, în termen de cel mult cincisprezece zile de la data primirii prezentei decizii. După aprobarea noului raport, autoritatea va comunica ofertanților rezultatul procedurii potrivit ordonanței.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

MOTIVARE

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu amendamentele ulterioare, să soluționeze contestația de față, prin care asocierea SC ... SRL - SC ... SRL reclamă decizia autorității contractante ... de respingere ca neconformă a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, prin adresa nr. 3054/16.11.2015, autoritatea i-a solicitat *"dovada realizării cash-flow-ului, așa cum s-a solicitat prin fișa de date, respectiv ofertantul să dovedească faptul că la momentul semnării contractului va avea acces la sau are disponibile resurse financiare de cel puțin 2.013.001 lei care vor fi destinate exclusiv îndeplinirii viitorului contract"*.

SC ... SRL a prezentat o declarație pe propria răspundere privind realizarea cash-flow-ului de execuție a lucrării pe o perioadă de 3 luni de la începerea lucrării, iar SC ... SRL o declarație bancară din cuprinsul căreia rezultă că, la data de 16.09.2015, dispune de resurse financiare proprii în cuantum de 2.538.821,13 lei, peste pragul impus în fișa de date.

Totodată, autoritatea a solicitat și prezentarea de certificate de atestare fiscală, iar SC ... SRL și SC ... SRL, în acord cu prevederile art. 9 al Ordinului nr. 509/2011, au prezentat certificatele necesare.

Ulterior, autoritatea a emis comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 3561/09.12.2015 în sensul că oferta asocierii a fost considerată neconformă pentru inexistența certificatelor privind obligațiile la fondul de mediu și insuficiența informațiilor conținute în declarația bancară.

Însă, prin solicitarea de clarificări nr. 3054/16.11.2015, autoritatea nu a cerut o dovadă a îndeplinirii obligațiilor la fondul de mediu. Referitor la cerința privind cash-flow-ul de execuție a lucrării, potrivit Ordinului nr. 509/2011, în cazul depunerii unei oferte comune, resursele privind situația economică și financiară se

cumulează, declarația pe proprie răspundere și cea bancară fiind mai mult decât îndestulătoare pentru autoritate.

SC ... SRL, prin declarația pe propria răspundere sub sancțiunile prevăzute de Codul penal, face dovada faptului că, la momentul semnării contractului, va dispune de cash-flow.

Cu privire la înscrisul provenind de la Banca Română de Dezvoltare, autoritatea nu poate să îl ignore, din cuprinsul lui rezultând că, la data de 16.09.2015, SC ...SRL dispune de resurse financiare proprii în cuantum de 2.538.821,13 lei. Înscrisul este redactat la solicitarea asociatului SC ...SRL spre știința autorității contractante Primăria ... - ... strict pentru lucrarea de înființare sistem de canalizare și stație de epurare în

Este eronată aserțiunea autorității că declarația bancară nu ar avea dată certă și că ar fi emisă cu mult înainte, respectiv că nu ar fi îndeplinită cerința cash-flow-ului.

În mod nelegal a considerat autoritatea că nu este suficientă declarația bancară care atestă existența unei sume considerabile de bani din surse independente, proprii și negrevate de nicio sarcină.

În dosarul ofertei, asocierea a depus o adresă care atestă că nu este necesar un certificat de mediu.

În punctul său de vedere nr. 17/06.01.2016 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 384/07.01.2016, autoritatea contractantă susține, în apărare, că asocierea a depus o declarație inițială de îndeplinire a cerințelor în baza art. 11 alin. (4) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 ce nu conținea, în anexă, nicio informație cu privire la cerințele lipsei datoriilor la fondul de mediu și cash-flow-ul de execuție a lucrării. Comisia de evaluare i-a solicitat, prin adresa nr. 2644/21.09.2015, următoarele clarificări:

Conform art. 11 alin. (4) din H.G. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, ofertanții au dreptul de a prezenta inițial doar o declarație pe proprie răspundere, semnată de reprezentantul său legal, prin care confirmă că îndeplinesc cerințele de calificare astfel cum au fost solicitate în documentația de atribuire.

Ofertantul a depus o declarație inițială de îndeplinire a criteriilor de calificare, în a cărei anexa nu menționează, așa cum declara pe propria răspundere, sub sancțiunea excluderii din procedura cu privire la situația personală, îndeplinirea uneia dintre cerințele prevăzute în Fisa de Date, secțiunea III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, respectiv cerința 4, unde se solicită ca ofertantul să prezinte certificatul de atestare privind obligațiile la Fondul de mediu din care să reiese că ofertantul nu are datorii scadente la data limită de depunere a ofertelor.

De asemenea, la Secțiunea III.2.2. Capacitatea economică și financiară se solicită ca Ofertantul trebuie să demonstreze că la momentul semnării contractului va avea acces la sau are disponibile resurse reale negrevate de datorii, linii de credit sau alte mijloace financiare, confirmate de bănele de cel puțin 2.013.001 lei, suficiente pentru a realiza cash flow de execuție a lucrării care va fi destinată exclusiv îndeplinirii viitorului contract pentru o perioadă de minim 3 luni de la data începerii lucrărilor, independent de alte angajamente contractual ale operatorului economic.

Prin urmare, solicităm pentru ASOCIEREA ... S.R.L. & SC DFR SYSTEM SRL, să menționeze unde anume în Declarația inițială de îndeplinire a cerințelor de calificare, în Anexa depusă de către acesta se menționează că ofertantul îndeplinește cerința de calificare solicitată cu privire la Certificatul de atestare privind obligațiile la Fondul de Mediu în cadrul procedurii de cerere de oferte derulată pentru atribuirea contractului de

achiziție publică având ca obiect execuție lucrări pentru: "ÎNFIINȚARE SISTEM DE CANALIZARE SI STATIE DE EPURARE IN ..., JUDEȚUL ...".

De asemenea, solicitam ofertantului ASOCIEREA ... S.R.L. & SC DFR SYSTEM SRL, sa menționeze unde anume in Declarația inițială de îndeplinire a cerințelor de calificare, in Anexa depusa de către acesta se mentioneaza ca ofertantul îndeplinește cerința prevăzută in Fisa de Date - Secțiunea III.2.2. Capacitatea economica si financiara - respectiv realizarea Cash - Flow-ului!

În urma analizei răspunsului primit de la asociere, comisia de evaluare a solicitat noi clarificări, cu adresa nr. 3054/16.11.2015:

Conform Fisei de Date, Secțiunea III. 2.2 Capacitatea economica si financiara: Ofertantul trebuie sa demonstreze ca, la momentul semnării contractului, va avea acces la/sau are disponibile resurse reale negrevate de datorii, linii de credit sau alte mijloace financiare, confirmate de banci de cel puțin 127.131 lei, suficiente pentru a realiza cash flow de execuție a lucrării, care va fi destinata exclusiv îndeplinirii viitorului contract pentru o perioada de minim 3 luni de la data începerii lucrărilor, independent de alte angajamente contractuale ale operatorului economic.

Se vor prezenta: dovezi din care sa rezulte in mod neechivoc, posibilitatea operatorului economic de a susține din punct de vedere financiar, execuția contractului care urmeaza sa fie atribuit, respectiv îndeplinirea cerinței stabilite pentru perioada estimata pana la data depunerii unei cereri de rambursare - minim 3 luni de la începerea lucrării, cum ar fi: documente eliberate de banca operatorului economic si dupa caz, declarații sustinute, analiza de diagnostic financiar al firmei (calculul indicatorilor de lichiditate generala, lichiditatea curenta, lichiditatea imediata, calculul indicatorilor de rentabilitate - comerciala, financiara, economica, a activelor, calculul indicatorilor de gestiune - durata de recuperare a creanțelor, durata de rambursare a datoriilor) sau alte documente.

In acest sens, SC ... S.R.L., a depus in calitate de asociat al ASOCIERII ... SRL & SC DFR SYSTEM SRL declarație pe propria răspundere, privind realizarea cash-flow de execuție, pe o perioada de 3 luni de la începerea lucrărilor.

De asemenea, SC DFR SYSTEM SRL, a depus in calitate de asociat al ASOCIERII ... SRL & SC DFR SYSTEM SRL, scrisoare de bonitate BRD ce confirma disponibilități bănești in suma totala de 2.534.821,13 lei, dupa cum urmeaza: 65.396.512,3 unitati de fond Simfonia, echivalentul a 2.534.821,13 lei.

Mențiunea ca SC ...SRL are un disponibil total in conturi de 65.396.512,3 unitati de fond Symfonia echivalentul a 2.534.821,13 , nu este suficienta pentru realizarea Cash Flow- ului, intrucat titularul de cont are acces neîngrădit la acesta, astfel incat banca nu poate confirma destinatia exclusiva a disponibilităților din conturile curente si din depozitele societatii pentru proiectul in speța.

Solicitam, in acest sens, dovada realizarii Cash-Flow-lui, asa cum s-a solicitat prin Fisa de Date, respectiv ofertantul sa dovedeasca faptul ca la momentul semnării contractului va avea acces la / sau are disponibile resurse financiare de cel puțin 2.534.821,13 care vor fi destinate exclusiv îndeplinirii viitorului contract.

Scrisoarea de bonitate emisa de BRD nu angajeaza in nici un fel raspunderea băncii fata de terte persoane fizice sau juridice si nici nu constituie un angajament de acordare a unor credite.

Conform Fisei de Date, Secțiunea III.2.1.a) Situatia personala a candidatului:

Ofertantul trebuie sa prezinte certificat de atestarea fiscala privind îndeplinirea obligațiilor de plata a impozitelor, taxelor si contribuțiilor de asigurari sociale la bugetul de stat, emise atat pentru sediul social, cat si pentru toate sucursalele / filialele / punctele de lucru implicate in executarea contractului original, copie legalizata sau copie lizibila cu mențiunea "conform cu originalul".

Din Certificatele mentionate trebuie sa reiasa ca ofertantul nu are datorii scadente la nivelul lunii anterioare celei in care este prevăzut termenul limita de depunere a ofertelor. In aceste condiții, SC ... S.R.L., a depus in calitate de asociat al ASOCIERII ... SRL & SC DFR SYSTEM SRL certificat de plata a taxelor si impozite la bugetul de stat nr. 337002/31.08.2015, care atesta faptul ca ofertantul nu are datorii scadente la data de 31.07.2015 si nu la 30.08.2015, asa cum se cere prin Fisa de Date.

Va rugam sa menționați unde anume in oferta depusa de dumneavoastra se regaseste certificatul de plata a taxelor si impozitelor la bugetul de stat care sa ateste

faptul ca ofertantul nu are datorii scadente la nivelul lunii anterioare celei in care este prevăzut termenul limita de depunere a ofertelor, respectiv August 2015, asa cum se solicita prin Fisa de Date a achiziției. De asemenea, SC DFR SYSTEM SRL, a depus in calitate de asociat al ASOCIERII ... SRL & SC DFR SYSTEM SRL, certificat de atestare fiscala nr. 908081/23.07.2015. Va rugam sa menționați unde anume in oferta depusa de dumneavoastra se regaseste certificatul de plata a taxelor si impozitelor la bugetul de stat care sa ateste faptul ca ofertantul nu are datorii scadente la nivelul lunii anterioare celei in care este prevăzut termenul limita de depunere a ofertelor, respectiv August 2015, asa cum se solicita prin Fisa de Date a achiziției.

Asocierea a răspuns cu adresa nr. 717/20.11.2015, răspuns considerat neconcludent de comisia de evaluare, astfel încât oferta a fost declarată neconforma, in baza art. 79 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, din următoarele motive:

Autoritatea a formulat cerința cash-flow-ului în conformitate cu Ordinul nr. 509/2011 - *"Ofertantul trebuie sa demonstreze ca, la momentul semnării contractului, va avea acces la sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de banci ori alte mijloace suficiente pentru a realiza cash flow de execuție a lucrării pentru perioada precizata."*

Prin solicitarea de clarificari, autoritatea a adus la cunostinta operatorului economic ca adresa emisă de Banca Română de Dezvoltare nu are număr și dată de emitere, astfel că autoritatea nu se poate raporta la o dată anume de indeplinire a solicitării cu privire la realizarea cash-flow-ului (documentul poate sa fie eliberat de bancă mult timp în urmă). Institutia bancara a emis un document in care a mentionat ca operatorul economic are disponibilități bănești in suma totala de 2.534.821,13 lei, reprezentând 653965123 unitati de fond Simfonia, fara nicio referire asupra destinatiei valorii (nu se specifica valoarea ce urmeaza sa fie destinata in mod exclusiv realizarii cash-flow-ului si nici perioada pentru care se va realiza acest cash-flow).

Toti operatorii economici trebuie sa indeplineasca cerințele prevăzute in fisa de date a achiziției.

Liderul de asociere, SC ... SRL, a depus inițial o declarație pe propria răspundere care prevedea ca deține, la momentul semnării contractului, resurse reale negrevate de datorii de 2.013.001 lei pentru a realiza cash-flow-ul de execuție a lucrării pe o perioada de 3 luni de la începerea lucrărilor, fara a menționa proiectul pentru care a prezentat declarația respectiva. Declarația nu îndeplinește condițiile de la art. 11 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, iar la solicitarea autoritatii de a face dovada indeplinirii cerinței, operatorul economic nu depune niciun document doveditor, ci solicita comisiei de evaluare sa ia act de declarația pe propria răspundere (care nu inlocuieste o declarație in baza art. 11 si nici nu este un document care să demonstreze îndeplinirea cerinței).

Oferta contestatoarei nu a fost respinsă pentru neprezentarea certificatului de atestare privind obligațiile la fondul de mediu, cum

in mod greșit menționează în contestație. Neconformitatea ofertei nu are legătură cu acesta.

Cu adresa nr. 24/06.01.2016, ... susține că asocierea nu a constituit garanția de bună conduită odată cu formularea contestației, potrivit art. 271 ind. 1 din ordonanță, situație care conduce la respingerea contestației.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin invitația de participare nr. ..., publicată în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ..., autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură de cerere de oferte în vederea achiziționării de lucrări de realizare sistem de canalizare și stație de epurare în comună, estimate valoric la 8.447.054 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ..., alături de invitația de participare.

La procedură s-au prezentat operatorii economici SC Trustul de Construcții Drobeta SA, SC Civ Group SRL și asocierea SC ... SRL - SC ... SRL. Oferta asocierii a fost respinsă de autoritate ca neconformă, în baza art. 79 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, rezultat împotriva căruia, pentru motivele evocate anterior, asocierea a investit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării pe fond a aspectelor sesizate de reclamantă, este de cercetat temeinicia excepției neconstituirii garanției de bună conduită de către reclamantă, excepție pe care autoritatea contractantă o susține prin prisma art. 271¹ alin. (1)-(3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

Consiliul, din oficiu, cu adresa nr. 13335/...-.../31.12.2015, a solicitat SC ... SRL (liderul asocierii) să îi comunice, în copie, dovada constituirii garanției de bună conduită conform art. 271 ind. 1 din ordonanță, precum și confirmarea transmiterii sau depunerii originalului dovezii la autoritatea contractantă.

Contestatoarea s-a conformat solicitării Consiliului, prezentându-i acestuia copia poliței de asigurare seria M nr. 000017668/06.01.2015 emisă de Societatea de Asigurare-Reasigurare City Insurance SA, reprezentând garanția de bună conduită în cuantum de 45.025 lei. De asemenea, a prezentat confirmarea depunerii poliței la entitatea achizitoare, care nu neagă primirea ei.

Consiliul reține că, întrucât Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 51/2014 a intrat în vigoare la data publicării ei în Monitorul Oficial al României, Partea I, respectiv la 30 iunie 2014, contestațiile depuse începând cu această dată la Consiliu sunt supuse

prevederilor ei, situație în care se găsește și contestația aflată pe rol. Potrivit Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 51/2014, art. 271 ind. 1 din ordonanța de bază are următorul cuprins:

(1) În scopul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător, contestatorul are obligația de a constitui garanția de bună conduită pentru întreaga perioadă cuprinsă între data depunerii contestației/cererii/plângerii și data rămânerii definitive a deciziei Consiliului/ hotărârii instanței de judecată de soluționare a acesteia.

(2) Contestația/Cererea/Plângerea va fi respinsă în cazul în care contestatorul nu prezintă dovada constituirii garanției prevăzute la alin. (1).

(3) Garanția de bună conduită se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări și se depune în original la sediul autorității contractante și în copie la Consiliu sau la instanța de judecată, odată cu depunerea contestației/cererii/plângerii.

[...]

Autoritatea contractantă este nemulțumită de faptul că asocierea contestatoare nu a depus garanția odată cu contestația, context în care pretinde respingerea contestației. Consiliul nu poate da curs solicitării autorității, din mai multe considerente:

- ordonanța nu prevede nicio sancțiune în cazul în care garanția nu este constituită la momentul depunerii contestației, ci ulterior;

- ordonanța nu interzice regularizarea contestațiilor, inclusiv prin solicitarea constituirii garanției sau, dacă este cazul, suplimentarea ei;

- ordonanța interzice respingerea unei contestații neconforme fără a i se acorda contestatorului dreptul de a își corecta contestația [art. 270 alin. (2) - *în situația în care Consiliul apreciază că în contestație nu sunt cuprinse toate informațiile prevăzute la alin. (1), va cere contestatorului ca, în termen de 3 zile de la înștiințare, să completeze contestația*];

- art. 200 alin. (2) C. proc. civ. interzice respingerea/anularea unei cereri de chemare în judecată fără a i se comunica reclamantului în scris lipsurile, cu mențiunea că, în termen de cel mult 10 zile de la primirea comunicării, trebuie să realizeze completările sau modificările dispuse;

- art. 177 alin. (1) C. proc. civ. prevede că ori de câte ori este posibilă înlăturarea vătămării fără anularea actului, judecătorul va dispune îndreptarea neregularităților actului de procedură. Totodată, conform alin. (3), actul de procedură nu va fi anulat dacă până la momentul pronunțării asupra excepției de nulitate a dispărut cauza acesteia;

- art. 33 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 80/2013 privind taxele judiciare de timbru stabilește dreptul reclamantului de a i se acorda un termen pentru timbrarea corespunzătoare a cererii sale: "*Dacă cererea de chemare în judecată este netimbrată sau insuficient timbrată, reclamantului i se pune în vedere, în condițiile art. 200 [alin. \(2\)](#) teza I din Codul de*

procedură civilă, obligația de a timbra cererea în cuantumul stabilit de instanță și de a transmite instanței dovada achitării taxei judiciare de timbru, în termen de cel mult 10 zile de la primirea comunicării instanței." Așadar, o cerere care nu este însoțită de dovada achitării taxei de timbru nu este respinsă *ipso facto*, ci i se pune în vedere autorului să își timbreze cererea într-un anumit termen. Doar dacă acesta nu se conformează măsurii dispuse de instanță i se va respinge cererea.

La art. 6 alin. (1) din Codul de procedură civilă se prevede că orice persoană are dreptul la judecarea cauzei sale în mod echitabil, în termen optim și previzibil, de către o instanță independentă, imparțială și stabilită de lege. În acest scop, *instanța este datoare să dispună toate măsurile permise de lege și să asigure desfășurarea cu celeritate a judecății*. Solicitarea Consiliului de constituire și prezentare a garanției de bună conduită în termen de cinci zile, întrucât nu este interzisă de ordonanță, se subînțelege că este permisă.

Art. 21 din Constituție dispune:

"(1) Orice persoană se poate adresa justiției pentru apărarea drepturilor, a libertăților și a intereselor sale legitime.

(2) Nici o lege nu poate îngreuna exercitarea acestui drept.

(3) Părțile au dreptul la un proces echitabil și la soluționarea cauzelor într-un termen rezonabil.

(4) Jurisdicțiile speciale administrative sunt facultative și gratuite."

Luând aminte de toate acestea, concluzia este că nimic nu împiedică organul administrativ-jurisdicțional să recurgă la argumentul *a pari*, în baza căruia se admite că, acolo unde există aceeași rațiune a legii, se aplică aceeași dispoziție a ei (analogia legii). Argumentul *a pari* este întemeiat pe ideea egalității juridice, care exige ca în situații similare să se aplice aceleași dispoziții normative. O trimitere expresă la analogie întâlnim în art. 5 alin. (3) C. proc. civ. – în cazul în care o pricină nu poate fi soluționată nici în baza legii, nici a uzanțelor, iar în lipsa acestora din urmă, nici *în baza dispozițiilor legale privitoare la situații asemănătoare*, ea va trebui judecată în baza principiilor generale ale dreptului, având în vedere toate circumstanțele acesteia și ținând seama de cerințele echității.

Din interpretarea extensivă, cu sprijinul analogiei, a normei de la art. 270 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 reiese că, în măsura în care Consiliul constată că o contestație nu este însoțită de garanția de bună conduită sau că aceasta nu este îndestulătoare, el nu poate respinge pur și simplu contestația, ci trebuie să manifeste rol activ și să îi pună în vedere contestatorului să își constituie garanția conformă cerută de lege. Argumentul de

analogie (*ubi eadem est ratio, eadem lex esse debet*) prescrie că acolo unde există aceleași rațiuni trebuie aplicată aceeași lege, aceeași soluție (se procedează la completarea lacunelor prin găsirea unor texte care să se poată aplica și în cazuri neprevăzute de lege). Analogia în interpretarea unei norme juridice se bazează pe raționamentul potrivit căruia, dacă legiuitorul a edictat o normă pentru anumite situații de fapt, aplicarea acesteia poate fi extinsă și la alte situații care, cu toate că nu au fost prevăzute în ipoteza normei, sunt asemănătoare cu cele prevăzute, justificând astfel extinderea domeniului de aplicare. Relevante pentru cazul de față sunt, după cum s-a arătat, situațiile în care instanța are obligația de a acorda un termen reclamantului pentru regularizarea cererii de chemare în judecată sau pentru plata taxelor legale de timbru, respectiv pentru îndreptarea neregularităților actului de procedură.

Garanția de bună conduită reprezintă, prin natura sa, o specie de cauțiune, iar regulile care guvernează cauțiunea judiciară (cartea a VI-a, titlul XIV C. proc. civ.) îi permit instanței să acorde un termen pentru constituirea cauțiunii.

Considerentele deciziei Curții Constituționale nr. 176 din 24 martie 2005 pot fi transpuse, cu adaptările de rigoare, la speța de față. Așadar, pentru a nu aduce atingere substanței dreptului persoanelor vătămate de a contesta actele nelegale ale autorităților contractante, cu efecte de ordin constituțional, Consiliul este ținut să dea dovadă de rol activ și, coroborat cu analogia textelor evocate mai sus, să acorde contestatorului un termen pentru constituirea și prezentarea garanției de bună conduită de care este condiționată judecarea pe fond a cauzei.

În prezenta speță, întrucât reclamanta a răspuns afirmativ solicitării Consiliului, aducând dovada constituirii garanției, garanție care este acoperitoare, contestația sa nu poate fi respinsă pe considerentul neconstituirii garanției, excepția ridicată de autoritatea contractantă fiind nefondată. În plus, ar fi și inechitabilă sancțiunea respingerii, câtă vreme autoritatea a intrat în posesia garanției de bună conduită. Scopul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător al contestatoarei, astfel cum impune 271 ind. 1 alin. (1) din ordonanță, este atins în prezenta cauză. Chiar dacă la data primirii contestației autoritatea nu era în posesia unei garanții, la respectiva dată nu a fost pusă în situația de a îi reține contestatorului o eventuală garanție pentru conduita sa, iar la acest moment garanția este constituită, este validă și acoperă riscul vizat de legiuitor.

Din altă perspectivă, trebuie adăugat că achizițioarea ... nu a suferit nicio vătămare din cauza prezentării cu întârziere a garanției de către autoarea contestației. De asemenea, este de punctat că, indiferent de data înființării sau a aducerii garanției, dreptul

autorității beneficiare de a o executa se naște abia la finalul litigiului, acesta fiind singurul moment relevant pentru autoritatea contractantă, la care ea trebuie să se afle în posesia unei garanții valide și îndeșulătoare.

În aceeași direcție s-au pronunțat și instanțele judecătorești, elocventă fiind decizia civilă nr. 6837 din 10 septembrie 2014 a Curții de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal, în care s-a reținut:

Curtea observă că în mod corect a soluționat Consiliul excepția lipsei garanției de bună conduită, întrucât, deși dispozițiile art. 271 ind. 1 alin. (3) din ordonanță stipulează că dovada constituirii garanției se depune odată cu contestația, aceste dispoziții nu înlătură posibilitatea acoperirii prin depunerea ulterioară a dovezii menționate. Altfel spus, dispozițiile legale menționate nu instituie sancțiunea decăderii în situația neîndeplinirii într-un anumit termen, sancțiunile procedurale fiind necesare a fi prevăzute expres și nefiind posibilă o aplicare prin analogie prin alte texte legale.

Cum contestatoarea a depus dovada constituirii garanției la data de 17.07.2014, anterior pronunțării pe fondul cauzei de către Consiliu, Curtea constată că în mod corect a fost soluționată excepția menționată.

Decizia nr. 6164 din 12 septembrie 2014 a Curții de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal: în măsura în care Consiliul constată că o contestație nu este însoțită de garanția de bună conduită sau că aceasta nu este îndeșulătoare, el nu poate respinge pur și simplu contestația, ci trebuie să manifeste rol activ și să îi pună în vedere contestatorului să își constituie garanția conformă cerută de lege.

În decizia nr. 3052/CA/2014-R din 13 octombrie 2014, Curtea de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, a arătat că: Deși garanția a fost depusă la data de 19.09.2014, după data introducerii plângerii la instanță, în opinia Curții de apel, nu se impune respingerea plângerii pe considerentul că garanția nu a fost constituită la momentul depunerii cererii de chemare în judecată, deoarece voința legiuitorului a fost aceea de a crea un instrument juridic prin care autoritatea contractantă să poată fi protejată de riscul unui eventual comportament necorespunzător, și nu de a împiedica exercitarea controlului de legalitate prin soluționarea plângerii pe fond.

Încheierea din 6 noiembrie 2014, dosar nr. 6297/2/2014, pronunțată de Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, urmează aceeași direcție.

Garanția de bună conduită poate fi suplimentată ulterior depunerii contestației - decizia civilă nr. 128/CA din 22 iulie 2015, Curtea de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

Relativ la fondul contestației, este de observat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de lucrări, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru asocierea SC ... SRL - SC ...SRL. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la

termenul prescris de art. 256 ind. 2 alin. (1) lit. b), coroborat cu alin. (2), din ordonanța privind achizițiile publice.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 170 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 – ofertanții au obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel ..., Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

Consiliul ia act că oferta asocierii a fost respinsă ca neconformă, prin raportul procedurii de atribuire nr. 3584/08.12.2015, respingere comunicată la 08 și 09.12.2015, comisia de evaluare consemnând:

Având în vedere calitatea dumneavoastră de ofertant în cadrul procedurii de cerere de oferta [...], vă solicităm următoarele:

Conform art. 11 alin. (4) din H.G. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, ofertanții au dreptul de a prezenta inițial doar o declarație pe propria răspundere, semnată de reprezentantul său legal, prin care confirmă că îndeplinesc cerințele de calificare astfel cum au fost solicitate în documentația de atribuire. Într-o astfel de situație, în temeiul art. 11 alin. (5) din același act normativ, în scopul verificării îndeplinirii acestor cerințe, autoritatea contractantă are dreptul de a le solicita ofertanților care uzează de acest drept prezentarea/completarea certificatelor/documentelor edificatoare care probează/confirmă îndeplinirea cerințelor de calificare, ofertanții având obligația de a da curs unei astfel de solicitări în termenul precizat, care nu poate fi mai mic de 3 zile lucrătoare.

Ofertantul a depus o declarație inițială de îndeplinire a criteriilor de calificare, în a cărei anexa nu menționează, așa cum declara pe propria răspundere, sub sancțiunea excluderii din procedura cu privire la situația personală, îndeplinirea uneia dintre

cerințele prevăzute în Fisa de Date, secțiunea III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, respectiv cerința 4, unde se solicită ca ofertantul să prezinte certificatul de atestare privind obligațiile la Fondul de mediu din care să reieșe că ofertantul nu are datorii scadente la data limită de depunere a ofertelor.

De asemenea, la Secțiunea III.2.2. Capacitatea economică și financiară se solicită ca Ofertantul trebuie să demonstreze că la momentul semnării contractului va avea acces la sau are disponibile resurse reale negrevate de datorii, linii de credit sau alte mijloace financiare, confirmate de bănci de cel puțin 2.013.001 lei, suficiente pentru a realiza cash flow de execuție a lucrării care va fi destinată exclusiv îndeplinirii viitorului contract pentru o perioadă de minim 3 luni de la data începerii lucrărilor, independent de alte angajamente contractuale ale operatorului economic.

Prin urmare, solicităm pentru ASOCIEREA ... S.R.L. & SC DFR SYSTEM SRL, să menționeze unde anume în Declarația inițială de îndeplinire a cerințelor de calificare, în Anexa depusă de către acesta se menționează că ofertantul îndeplinește cerința de calificare solicitată cu privire la Certificatul de atestare privind obligațiile la Fondul de Mediu în cadrul procedurii de cerere de oferte derulată pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect execuție lucrări pentru: "ÎNFIINȚARE SISTEM DE CANALIZARE ȘI STAȚIE DE EPURARE ÎN ..., JUDEȚUL ...".

De asemenea, solicităm ofertantului ASOCIEREA ... S.R.L. & SC DFR SYSTEM SRL, să menționeze unde anume în Declarația inițială de îndeplinire a cerințelor de calificare, în Anexa depusă de către acesta se menționează că ofertantul îndeplinește cerința prevăzută în Fisa de Date - Secțiunea III.2.2. Capacitatea economică și financiară - respectiv realizarea Cash-Flow-ului! Astfel, ofertantul a răspuns prin adresa nr. 717/20.11.2015, înregistrată la autoritatea contractantă cu nr. 3122/20.11.2015, prin care a prezentat documentele solicitate și și-a expus punctul de vedere cu privire la solicitarea de clarificări a autorității contractante. Analizând răspunsul formulat de către ASOCIEREA SC ... SRL & SC ... SRL, se constată următoarele:

Autoritatea contractantă a formulat solicitarea îndeplinirii Cash Flow-ului în conformitate cu Ordinul nr. 509/2011, care reglementează ca: "Ofertantul trebuie să demonstreze că, la momentul semnării contractului, va avea acces la sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci ori ALTE MIJLOACE FINANCIARE, suficiente pentru a realiza cash flow de execuție a lucrării pentru perioada precizată. Ca NOTĂ, Ordinul nr. 509/2011, menționează ca: "disponibilitatea de susținere a lucrării, indiferent sub ce formă este cerută va trebui să conțină suma și perioada pentru care urmează să se realizeze Cash Flow-ul."

Prin solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă a adus la cunoștință operatorului economic că informația din conținutul adresei emise de BRD, care nu are nici număr, nici data de emitere, astfel ca autoritatea contractantă nu se poate raporta la o dată anume de îndeplinire a solicitării cu privire la realizarea Cash Flow-ului (documentul emis de BRD poate să fie eliberat de bancă cu mult timp în urmă, astfel ca valabilitatea acestuia este contestabilă), este insuficientă, urmare a faptului că instituția bancară a emis un document în care a menționat că operatorul economic SC ... SRL are disponibilități bănești în suma totală de 2.534.821,13 ron, reprezentând 653965123 unități de fond Simfonia, fără nici o altă referință așa cum prevede și Ordinul 509/2011, cu privire la destinația valorii (de menționat că nu se specifică nici valoarea ce urmează să fie destinată în mod exclusiv realizării Cash Flow-ului și nici perioada pentru care se va realiza acest Cash Flow). Mențiunea ofertantului că: "solicitarea privind realizarea Cash Flow-ului așa cum este prevăzută în Fisa de Date, este o solicitare restrictivă în sensul Ordinului nr. 509/2011, căta vreme acest Cash Flow nu are relevanță în măsura în care plata contractului constituie obligația autorității contractante și nu a furnizorului/prestatorului/executantului" nu este fondată și nu se justifică, întrucât, pe de o parte, Solicitarea din Fisa de Date este formulată în conformitate cu Ordinul nr. 509/2011, iar pe de altă parte, toți operatorii economici trebuie să îndeplinească cerințele prevăzute în Fisa achiziției.

Dacă această solicitare ar fi fost restrictivă, cu siguranță nu ar fi fost instituită de o normă legislativă și nici acceptată în conținutul Fisei de Date de către Agenția Națională pentru Achiziții Publice, al cărui rol este de verificare a conținutului unei Fise de Date ridicate în SEAP, cu scopul de a identifica solicitările restrictive și de a nu permite existența acestora în formularea cerințelor pe care urmează să le îndeplinească fiecare

operator economic in parte, interesat sa depună o oferta cu privire la o achiziție publica anume.

Solicitarea de clarificare a autoritatii contractante pentru ofertantul ASOCIEREA ... SRL & SC ...SRL cu privire la Cash Flow a avut scopul de a permite ofertantului sa prezinte toate informațiile necesare care sa dovedeasca realizarea acestei cerințe, insa ofertantul, fara a da un răspuns concludent si fara a prezenta documentele asa cum au fost solicitate prin Fisa de Date, a considerat sa afirme ca acest cash flow nu are relevanta, in masura in care plata contractului intra in obligațiile autoritatii contractante si nu a executantului. Mai mult liderul de asociere, respectiv SC ... SRL a depus inițial o declarație pe propria răspundere care prevedea ca: "societatea deține la momentul semnării contractului, resurse reale negrevate de datorii de 2.013.001 lei pentru a realiza Cash Flow-ul de execuție a lucrării pe o perioada de 3 luni de la inceperea lucrărilor, fara a menționa proiectul pentru care a prezentata declarația respectiva. Facem mențiunea ca aceasta declarație nu indeplineste condițiile unei declarații inițiale conform art. 11 din HG 925/2006 si ca, la solicitarea autoritatii contractante de a face dovada indeplinirii cerinței cu privire la Cash Flow, operatorul economic nu depune nici un document doveditor al indeplinirii acestei cerințe ci, mai mult, solicita doar ca, comisia de evaluare sa ia act de declarația pe propria răspundere depusa de liderul asocierii SC ... SRL.

In aceste condiții, fata de cele prezentate prin răspunsul depus de către ASOCIEREA SC ... SRL & SC ...SRL, consideram ca acesta este neconcludent, astfel ca oferta devine neconforma in baza art. 79 alin 1 din HG 925/2006: "In cazul in care ofertantul nu transmite in perioada precizata de comisia de evaluare elarificarile/raspunsurile solicitate sau in cazul in care explicațiile prezentate de ofertant nu sunt concludente, oferta sa va fi considerata neconforma".

Din parcurgerea formulării narrative a autorității contractante se desprinde concluzia că aceasta a respins oferta reclamantei nu pentru că nu ar fi îndeplinite condițiile de calificare prestabilite, ci pentru că răspunsul nr. 717/20.11.2015 a fost neconcludent, context în care autoritatea a recurs la aplicarea dispozițiilor art. 79 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006.

Dacă oferta ar fi fost respinsă pentru neîndeplinirea condițiilor de calificare, autoritatea ar fi trebuit să se raporteze și să indice normele art. 36 alin. (1) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 - *oferta este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre cerințele de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a prezentat, conform prevederilor art. 11 alin. (4)-(5), documente relevante în acest sens.*

Așadar, în discuție nu este inacceptabilitatea ofertei din cauza neîndeplinirii condițiilor sau pentru eventuale vicii ale declarației pe propria răspundere dată în temeiul art. 11 alin. (4) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, ci neconformitatea ofertei din cauza neconcludenței răspunsului nr. 717/20.11.2015. La originea acestuia se află solicitarea de clarificări a autorității nr. 3054/16.11.2015, prin care i s-au cerut ofertantei dovezi de asigurare a cash-flow-ului și certificate de atestare fiscală privind absența datoriilor la bugetul de stat în luna anterioară celei de depunere a ofertelor. Relativ la acest din urmă aspect, SC ... SRL a furnizat autorității contractante adresa Administrației Județene a Finanțelor Publice ... nr. Dj10466/19.11.2015 (înregistrată la Primăria Comunei ... cu nr.

3126/20.11.2015), în care se arată că, la data de 31.08.2015, deci în luna anterioară celei de depunere a ofertelor, SC ... SRL nu figurează cu obligații de plată exigibile către bugetul general consolidat. La rândul său, SC ...SRL a adus certificatul de atestare fiscală nr. 920444/02.10.2015, în care este specificat că nu figurează cu obligații de plată exigibile existente în sold la 31.08.2015 (0 lei), deci în luna anterioară celei de depunere a ofertelor.

După cum în mod judicios a sesizat și contestatoarea, potrivit art. 9 alin. (3) din Ordinul președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție: *„În situațiile de la art. 11 alin. (4) și (5) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă va lua în considerare, la verificarea îndeplinirii cerinței de calificare privind plata de către ofertant a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale, atât declarația pe propria răspundere prin care se confirmă îndeplinirea cerinței, cât și acele certificate de atestare fiscală prezentate de ofertant în urma solicitării primite din partea autorității contractante, chiar dacă acestea sunt emise de autoritățile competente ulterior datei de deschidere a ofertelor și, eventual, atestă lipsa datoriilor ulterior respectivei date.”* Prin urmare, adresa Administrației Județene a Finanțelor Publice ... nr. Dj10466/19.11.2015 și certificatul Administrației Fiscale pentru Contribuabili Mijlocii București nr. 920444/02.10.2015, prezentate la 20.11.2015 autorității contractante, trebuiau luate în considerare de către aceasta. Din această perspectivă, răspunsul contestatoarei este concludent, contrar opiniei autorității.

Vizavi de obligațiile la fondul de mediu, trebuie remarcat că oferta reclamantei nu a fost respinsă pe considerente ce țin de acestea, după cum însăși ... precizează în punctul său de vedere asupra contestației (*"[...] conținutul adresei de comunicare nr. 3560/09.12.2015, unde nu se face nicio referire cu privire la certificatul de atestare privind obligațiile la Fondul de Mediu [...]. Sesizăm astfel că în conținutul contestației formulate, o considerabilă parte se axează pe explicațiile ofertantului cu privire la aspectele legate de acest certificat, deși neconformitatea ofertei sale nu are legătură de cauzalitate cu acesta."*), ceea ce face lipsită de obiect o cercetare din partea Consiliului pe acest subiect.

Relativ la îndeplinirea cerințe privind asigurarea cash-flow-ului de execuție a lucrării [pct. III.2.2) - *Capacitatea economică și financiară* din fișa de date a achiziției: "*Ofertantul trebuie sa demonstreze ca, la momentul semnării contractului, va avea acces la sau are disponibile resurse reale negrevate de datorii, linii de credit sau alte mijloace financiare, confirmate de banci, de cel puțin 2.013.001 lei, suficiente pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării, care va fi destinată exclusiv îndeplinirii viitorului contract pentru o perioadă de minim 3 luni de la data începerii lucrărilor, independent de alte angajamente contractuale ale operatorului economic.*"], prin solicitarea de clarificări nr. 3054/16.11.2015, autoritatea a cerut ca ofertantul să dovedească faptul că, la momentul semnării contractului, va avea acces la sau are disponibile resurse financiare de cel puțin 2.534.821,13 lei destinate exclusiv îndeplinirii viitorului contract. A adăugat că scrisoarea de bonitate emisă de "BRD" nu angajează în niciun fel răspunderea băncii față de terțe persoane și nici nu constituie un angajament de acordare a unor credite.

SC ... SRL s-a prevalat de o declarație pe propria răspundere, sub sancțiunea faptei de fals în declarații, că "deține la momentul semnării contractului" resursele de asigurare a cash-flow-ului, declarație lipsită de forță probantă ca document de calificare, în absența unui act din care să reiasă că societatea posedă sau va poseda suma de bani necesară (extras de cont bancar, linie de credit aprobată, precontract de împrumut, titluri de creanță executorii, angajamente de plată samd). Simpla declarație a administratorului SC ... SRL, chiar și sub sancțiunea falsului, nu este suficientă pentru îndeplinirea cerinței de calificare. Altminteri, niciun operator economic nu va mai fi respins de la procedurile de atribuire, simpla declarație la discreția acestuia devenind doar o formalitate, iar contractele se vor adjudeca nu în funcție de capacitățile efective ale ofertanților, ci de ceea ce vor declara.

Această abordare o întâlnim și în jurisprudența instanțelor, elocventă fiind decizia nr. 1046/R-CONT din 27 martie 2013 a Curții de Apel Pitești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, în care s-a reținut că simpla declarație pe propria răspundere dată de ofertantă, în sensul că îndeplinește cerința de calificare a cash-flow-ului de execuție a lucrării, nu este suficientă pentru calificare, ci trebuie însoțită de documente prin care să se demonstreze îndeplinirea cerinței:

În fișa de date a achiziției s-a prevăzut cerința de calificare ca ofertantul să demonstreze că are sau că va avea acces la momentul semnării contractului la resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza un cash-flow de execuție a lucrării pe o perioadă de 60 de zile, în valoare de 1....6.343,5 lei, prin declarații bancare corespunzătoare sau alte documente din care să reiasă îndeplinirea acestei cerințe. În acest sens, ofertanta a susținut că a îndeplinit cerința prin depunerea unei declarații pe propria răspundere,

potrivit căreia „are sau va avea acces în momentul semnării contractului la resurse reale negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza un cash-flow de execuție a lucrării pe o perioadă de 60 de zile, în valoare de 1....6.343,5 lei, independent de angajamentele aflate în desfășurare pentru alte contracte”, fără a prezenta alte documente doveditoare.

Din acest punct de vedere, atât autoritatea contractantă, cât și Consiliul au reținut corect că solicitarea din fișa de date privește obligația de prezentare a unor documente care să ateste în mod obiectiv și explicit deținerea sau posibilitatea accesării unui cash-flow de execuție a lucrării, în raport de care declarația pe propria răspundere prezentată de ofertantă nu o îndeplinește. Cu alte cuvinte, se impunea depunerea unor înscrisuri doveditoare a cerinței solicitate, a unor dovezi concludente, iar nu a unei declarații pe propria răspundere prin care ofertantul atestă doar, fără a demonstra, că îndeplinește cerința solicitată.

Prin urmare, verificând îndeplinirea cerinței de calificare evocate, Consiliul a împărtășit punctul de vedere al autorității, apreciind că ofertanta nu o îndeplinește.

Astfel fiind, SC ... SRL nu a făcut dovada respectării cerinței, urmând a se verifica dacă această dovadă a fost realizată prin actele depuse de asociatul SC ...SRL, în speță prin adresa emisă de Banca Română pentru Dezvoltare, Agenția Drumul Taberei, cu următorul conținut:

SC ...SRL

CUI: 14828250

București, str. Drumul Taberei nr. 48, bl. G2/3, ap. 2, sector 6

Spre stiinta: **PRIMARIA ...**, ...

Jud. ..., str. Principala, cod poștai: 227500

Referitor: Declarație pentru **acces necondiționat la resursele financiare** pentru «Înființare sistem de canalizare și stație de epurare în ..., județul ..., codul CPV 45232400-6 Lucrări de construcții de canalizare de ape reziduale»

Confirmăm, prin prezenta, că SC ...SRL [...] deține la data de 16.09.2015, la BRD-Groupe Societe Generale, Agenția Drumul Taberei, **disponibilități bănești în suma totală de 2,534,821.13 RON**, după cum urmează: 65,396.5123 unitati de fond Simfonia, echivalentul a 2,534,821.13 RON.

Menționez că aceasta scrisoare nu implică un angajament din partea băncii în relațiile firmei cu terțe persoane fizice și juridice și nu autorizează un proces de creditare.

Se observă, așadar, că banca emitentă a scrisorii s-a referit expres la contractul ce formează obiectul licitației și la îndeplinirea cerinței privind cash-flow-ul. Suma de 2.534.821,13 lei acoperă plafonul impus, de 2.013.001 lei, iar destinația acesteia este dată de titularul SC ...SRL, care a explicat pe larg autorității că suma reprezintă fonduri proprii ale societății și va fi utilizată drept cash-flow. Afirmăția autorității în direcția că SC ...SRL nu va mai avea la dispoziție suma la momentul semnării contractului este de natură speculativă, câtă vreme nu are la bază niciun indiciu sau probă care să combată declarația ofertantului SC ...SRL, pe de o parte, iar pe de altă parte, la fel de bine nu este exclus ca, la respectivul moment, ofertantul să aibă disponibilă o sumă mai mare decât cea indicată în scrisoarea băncii.

În decizia nr. 7981 din 10 decembrie 2014, Curtea de Apel ..., Secția contencios administrativ și fiscal, a reținut că destinația sumei/disponibilităților financiare solicitate rezultă din afectarea dată de ofertant cu sau fără atestarea manifestării exprese a voinței

oferantului în acest sens de către instituția bancară ce emite înscrisul pentru dovedirea cerinței.

Contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, organizatoarea procedurii nu a reușit să probeze că SC ...SRL nu ar avea dreptul de a utiliza suma de 2.534.821,13 lei pentru derularea lucrărilor de către asociere în primele trei luni de executare a lucrărilor ori că respectiva sumă ar primi altă destinație.

Absența unui număr de înregistrare și a unei date pe scrisoarea Băncii Române pentru Dezvoltare nu afectează valabilitatea documentului, neexistând în legislație o asemenea condiționare. Premisa este că scrisoarea a fost emisă la 16.09.2015, întrucât face referire la disponibilitățile SC ...SRL la respectiva dată, iar nu că ar fi eliberată de bancă mult timp în urmă, cum nefondat insinuează autoritatea contractantă.

Semnarea de către un reprezentant al băncii și ștampilarea cu ștampila băncii a scrisorii sunt suficiente pentru ca aceasta să capete forță juridică și să poată fi utilizată la procedura de achiziție. Actul prezentat este valabil, produce efecte juridice și trebuie recunoscut de autoritate, până la înscrierea lui în fals, respectiv nu poate fi considerat nelegal sau ignorat de către autoritatea contractantă. Pe de altă parte, omiterea indicării unui număr de înregistrare sau a unei date cade în culpa emitentului, adică a băncii, nicidecum a oferantului care a depus acest act și care nu poate fi sancționat pentru culpa altcuiva.

Conform art. 268 alin. (1) C. proc. civ., semnătura unui înscris face deplină credință, până la proba contrară, despre existența consimțământului părții care l-a semnat cu privire la conținutul acestuia.

În actele curente ale profesioniștilor este posibil să nu regăsim ștampila, antetul cu datele emitentului și numărul și data de ieșire a documentului, însă actele trebuie acceptate de autoritate, chiar dacă există deficiențe legate de forma sau conținutul lor, în măsura în care furnizează informațiile solicitate. Cu alte cuvinte, forma – corespunzătoare sau nu – nu trebuie să primeze față de conținutul actului în discuție, care trebuie acceptat de autoritate indiferent de forma sa, dacă el este unul edificator în privința îndeplinirii cerinței de calificare.

Mutatis mutandis, adresa emisă de furnizorul materialelor pentru oferant în justificarea prețului ofertei este valabilă chiar dacă nu conține antet, număr și dată de emitere, câtă vreme ea poartă ștampila și semnătura furnizorului - decizia civilă nr. 5202 din 2 noiembrie 2015, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal. Este contrară principiului bunei

administrări a fondurilor financiare și principiului concurenței excluderea unui ofertant pentru considerente formale și excesive ce aduc atingere și principiului proporționalității – decizia nr. 3658 din 10 noiembrie 2015, Curtea de Apel Suceava, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

Ofertantul nu putea fi obligat să își transfere fondurile proprii de la Banca Română pentru Dezvoltare în contul Comunei ... doar pentru a avea aceasta din urmă certitudinea că acele fonduri vor exista la data semnării contractului. Nici să îi blocheze de la circulație activele bancare, ceea ce ar presupune costuri substanțiale de participare la licitații.

Relativ la documentul bancar și explicațiile aduse, contrar părerii autorității contractante, ele sunt considerate de Consiliu pertinente și concludente, situație în care oferta nu putea fi respinsă ca neconformă în temeiul art. 79 alin. (1) din Hotărârea Guvernului 925/2006.

Consiliul găsește că răspunsul punctual de justificare dat de asociere a fost pe măsura solicitării și, în același timp, în limitele exigențelor de legalitate și temeinicie pentru a fi considerat suficient și credibil. Pe de altă parte, este vădit contrar principiului utilizării eficiente a fondurilor publice respingerea unei oferte cu prețul mai mic cu peste 600.000 lei decât al celei declarate câștigătoare pe considerentul unor explicații neconcludente legate de cash-flow, câtă vreme aceste explicații se referă tocmai la întrebarea autorității și nu au nimic neconcludent, asocierea, prin membrul său SC ...SRL, recunoscând că are la dispoziție 2.534.821,13 lei, după cum reiese și din scrisoarea bancară destinată și Comunei ..., cu asumarea afectării ei pentru realizarea lucrărilor în primele trei luni ale contractului. Asocierea din care face parte SC ...SRL a depus oferta cu intenția de a câștiga contractul și de a executa lucrarea, mai cu seamă că i se va cere să prezinte o garanție de bună execuție, iar nu cu intenția (nedovedită) de a induce în eroare organizatoarea achiziției și de a bloca investiția demarată de aceasta. Reaua-credință sau tentativa de fraudare ale SC ...SRL trebuie dovedite, ele nefiind prezumate.

Pentru a putea fi respinsă o ofertă în virtutea art. 79 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, legiuitorul impune – dacă nu explicit, atunci măcar implicit – condiția ca răspunsurile date de ofertant să fie inutilizabile, respectiv să nu prezinte nicio relevanță, să nu fie concludente în nicio privință. În cazul concret, nu se poate afirma că răspunsul dat de ofertanta contestatoare este inutilizabil sau neconcludent. El este atât utilizabil, cât și concludent, prin prisma solicitării transmise de autoritate.

Evident, accentul trebuie pus nu pe respingerea ofertei cu orice preț, pentru a exclude din competiție ofertantul cu propunerea

cea mai avantajoasă, ci pe clarificarea ei în sensul dorit și necesar evaluării corespunzătoare a ofertei. În contextul înfățișat, pledoaria autorității contractante nu poate constitui un argument valid pentru respingerea ofertei contestatoarei.

Jurisprudența Consiliului este statornică în sensul că orice decizie a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente, contradictorii sau deduse din context de autoritate, care ar defavoriza un ofertant, cum este cel în cauză, căruia trebuia să i se acorde dreptul de a își demonstra cu claritate și în cunoștință de cauză îndeplinirea cerinței de calificare.

În privința eventualelor îndoieli care persistă ale autorității asupra veridicității existenței fondurilor și a destinației acestora la momentul contractării sunt incidente normele art. 78 teza I din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, în temeiul cărora autoritatea poate proceda în cursul reevaluării la reclarificarea lor cu asocierea ofertantă, inclusiv prin solicitarea unei declarații exprese din partea titularului SC ...SRL că fondurile vor fi menținute la dispoziția sa pentru executarea lucrării licate, nu pentru alte lucrări. Autoritatea poate recurge și la normele art. 11 alin. (3) teza finală din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, potrivit cărora: *"În cazul în care există incertitudini sau neclarități în ceea ce privește anumite documente prezentate, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita detalii, precizări sau confirmări suplimentare atât de la ofertantul/candidatul în cauză, cât și de la autoritățile competente care pot furniza informații în acest sens"*, în sensul de a solicita clarificări inclusiv de la Banca Română pentru Dezvoltare.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod nelegal autoritatea a respins oferta asocierii sub aspectele dezbătute mai sus, situație de natură să atragă infirmarea rezultatului procedurii de atribuire. În evaluarea ofertei amintite, autoritatea a dat dovadă de un formalism excesiv și a încălcat principiul proporționalității, care stă la baza atribuirii contractului de achiziție publică, context în care critica asocierii contestatoare privind nelegalitatea respingerii ofertei sale este fondată. Astfel fiind, în baza art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va admite contestația asocierii SC ... SRL - SC ...SRL nr. 24200/16.12.2015, în contradictoriu cu ..., va anula raportul procedurii nr. 3584/08.12.2015 și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea documentației cererii de oferte și a legislației privind achizițiile publice.

În baza aceluiași temei legal, Consiliul va anula adresele autorității contractante de comunicare către ofertanți a rezultatului

procedurii, subsecvente și dependente de raportul procedurii, și va obliga autoritatea să le comunice acestora noul rezultat al procedurii de atribuire, conform Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

Redactată în patru exemplare, conține douăzeci de pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...