



În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. / 02.06.2022, ... SRL, cu sediul în, ..., ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul sub nr., având CUI, reprezentată legal de convențional prin avocat, cu adresa de comunicare a tuturor actelor procedurii în, ..., ..., privind procedura simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Execuție lucrări pentru obiectivul de investiții: Refacerea și reabilitarea drumurilor pentru eliminarea efectelor inundațiilor în comuna, județul, anunț de participare simplificat nr. / 15.02.2022, de SA, cu sediul în, ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat Consiliului:

„- anularea, în parte, a solicitării de clarificări nr. / 26.05.2022, comunicată în SEAP în data de 26.05.2022 și, pe cale de consecință, eliminarea punctului 2 din solicitarea de clarificări nr. / 26.05.2022.”

Prin Încheierea nr., Consiliul a respins cererea de suspendare a procedurii de atribuire, formulată de SRL.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SRL solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

În cuprinsul contestației, autoarea acesteia face un scurt istoric al procedurii arătând că, prin fișa de date a achiziției s-au solicitat următoarele declarații ale ofertantului:

- declarația pe propria răspundere privind neîncadrarea în prevederile art. 60 din Legea nr. 98/2016;

- declarație în conformitate cu regulile obligatorii referitoare la condițiile privind respectarea condițiilor de mediu, sociale și cu privire la relațiile de muncă pe toată durata de îndeplinire a contractului de lucrări conform art. 51 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În cadrul etapei de evaluare financiară, prin solicitarea de clarificări nr./26.05.2022, autoritatea contractantă a formulat următoarele solicitări:

„- având în vedere etapa premergătoare execuției contractului, ce presupune o perioadă semnificativă de timp pentru realizarea/aprobarea proiectului tehnic, obținerea avizelor, emiterea ordinului de începere a lucrărilor, precizați, dacă vă mențineți valoarea ofertată, în condițiile actuale ale majorării prețurilor la materialele de construcții.

- prezentați o declarație pe proprie răspundere autenticată la notar, sub sancțiunea dispozițiilor art. 326 Cod Penal, prin care să menționeze faptul că furnizorii dumnealui sunt persoane juridice legal constituite și produsele livrate de către aceștia sunt în circuitul civil, nu sunt supuse niciunei interdicții legale, nu sunt produsul unei infracțiuni, iar prețurile de achiziție sunt reale și serioase.”

Contestatoarea consideră că solicitarea de clarificări de la pct. 2 din adresa nr./26.05.2022 este nelegală, abuzivă și contrară cerințelor documentației de atribuire, precum și principiilor care guvernează procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică.

Aceasta susține că se află în imposibilitatea emiterii unei declarații în fața notarului public prin care să garanteze cu privire la produsele furnizate de terții furnizori.

Referitor la nelegalitatea pct. 2 din solicitarea de clarificări nr./26.05.2022, contestatoarea menționează că, în etapa evaluării din punct de vedere financiar, în temeiul art. 133 alin. (3) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare verifică încadrarea propunerii financiare în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, respectiv corelarea acesteia cu elementele propunerii tehnice pentru a evita executarea defectuoasă a contractului, precum și verificarea valorii ofertate din perspectiva prețului neobișnuit de scăzut.

Menționând prevederile secțiunii IV.4.2 din fișa de date – modul de prezentare al propunerii financiare, societatea contestatoare susține că, premisa în temeiul căreia comisia de evaluare ar fi putut solicita clarificări privind propunerea financiară o constituia valoarea aparent neobișnuit de scăzută a ofertei, iar cu privire la furnizori puteau fi solicitate, inter alia, documente privind prețurile și situația stocurilor de materii prime și materiale.

Redând prevederile art. 209 și art. 210 din Legea nr. 98/2016, autoarea contestației susține că, autoritatea contractantă putea solicita

clarificări privind propunerea financiară în măsura în care din conținutul ofertei nu ar fi rezultat cu claritate: încadrarea în fondurile care puteau fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică; corelarea propunerii financiare cu elementele propunerii tehnice; asigurarea îndeplinirii contractului, din perspectiva prețurilor ofertate, la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini.

Cu toate acestea, în cadrul evaluării financiare din prezenta procedură de atribuire, autoritatea contractantă a solicitat societății SRL depunerea unei declarații pe propria răspundere autenticată la notar, prin care să menționeze faptul că furnizorii ofertantului sunt persoane juridice legal constituite și produsele livrate de către aceștia sunt în circuitul civil, nu sunt supuse niciunei interdicții legale, nu sunt produsul unei infracțiuni, iar prețurile de achiziție sunt reale și serioase.

Găsindu-se în imposibilitatea furnizării unei astfel de declarații cu privire la furnizorii considerați în cadrul ofertei sale, contestatoarea nu poate da curs solicitării de clarificare în cauză.

Astfel, petenta ar trebui să dea o declarație în fața notarului public, sub sancțiunea extrem de gravă aplicată în cazul săvârșirii infracțiunii constând în fals în declarații, prin care să garanteze unele aspecte privind operatori economici terți - furnizori și produsele puse pe piață de aceștia.

Contestatoarea subliniază faptul că, autoritatea contractantă nu a solicitat însă prin documentația de atribuire nici măcar o listă a furnizorilor și nici nu a formulat o cerință specifică în sensul depunerii declarației în cauză.

Din acest motiv, societatea contestatoare consideră că, solicitarea de clarificare apare ca fiind abuzivă și disproporționată prin raportare la legislația în vigoare și documentația de atribuire. În măsura în care intenția comisiei de evaluare este de a clarifica elementele propunerii financiare din punct de vedere al prețului ofertat, respectiv modul de formare a prețului inclusiv din perspectiva prețurilor ofertate de furnizorii considerați de contestatoare în ofertă, ar fi putut formula o solicitare de clarificări întocmai în acest sens.

Contestatoarea consideră că pentru fiecare dintre aspectele solicitate a fi declarate pe proprie răspundere în declarația solicitată, comisia de evaluare dispunea de mijloacele legale potrivite și ar fi putut solicita, alternativ:

- demonstrarea faptului că furnizorii sunt persoane juridice legal constituite se putea oricând realiza prin depunerea unor certificate constatatoare emise de Registrul Comerțului sau prin extrase de pe site-ul Ministerului Finanțelor Publice, fără a omite din vedere faptul că furnizorii considerați în cadrul ofertei ar putea fi oricând înlocuiți de alți furnizori pe parcursul executării contractului (atât timp cât prin documentația de atribuire nu s-a impus niciun fel de cerință cu privire la furnizori);

- demonstrarea faptului că produsele livrate de furnizori sunt în circuitul civil, nu sunt supuse niciunei interdicții legale, nu sunt produsul unei infracțiuni ar fi putut fi realizată doar de către furnizorii în cauză, respectiv printr-o declarație din partea acestora. Dincolo de acest aspect, în funcție de produsele livrate, acestea sunt întotdeauna însoțite de documentele de calitate (în funcție de materialul livrat, poate fi vorba de declarații de performanță sau declarații de conformitate) furnizate odată cu produsele pentru punere în operă sau pe care contestatoarea le-ar putea depune la o eventuală solicitare din partea comisiei de evaluare.

Societatea contestatoare prezintă sub formă tabelară produsele care ar urma să fie livrate și puse în aplicare în cadrul contractului, precum și asupra documentelor de calitate însoțite.

Potrivit contestatoarei, cele solicitate a fi declarate de către ofertant nu pot fi verificate de către acesta, prin mijloace proprii (cu excepția înregistrării valabile ca persoane juridice a furnizorilor și eventuala confirmare a prețurilor prin depunerea ofertelor de la furnizori). Consideră a fi absurdă verificarea produselor în sensul în care acestea nu fac obiectul unor interdicții legale sau nu sunt produsul unei infracțiuni.

Totodată, chiar și în ipoteza în care s-ar presupune că scopul solicitării de clarificări nu este în mod necesar legat de clarificarea prețului ofertat, ci de obținerea unui așa-zis angajament al ofertantului cu privire la executarea viitorului contract, solicitarea de clarificări adresată apare ca fiind lipsită de orice finalitate în condițiile în care executarea conformă a contractului de achiziție publică incumbă ofertantului declarat câștigător, iar o eventuală neîndeplinire sau îndeplinire necorespunzătoare (inclusiv prin punerea în operă a unor produse neconforme) atrage răspunderea contractantului și aplicarea sancțiunilor contractuale. La rândul său, contractantul dispune de mijloacele juridice necesare pentru a atrage răspunderea și a recupera orice eventuale daune de la furnizorii contractați în măsura în care produsele furnizate de aceștia nu ar fi conforme.

Contestatoarea consideră că prin pct. 2 din solicitarea de clarificări nr. /26.05.2022, autoritatea contractantă a creat cerințe care nu reies din cadrul documentației de atribuire. Autoritatea contractantă neputând să se îndepărteze de conținutul documentației de atribuire publicată, elaborată și să solicite un document care nu era prevăzut în această documentație de atribuire.

Conform unei practici constante a Consiliului și instanțelor de judecată, documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul de contract, necontestată de niciun operator economic, și-a consolidat forța obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, cât și pentru autoritatea contractantă, acestea fiind în sensul prevederilor art. 75 din Legea nr. 98/2016 coroborate cu cele ale art. 123 din anexa la HG nr.

395/2016. Într-o astfel de situație, pentru a face dovada admisibilității ofertei lor, fiecare dintre participanții la procedura de atribuire are obligația de a prezenta înscrisuri prin care să facă dovada îndeplinirii cerințelor minime ale documentației de atribuire, iar autoritatea contractantă, în aplicarea dispozițiilor art. 127 alin. (1) din anexa HG nr. 395/2016, avea obligația să verifice și să se asigure că ofertanții declarați câștigători nu se află în niciuna dintre situațiile de excludere statuate în Legea nr. 98/2016.

Pentru aceste motive, solicitarea de clarificare în sensul depunerii unei declarații pe propria răspundere, autenticată de un notar public, cu privire la furnizori, este potrivit societății contestatoare una abuzivă, excesivă și nejustificată, prin raportare la documentele depuse deja în cadrul ofertei sau la conținutul documentației de atribuire. Comisia de evaluare ar fi putut adopta o altă conduită în scopul obținerii unor clarificări punctuale privind furnizorii și produsele livrate de aceștia, iar nu să solicite ofertantului o declarație angajantă privind terții furnizori.

În acest sens, se invocă jurisprudența națională și europeană.

Societatea contestatoare consideră că, punctul 2 din solicitarea de clarificări nr./26.05.2022 încalcă principii fundamentale aplicabile în materia achizițiilor publice.

Solicitarea de către autoritatea contractantă a declarației pe propria răspundere referitoare la furnizori și produsele livrate de aceștia, în sensul formulat la pct. 2 din solicitarea de clarificări nr./26.05.2022 încalcă principii fundamentale aplicabile în materia achizițiilor publice:

- principiul proporționalității, prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016;

- principiul tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor economici, reglementat de art. 2 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016.

Autoarea contestației consideră că, solicitarea formulată de autoritatea contractantă încalcă principiul proporționalității, întrucât depășește limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite de autoritatea contractantă.

Contestatoarea susține că nu există nicio rațiune pentru care autoritatea contractantă să solicite o declarație pe proprie răspundere care vizează terții furnizori și produsele livrate de aceștia atât timp cât există alternativa solicitării prezentării unor declarații din partea acelor furnizori și a documentelor de conformitate a produselor livrate.

Astfel, cerința autorității contractante nu este doar disproportională cu scopul urmărit, dar și complet lipsită de temei.

Introducerea acestei limitări constituie, potrivit contestatoarei și o încălcare a principiului tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor economici.

Tratamentul egal înseamnă atât egalitatea de oportunități - definirea unor cerințe cu respectarea acestui principiu, cât și egalitatea de

rezultat, adică egalitatea efectivă după aplicarea unor măsuri sau a unor cerințe care, la prima vedere, creează oportunități egale.

În evaluarea ofertelor, autoritățile contractante au obligația să aplice propria documentație de atribuire care guvernează licitația, documentație rămasă definitivă prin necontestare.

Relevant în acest caz este și jurisprudența CJUE.

În drept, au fost invocate prevederile Legii nr. 101/2016, Legii nr. 98/2016, HG nr. 395/2016.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr./06.06.2022, înregistrat la Consiliu sub nr./07.06.2022, .../SA a solicitat respingerea contestației ca nefondată.

În prealabil, autoritatea contractantă prezintă un scurt istoric al procedurii din speță.

Referitor la criticile de nelegalitate privind punctul 2 din solicitarea de clarificări nr./26.05.2022, autoritatea contractantă aduce următoarele argumente:

În urma evaluării propunerilor financiare, comisia de evaluare a solicitat clarificări tuturor ofertanților în vederea prezentării unei declarații pe propria răspundere autenticată la notar, solicitând și contestatoarei prin adresa nr./26.05.2022, aceasta răspunzând în termen la punctul 1, iar în ceea ce privește punctul 2 a formulat contestație.

Apreciind contestația ca nefondată, autoritatea contractantă menționează sub formă tabelară valorile aferente propunerilor financiare, în vederea observării unor diferențe.

Având în vedere diferențele mari de valori ofertate de către ofertanții participanți la procedură, autoritatea contractantă trebuia să se asigure că propunerile financiare sunt sustenabile raportat la prețurile pieței rezultate din ofertele de preț emise de furnizori.

De asemenea, acestea trebuie să fie susținute de prezentarea unei declarații pe propria răspundere autenticată la notar, deoarece ofertantul este singurul responsabil de derularea contractelor cu furnizorii.

Anterior expunerii, autoritatea contractantă precizează faptul că, procedurile de atribuire derulate de către CNI SA sunt finanțate din fonduri publice, motiv pentru care, utilizarea judicioasă a acestora este atributul principal al autorității contractante, care trebuie să depună toate diligențele în cadrul procedurii de atribuire privind legalitatea și proveniența materiilor prime utilizate de către operatorul economic în derularea contractului, cât și cu privire la legalitatea constituirii societăților furnizoare și a provenienței licite a acestor materiale.

Astfel, pentru evitarea unor situații litigioase ulterioare încheierii contractului de achiziție publică și pentru a evita costuri suplimentare și

nejustificate în cadrul procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a înțeles să solicite tuturor ofertanților din cadrul acestei proceduri, o declarație autentică (la notar), sub sancțiunea dispozițiilor art. 326 Cod Penal prin care să se menționeze faptul că, furnizorii ofertantului sunt persoane juridice legal constituite și produsele livrate de către aceștia sunt în circuitul civil, nu sunt supuse niciunei interdicții legale, nu sunt produsul unei infracțiuni, iar prețurile de achiziție sunt reale și serioase.

Operatorul economic, la rândul său trebuie să asigure că furnizorii acestuia livrează produse care sunt în circuitul civil și nu sunt produsul unei infracțiuni.

Cu privire la cerința precum că, prețul trebuie să fie real și serios, aceasta rezultă din necesitatea ca procedura de calificare a ofertanților să fie una reală, în sensul că, propunerea financiară trebuie să corespundă valorii reale din piață a produselor furnizate, un preț nereal și nereserios creând unui ofertant un avantaj nejustificat și ilicit.

Referitor la încălcarea de către autoritatea contractantă a principiului tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor economici, autoritatea contractantă consideră că trebuie respins întrucât, tuturor ofertanților participanți la procedură li s-a solicitat declarația autentică, astfel că nu se poate discuta de încălcarea principiilor.

Această declarație pe proprie răspundere creează premisele derulării contractului în condiții de legalitate, toți operatorii economici implicați (antreprenor, subcontractant, furnizori etc.) trebuie să îndeplinească toate condițiile legale cu privire la constituire, produsele (materii prime, materiale, echipamentele, etc.) utilizate sunt în circuitul civil, nu sunt produsul unei infracțiuni și nici nu sunt supuse niciunei interdicții legale.

Autoritatea contractantă susține că această cerință privind cerința de la punctul 2 din solicitarea de clarificări nr./26.05.2022 răspunde cerințelor desfășurării, în mod legal, a activității oricărui operator economic, atât cu privire la propria activitate desfășurată, cât și cu privire la relațiile economice cu furnizorii săi.

Astfel, această critică este considerată de către autoritatea contractantă ca fiind nefondată, reprezentând în fapt o măsură asiguratorie a autorității luată cu scopul evitării unor eventuale litigii care ar îngreuna, suspenda derularea în bune condiții a contractului de achiziție publică și în consecință critica trebuie respinsă, solicitarea autorității contractante răspunzând exigențelor derulării unei activități comerciale licite, aplicată tuturor participanților la procedura de atribuire în mod nediscriminatoriu și transparent.

În probațiune, au fost depuse, în copie certificată, documentele dosarului achiziției publice.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr./15.06.2022, ... SRL a înaintat „Note Scrise”, ca urmare a recepționării punctului de vedere din partea autorității contractante, solicitând admiterea contestației așa cum a fost formulată.

Contestatoare a constituit cauțiunea în valoare de 88.000 lei, conform art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 1 din 02.06.2022, emisă de Raiffeisen Bank.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..... SA a organizat procedura simplificată, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Execuție lucrări pentru obiectivul de investiții: Refacerea și reabilitarea drumurilor pentru eliminarea efectelor inundațiilor în comuna Ipatele, județul Iași”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr./15.02.2022. Valoarea estimată a contractului de achiziție publică de lucrări este de 5.478.305,28 lei fără TVA, iar criteriul de atribuire aplicat este „prețul cel mai scăzut”.

În cadrul procesului-verbal nr./27.04.2022 privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, autoritatea contractantă a consemnat identitatea celor 9 operatori economici care au depus ofertă și lista principalelor documente depuse, printre care se numără și contestatoarea SRL.

În urma evaluării tehnice a ofertelor, prin procesul-verbal nr./09.05.2022 comisia de evaluare a declarat admisibile toate cele 9 oferte.

Trecând la decriptarea propunerilor financiare, autoritatea contractantă, potrivit procesului-verbal nr./26.05.2022 a hotărât să solicite clarificări tuturor operatorilor economici cu privire la prețurile ofertate, primele 2 întrebări fiind comune tuturor ofertanților.

Astfel, conform adresei nr./26.05.2022, achizitoarea formulează solicitarea de clarificări ofertantei SRL având următorul conținut:

„1. Având în vedere etapa premergătoare execuției contractului, ce presupune o perioadă semnificativă de timp pentru realizarea/aprobarea proiectului tehnic, obținerea avizelor, emiterea ordinului de începere a lucrărilor, precizați, dacă vă mențineți valoarea ofertată, în condițiile actuale ale majorării prețurilor la materialele de construcții.

2. Prezentați o declarație pe proprie răspundere autenticată la notar, sub sancțiunea dispozițiilor art. 326 Cod Penal, prin care să menționeze faptul că furnizorii dumnealui sunt persoane juridice legal constituite și produsele livrate de către aceștia sunt în circuitul civil, nu sunt supuse niciunei interdicții legale, nu sunt produsul unei infracțiuni, iar prețurile de achiziție sunt reale și serioase.”

Considerând solicitarea de clarificări de la pct. 2 din adresa nr./26.05.2022 ca fiind nelegală, abuzivă și contrară cerințelor documentației de atribuire, ... SRL a formulat contestația de față,

solicitând anularea, în parte, a solicitării de clarificare prin eliminarea punctului 2 din adresa menționată.

Consiliul reține că în cadrul prezentei contestații, părțile sunt în dispută, în ceea ce privește dreptul autorității contractante de a solicita clarificări contestatoarei SRL, prin emiterea unei declarații în fața notarului public prin care contestatoarea să garanteze cu privire la produsele furnizate de terții furnizori.

Prin contestație, ... SRL susține că nu există nicio rațiune pentru care autoritatea contractantă să solicite o declarație pe proprie răspundere care vizează terții furnizori și produsele livrate de aceștia atât timp cât există alternativa solicitării prezentării unor declarații din partea acelor furnizori și a documentelor de conformitate a produselor livrate.

La rândul său, prin punctul de vedere, achizitoarea argumentează rațiunea pentru care a formulat o astfel de clarificare. Astfel, pentru evitarea unor situații litigioase ulterioare încheierii contractului de achiziție publică și pentru a evita costuri suplimentare și nejustificate în cadrul procedurii de atribuire, a înțeles să solicite tuturor ofertanților din cadrul acestei proceduri, o declarație autentică (la notar), sub sancțiunea dispozițiilor art. 326 Cod Penal prin care să se menționeze faptul că, furnizorii ofertantului sunt persoane juridice legal constituite și produsele livrate de către aceștia sunt în circuitul civil și nu sunt supuse niciunei interdicții legale.

Cu privire la conținutul solicitării de clarificări criticate, Consiliul apreciază ca fiind relevante în speță următoarele prevederi din Legea nr. 98/2016:

-art. 209:

(1) În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.

(1') În cazul procedurilor simplificate organizate pentru atribuirea contractelor din cadrul proiectelor de infrastructură finanțate din fonduri europene, în situația în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în situația în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertanților/candidaților, de regulă, cel mult de două ori în cursul procesului de evaluare, clarificări/completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și al transparenței.

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

- Art. 210:

(1) În cazul unei propuneri financiare aparent neobișnuit de scăzută în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru care urmează a fi atribuit/încheiat, autoritatea contractantă are obligația de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la prețul sau costurile propuse în respectiva ofertă.

(2) Clarificările prevăzute la alin. (1) se pot referi în special la:

a) fundamentarea economică a modului de formare a prețului, prin raportare la procesul de producție, serviciile furnizate sau metodele de construcție utilizate;

b) soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebite de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru furnizarea produselor sau a serviciilor ori executarea lucrărilor;

c) originalitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor propuse de ofertant;

d) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 51 alin. (1);

e) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 218;

f) posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat.

Totodată, în cadrul procesului de verificare și evaluare, în acord cu dispozițiile art. 133 din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică.

Așadar, achizitoarea, prin comisia de evaluare, poate solicita clarificări privind propunerea financiară în măsura în care, din conținutul ofertei nu ar rezulta cu claritate: încadrarea în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, corelarea propunerii financiare cu elementele propunerii tehnice, asigurarea îndeplinirii contractului, din perspectiva prețurilor oferite, la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini.

Așa cum rezultă din actele cauzei și susținerile părților, la momentul la care a primit solicitarea, ofertanta SRL a răspuns, potrivit actului nr. /31.05.2022, doar la punctul nr. 1, astfel: „Vă precizăm că în cazul câștigării procedurii de atribuire a contractului având ca obiect- Execuție lucrări pentru obiectivul de investiții: Refacerea și reabilitarea drumurilor pentru eliminarea efectelor inundațiilor în comuna Ipatele, județul Iași, ce presupune o perioadă semnificativă de timp pentru realizarea/aprobarea proiectului tehnic, obținerea avizelor, emiterea ordinului de începere a lucrărilor, că ne menținem valoarea ofertată în condițiile actuale ale majorării prețurilor la materialele de construcții”, considerându-l pe cel de-al doilea 2-lea punct ca fiind abuziv.

Analizând conținutul solicitării de clarificări de la punctul 2, Consiliul constată că conduita achizitoarei de a solicita o declarație pe propria

răspundere, autenticată de un notar public, cu privire la furnizori, este nejustificată, excesivă și formulată cu încălcarea prevederilor propriei documentații de atribuire, în evaluarea ofertelor.

Pentru a stabili astfel, Consiliul constată că documentația de atribuire nu stabilește prezentarea unor liste cu furnizorii de materiale și nici nu este formulată o cerință specifică în sensul depunerii declarației notariale, ci doar așa cum este stabilit în fișa de date a achiziției, la cap. IV.4.2 **Modul de prezentare al propunerii financiare**, următoarele:

Ofertantul va elabora propunerea financiara astfel incat aceasta sa furnizeze toate informatiile cu privire la pret, precum si la alte conditii financiare si comerciale legate de obiectul contractului de achizitie publica.

Toate preturile vor fi exprimate cu doua zecimale, inclusiv preturile unitare de materiale, manopera, utilaj, transport care concura la întocmirea ofertei financiare si care vor sta la baza întocmirii situatiilor de plata.

La recapitulatia devizului se vor folosi coeficientii stabiliti de lege (C.A.S., C.A.S.S., ajutor de somaj, fondul pentru accidente de munca si boli profesionale, etc.) si coeficienti proprii ai ofertantului (indirecte si profit).

*Toate ofertele financiare ale caror valori sunt aparent neobisnuit de scazute, prin raportare la preturile pietei, vor fi temeinic justificate, Comisia de evaluare având dreptul de a solicita: documente privind, după caz, **prețurile la furnizori**, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare a forței de muncă, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru care concura la formarea preturilor si implicit conduc la valoarea ofertei.*

Propunerea financiara se va elabora cu respectarea evaluarilor categoriilor de lucrari/ listelor de cantități prezentate în documentația de atribuire tinand seama si de eventualele raspunsuri la solicitarile de clarificari.

Consiliul constată că argumentele aduse de către autoritatea contractantă pentru solicitarea de a se prezenta declarație pe propria răspundere, autenticată de un notar public, cu privire la furnizorii ofertantului contestator, din care să reiasă că aceștia sunt *persoane juridice legal constituite și produsele livrate de către ei sunt în circuitul civil, nu sunt supuse niciunei interdicții legale, nu sunt produsul unei infracțiuni, iar prețurile de achiziție sunt reale și serioase, sunt neîntemeiate.*

Pe lângă faptul că documentația de atribuire nu a stabilit în sarcina ofertanților prezentarea unor declarații notariale care să confirme impunerile autorității contractante, Consiliul are în vedere faptul că, în măsura în care considera că era necesar de a clarifica elementele propunerii financiare din punct de vedere al prețului ofertat, respectiv modul de formare a prețului inclusiv din perspectiva prețurilor ofertate

de furnizorii prezentați de SRL în ofertă, comisia de evaluare ar fi putut formula o clarificare în acest sens.

Consiliul va reține caracterul nejustificat al unei astfel de solicitări și din prisma faptului că menținerea prețului ofertat reprezintă o obligație legală a ofertantului, modificarea acestuia fiind posibilă doar în situațiile prevăzute expres de legislația incidentă și clauzele contractuale, context în care prezentarea unor declarații notariale privind documente care aparțin unor terți, pentru evitarea unor situații litigioase ulterioare încheierii contractului de achiziție publică și pentru a evita costuri suplimentare și nejustificate în cadrul procedurii de atribuire sunt nerelevante iar demersul autorității contractante se dovedește a fi lipsit de finalitate în condițiile în care executarea conformă a contractului incumbă ofertantului declarat câștigător o răspundere contractuală cu aplicarea corespunzătoare a sancțiunilor atunci când nu sunt îndeplinite toate obligațiile asumate.

Consiliul constată că, prin solicitarea de clarificări formulată, achizitoarea dovedește un formalism excesiv și care se abate de la norma juridică în ceea ce privește verificarea prețului ofertat, comisia de evaluare adoptând o conduită care s-a îndepărtat de la scopul său, acela de a obține o clarificare punctuală privind furnizorii și produsele livrate de aceștia, alegând să solicite o declarație angajantă din partea contestatoarei privind terții furnizori.

Introducerea acestei limitări constituie și o încălcare a principiului tratamentului egal și nediscriminatoriu al operatorilor economici, deoarece în evaluare, autoritatea contractantă are obligația de a aplica propria documentație de atribuire, documentație rămasă definitivă prin necontestarea acesteia, definirea unor cerințe cu respectarea acestui principiu cât și egalitatea de rezultat, adică egalitatea efectivă după aplicarea unor măsuri sau a unor cerințe creează oportunități egale.

Necesitatea includerii în documentația de atribuire a oricărei cerințe pentru a asigura ofertantului o informare corectă, completă și precisă, așa cum prevede expres art. 154 din Legea nr. 98/2016, corespunde dezideratului de respectare a principiului egalității de tratament și principiului transparenței în cadrul procedurii de atribuire, în acest sens fiind cunoscută și jurisprudența constantă a CJUE, „în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit” (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, Hotărârea din 2 iunie 2016, Pippo Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 39)".

Totodată, conform considerentelor expuse în cauza Pippo Pizzo „**principiul egalității de tratament** impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste

oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, **obligatia de transparență** - care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (a se vedea în acest sens Hotărârea din 6 noiembrie 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctul 44 și jurisprudența citată)".

Pe cale de consecință, Consiliul apreciază că solicitarea de clarificare apare, așadar, excesivă și lipsită de legalitate, în condițiile în care cerința de la punctul 2 nu se regăsește în cadrul documentației de atribuire.

Introducerea, prin clarificările din etapa de evaluare, a altor cerințe decât cele prevăzute în documentația de atribuire încalcă dispozițiile art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora „documentația de atribuire conține orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.”

De altfel, scopul unei solicitări de clarificare a ofertei este tocmai acela de a stabili conformitatea ei cu cerințele documentației de atribuire, iar nu de a introduce cerințe care exced documentației de atribuire, cum e cazul în speță.

Prin urmare, față de cele constatate anterior, în temeiul dispozițiilor art. 26 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, Consiliul constată caracterul fondat al contestației, motiv pentru care va admite contestația formulată de SRL și va anula, în parte, solicitarea de clarificări nr. /26.05.2022, prin eliminarea punctului 2 din cuprinsul ei, precum și orice alte acte ale autorității contractante, ulterioare acestei solicitări de clarificări.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale, să facă aplicarea aspectelor de fapt și de drept, stabilite de Consiliu prin motivarea sa.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de SRL în contradictoriu cu SA.

Anulează, în parte, solicitarea de clarificări nr./26.05.2022, prin eliminarea punctului 2 din cuprinsul ei, precum și orice alte acte ale autorității contractante, ulterioare acestei solicitări de clarificări.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale, să facă aplicarea aspectelor de fapt și de drept, stabilite de Consiliu prin motivarea sa.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

MEMBRU,

Redactată în exemplare, conține pagini.