

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

DECIZIE

Nr.

Data: ...

I. Prin contestația nr. ..., înregistrată la CNSC sub nr. ..., formulată de ..., cu sediul în împotriva comunicării rezultatului procedurii din data de ... și a raportului procedurii din data de ..., emise de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în în cadrul procedurii de licitație deschisă, având ca obiect ..., s-au solicitat, în referire la **lotul 1**, următoarele:

- anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii f.n. din data de ..., emisă de autoritatea contractantă, a proceselor verbale de evaluare, a raportului procedurii f.n. din data de ... și a tuturor actelor subsecvente emise ulterior în temeiul acestora, în ce privește oferta depusă în procedură de ofertantul asociere ... - ...;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii, prin reevaluarea ofertei depusă de asocierea ... -

Prin cererea de intervenție nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ..., lider al asocierii ... - ..., cu sediul în, solicită următoarele: admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației formulată de ... ca nefondată, cu consecința menținerii tuturor actelor emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale; accesul la dosarul achiziției.

II. Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. ..., formulată de ..., lider al asocierii ... - ... - ..., cu sediul în ..., împotriva raportului procedurii nr. .../... și a comunicării rezultatului procedurii nr. .../..., emise de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., în cadrul aceleiași procedurii de atribuire, s-au solicitat următoarele:

1. Cu titlu prealabil, în temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016 și art. 230 din Legea nr. 99/2016, obligarea autorității contractante de a transmite către Consiliu dosarul complet al procedurii

și permiterea accesului la dosarul constituit la CNSC, cu solicitarea de a studia documentele relevante ale dosarului de achiziție publică, precum și pentru a putea eventual xerocopia documentele dosarului;

2. În temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 101/2016, anularea comunicării rezultatului procedurii nr. .../... și respectiv a raportului procedurii de atribuire nr. .../..., respectiv a oricărui act subsecvent al autorității contractante;

3. În temeiul art. 26 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei asocierii, în acord cu considerentele deciziei ce urmează să fie pronunțate de Consiliu, în sensul constatării conformității depunerii Formularului DUAЕ, respectiv a propunerii tehnice și financiare;

4. Obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

Prin cererea de intervenție nr. ..., ..., lider al asocierii ... - ..., cu sediul în, solicită următoarele: admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației formulată de ... ca nefondată, cu consecința menținerii tuturor actelor emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale; accesul la dosarul achiziției.

Contestațiile vor fi soluționate împreună cu cererea de intervenție, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și prevederile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă.

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

I. 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 ... critică comunicarea rezultatului procedurii din data de ... și raportul procedurii din data de ..., emise de ..., în calitate de autoritate contractantă, solicitând cele ante-menționate.

În motivarea contestației, ... face un scurt istoric al procedurii menționând că, potrivit adresei de comunicare a rezultatului procedurii, oferta sa a fost declarată inacceptabilă, în baza prevederilor art. 134 alin. (5) coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din Normele Metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, deoarece „clarificările/completările transmise nu sunt concludente” iar *”oferta a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă”, întrucât ofertantul nu a completat, în mod corespunzător, formularele DUAЕ ale membrilor asocierii, pentru verificarea preliminară a modalității de îndeplinire a cerinței de calificare privind Capacitatea economică și*

financiară, respectiv Indicatorul financiar „lichiditate anuală”, în condițiile în care cerința putea fi îndeplinită de „ofertantul asociere”, cerință care nu a fost respectată de către asocierea ofertantă.

Față de acest aspect, învederează că, prin adresa nr. ..., ca urmare a analizării informațiilor din DUAЕ și a documentelor care îl însoțesc, conform prevederilor art. 134 alin. (1) din Norme, coroborat cu prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare i-a solicitat să clarifice cum îndeplinește cerința cap. III.1.2) Capacitatea economică și financiară - Indicator financiar „lichiditatea anuală” prin raportare la Modalitatea de îndeplinire descrisă în documentul Instrucțiuni pentru ofertanți - parte a documentației de atribuire.

A răspuns la solicitarea de clarificări prin adresa înregistrată la ... SA cu nr. ..., precizând următoarele: *Conform acordului de asociere ... (Lider) deține cota de participare de 95.82 % și asociatul ... cu o cotă de 4.18%, astfel indicele lichidității anuale rezultat este: ... cu cotă de 95.82% => rezultă un indicator de $143 \times 95.82\% = 1.370$; ... cu cota de 4.18% => rezultă un indicator de $5.48 \times 4.18\% = 0.229$ (...).*

Având în vedere cele de mai sus, contestatorul apreciază că, în conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări/completări în scopul lămuririi unor aspecte determinate de existența unor neconcordanțe între informațiile prezentate în cadrul DUAЕ, motiv pentru care învederează că aceasta putea să califice drept concludent răspunsul său clasificându-l ca fiind unul de completare formală sau de confirmare, necesar pentru evaluarea oferte și care nu e susceptibil să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant. Natura informației ce fundamentează cerința privind lichiditatea anuală este publică. Rata lichidității fiind un raport între Active curente/ Datorii curente, valoarea indicatorului se va calcula pe baza datelor din bilanțul contabil disponibil pe <https://mfinante.gov.ro/domenii/informatii-contribuabili/persoane-juridice/info-pj-selectie-dupa-cui>.

Totodată, învederează că, ținând cont de prevederile art. 127 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016, potrivit căroră, printre atribuțiile și responsabilitățile comisiei de evaluare se regăsește verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți, coroborat cu art. 132 alin. (1) din același act normativ care stabilește în sarcina comisiei de evaluare „(...) obligația verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conținutului DUAЕ și luând în seamă faptul că autoritatea contractantă are obligația de a respecta pe parcursul procesului de evaluare principiile expres reglementate în cadrul art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, răspunsul transmis în urma demersurilor efectuate în baza art. 196 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 putea fi acceptat de autoritatea contractantă întrucât un astfel de demers nu e de natură a crea un avantaj evident în favoarea

..., neaducând atingeri dispozițiilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În drept, se invocă dispozițiile art. 8, 10 și următ. din Legea nr. 101/2016, precum și celelalte dispoziții legale invocate în cuprinsul prezentei contestații.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa nr., ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației formulată de ... ca nefondată, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, din următoarele considerente:

Conform fișei de date (Cap. III.1.2) Situația economică și financiară), precum și a fișierului [...]

În baza prevederilor art. 127 alin. (1) lit. b) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, coroborat cu prevederile art. 193 din Legea nr. 98/2016, pentru stabilirea ofertelor inacceptabile și/sau neconforme, comisia de evaluare a verificat informațiile din DUAE și din documentele ce îl însoțesc, precum și modalitatea de îndeplinire a cerințelor de calificare.

Procesul de verificare s-a realizat pe baza informațiilor prezentate de candidați/ofertanți în DUAE și în documentele ce îl însoțesc, inclusiv acordul de asociere/subcontractare și angajamentul terțului susținător, inclusiv anexele acestuia din urmă, prin care se prezintă modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere.

Prin adresa nr. ..., comisia de evaluare a solicitat clarificări asocierii ..., iar prin adresa nr. ofertantul asocierea ... a răspuns în termenul solicitat, acesta fiind semnat cu semnătură electronică extinsă.

Ca urmare a analizării răspunsului la clarificări, comisia de evaluare a considerat că acesta este neconcludent, având în vedere următoarele:

- obligația operatorilor economici participanți la procedura de atribuire ca, la momentul depunerii ofertei, să completeze DUAE cu informațiile aferente situației lor;

- la data depunerii ofertei, liderul asocierii a declarat în DUAE un indice al lichidității anuale mai mare de 1 (unu) fără a indica cifra exactă, iar ofertantul asociat nu a completat deloc această rubrică a formularului DUAE;

- aceste informații trebuiau completate și de către ofertantul asociat la data depunerii ofertei, conform legislației în domeniul achizițiilor publice [art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/2016] și cerințelor din documentația de atribuire, unde s-a precizat, în mod clar, că operatorii economici participanți la procedura de atribuire trebuie să completeze DUAE cu informațiile aferente situației lor „la momentul depunerii ofertei”, cerință care nu a fost respectată de către asocierea ofertantă;

- prevederile art. 60 alin. (1) din HG nr. 395/2016, stabilesc obligația fiecărui operator economic de a transmite oferta și DUAЕ numai până la data și ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunțul de participare;

- prevederile documentației de atribuire - Instrucțiuni pentru ofertanți (pag. 16-17) în care se menționează modalitatea de îndeplinire a cerinței nr. 2 „indicator financiar” - lichiditatea anuală.

Atunci când analizează DUAЕ și când verifică dovezile prezentate de ofertanți pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor minime de calificare, autoritatea contractantă menționează că trebuie să aibă în vedere atât prevederile legislației incidente din domeniul achizițiilor publice, cât și respectarea propriilor reguli stabilite în cuprinsul documentației de atribuire. În măsura în care a decis să stabilească prin documentele achiziției anumite cerințe, în cazul de față cerințe privind capacitatea economică și financiară care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici au resurse financiare suficiente pentru a-și îndeplini obligațiile, nu este permis ca prin propria voință să-și ignore propriile reguli stabilite în documentația de atribuire.

Deficiențele de completare a rubricilor din formularul DUAЕ al membrilor asocierii ofertante (în sensul lipsei mențiunilor necesare din cadrul formularului DUAЕ cu informațiile aferente situației lor) nu pot fi remediate pe calea clarificărilor, în discuție fiind „criterii stabilite de autoritatea contractantă” astfel încât, prin necompletarea rubricii, ofertantul nu confirmă îndeplinirea cerințelor minime de calificare solicitate de către autoritatea contractantă prin anunțul de participare și documentația de atribuire.

Față de cele arătate mai sus, autoritatea contractantă consideră că trebuie să se aibă în vedere și faptul că, în această fază a evaluării ofertelor, potrivit art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, doar această declarație pe proprie răspundere standardizată - DUAЕ este acceptată ca dovadă a îndeplinirii criteriilor de calificare în locul documentelor justificative.

În acest context, organizatoarea procedurii afirmă că acceptarea formularului DUAЕ revizuit pentru asociatul ..., astfel încât să se asigure îndeplinirea criteriilor de calificare solicitate prin fișa de date ar conduce la încălcarea principiului tratamentului egal, creând un real avantaj în favoarea ofertantului, încălcându-se astfel prevederile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice raportat la toți operatorii economici participanți la procedura în cauză. Ofertantul nu a completat DUAЕ astfel cum s-a solicitat, iar informațiile prezentate pe cale răspunsului la solicitarea de clarificări nu au fost susținute de informații care se regăseau în oferta la data limită de depunere a ofertelor, ci au fost aduse în completare. O solicitare de clarificări nu poate suplini lipsa unui înscris sau a unei informații a căror comunicare era impusă de documentele achiziției și trebuiau evidențiate în conținutul DUAЕ.

Prin urmare, ofertantul nu a completat în mod corespunzător formularele DUAЕ ale membrilor asocierii, pentru verificarea preliminară a modalității de îndeplinire a cerinței de calificare privind Capacitatea economică și financiară, respectiv Indicator financiar „lichiditatea anuală”, situație care se circumscrie și conduce la aplicarea dispozițiilor imperative ale art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 - oferta este considerată inacceptabilă dacă a fost depusă de un ofertant care nu a completat DUAЕ în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă.

Aceste informații trebuiau menționate în DUAЕ, iar, pe baza lor, comisia de evaluare avea posibilitatea să aprecieze cu privire la îndeplinirea sau nu a cerințelor de calificare, în acest caz, aflându-se în imposibilitatea verificării preliminare a modalității de îndeplinire a cerințelor de calificare.

Pe baza informațiilor existente în DUAЕ, autoritatea contractantă decide ce oferte sunt admisibile, urmând ca în urma aplicării criteriului de atribuire, doar ofertantului clasat pe primul loc, să i se solicite documentele justificative, în scopul confirmării îndeplinirii respectivelor cerințe de calificare.

Totodată, autoritatea contractantă consideră că modul de completare a formularului DUAЕ respectiv acele informații înscrise de către ofertanți/candidați care nu confirmă îndeplinirea cerințelor minime de calificare/selecție formulate de către autoritatea/entitatea contractantă în fișa de date a achiziției, nu constituie o eroare materială.

De asemenea, subliniază că, în cazul de față, contestatorul nu a completat inițial niciun fel de informație în DUAЕ referitoare la indicele de lichiditate anuală pentru ..., membru al asocierii. Astfel, chiar și după transmiterea unui formular DUAЕ revizuit, aceasta nu poate remedia lipsa inițială a informației esențiale, Cerința indicelui de lichiditate anuală fiind un criteriu de calificare obligatoriu, a cărui omisiune inițială echivalează cu lipsa unei informații fundamentale în procesul de evaluare, clarificările ulterioare nu pot acoperi această deficiență fundamentală. Necompletarea indicelui de lichiditate anuală reprezintă o inadvertență de fond, care afectează în mod direct capacitatea ofertantului de a demonstra conformitatea cu cerințele financiare impuse prin documentația de atribuire.

În concluzie, ... solicită Consiliului să constate legalitatea evaluării efectuată de către comisia de evaluare a autorității contractante, precum și inadmisibilitatea ofertei depuse de către ... și, raportat la aceste concluzii, să respingă contestația ca nefondată.

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr. 98/2016, ale Normelor Metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, precum și cele ale Legii nr. 101/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin cererea de intervenție nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., ..., lider al asocierii ... - ... solicită cele menționate în partea introductivă.

Ulterior justificării interesului său în a interveni în prezenta cauză, ... prezintă o serie de argumente care, în opinia sa, demonstrează faptul că, contestația ... este nefondată.

În acest sens, evidențiază că, autoritatea contractantă nu putea să accepte răspunsul la clarificări formulat de ... ca fiind concludent și nici să accepte formularul DUAЕ revizuit, prezent de asociatul ... odată cu răspunsul la clarificări, întrucât prin acceptarea acestui răspuns și a DUAЕ-lui revizuit ar fi creat un avantaj evident acestui ofertant, în sensul că i-ar fi permis să demonstreze îndeplinirea unor criterii de calificare ulterior depunerii ofertelor, transformând astfel o ofertă care nu respectă criteriile de calificare într-o ofertă admisibilă. Prin acceptarea respectivului răspuns la clarificări și a formularului DUAЕ revizuit, prezentat de asociatul ..., comisa de evaluare ar fi încălcat principiul tratamentului egal, consacrat de art. 2 alin. 2 din Legea nr. 98/2016, față de ceilalți participanți la procedură care au înțeles să respecte prevederile documentației de atribuire, întocmind oferta conform cerințelor solicitate. Acceptând respectivul răspuns și a documentelor care îl însoțeau, comisia de evaluare ar fi permis ofertantului asocierea ... să-și completeze oferta cu informații lipsă la data depunerii ofertelor, informații solicitate pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare solicitate prin fișa de date, deși completarea ofertei nu este permisă după depunerea ofertei, decât în situația în care respectiva completare este susținută de alte informații regăsite în cadrul ofertei, ceea ce nu este cazul în prezenta speță.

De asemenea, intervenientul evidențiază că din informațiile de pe site-ul Ministerului Finanțelor nu se pot obține informații cu privire la lichiditatea anuală calculată potrivit formulei prevăzută de autoritatea contractantă prin documentație.

În concluzie, ... apreciază că decizia autorității contractante prin care oferta depusă de asocierea ... - ... a fost declarată inacceptabilă ca fiind temeinică și legală, motiv pentru care solicită respingerea contestației, ca nefondată, admiterea cererii de intervenție și, pe cale de consecință menținerea actelor emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale.

În drept, se invocă dispozițiile art. 17 alin. 3 din Legea nr. 101/2016, Legea nr. 98/2016, HG nr. 395/2016, cât și art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă.

II. 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 ..., lider al asocierii ... - ... - ... critică raportul procedurii nr. .../... și comunicarea rezultatului procedurii

nr. .../..., emise de ..., în calitate de autoritate contractantă, solicitând cele ante-menționate.

În motivarea contestației, ... face un scurt istoric al procedurii precizând că, potrivit raportului procedurii, dintre cele 11 oferte depuse 10 au fost respinse drept neconforme/inacceptabile, o singură ofertă respectiv cea depusă de ofertantul ... fiind considerată admisibilă și declarată câștigătoare cu punctaj maxim. Toate cele 10 oferte au fost respinse pentru același pretins temei și anume omisiunea de a menționa coeficientul de lichiditate în formularele DUAЕ inițial depuse de către toți ofertanții. Această cerință financiară prezintă o noutate absolută la nivelul Formularului DUAЕ, până în prezent fiind solicitat exclusiv anumite limite de cash flow pe care ofertantul aflat pe primul loc (eventual și cel de pe locul 2) să le poată demonstra la nivelul angajării resurselor financiare exclusiv în cadrul execuției contractelor de achiziții publice ce urmau a fi încheiate cu Ambele cerințe, cea referitoare la cash flow, respectiv cea nou introdusă referitoare la coeficientul de lichiditate, nu reprezintă cerințe intrinseci depunerii ofertei tehnice ori financiare, ci exclusiv informații financiare menite a demonstra capacitatea financiară a ofertantului de a executa în bune condiții și în termenele asumate contractul de achiziții

De asemenea, învederează că, în urma observării existenței unui viciu de formă privind lipsa menționării coeficientului de lichiditate în Formularul DUAЕ, autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări la care a răspuns concludent, respectiv a menționat coeficientul de lichiditate de 1,39, ce se încadra cerinței exprimate de către organizatoarea procedurii, în sensul unei lichidități superioare sau egale cu 1. Cu toate acestea, autoritatea contractantă a respins oferta sa ca inacceptabilă, motivând faptul că orice viciu de completare al Formularului DUAЕ ar atrage un pretins caracter inacceptabil al ofertei.

Față de cele prezentate mai sus, contestatorul face următoarele precizări:

Autoritatea contractantă își fundamentează întreaga argumentație din cadrul comunicării rezultatului procedurii pe dispozițiile art. 137 alin. 2 din HG nr. 395/2016.

În nicio situație această dispoziție nu prezintă un caracter derogatoriu în raport cu dispozițiile art. 209 alin. 1 din Legea nr. 98/2016 privind aplicarea principiului proporționalității în materia achizițiilor publice.

În ipoteza unui caracter incomplet sau eronat al unei informații (precum lipsa menționării coeficientului de lichiditate), se impunea aplicarea principiului proporționalității, în sensul acordării ofertantului a unui drept efectiv de completare a Formularului DUAЕ.

... a transmis un răspuns cât se poate de precis și concludent, respectiv a menționat și demonstrat coeficientul de lichiditate, fără a exista în realitate nicio obiecție asupra concludentei răspunsului adresat.

În prezenta cauză nu există avantaj disproporționat ce ar fi fost creat în folosul ... sau al altui operator economic. Acest coeficient de lichiditate este determinat pe baza unor informații financiare publice ale ofertanților, ce se regăsesc pe site-ul Ministerului de Finanțe (active circulante - datorii curente), după cum rezultă din cerințele menționate în fișa de date.

În nicio situație o astfel de minimă omisiune de menționare a acestui coeficient de lichiditate nu poate conduce la descalificarea ofertanților, măsura fiind în mod evident formalistă și cu totul excesivă. Un indiciu evident în sensul lipsei de proporționalitate a abordării autorității o reprezintă și faptul că 10 din 11 ofertanți au fost descalificați pentru preținse vicii de formă ale menționării acestui coeficient de lichiditate, practic cerința fiind complinită corect doar de către un singur ofertant.

În concluzie, ... solicită Consiliului admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În drept, se invocă dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016, precum și orice alte dispoziții legale citate în cadrul prezentei contestații.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin cererea de intervenție nr., lider al asocierii ... - ..., solicită cele menționate în partea introductivă.

Ulterior justificării interesului său în a interveni în prezenta cauză, ... reiterează aspectele precizate anterior în prima sa cerere de intervenție, prezintă o serie de argumente care, în opinia sa, demonstrează faptul că, contestația ... este nefondată.

În concluzie, ... apreciază că decizia autorității contractante prin care oferta depusă de asocieria ... a fost declarată inacceptabilă ca fiind temeinică și legală, motiv pentru care solicită respingerea contestației, ca nefondată, admiterea cererii de intervenție și, pe cale de consecință menținerea actelor emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale.

În drept, se invocă dispozițiile art. 17 alin. 3 din Legea nr. 101/2016, Legea nr. 98/2016, HG nr. 395/2016, cât și art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă.

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa nr. solicită respingerea contestației formulată de ... ca nefondată, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 și răspunde punctual criticilor aduse de contestator reluând cele precizate în cuprinsul punctului de vedere nr.

În concluzie, ... solicită Consiliului să constate legalitatea evaluării efectuată de către comisia de evaluare a autorității contractante, precum și inadmisibilitatea ofertei depuse de către Asocieria

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr. 98/2016, ale Normelor Metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, precum și cele ale Legii nr. 101/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Urmare a studierii documentelor aflate la dosarul cauzei, contestatorul ... și intervenientul ... nu au depus concluzii scrise în termenul acordat și nici până la data prezentei.

... a constituit cauțiunea în quantum de

... a constituit cauțiunea în quantum de

Din analiza documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, pe două loturi, având ca obiect, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr.

Valoarea total estimată a achiziției este de lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este *cel mai bun raport calitate-preț*.

În cadrul lotului 1 – *Proiect tip – Construire creșă mică, sat Baia, comuna Baia, județul Suceava – V2 combustibil solid*, vizat prin contestație, au fost primite 11 oferte, în urma evaluării cărora a fost emis raportul procedurii f.n., potrivit căruia câștigătoare este oferta depusă de Asocieria ... – ..., cu un punctaj total de 100 puncte, în timp ce ofertele contestatorilor au fost respinse.

Nemulțumiți de deciziile de respingere a ofertelor lor, pentru motivele evocate în cele ce preced, ..., lider al Asocierii ... – ..., și ..., lider al Asocierii ... – ... – ..., au depus prezentele contestații.

Cu privire la cererile de intervenție formulate de ... în cadrul ambelor dosare conexe, văzând că acesta are calitate și capacitate procesuală și dovedește un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, fiind ofertantul desemnat câștigător, Consiliul, în conformitate cu art. 64 C.proc.civ., încuviințează, în principiu, cererile în discuție, ca cereri de intervenție în interesul autorității contractante. Intervențiile sunt în interesul autorității contractante întrucât intervenientul urmărește aceeași finalitate ca și autoritatea contractantă, anume respingerea contestațiilor cu consecința menținerii actelor de evaluare întocmite în cadrul procedurii.

Trecând la analiza fondului contestațiilor, Consiliul ia act că ofertele contestatorilor au fost respinse, ca inacceptabile, în temeiul art. 134 alin. (5) coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, cu motivarea comună:

(...) „clarificările/completările transmise nu sunt concludente” iar „oferta a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă”, **ofertantul asociere nu a completat în mod corespunzător formularele DUAE ale membrilor asocierii, pentru verificarea preliminară a modalității de îndeplinire a cerinței de calificare privind Capacitatea**

economică și financiară-respectiv Indicatorul financiar „lichiditate anuală”, în condițiile în care cerința putea fi îndeplinită de „ofertantul asociere”, cerință care NU a fost respectată de către asocierea ofertantă.

Impută, aşadar, autoritatea contractantă asocierilor din care fac parte contestatorii, o completare necorespunzătoare a DUAЕ depuse de membrii acestora, în sensul lipsei informației legată de *lichiditatea anuală*, cerută în vedere dovedirii îndeplinirii criteriului de calificare privind *Capacitatea economică și financiară*.

În analiza temeiniciei motivului de respingere, Consiliul reține că, la cap. III.1.2) – *Capacitatea economică și financiară* din fișa de date, autoritatea contractantă a stabilit următoarele rigori:

Indicator financiar

Modalitatea de îndeplinire:

2. lichiditatea anuală

Ofertantul trebuie să demonstreze că are o lichiditate anuală mai mare sau egală cu 100%, la data de 31 decembrie a anului anterior celui în care se lansează procedura de atribuire (de ex., dacă anunțul de participare este publicat în 2024, se va solicita demonstrarea lichidității prin raportare la 31 decembrie 2023).

Pentru calculul lichidității anuale se va utiliza formula Active circulante/Datorii curente, iar rezultatul împărțirii trebuie să fie mai mare sau egal cu 1 (câtuл ≥ 1).

Modalitate de îndeplinire

La momentul depunerii ofertei, se va completa DUAЕ de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile aferente situației lor.

Prevederile enunțate sunt preluate identic și în documentul *Instrucțiuni pentru ofertanți*, însoțite fiind și de mențiunile:

Cerința poate fi îndeplinită în oricare dintre următoarele moduri: (...)

- doar de ofertant asociere – în acest caz, vor fi luate în considerare toate resursele membrilor asocierii, în mod cumulat, dar proporțional cu cota de implicare a fiecărui asociat în executarea viitorului contract; (...)

Astfel, referitor la **modalitatea de realizare a cumulului**, se va utiliza **calculul proporțional cu cota de implicare a fiecărui operator economic în executarea viitorului contract**, conform art. 54 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 31 alin. (3) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016.

Aşadar, autoritatea contractantă a impus în sarcina ofertanților obligația de a demonstra deținerea unei anumite *lichidități anuale*, ce avea a fi indicată în DUAЕ depus, stabilind în cazul participării la procedură în forma asocierii că se vor lua în considerare toate resursele membrilor asocierii. La realizarea cumulului s-a indicat a se utiliza calculul proporțional cu cota de implicare a fiecărui operator economic în executarea viitorului contract.

Prevederile mai sus enunțate nu au fost modificate urmare a vreunei solicitări de clarificări sau contestații situație în care și-au întărit forța obligatorie în forma în care au fost elaborate, orice critică la acest moment cu privire la acestea fiind evident tardivă. Fiind însușite ca atare, ofertanților le revenea obligația de conformare întocmai, sens în

care sunt și prevederile art. 75 din Legea nr. 98/2016 și art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Corelativ, îi revenea și autorității contractante obligația de a acționa în etapa de evaluare a ofertelor cu respectarea regulilor proprii documentației de atribuire, așa cum singură a înțeles să le stabilească, oricare abatere de la acestea fiind sancționabilă.

Practica Consiliului ca și a instanțelor de judecată este vastă din această perspectivă, având la bază jurisprudența CJUE obligatorie pentru statele membre, de interes a fi amintite fiind considerentele expuse în cauza, conform cărora: 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, **obligația 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).

Depășind această introducere de natură a contura importanța documentației de atribuire în economia procedurii, Consiliul reține, din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, că, urmare a verificării informațiilor din DUAЕ, sesizând:

- în cazul Asocierii ... - ..., faptul că ... a declarat în DUAЕ depus un indice al lichidității „mai mare de 1”, iar asociatul ... nu a declarat în DUAЕ depus indicele lichidității anuale;

- în cazul Asocierii ... - ... - ..., că indicatorul financiar în discuție nu a fost declarat de niciunul dintre cei trei membrii ai asocierii în DUAЕ depus,

autoritatea contractantă a solicitat, în raport cu cerințele documentației de atribuire și art. 193 alin. (1) lit. b) și c) din Legea nr. 98/2016:

- prin adresa nr. ..., Asocierii ... să:

- (...) să clarificați cum îndepliniți cerința sus menționată, prin raportare la cota de participare a fiecărui asociat și aplicarea formulei de calcul așa cum este detaliată în Instrucțiuni pentru ofertanți (pagina 17) și anume: (...);

- prin adresa nr., Asocierii ... să:

- (...) precizați unde anume în formularul DUAЕ transmis prin intermediul aplicației SEAP se regăsește informația minimă necesară pentru evaluarea respectivei cerințe cu privire la realizarea indicatorului financiar lichiditate anuală pentru cei trei asociați.

Asocierea ... a răspuns, prin adresa nr., după cum urmează:

În cadrul prezentei proceduri, indicele de lichiditate anual calculat de ... este de 1.43, conform formulei de calcul prezentată mai jos:

INDICATOR LICHIDITATE AN 2023 = ACTIVE CIRCULANTE/DATORII CURENTE = 35.573.078,00 / 24.953.090,00 LEI = 1,43

Conform acordului de asociere ... (Lider) deține cota de participare de 95.82% și asociatul ... cu o cotă de 4,18%, astfel indicele lichidității anuale rezultat este:

... BUILDING CU COTA DE 95.82% - rezultă un indicator de $1.43 \times 95.82\% = 1.370$

ARHICRIS CU COTA DE 4.18% - rezultă un indicator de $5.48 \times 4.18\% = 0.229$

INDICE LICHIDITATE ANUAL – Asociere = 1.599

În vederea susținerii celor prezentate și conform celor menționate mai sus, atașăm Adresa transmisă de către asociatul ..., însoțită de extrasul privind indicatorul de lichiditate, respectiv formularul DUAЕ revizuit cu menționarea acestuia.

Asociere ... a răspuns după cum urmează:

Lichiditatea anuală la data de 31 decembrie 2023 este de 1,35

Reatașăm formularul DUAЕ – revizuit.

Aceste răspunsuri au fost considerate neconcludente de membrii comisiei de evaluare, așa cum apare consemnat în procesul-verbal nr. ..., concluzie la care achiesează și Consiliul.

Astfel, din situația de fapt expusă este limpede că ambele asocieri contestatoare s-au achitat de obligația stabilită la nivelul documentației de atribuire, de a preciza în DUAЕ indicatorul de lichiditate anuală, ulterior datei limită de depunere a ofertelor, abia urmare a solicitării de clarificări adresată.

Consiliul observă că niciunul dintre contestatori nu tăgăduiește furnizarea informației solicitată la nivelul DUAЕ ulterior solicitării de clarificări adresată de autoritatea contractantă, ci invocă o *completare formală/inadvertență de formă* susceptibilă a fi completată în raport cu prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, în contextul în care natura informației ce fundamentează cerința privind *lichiditatea anuală* este publică, aplicabil fiind și principiul proporționalității.

Problema care se impune a fi dezlegată, așadar, este aceea dacă prezentarea indicatorului *lichiditate anuală* pe calea răspunsului la clarificări, omis a fi indicat în DUAЕ depus reprezintă o *completare formală/inadvertență de formă* permisă de legislația achizițiilor publice sau nu.

Reținută fiind obligația ofertanților de a acționa cu respectarea întocmai a documentației de atribuire, Consiliul reține, contrar opiniei contestatorilor, că indicarea indicelui de *lichiditate anuală* pe calea răspunsului la clarificări nu reprezintă o *completare formală/inadvertență de formă*, deoarece **indicarea acestuia a fost solicitată în vederea dovedirii îndeplinirii unui criteriu de calificare, având relevanță la stabilirea admisibilității ofertei**, astfel încât completarea pe calea răspunsului la clarificări este o completare de fond sau inadvertență de fond.

Legislația achizițiilor publice nu permite acceptarea completării ofertei cu informații de natură a demonstra îndeplinirea cerințelor impuse prin documentația de atribuire pe calea răspunsului la clarificări, sens în

care, în conformitate cu art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare este în drept de a solicita în etapa de evaluare a ofertelor, doar *clarificări și completări formale sau de confirmare*, fiind de la sine înțeles că, în mod corelativ, poate accepta doar răspunsuri având această natură.

De asemenea, posibilitatea modificării unei oferte ulterior datei limită de depunere este atent reglementată de legiuitor, prin stabilirea cazurilor exprese și limitative în care aceasta este permisă, elocvente în acest sens fiind dispozițiile art. 134 alin. (7) din HG nr. 395/2016 care fac vorbire despre posibilitatea modificării ofertei în cazul sesizării unui *viciu de formă* la nivelul acesteia, *viciul de formă* fiind definit ca *acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant* (art. 135 alin. (2) din HG nr. 395/2016).

Or, nicăieri în alte părți ale DUAE depus ori documente însoțitoare ale acestuia nu apare precizat indicatorul de *lichiditate anuală*, situație în care apărarea contestatorilor conform căreia informațiile necesare stabilirii acestui indicator ar fi unele publice, va fi respinsă.

Relevantă în cauză prezintă și Notificarea privind utilizarea DUAE în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale, emisă de ANAP, care arată diferențele între *inadvertențele de formă* – care pot fi clarificate, în temeiul art. 209 din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 și *inadvertențele de fond*, care nu pot fi clarificate, respectiv:

În etapa de analiză a conținutului DUAE, pot interveni următoarele situații:

a) **inadvertențe de formă ale informațiilor cuprinse în secțiunile DUAE**, atât ale ofertantului/candidatului, cât și ale subcontractantului/terțului susținător, **în raport cu care există posibilitatea de a solicita clarificări**;

b) **inadvertențe de fond**, respectiv erori / omisiuni ale informațiilor, în raport cu care nu există posibilitatea de a solicita clarificări.

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

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

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

Raportat la dispozițiile art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, “comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora [...]”; respectiv ale art. 140 alin. (1) din H.G. nr.

394/2016, “comisia de evaluare va stabili termenul-limită în funcție de volumul și complexitatea clarificărilor și completărilor formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte [...]”.

Situațiile în care sunt identificate inadvertențe de formă cu privire la DUAЕ prezentat în cadrul ofertei/solicitării de participare, și care au condus la clarificarea unor informații, obligă la transmiterea de către ofertanți/candidați, a unui DUAЕ revizuit. În lipsa transmiterii unui DUAЕ revizuit, devin aplicabile prevederile art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016 respectiv ale art. 140 alin. (4) din H.G. nr. 394/2016, respectiva oferta va fi considerată inacceptabilă. Autoritatea/entitatea contractantă trebuie să aibă în vedere totodată, dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 respectiv ale art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016: “autoritatea/entitatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat”.

b) Respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAЕ

Raportat la prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016: “**Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, precum și cerințele de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției**”.

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

Prin urmare, în cauză fiind vorba despre o *inadvertență* care nu poate fi calificată ca fiind *de formă* astfel cum este mai sus definită, ci despre o *inadvertență de fond*, rezultă că nici răspunsurile la clarificări nu puteau fi acceptate de autoritatea contractantă, chiar dacă ele, cum susțin contestatorii, ar fi precise și concludente.

Acceptării răspunsurilor contestatorilor se opun și dispozițiile art. 209 din Legea nr. 98/2016 care, într-adevăr, la alin. (1) fac vorbire despre dreptul autorității contractante de solicita ofertanților clarificări și completări ale documentelor prezentate în cazul în care informațiile sau documentele depuse sunt incomplete sau eronate, însă la alin. (2) stabilesc explicit că: **Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine aparitia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.**

Avantajul adus contestatorilor prin acceptarea răspunsurilor formulate este mai mult decât evident și constă, cum corect susține și intervenientul, în acceptarea transformării unei oferte care nu se încadrează în categoria celor admisibile și care se impune a fi respinsă, în una admisibilă.

Soluția propusă de contestatori nu poate fi validată nici prin prisma principiului proporționalității, deoarece, pe lângă acest principiu, autoritatea contractantă este datoră să respecte în evaluarea ofertelor și celelalte principii din materia achizițiilor publice, printre care principiul

tratamentului egal, perspectivă din care relevante sunt aceleași considerente din cauza Pippo Pizzo, mai sus redate, conform cărora: **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, obligația de transparență – (...).

Importanța egalității de tratament a ofertanților, care – conform jurisprudenței CJUE – are ca obiectiv favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective între operatorii economici participanți la o procedură de achiziții publice este subliniată și de dispozițiile art. 49 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: (1) Autoritățile contractante au obligația să acorde operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu și să acționeze într-o manieră transparentă și proporțională.

Nici împrejurarea că autoritatea contractantă a înțeles să adreseze contestatorilor o solicitare de clarificări prin care i-a chestionat asupra respectării criteriului de calificare în discuție nu reprezintă un argument valid care să conducă la concluzia că s-a născut în sarcina acesteia obligația de a accepta răspunsurile formulate, după cum un asemenea argument nu este nici cel legat de numărul ofertelor respinse în procedură.

După cum s-a arătat și mai sus, răspunsurile care pot fi acceptate sunt doar cele prin care se aduc clarificări și completări formale ofertei, iar nu cele prin care se demonstrează conformitatea ofertei cu cerințele impuse, în cazul de față îndeplinirea unui criteriu de calificare explicit impus și cunoscut ofertanților încă de la data publicării documentației de atribuire în SEAP.

În acest sens s-a statuat și în jurisprudența CJUE, relevante fiind considerentele din cauza C-523/16, potrivit cu care: Astfel, Curtea a statuat printre altele că **o solicitare de clarificare nu poate suplini lipsa unui înscris sau a unei informații a căror comunicare era impusă de documentele achiziției**, autoritatea contractantă fiind obligată să respecte cu strictețe criteriile stabilite chiar de ea (a se vedea în acest sens *Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12*, EU:C:2013:647, punctul 40).

Revenea, prin urmare, contestatorilor obligația de a indica în DUAE depus indicatorul de *lichiditate anuală* astfel încât autoritatea contractantă să se afle la data limită de depunere în posesia unui DUAE întocmit în concordanță cu rigorile documentației de atribuire. Dispozițiile art. 60 alin. (1) din HG nr. 395/2016 statuează că **Operatorul economic are obligația de a transmite oferta și DUAE în format electronic și numai până la data și ora-limită de depunere a ofertelor** prevăzute în anunțul de participare., fiind clar că îndeplinirea cerințelor documentației de atribuire trebuie să se facă la data-limită de depunere a ofertelor și nu la altă dată, eventual urmare a unei solicitări de clarificări așa cum s-a întâmplat în cazul de față.

Cum contestatorii nu au procedat la completarea DUAE în acord cu documentația de atribuire, rezultă că nu au făcut dovada îndeplinirii criteriului de calificare *lichiditate anuală* la data-limită de depunere a

ofertelor, obligație care nu poate fi surmontată decât în cazurile expres prevăzute de lege, în care contestatorii nu se regăsesc așa cum s-a demonstrat deja.

Ca și ceilalți ofertanți, contestatorii au fost informați în mod complet și precis asupra condițiilor de participare, inclusiv asupra informațiilor necesar a fi înscrise în DUAЕ, astfel că nu li se poate scuza nicio abatere de la respectarea acestora.

Constatând culpa exclusivă a contestatorilor la întocmirea DUAЕ, Consiliul va respinge susținerile acestora, incidente fiind și dispozițiile art. 125 din HG nr. 395/2016, conform cărora Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă.

În concluzie, apreciind că o anumită cerință de completare a DUAЕ care urmărește îndeplinirea unei condiții de fond a fost inclusă de autoritatea contractantă în anunțul de participare și în fișa de date, sub instituirea unui termen de decădere, și nu a fost contestată de operatorii economici potențiali participanți la procedura de atribuire, iar aceasta prezintă relevanță la stabilirea admisibilității ofertei, neîndeplinirea cerinței conduce la respingerea ofertei, așa cum corect a decis autoritatea contractantă.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept expuse, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, va respinge contestațiile, ce nefondate.

Față de soluția prefigurată, Consiliul va admite cererile de intervenție depuse de

Cu privire la cererea ... de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată, Consiliul o va respinge având în vedere, pe de o parte, că nu s-a depus dovada efectuării unor atare cheltuieli, iar, pe de altă parte, că autoritatea contractantă nu a căzut în pretenții.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondate, contestațiile depuse de ... și ..., în contradictoriu cu

Admite cererile de intervenție depuse de

Respinge cererea ... de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii 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.