C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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 nr. ...../..... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../..... formulată de SC ..... SRL în calitate de lider al asocierii SC ..... SRL – SC ... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ....., CUI ....., legal reprezentată prin ..... - administrator, cu privire la rezultatul procedurii simplificate într-o singură etapă având ca obiect atribuirea contractului de lucrări „.....”, cod CPV 45233120-6- Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2) cu data limită de depunere a ofertelor 08.06..... ora 15.00, organizată de ....., cu sediul în ....., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, s-au solicitat ....., prin care s-a adus la cunoștința contestatoarei faptul că oferta sa a fost considerată ca fiind necâștigătoare, a adresei de comunicare a rezultatului final al procedurii nr. 2177/16.11..... și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor.

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

Prin contestația formulată, SC ..... SRL arată că, pe parcursul procesului de evaluare a ofertelor, a semnalat autorității contractante prin adresa nr. 495/19.10..... faptul că terțul susținător tehnic și profesional al SC ... SRL, respectiv SC ...SRL a avut un contract reziliat de către UAT comuna ..., județul ....., ca urmare a neexecutării unui contract încheiat între aceștia. După primirea acestei informări, comisia de evaluare a ofertelor a solicitat ofertantei SC ... SRL clarificări privind terțul susținător. Ofertantul a răspuns solicitării de clarificări, adresând

comisiei de evaluare o serie de întrebări arătându-se intrigată de faptul că au ajuns astfel de informații la dosarul de evaluare. Comisia, ulterior primirii răspunsului, a adresat o nouă solicitare de clarificări, solicitând SC ... SRL să prezinte documente justificative și dovada că nu au fost create prejudicii autorității contractante comuna ... - județul ..... de către terțul susținător în urma încetării contractului de lucrări, pentru motivul că acesta nu a realizat lucrarea pentru obiectivul Modernizarea drumuri agricole în comuna ..., județul ..... La această nouă solicitare de clarificări ofertantul SC ... SRL a depus documentele justificative solicitate, pe care comisia de evaluare le-a apreciat ca fiind pertinente și complete.

Solicită Consiliului să se analizeze aspectul mai sus prezentat în ansamblul său, problema fiind nu faptul că terțul susținător a creat sau nu daune autorității contractante, ci faptul că acesta a declarat/bifat "nu" în DUAE-ul urcat pentru această procedură la secțiunea III, Motive de excludere, Secțiunea C, paragraful 14, unde se precizează: "operatorul economic s-a aflat într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune interese sau alte asemenea sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract." În condițiile expuse anterior, apreciază contestatoarea că terțul avea obligația ca în DUAE să menționeze rezilierea contractului respectiv și să indice din proprie inițiativă detaliile referitoare la daune sau alte aspecte relevante care îl fac să se califice în ciuda acestui fapt. De asemenea, solicită să se constate faptul că ofertantul nu a depus declarațiile privind neîncadrarea în prevederile art. 164, 165 și 167 actualizate la data prezentării documentelor DUAE finale, respectiv la data de 15.10..... Mai mult, în opinia contestatoarei, ofertantul nu a prezentat declarațiile privind neîncadrarea în prevederile art. 56-60 din Legea nr. 98/2016, nici pentru aceasta și nici pentru terțul său susținător, declarațiile fiind datate cu data inițială a urcării documentelor de calificare în SEAP.

În privința îndeplinirii prevederilor DUAE, comisia de evaluare a solicitat inițial clarificări ofertantei SC ... SRL în data de 10.10....., prin adresa nr. 1905 cu termen limită de răspuns la data de 15.10..... Ofertantul a răspuns în termen prin adresa nr. 636/15.10..... prezentând documentele necesare, valabile, cu excepția declarațiilor neactualizate. Ulterior, în data de 01.11....., comisia de evaluare a solicitat din nou prezentarea documentelor justificative, implicit a certificatelor fiscale , cu termen limită de răspuns la data de 06.11..... Ofertantul a răspuns în termen, prin adresa nr. 704/06.11..... prezentând toate documentele solicitate, cu excepția certificatului de atestare fiscală pentru terțul susținător SC ...SRL. În acest sens ofertantul a prezentat o cerere de eliberare a certificatului de atestare fiscală nr. 853014/05.11....., cu mențiunea că transmite pentru moment doar cererea întrucât certificatul de atestare fiscală

urmează să fie eliberat în termen de ..... zile de la data depunerii. Comisia de evaluare a solicitat din nou clarificări ofertantei în data 13.11..... prin adresa cu nr. 2145 cu termen de răspuns o zi lucrătoare, solicitându-i acesteia să prezinte certificatul de atestare fiscală al terțului susținător, actualizat. Ofertantul a depus în data de 14.11..... certificatul de atestare fiscală nr. 42856/14.11....., emis ca urmare a cererii nr. 42856/14.11..... Comparând numărul cererii de depunere pentru eliberarea certificatului fiscal, susține contestatoarea că, certificatul de atestare fiscală nr. 42856/14.11..... nu este emis ca urmare a cererii inițiale prezentată de terț, respectiv cererea nr. 853014/05.11....., ci este emis în urma depunerii cererii nr. 42856/14.11..... Apreciază contestatoarea că, prin acest artificiu, ofertantul SC ... SRL a fost favorizată de către comisia de evaluare, beneficiind de 13 zile calendaristice pentru a prezenta la dosar un certificat fiscal, aceasta nefăcând altceva decât să solicite clarificări și să amâne artificial termenul depunerii acestui certificat, data limită de prezentare a acestuia fiind 06.11..... În opinia contestatoarei, comisia de evaluare a încălcat principiile achizițiilor publice, manifestând fără echivoc favorizarea unui ofertant, încălcând egalitatea de șanse.

Studiind dosarul de achiziție, contestatoarea a constatat faptul că în extrasul de material consolidat, C6 din propunerea financiară a SC ... SRL, resursa "balastru spălat de mal…" este înlocuită cu resursa " balastru nespălat de râu….". Se menționează faptul că înlocuirea acestei resurse nu este propice, resursa înlocuită fiind net inferioară celei prevăzută de proiectant, având și un preț mai scăzut care asigură o reducere a ofertei de preț generală care, cuantificată, ar depăși valoarea maximă de 1%. Mai menționează contestatoarea că membrii comisiei de evaluare nu au sesizat această diferență de resursă, nefăcând nici o clarificare în acest sens, în ciuda faptului că listele de cantități împreună cu extrasele au fost depuse atât la oferta tehnică cât și la cea financiară.

Prin adresa nr. 2252/27.11....., înregistrată la Consiliu sub nr. 49765/29.11....., autoritatea contractantă, ... (Primăria ...) a depus la dosarul cauzei punctul său de vedere privind contestația SC ..... SRL, prin care argumentează contrariul celor susținute de către contestatoare astfel :

1. În ceea ce privește susținerea contestatoarei referitoare la rezilierea contractului încheiat între terțul susținător (SC ...SRL) al ofertantei SC ... SRL și comuna ..., autoritatea contractantă confirmă faptul că, prin adresa nr. 475/19.10....., contestatoarea i-a semnalat faptul că unul dintre ofertanți s-ar afla în situație de excludere. Mai precizează autoritatea contractantă că adresei nr. 474/19.10..... i-a fost atașată și adresa nr. 6342/07.08....., emisă de Primăria Comunei ... în care se menționează faptul că "procedura de licitație pentru obiectivul Modernizare drumuri agricole în comuna ..., jud. ....., a fost

reluată după ce a încetat contractul de lucrări cu SC ...SRL. Contractul a încetat după ce perioada de execuție a lucrărilor a expirat și nu au realizat lucrarea sus menționată.”

Comisia de evaluare a decis că sunt necesare clarificări din partea ofertantei SC ... SRL cu privire la terțul susținător SC ...SRL, referitor la partea III Motive de excludere, Secțiunea C, paragraful 14 și prin adresa nr. 2034/29.10..... a solicitat să facă dovada prin documente justificative în susținerea afirmației potrivit căreia “contractul mai sus menționat a fost reziliat pe cale amiabilă.”

Ofertantul SC ... SRL a răspuns, în termen, prin adresa nr. 679/30.10....., făcând următoarele mențiuni:

- comisia de licitație trage concluzii fără a avea dovezile necesare că terțul susținător ar fi provocat daune autorității contractante UAT Comuna ... sau că ar fi fost reziliat un contract din vina acestuia. Susține ofertantul că i se cer de către comisia de evaluare dovezi care nu există. Pentru a se emite un document constatator negativ care să certifice faptul că SC ...SRL nu și-a îndeplinit corespunzător obligațiile contractuale sau că a reziliat contractul ca urmare a unei culpe, UAT Comuna ... ar fi trebuit să îi aducă la cunoștință firmei respective acest fapt, pentru a putea fi atacat în contencios dar și pentru a căpăta o formă definitivă;
- nu s-a comunicat existența unui proces pe rol pentru obținerea de
eventuale despăgubiri ca urmare a cererii de prejudicii;
- Comuna ... nu a suferit nici un prejudiciu prin “pierderea finanțării”, respectiv rezilierea contractului de finanțare…deoarece pe SEAP se regăsește invitația de participare nr. 421458/22.01..... privind procedura pentru adjudecarea contractului “Modernizare drumuri agricole în comuna ..., județul .....” având sursa de finanțare PNDR (program dezvoltat prin AFIR) adjudecat de SC ..... SRL.

SC ... SRL a atașat adresei de răspuns următoarele documente:

- Proces verbal de control în etapa de execuție a lucrărilor de construcții din 16.02.2017 emis de ISC ;
- Autorizație de construire nr. 17/3248/25.04.2017;
- Comunicare nr. 5187/21.06..... emisă de Comuna ... ;
- Comunicare nr. 7753/20.10.2017 emisă de Comuna ... ;
- Raport de verificare transmisie din 25.10.2017;
- Document constatator nr. 8024/02.11.2017 referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale emis de Comuna ....

Comisia de evaluare a analizat răspunsul transmis și a considerat în conformitate cu certificatul constatator emis de către Primăria ..., că nu au fost aduse prejudicii și nici nu s-au solicitat daune interese.

Precizează autoritatea contractantă că, în urma analizei tuturor documentelor prezentate de către ofertantul SC ... SRL pentru susținerea

informațiilor cuprinse în DUAE, comisia de evaluare a verificat îndeplinirea criteriilor de calificare stabilite în anunțul de participare simplificat și în documentația de atribuire. Comisia de evaluare a considerat ca fiind îndeplinită cerința întrucât, deși nu s-a prezentat certificatul de atestare fiscală eliberat în urma cererii din data de 05.11....., s-a prezentat de către ofertant un certificat fiscal din care reiese că acesta nu are datori față de bugetul de stat, acesta fiind interesul autorității contractante, respectiv ca ofertantul clasat pe primul loc să nu se afle în situațiile prevăzute la art. 166 din Legea nr. 98/2016.

Referitor la formularul C6 care reprezintă Lista consumurilor de resurse material cumulat, pe proiect, autoritatea contractantă subliniază faptul că, în conformitate cu Ordinul nr. 1568/15.10.2002- Ghid pentru elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice- executanții (ofertanții) au deplina libertate de a-și prevedea în ofertă propriile consumuri și tehnologii de execuție, cu respectarea cerințelor cantitative și calitative prevăzute în proiectul tehnic.

Mai susține autoritatea contractantă că, pe parcursul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, în evaluarea ofertelor a acordat operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu, înțelegând să probeze această susținere cu solicitările de clarificări adresate acestora care au avut drept scop lămurirea tuturor aspectelor neclare.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată – într-o singură etapă, pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect ....., cod CPV 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), cu data-limită de depunere a ofertelor 08.06....., sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. ...../.....

Valoarea estimată a contractului este de .....582.663 RON, iar criteriul de atribuire este cel mai bun raport calitate-preț.

Potrivit procesului-verbal al ședinței de vizualizare a ofertelor și analiză a garanțiilor de participare nr. 1162/20.06....., până la termenul limită stabilit, au fost depuse două oferte, iar în urma evaluării acestora, comisia de evaluare a clasat pe locul 2 oferta asocierii SC ..... SRL – SC ...SRL, câștigătoare fiind desemnată oferta depusă de SC ... SRL.

Ulterior comunicării rezultatului procedurii, SC ..... SRL a formulat și depus în fața Consiliului prezenta contestație față de rezultatul evaluării ofertelor, criticile acesteia vizând aspecte legate de

modul în care comisia de evaluare a analizat și apreciat oferta depusă de SC ... SRL.

Observând criticile petentei în sensul favorizării ofertantului SC ... SRL în ceea ce privește prezentarea certificatului fiscal pentru terțul susținător SC ...SRL, Consiliul constată că, astfel cum rezultă din prevederile fișei de date a achiziției, secțiunea III.2.1 a) *Situatia personala a candidatului sau ofertantului,* autoritatea contractantă a solicitat următoarele: *1. Ofertantii, **tertii sustinatori** si subcontractantii nu trebuie sa se regaseasca în situatiile prevazute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016. Modalitatea prin care poate fi demonstrata îndeplinirea cerintei: se va completa DUAE de catre operatorii economici participanti la procedura de atribuire (inclusiv eventualii terti si subcontractanti) cu informatiile aferente situatiei lor. Documentele justificative care probeaza îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmeaza a fi prezentate, la solicitarea autoritatii contractante, doar de catre ofertantul clasat pe locul I în clasamentul intermediar întocmit la finalizarea evaluarii ofertelor. Aceste documente pot fi: • certificate constatatoare privind lipsa datoriilor restante cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contributiilor la bugetul general consolidat (buget local, buget de stat etc.) **la momentul prezentarii**.*

Consiliul reține că prevederile documentației de atribuire nu au fost contestate de către ofertanți în termenul legal avut la dispoziție, astfel că acestea și-au consolidat forța obligatorie atât pentru ofertanți, care aveau obligația de a prezenta documentele de calificare în conformitate cu cerințele stabilite în fișa de date, cât și pentru autoritatea contractantă, care avea obligația de a verifica conformitatea ofertelor prin raportare la cerințele expres stabilite în documentația de atribuire. Prevederile legale incidente acestei chestiuni sunt clare în acest sens. Astfel, potrivit art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016 ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (…). După evaluarea celor două oferte, SC ... SRL a fost interpelat de autoritate la data de 10.10..... prin adresa nr. 1905, în sensul prezentării documentelor care probează informațiile în DUAE, cum ar fi, printre altele, declarație privind situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016, certificate constatatoare privind lipsa datoriilor restante cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget local, buget de stat) la momentul prezentării.

SC ... SRL a transmis la data de 15.10..... o serie de documente printre care și certificatul de atestare fiscală, atât pentru el, cât și pentru terțul susținător SC ...SRL, care certifică situația obligațiilor fiscale la 31.08.....

Ulterior, prin adresa nr. 2062 din 01.11....., achizitoarea a transmis o nouă solicitare privind prezentarea documentelor actualizate

care probează informațiile cuprinse în DUAE, respectiv pentru SC ... SRL certificatul de atestare fiscală emis de Ministerul Finanțelor Publice, Direcția Generală Regională a Finanțelor ....., Serviciul Fiscal Municipiul Tecuci, certificatul de atestare fiscală pentru persoane juridice eliberat de Primăria comunei Valea Mărului, impozite și taxe locale, certificatul de atestare fiscală pentru persoanele juridice privind impozitele și taxele locale și alte venituri ale bugetului local eliberat de Primăria Comunei ... și pentru SC ...SRL certificatul de atestare fiscală pentru persoane juridice eliberat de Ministerul Finanțelor Publice Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice Iași.

SC ... SRL a transmis, la data de 06.11....., documentele solicitate pentru societatea sa, iar în ceea ce privește certificatul fiscal de la ANAF al terțului susținător SC ...SRL, ofertantul a comunicat că pentru moment transmite cererea nr. 853014/05.11....., întrucât certificatul este eliberat în ..... zile de la depunerea cererii.

Autoritatea contractantă a revenit, prin adresa nr. 2145 din 09.11..... (adresa a fost transmisă în data de 13.11....., conform printscreen SEAP), solicitând SC ... SRL prezentarea certificatului de atestare fiscală care să ateste că terțul susținător nu are datorii către bugetul de stat, acordându-se un nou termen de răspuns de 1 zi lucrătoare, respectiv 14.11.....

A fost prezentat certificatul de atestare fiscală pentru SC ...SRL, datat 14.11....., emis ca urmare a cererii nr. 42856 din 14.11....., fiind identificată o obligație fiscală de 12 lei, reprezentând șomaj angajator, precum și un ordin privind plata datoriei către Trezoreria Statului.

Or, în atare împrejurare, Consiliul este de acord cu concluzia la care a ajuns societatea contestatoare în sensul favorizării ofertantului SC ... SRL. Astfel, sesiunile de clarificări pe tema depunerii certificatului de atestare fiscală pentru SC ...SRL au condus autoritatea contractantă la nerespectarea dispozițiilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, conform cărora aceasta din urmă, *nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate* ***să determine apariţia unui avantaj evident*** *în favoarea unui ofertant/candidat*.

Este cât se poate de clar, iar prevederile legale sunt în acest sens, că ofertantul SC ... SRL avea obligația de a se conforma solicitării autorității contractante, aceasta neputând pretinde ca autoritatea contractantă să fie obligată să-i solicite prezentarea aceluiași document de nenumărate ori până când aceasta se conformează întocmai. Modul în care ofertantul a răspuns solicitărilor de clarificări a autorității contractante este rezultatul propriei conduite aleasă în îndeplinirea obligațiilor ce îi reveneau în calitatea sa de participant la procedura de atribuire.

Riscul întocmirii răspunsului la solicitarea de clarificări, ca de altfel și al întocmirii ofertei, cade în sarcina operatorului economic, el neputând să-și invoce propria culpă, iar, pe de altă parte, autoritatea contractantă a menționat în mod expres, atât în cadrul documentației de atribuire , cât și în solicitarea de clarificări, modul în care ofertantul trebuia să își elaboreze răspunsul, respectiv certificate constatatoare privind lipsa datoriilor restante cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget local, buget de stat) **la momentul prezentării/actualizate.**

În răspunsul din data de 06.11....., ofertantul a depus, în cazul terțului susținător, pe moment, cererea nr. 853014/05.11..... de eliberare a certificatului fiscal, susținând că acest din urmă document este eliberat în ..... zile de la depunerea cererii. Consiliul nu poate să nu observe că, deși, adresa de solicitare este datată 01.11....., ofertantul abia în 06.11..... răspunde că în cazul terțului susținător s-a depus în data de 05.11..... cererea de eliberare a certificatului fiscal, deși de la data primirii solicitării (01.11.....) și până la 06.11..... (data de răspuns) era suficient timp să și obțină respectivul certificat.

Ordonanța Guvernului nr. 30/2017 a modificat alineatul (5) al art. 158 din Codul de procedură fiscală, astfel că, în noua redactare, certificatul de atestare fiscală se emite în maximum ..... zile lucrătoare de la data depunerii cererii şi poate fi utilizat de persoana interesată, pe o perioadă de până la 30 de zile de la dată eliberării. În cazul certificatului de atestare fiscală eliberat pentru persoanele fizice care nu desfăşoară activităţi economice în mod independent sau nu exercită profesii libere, perioada în care poate fi utilizat este de până la 90 de zile de la dată eliberării. Nici chiar după expirarea acelui termen de maxim de ..... zile lucrătoare de la depunerea cererii, înregistrată cu nr. 853014/05.11..... (termen care se împlinea la 08.11.....), operatorul economic nu s-a conformat obligației ce-i revenea, știut fiind faptul că și comunicase acest lucru autorității contractante și a așteptat o nouă solicitare din partea acesteia din urmă. Surprinzător este și faptul că în cuprinsul certificatului de atestare fiscală nr. 42856 din data de 14.11..... se regăsește următoarea mențiune emis ca urmare a cererii nr. 42856 din data de 14.11....., deci a fost emis în baza unei alte cereri adresate organului fiscal competent și nicidecum urmare a celei din 05.11....., precum comunicase ofertantul. Consiliul observă, prin urmare, că ofertantul formulase o nouă cerere pentru eliberarea certificatului fiscal, la data de 14.11....., chiar în ziua acordată de autoritate pentru transmiterea documentului în discuție.

Atrage atenția Consiliului și cele consemnate de autoritate în procesul-verbal nr. 2144 din 09.11....., cu prilejul evaluării solicitărilor privind îndeplinirea DUAE, respectiv întrucât cererea a fost depusă pe data de

05.11..... și are termen ..... zile de eliberare, termenul de răspuns va fi o zi lucrătoare, respectiv 12.11..... Nu cunoaștem rațiunea pentru care, în final, autoritatea contractantă a ales să transmită solicitarea abia în 13.11....., cu termen de răspuns 14.11....., deși în procesul-verbal stabilise altceva. Orice decizie se consemnează în procesul – verbal de evaluare. Înțelegem că cele înscrise în respectiva adresă nu reprezintă o decizie a comisiei de evaluare, ci a președintelui comisiei.

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

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

De nenumărate ori, instanțele de judecată au subliniat importanța respectării de către ofertanți a regulilor prestabilite de derulare a achiziției:

- deciziile nr. 2427 din 30 septembrie 2015 și nr. 881 din 26 mai 2016 (particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică impun o rigoare deosebită atât din partea autorităților contractante, cât și din partea operatorilor economici interesați să participe la respectivele proceduri, aceștia trebuind să manifeste o diligență sporită, pentru a preveni respingerea ofertei), Curtea de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

- decizia nr. 691 din 13 iunie 2016 (Instanța nu poate ignora disciplina căreia trebuie să i se supună operatorii economici interesați în procedura de atribuire, care trebuie să dea dovadă de diligență maximă, din moment ce autoritatea contractantă trebuie să se abțină de la orice act prin care poate crea apariția unui avantaj pentru unul dintre ofertanți. Altfel spus, din moment ce toți participanții au acces la documentație și toți trebuie să respecte aceleași condiții de participare, orice derogare ar încălca principiul tratamentului egal, încurajând, totodată, neglijența sau conducând la decizii administrative arbitrare.), Curtea de Apel Suceava, Secția de contencios administrativ și fiscal.

Similar, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 3274 din 24 septembrie 2012, a statuat că, în materia achizițiilor publice, operatorii economici trebuie să manifeste o diligență sporită în privința cerințelor legale și a celor cuprinse în documentația de atribuire, astfel că, în condițiile în care nu

au uzat de dreptul de a contesta anumite cerințe precizate în cuprinsul documentației de atribuire, au acceptat să se supună rigorilor acestora. Și decizia civilă nr. 1095 din 26 aprilie 2010 a aceleiași instanțe își are însemnătate în fundamentarea concluziei de mai sus – „Curtea reține că, în materia achizițiilor publice, operatorii economici sunt datori, mai mult decât un simplu cetățean diligent, să cunoască dispozițiile legale incidente în formele în vigoare la data exercitării drepturilor procesuale, necunoașterea legii nefiind un motiv pentru eludarea acesteia."

În concluzie, față de situația expusă mai sus, Consiliul reține că verificarea ofertei SC ... SRL cu terțul susținător SC ...SRL, în ceea ce privește certificatul fiscal pentru acesta din urmă, s-a făcut cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 mai sus citate.

În privința analizei criticilor formulate, în referire la faptul că în propunerea financiară, în extrasul de materiale - formularul C6, SC ... SRL în loc de resursa *balast spălat de mal…* a folosit *balast nespălat de râu…*, Consiliul reține că în cuprinsul formularului C6 - *LISTA cuprinzând consumurile de resurse materiale cumulat pe proiect*, disponibil în SEAP, proiectantul a inclus resursa *2200379 Balast sortat spălat de mal 0-70 mm*, în cantitate de 7.778,150 mc.

Așadar, au fost trasate de către proiectant anumite rigori pe care ofertanții erau ținuți să le respecte.

Se constată că nu există în cuprinsul proceselor-verbale de evaluare, o minimă analiză asupra materialului în discuție ofertat de SC ... SRL, *balast nespălat de râu 0-70 mm,* în cantitate de 7.778,15 mc (pozițiile 4 și 5 în cadrul formularului C6 – Lista cuprinzând consumurile de resurse materiale), raportat la materialul prevăzut în listele de cantități, respectiv *Balast sortat spălat de mal*, în cantitate de 7.778,150 mc.

În aceste condiţii, Consiliul apreciază că situația creată trebuia să facă obiectul unei solicitări de clarificări adresată SC ... SRL, conform dispoziţiilor art. 207 din Legea nr. 98/2016, coroborat cu prevederile art. 134 din HG nr. 395/2016. Era imperios necesar ca autoritatea contractantă să facă verificări suplimentare în sensul aprecierii în ce măsură prin acceptarea folosirii altor materiale este creat un avantaj acestui ofertant, cu încălcarea principiului tratamentului egal și să decidă asupra incidenței sau nu a dispozițiilor art. 134 alin. (6) – (10) din HG nr. 395/2016.

Se impune precizarea și a faptului că, potrivit definiției, balastul reprezintă un amestec de nisip și pietriș utilizat pentru umplutură sau ca agregat pentru betoane, în cazul de față, pentru efectuarea lucrărilor de asfaltare străzi în localitatea .... Balastul care provine direct din exploatare este balast nespălat de râu, iar în cazul în care este prelucrat prin sortare/spălare, devine balast spălat. Prin urmare, pentru a ajunge la parametrii calitativi ai materialului – balast spălat - trebuie îndepliniți

anumiți pași pentru prelucrarea balastului nespălat de râu prin sortare/spălare.

Nimic nu împiedica autoritatea contractantă să obțină lămuriri asupra materialelor ofertate, anterior considerării admisibilității ofertei SC ... SRL pentru a nu fi nevoită să deducă ea însăși elementele esențiale ale ofertei, pe baza unor informații insuficiente. Orice decizie a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a acesteia, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente deduse din context de autoritate menite a favoriza sau defavoriza un anumit ofertant.

Este de reținut și faptul că nu poate fi acceptată explicația autorității contractante, prin trimiterea la Ordinului ministrului lucrărilor publice, transporturilor și locuinței nr. 1568/2002 pentru aprobarea reglementării tehnice „Ghid pentru elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice” , având în vedere rigoarea stabilită de proiectant.

Mai mult, găsim de cuviință a sublinia că invocarea Ordinului MLPTL nr. 1568/2002 este lipsită de relevanță în speță, și prin prisma faptului că
nu constituie un act normativ, nefiind publicat în Monitorul Oficial al României. În acest sens s-au pronunțat Curtea de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 1626/R din 20 mai 2014 (*În ceea ce privește incidența Ordinului ministrului lucrărilor publice, transporturilor și locuinței nr. 1568/15.10.2002 pentru aprobarea reglementarii tehnice „Ghid privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice”, Curtea reține că susținerea petentei este fondată, în sensul că, pentru a fi în vigoare, un ordin al ministrului trebuie adus la cunoștință prin publicarea sa în Monitorul Oficial al României, în baza art. 10 alin. (1) din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, republicată.*), și Curtea de Apel Târgu Mureș, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 121/R din 17 ianuarie 2012 (*Ordinul nr. 1568/2002 emis de ministrul lucrărilor publice, transporturilor și locuinței, respectiv Ghidul pentru elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investițiile realizate din fonduri publice, în care se prevede că executanții au deplină libertate de a își prevedea propriile consumuri și tehnologii de execuție, pe baza căruia Consiliul și-a întemeiat soluția în privința acestui ofertant, nu poate fi avut în vedere de instanță în condițiile în care, pe de o parte, acesta are doar un caracter orientativ și a fost publicat doar în Buletinul Construcțiilor, neavând caracterul unui act normativ, care, publicat în Monitorul Oficial al României, devine opozabil erga omnes, inclusiv autorității contractante, iar pe de altă parte, legislația care privește achizițiile publice are un caracter special, imperativ, iar toate părțile implicate trebuie să o respecte întocmai. Modul în care Consiliul și ofertantul înțeleg să susțină aplicabilitatea ghidului de mai sus presupune că ofertanților le este lăsată posibilitatea de a întocmi propriul proiect tehnic, ceea ce ar echivala cu prezentarea unei oferte alternative, interzisă prin documentația de atribuire elaborată de autoritatea contractantă.*).

Astfel fiind, deși o solicitare de clarificări din partea autorității contractante asupra materialului *Balast sortat spălat de mal* se impunea, fără îndoială, însă, la acest moment, în aprecierea Consiliului este de prisos, întrucât din analiza celor de mai sus în privința certificatului fiscal, avantajarea ofertantului SC ... SRL prin solicitările de clarificări repetate este evidentă, această ofertă neputând fi declarată admisibilă.

De prisos este și cercetarea de către Consiliu a celorlalte aspecte reclamate de contestatoare, ea neputând schimba situația ofertei SC ... SRL, în sensul transformării ei în una admisibilă.

Astfel fiind, Consiliul va admite contestația SC ..... SRL față de evaluarea ofertei SC ... SRL, respectiv va anula raportul procedurii nr. 2175/15.11....., în partea privind evaluarea ofertei amintite, și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea acesteia, prin prisma celor evocate, precum și la emiterea unui nou act de evaluare, cu respectarea celor ce preced, a legislației privind achizițiile publice și a cerințelor din documentația de atribuire.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu ..... și anulează raportul procedurii nr. 2175/15.11....., în partea privind evaluarea ofertei SC ... SRL, precum și adresele autorității contractante de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire. Obligă autoritatea la reevaluarea ofertei SC ... SRL și la emiterea unui nou act de evaluare, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de cel mult cincisprezece de zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertei și aprobarea noului raport al procedurii, autoritatea va comunica celor doi ofertanți rezultatul procedurii, potrivit legislației aplicabile.

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 lucrătoare, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE, MEMBRU, MEMBRU,
....

Redactată în 4 exemplare, conţine 12 (douăsprezece) pagini.