

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr.

Data:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., formulată de, cu sediul social în, înregistrată în Registrul Juridic Național din sub nr., înregistrată în Registrul Comerțului sub numărul, având cod unic de înregistrare fiscală, reprezentată legal de către domnul, în calitate de Președinte Consiliu de administrație, și convențional de către av., în calitate de lider al ... (denumită prescurtat și), cu sediul procesual ales la sediul sucursalei din, înregistrată la Registrul Comerțului cu nr., având, împotriva rezultatului procedurii de atribuire organizată de către, cu sediul în municipiul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii desfășurată online, prin licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de *«Servicii de supraveghere a lucrărilor prin diriginți de șantier autorizați pentru proiectul „Modernizare drum județean DJ 107 I : Aiud (DN1) – Aiudul de Sus – Rîmeț – Brădești – Geogel – Măcărești – Bîrlești Cătun – Cojocani – Valea Barnii – Bîrlești – Mogoș – Valea Albă – Ciuculești – Bucium – Izbita – Coleșeni – Bucium Sat –DN74 (Cerbu)”- rest de executat»*, anunț de participare nr., s-au solicitat Consiliului următoarele:

- anularea rezultatului procedurii, anularea parțială a raportului procedurii (în ceea ce privește respingerea ofertei asocierii contestatoare ca inacceptabilă și motivarea aferentă, cât și în ceea ce privește etapa de verificare a documentelor suport/dovezilor pentru demonstrarea informațiilor din DUAE privind ofertantul situat pe locul IV în clasamentul intermediar), anularea tuturor și oricăror alte acte ale autorității contractante care au stat la baza emiterii rezultatului procedurii și/sau care sunt consecința respingerii ofertei asocierii, precum și a oricăror și a tuturor celorlalte acte ale procedurii subsecvente rezultatului procedurii;

- obligarea autorității contractante la dispunerea de măsuri de remediere în vederea restabilirii legalității în derularea procedurii, în sensul reluării acesteia de la etapa verificării documentelor

suport/dovezilor pentru demonstrarea informațiilor din DUAE privind asocierea contestatoare prin luarea în considerare a motivelor care determină constatarea îndeplinirii de către aceasta a cerinței privind capacitatea economică și financiară prevăzută la secțiunea III.1.2 din fișa de date/anunțul de participare, cu consecința constatării demonstrării de către asocierea contestatoare a informațiilor preliminare din DUAE depusă în ofertare, declarării ofertei asocierii ca fiind acceptabilă, admisibilă și câștigătoare și emiterii noilor comunicări privind rezultatul procedurii.

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 SA, în calitate de lider al Asocierii , critică rezultatul procedurii de atribuire antemenționată, solicitând cele evocate în preambulul deciziei.

A. Prin expunerea succintă a procedurii, contestatoarea arată faptul că valoare estimată a contractului ce urmează a se încheia este între: 1.554.988,21 lei fără TVA și 1.710.487,03 lei fără TVA, unde valoarea minimă reprezintă valoarea inițială a contractului, iar valoarea maximă include o suplimentare de 10% a contractului, ofertele urmând a se raporta la sus-menționata valoare minimă (conform celor prevăzute la cel de-al doilea și cel de-al treilea paragraf din Secțiunea II.1.4 din Fișa de date), criteriul de atribuire fiind *cel mai bun raport calitate-preț*, pe baza factorilor de evaluare și algoritmului de calcul de la Secțiunea II.2.5 din Fișa de date.

1. Contestatoarea relevă faptul că la Secțiunea III.1.2 din Anunțul de participare, autoritatea contractantă a impus următorul criteriu de capacitate referitor la situația economică și financiară a ofertanților:

"III.1.2) Situația economică și financiară

Criteriile de selecție enunțate în documentele achiziției: Da

Lista și descriere succintă a criteriilor de selecție:

1.) Specificați cifra de afaceri medie anuală

Ofertanții, asociații, terții susținători, după caz, trebuie să demonstreze că Media cifrei de afaceri pe ultimii 3 ani (2020, 2021, 2022) este de cel puțin: 1.000.000,00 lei (fără T.V.A.) - Se va completa DUAE, în conformitate cu art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/ 2016, de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile solicitate de către autoritatea contractantă.

În conformitate cu prevederile art. 12, alin. (2), Notă din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, autoritatea contractantă a solicitat ca DUAE să fie depus, ca dovadă a îndeplinirii/neîndeplinirii cerințelor de calificare impuse, cu asumarea

acestui aspect într-un singur loc, la nivel general, respectiv în DUAЕ, Partea Criterii de selecție - Indicația globală pentru toate criteriile de selecție. În cazul în care capacitatea economică și financiară a ofertantului este susținută de către terț sau în cazul depunerii unei oferte comune, fiecare terț sau operator economic membru al asocierii va prezenta DUAЕ ca dovadă a îndeplinirii/neîndeplinirii cerințelor de calificare impuse, cu asumarea acestui aspect într-un singur loc, la nivel general, respectiv în DUAЕ, Partea Criterii de selecție - Indicația globală pentru toate criteriile de selecție.

În cazul unei asocieri se va prezenta Formularul nr. 4 - Acordul de asociere iar cerința va fi îndeplinită prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului.

În cazul unui terț susținător se va prezenta Formular. nr. 2 - Angajamentul de susținere din partea unui terț în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară. Odată cu angajamentul de susținere ofertanții au obligația prezentării documentelor transmise acestora de către terțul susținător, din care să rezulte modul efectiv prin care aceștia vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care vor constitui anexe la respectivul angajament.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ sunt: situațiile financiare sau extrase din situațiile financiare aferente anilor 2020, 2021 și 2022 sau orice alte documente adecvate, care să susțină informațiile din DUAЕ. Pentru operatorii economici nerezidenți, în măsura în care publicarea situațiilor financiare sau a extraselor din situațiile financiare nu este prevăzută de legislația țării de origine/țării în care este stabilit operatorul economic, atunci autoritatea contractantă va accepta alte documente edificatoare care să reflecte o imagine fidelă a situației economice și financiare a operatorului economic. Documentele urmează a fi prezentate numai la solicitarea autorității contractante doar de către ofertantul clasat pe primul loc, după aplicarea criteriului de atribuire ofertelor admisibile, conform art. 12 alin. (3) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017. Cursul de referință care va fi avut în vedere pentru calculul echivalenței pentru situațiile financiare a căror valoare este exprimată în altă valută decât în lei:

Cursul mediu anual în lei/valută comunicat de Banca Națională a României pentru fiecare an în parte.

Documentele trebuie să fie valabile la momentul prezentării."

2. În procedură au fost depuse 6 oferte, printre care și cea a contestatoarei, în urma evaluării propunerilor lor tehnice au rămas în procedură 4 ofertanți, printre care și contestatoarea.

3. Ulterior, la solicitările autorității contractante transmise Asocierii prin Adresele nr. 11955/DDB/VI.G.4/26.05.2023 (în continuare „Solicitarea 1”) și, respectiv, nr. 12868/DDB/VI.G.4/09.06.2023 (în continuare „Solicitarea 2”), ambele vizând verificarea documentelor-suport/dovezilor pentru demonstrarea informațiilor din DUAЕ, Asocieria a răspuns prin Adresele sale nr. 70/06.06.2023 (în continuare „Răspunsul 1”) și, respectiv, nr. 75/12.06.2023 (în continuare „Răspunsul 2”), încărcate în SEAP în termenul acordat, împreună cu anexele lor respective (în acest sens, a

se vedea Anexa 1 – 3 file, conținând capturi de ecran din platforma SEAP, evidențiind solicitările și răspunsurile în cauză, inclusiv data și lista anexelor lor).

1. Contestatoarea arată că la data de 21.06.2023, Asocierea a fost informată electronic despre publicarea în sistem de către autoritatea contractantă a Raportului procedurii și a rezultatului procedurii.

Potrivit rezultatului procedurii, Asocierea a fost informată despre respingerea ofertei sale ca inacceptabilă, conform următorului paragraf:

*„În concluzie, rezultă că Asocierea (lider) –-asociat, în termenul de răspuns stabilit, respectiv până la data 06.06.2023 **nu demonstrează** Media cifrei de afaceri pe ultimii 3 ani (2020, 2021, **2022**)”*

În condițiile în care atât Răspunsul 1, cât și Răspunsul 2 au fost considerate neconcludente, totodată comunicându-se declararea drept câștigătoare a ofertei situate pe locul IV în clasamentul intermediar și ajunse pe locul I în clasamentul final.

B. În motivare, petenta consideră că rezultatul procedurii și Raportul procedurii sunt în aceeași măsură nelegale, fiind rezultatul unei evaluări incorecte și nelegale a modului în care Asocierea a dovedit îndeplinirea condiției de participare referitoare la capacitatea economică și financiară.

B.1. La o primă analiză, din simpla lecturare a Rezultatului procedurii și a părții relevante din Raportul procedurii rezultă că, în urma derulării etapei de evaluare la care se face referire la punctul 3 al secțiunii A de mai sus, autoritatea contractantă a stabilit că singura condiție de participare pe care Asocierea nu a demonstrat că o îndeplinește este cea prevăzută de Secțiunea III.1.2 din Fișa de date/Anunțul de participare, apreciindu-se că nu a demonstrat o medie a cifrei de afaceri pe ultimii 3 ani (2020, 2021, 2022) de minimum 1.000.000,00 lei (fără TVA), motivul ajungerii la această concluzie fiind exclusiv faptul că, până la data de 06.06.2023, liderul Asocierii (..... S.A.) i-a transmis dovada cifrei sale de afaceri aferente anilor 2020 și 2021, dar nu și vreo dovadă a cifrei sale de afaceri aferente anului 2022.

Or, potrivit documentației de atribuire aferente Procedurii, având caracter obligatoriu atât pentru ofertanți, cât și, și mai ales pentru autoritatea contractantă,

„În cazul unei asocieri, se va prezenta Formularul nr. 4 – Acordul de asociere iar cerința va fi îndeplinită prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului.”

(conform al patrulea paragraf al subsecțiunii *Modalitatea de îndeplinire* din cadrul Secțiunii III.1.2 din Fișa de date/Anunțul de participare).

Petenta arată că, prin Răspunsul 1, Asocierea a precizat în mod expres la punctul 1 lit. e) că transmite bilanțurile 2019-2021 ale

liderului Asocierii și la punctul 2 lit. e) că transmite bilanțurile 2020-2022 ale Asociatului (denumit în continuare și "Asociatul ...") și a încărcat corespunzător în SEAP toate aceste documente (i.e. situații financiare 2019, 2020 și 2021 și traduceri autorizate pentru S.A. - grupate în fișierele *Documente Lider de Asociere partea 2.pdf* și *Documente Lider de Asociere partea 3.pdf* - și situații financiare 2020, 2021 și 2022 ale Asociatului, grupate în fișierul *Documente asociat.pdf* – filele 14-75), oferta sa încărcată în SEAP incluzând deja *Formularul nr. 4 – Acordul de asociere* corespunzător completat și semnat.

Astfel, autoarea învederează faptul că, autoritatea contractantă avea obligația să verifice dovedirea de către Asociere a îndeplinirii condiției de participare în cauză calculându-i media anuală pentru perioada solicitată 2020-2022 prin raportare la suma cifrei de afaceri realizate în respectivul interval de timp de către AMBII MEMBRII AI ASOCIERII, numai astfel respectându-se sus-citata prevedere a documentației de atribuire impunând cumulul *resurselor tuturor membrilor grupului*.

În acest context, dacă ar fi efectuat o verificare corectă și completă, autoritatea contractantă ar fi putut ușor constata că Asocierea a dat un răspuns concludent, demonstrând cu prisosință îndeplinirea respectivei condiții de participare, căci, prin cumulul informațiilor provenind de la ambii săi asociați, a furnizat astfel dovezi ale cifrei de afaceri acoperind toți cei 3 ani în privința cărora autoritatea contractantă susține că se impunea prezentarea de documente-suport/dovezi, astfel:

Document	Cifra de afaceri fără TVA (PLN)	Cifra de afaceri fără TVA (RON)	Medie cifră de afaceri anuală Asociere (fără TVA) în perioada 2020-2022 (RON)
Bilanț 2020 Lider Asociere	117.939.369,31	128.424.179,24*	$\frac{244.179.545,63}{3} = 81.393.181,88$
Bilanț 2021 Lider Asociere	106.226.662,70	114.512.342,39*	
		*	
Bilanț 2020 Asociat		543.259	
Bilanț 2021 Asociat		499.166	
Bilanț 2022 Asociat		200.599	

*S-a utilizat curs mediu BNR 2020 1 PLN = 1,0889 RON

** S-a utilizat curs mediu BNR 2021 1 PLN = 1,0780 RON

media anuală astfel rezultată, 81.393.181,88 lei (fără TVA), depășind cu mult pragul de minimum 1.000.000,00 lei (fără TVA) stabilit prin documentația de atribuire.

Însă autoritatea contractantă nu a procedat în concret astfel, alegând, prin încălcarea obligațiilor legale care îi reveneau, să ignore în totalitate informațiile privind cifra de afaceri realizată de către Asociatul în intervalul 2020-2022 furnizate la data de 06.06.2023 prin documentele încărcate în SEAP ca anexe la Răspunsul 1, contestatoarea prezentând, în Anexa 3 (3 file – pag. 18, 38-39 și 59-60

din fișierul *Documente asociat.pdf*), un extras relevant din aceste situații financiare.

Autoarea menționează că Raportul procedurii nu face nicio referire la aceste documente/informații, ca și cum pagina a doua a Răspunsului 1 și documentația privind Asociatul nu ar fi fost măcar citite.

De altfel, informațiile despre cifra de afaceri a Asociatului – persoană juridică română - în perioada 2020-2022 sunt disponibile în mod public și gratuit și prin pagina de Internet a Ministerului Finanțelor (<https://mfinante.gov.ro/domenii/informatii-contribuabili/persoane-juridice/info-pj-selectie-dupa-cui>), care reprezintă o bază de date în accepțiunea art. 193 din Legea nr. 98/2016 privind *achizițiile publice*, astfel cum a fost modificată, pe care autoritatea contractantă putea foarte ușor să o consulte în mod direct pentru obținere și/sau verificare de informații.

Contestatoarea consideră că autoritatea contractantă și-a încălcat în mod evident obligația legală de a verifica și a da efect tuturor documentelor și informațiilor corespunzător transmise de către Asocieria prin Răspunsul 1, ignorând situațiile financiare 2020-2022 ale Asociatului (în privința cărora nici nu a accesat informații disponibile în baza de date publică și gratuită a Ministerului Finanțelor), s-a pus în situația de a acționa în continuare nelegal - neaplicând regula indicată în documentația de atribuire privind modalitatea de îndeplinire a cerinței în cauză prin cumulul resurselor celor doi membri ai Asocierii, cu consecința respingerii nelegale a ofertei acesteia ca fiind inacceptabilă, motivat de faptul că liderul de Asociere (..... S.A.) nu a furnizat dovada cifrei sale de afaceri aferente anului 2022, ceea ce nu ar fi permis calculul mediei anuale necesare pentru determinarea îndeplinirii sau nu a cerinței de capacitate economică și financiară.

Concluzionând, petenta solicită să se constate că în mod nelegal a declarat autoritatea contractantă prin Raportul procedurii și prin rezultatul procedurii că oferta Asocierii este inacceptabilă pentru răspuns neconcludent în privința demonstrării cerinței de la Secțiunea III.1.2 din Fișa de date/Anunțul de participare, nelegală fiind verificarea sa ce a vizat doar pe liderul Asocierii, iar nu și la cele vizându-l pe cel de-al doilea membru al Asocierii (Asociatul), furnizate prin răspunsul 1 (la data de 06.06.2023), ceea ce a reprezentat o încălcare a obligației de verificare prin cumul de resurse în cadrul grupului/asocierii, obligație impusă prin documentația de atribuire.

B.2. În același timp, contestatoarea solicită să se rețină și că cerința prevăzută la Secțiunea III.1.2 din Fișa de date/Anunțul de participare nu este o cerință de furnizare a anumitor documente (cum este cazul altor tipuri de criterii de calificare și selecție, în special cele ținând de capacitatea de exercitare a activității profesionale sau capacitatea tehnică și profesională), ci o cerință privind satisfacerea de către ofertant a unui nivel minim al cifrei de afaceri medii anuale în

perioada 2020-2022 (de natura celor permise de art. 175 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016).

Dovedirea îndeplinirii acestei cerințe presupune furnizarea de documente/informații, autoritatea contractantă precizând prin documentația de atribuire care este gama de documente justificative admisibile în acest scop.

Dar aceasta nu poate însemna sub nicio formă că ofertanții au vreo obligație de a dovedi îndeplinirea respectivei cerințe numai prin depunerea tuturor documentelor justificative permise, în general, implicit că nu au vreo obligație de a furniza situații financiare (sau echivalent) pentru toți cei 3 ani în raport de care cerința calculează media cifrei de afaceri, argumentează autoarea.

Într-adevăr, cerința în cauză nu are nicio formulare care să poată constitui o eventuală subcerință cumulată referitoare la cifra de afaceri a fiecărui an din perioada de calcul a mediei. Un exemplu de astfel de cerință complexă ar fi cea impunând o medie anuală pentru o perioadă de 3 ani peste un anume prag, sub condiția suplimentară ca cifra de afaceri a fiecărui an din respectivul interval să fie peste un anume nivel. Dacă ar fi dorit o astfel de cerință complexă (dublu condiționată), ce negreșit i-ar fi dat dreptul să impună prezentarea de documentație justificativă referitoare la fiecare an de referință, Autoritatea Contractantă ar fi trebui să o formuleze corespunzător, explicit, în documentația sa de atribuire, consideră petenta.

În opinia contestatoarei, este evident că alegând să solicite o medie anuală calculată prin raportare la un interval de 3 ani, autoritatea contractantă a dorit să dea efect principiului promovării concurenței prevăzut de art. 2 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, încercând să asigure astfel, prin intermediul unei medii, un acces cât mai larg al operatorilor economici la Procedură, apreciind că o atare medie este de natură a satisface suficient pentru interesul său scopul legal al unei asemenea cerințe (anume asigurarea că operatorii economici dispun de capacitatea economică și financiară necesară pentru a executa contractul de achiziție publică și protecția față de un eventual risc de neîndeplinire corespunzătoare a contractului – conform art. 175 alin. (1) din Legea nr. 98/2016), fără a se impune suplimentar și introducerea vreunei condiționări referitoare la nivelul cifrei de afaceri al fiecărui an din interval.

Așadar, optând doar pentru o cerință în formula unei „simple” medii anuale a cifrei de afaceri într-un interval indicat de 3 ani, autoritatea contractantă este legată de opțiunea sa și deci obligată să accepte că cerința este îndeplinită dacă pragul impus este atins sau depășit indiferent de câți termeni are suma de la numărătorul raportului inclus în formula de calcul.

Așadar, contrar celor susținute prin Raportul procedurii și rezultatul procedurii, autoritatea contractantă este cea care denaturează conținutul

cerinței sale atunci când pretinde că aceasta ar impune prezentarea de documentație justificativă a DUAE în privința fiecăruia dintre cei 3 ani indicați, iar nicidecum Asocierea, care, prin Răspunsul 2, a demonstrat că îndeplinește cerința în cauză aplicând formula de calcul definind cerința „simplă” din documentația de atribuire prin introducerea în formulă a unui numărător compus din doar 2 termeni, anume cifra de afaceri a liderului Asocierii pentru anii 2020 și 2021 (conform documentației sale furnizate prin Răspunsul 1), chiar fără includerea cifrei de afaceri a Asociatului pentru anii 2020-2022 (conform documentației sale furnizate, de altfel, tot prin Răspunsul 1)

În consecință, petenta solicită să se constate că Raportul procedurii și rezultatul procedurii sunt nelegale și prin faptul că autoritatea contractantă a interpretat și aplicat nelegal cerința de la Secțiunea III.1.2 din Fișa de date/Anunțul de participare, considerând incorect că ea ar impune prezentarea dovezilor de ordin financiar cu referire la fiecare și toți cei trei ani indicați, cu consecința stabilirii nelegale că Răspunsul 1 este neconcludent, întrucât liderul Asocierii nu a furnizat documentație-suport/informații privind cifra sa de afaceri aferentă anului 2022.

B.3. Totodată contestatoarea solicită să se constate și caracterul pur formal și excesiv de formalist în care autoritatea contractantă a derulat faza de verificare a documentelor-suport/informațiilor privind cifra de afaceri furnizate de către Asocierea, Solicitarea 2 rezultând a fi fost o simplă retorică, de vreme ce Răspunsul 2 a fost totalmente desconsiderat de către autoritatea contractantă, nu doar în partea sa inițială demonstrând îndeplinirea cerinței din Secțiunea III.1.2 din Fișa de date/Anunțul de participare conform argumentației prezentate la secțiunea B.2 de mai sus, ci și în cea ce-a doua parte referitoare la Clarificarea nr. 1, prin care Asocierea a furnizat și situațiile financiare ale anului 2022 ale liderului Asocierii (însoțite de traducere autorizată), devenite între timp disponibile.

Astfel cum Asocierea a precizat prin Răspunsul 1, situațiile financiare ale liderului Asocierii pentru anul 2022 nu erau disponibile (în sensul prevăzut de art. 177 din Legea nr. 98/2016) la data de 06.06.2023 (data Răspunsului 1) și cu atât mai mult nu ar fi putut fi disponibile la data anterioară a ofertării.

Relativ similar sistemului financiar-fiscal din România, legislația din Polonia a impus liderului Asocierii ca situațiile sale financiare ale anului 2022 să fi fost aprobate de către organul societar competent până la data de 30.06.2023 (adică în termen de 6 luni de la încheierea exercițiului financiar 2022 - adică de la 31.12.2022, în cazul S.A.), un extras relevant al respectivelor prevederi legale, însoțite de traducerea lor legalizată, fiind prezentat în Anexa 4.

Așa se explică faptul că ele au putut fi transmise autorității contractante doar prin Răspunsul 2, iar autoritatea contractanta avea

obligatia să le ia în considerare ca atare, ca documente furnizate în răspuns la o solicitare ce trebuia să dea o șansă reală destinatarului de a furniza dovada unui fapt preexistent, anume cifra de afaceri realizată de către liderul Asocierii la data de 31.12.2022, jurisprudența europeană statuând constant posibilitatea completării documentelor justificative atestând o situație de fapt preexistentă, subliniază autoarea.

Petenta consideră neavenită invocarea de către Autoritatea Contractantă, atât prin Raportul Procedurii, cât și prin Rezultatul Procedurii, a Deciziilor CNSC nr. ..., nr. ... și nr. ... , cu titlu general, fără vreo explicație concretă, aparent ca un „precedent” general aplicabil confirmând legalitatea actelor sale prin care a declarat oferta Asocierii ca inacceptabilă și a respins-o ca atare, căci respectivele decizii au fost pronunțate în considerarea unor alte situații de fapt, cu circumstanțe factuale ce nu sunt identice celor ce au condus la prezenta contestație, știut fiind că în materia achizițiilor publice, cu precădere, orice variație de circumstanțe poate fi de natură a antama un alt rezultat al analizei de legalitate.

Din aceste considerente, contestatoarea solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

În drept, petenta invocă dispozițiile cuprinse în contestație și celelalte prevederi ale Legii nr. 101/2016, Legii nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016

Ca probe, înscrisuri.

Prin adresa nr. 14984/DDB/VI.G.4/06.07.2023, înregistrată la CNSC cu nr. 37719/07.07.2023, autoritatea contractantă formulează punct de vedere, solicitând menținerea raportului procedurii, a actelor premergătoare/subsecvente, ca temeinice și legale și respingerea contestației ca nefondată, pentru motivele cuprinse în Raportul procedurii și în toate procesele verbale sau actele care au stat la baza întocmirii acestuia, precum și pentru următoarele motivele.

Prin rezumatul procedurii în cauză, autoritatea contractantă arată că în data de 21.06.2023 a încărcat în SEAP "Raportul procedurii" înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 13578/DDB/VI.G.4/20 iunie 2023 și s-a transmis prin intermediul SEAP comunicările rezultatului procedurii pentru:

- care a fost declarată câștigătoare fiind situată pe Locul I în clasamentul final (Locul IV în clasamentul intermediar stabilit anterior solicitării documentelor în susținerea DUAE), cu un punctaj de 73,24 puncte (= 10 puncte componenta tehnică + 63,24 puncte componenta financiară) și un preț total ofertat de 1.129.933 lei, fără TVA.

- a cărei ofertă a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă în etapa de evaluare tehnică deoarece ofertantul nu a răspuns concludent la solicitarea de clarificare.

- Asocierea ... (lider) - - asociat, a cărui ofertă tehnică a fost respinsă ca inacceptabilă deoarece ofertantul nu a răspuns la solicitarea de clarificare.

- Asocierea (lider) - /asociat (locul I în clasamentul intermediar) a cărui ofertă a fost respinsă ca neconformă/inacceptabilă în faza de evaluare documente în susținerea DUAЕ deoarece:

- ofertantul nu demonstrează în termenul stabilit de autoritatea contractantă (04.05.2023) că în ultimii 3 ani (calculați până la data limită de depunere a ofertelor) a prestat și dus la bun sfârșit servicii similare, la nivelul unui contract - maximum 3 contracte, în valoare cumulată de minim 1.000.000,00 lei, fără TVA

- ofertantul recunoaște ca dintr-o eroare pentru asociatul nu a depus la prima solicitare a autorității contractante (cu termen răspuns: 04.05.2023) formulată prin Adresa nr. 9583/27.04.2023, toate documentele necesare în susținerea celor declarate în DUAЕ, respectiv Certificatul ISO SR EN ISO 9001 în domeniul ingineriei în relație cu domeniul serviciilor contractului iar comisia de evaluare nu are dreptul să reitereze solicitarea de depunere a certificatului ISO 9001 dovedit a fi lipsă și nu are dreptul nici de a accepta documentul completator pe care acesta a înțeles să îl prezinte ulterior deoarece ar conduce la încălcarea principiului tratamentului egal, al nediscriminării, ar determina apariția unui avantaj evident în favoarea ofertantului.

- Asocierea ... /lider - /asociat (locul II în clasamentul intermediar) a cărui ofertă a fost respinsă ca neconformă/inacceptabilă în faza de evaluare documente în susținerea DUAЕ deoarece ofertantul nu a răspuns concludent la solicitarea de clarificare și nu a demonstrat îndeplinirea cerinței privind Experiența similară.

- Asocierea (lider) - - asociat (locul III în clasamentul intermediar), a cărui ofertă a fost respinsă ca neconformă/inacceptabilă deoarece în faza de evaluare documente în susținerea DUAЕ deoarece:

- ofertantul nu a depus la prima solicitare a autorității contractante formulată prin Adresa nr. 11955/26.05.2023, toate documentele necesare în susținerea celor declarate în DUAЕ, respectiv Bilanțul aferent anului 2022 sau orice documente edificatoare care să reflecte o imagine fidelă a situației economice și financiare a operatorului economic pentru anul 2022 iar comisia de evaluare nu are dreptul să reitereze solicitarea de depunere a documentului/documentelor dovedite a fi lipsă și nu are dreptul nici de a accepta documentul completator pe care acesta a înțeles să îl prezinte ulterior deoarece ar conduce la încălcarea principiului tratamentului egal, al nediscriminării și ar determina apariția unui avantaj evident în favoarea ofertantului.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă învederează că în ansamblul contestației critica contestatoarei vizează formula de calcul pentru media cifrei de afaceri a Asocierii, contestatoarea oscilând între poziția că nu era necesar ca pentru lider să fie depusă cifra de

afaceri pentru anul 2022 și poziția privind în fapt pretinsa obligație a comisiei de evaluare de a cere repetitiv solicitări de clarificări pentru cifra de afaceri pentru anul 2022 a liderului (care a făcut deja obiectul unei alte solicitări de clarificări) și de a accepta documentele completatoare lipsă, critici ce sunt nefondate raportat la prevederile din documentația de atribuire și la art. 2 alin. (2), respectiv art. 209 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016

Față de criticile contestatoarei de la punctul B.1. din contestație, în sensul că nu a fost luată în considerare media cifrei de afaceri a asociatului că, în opinia sa, nu era necesară a fi prezentată cifra de afaceri aferentă anului 2022 pentru liderul SA și că Media cifrei de afaceri se calculează după formula „*media anuală pentru perioada solicitată 2020-2022 prin raportare la suma cifrei de afaceri realizare în respectivul interval de timp de către AMBII MEMBRII AI ASOCIERII* ”, cât și de la B.2., în sensul că ofertanții ” „*nu au vreo obligație de a furniza situații financiare (sau echivalent) pentru toți cei 3 ani în raport de care cerința calculează media cifrei de afaceri*” și că formula de calcul pentru media anuală este „*suma cifrei de afaceri dovedite din intervalul dat/3 > 1.000.000 lei (fără TVA)* ”, autoritatea contractantă le consideră nefondate raportat la prevederile din Anunț de participare nr. [... și Fișa de date, secțiunea „III. 1.2) Capacitatea economică și financiară” potrivit cărora:

”Ofertanții, asociații, terții susținători, după caz, trebuie să demonstreze că Media cifrei de afaceri pe ultimii 3 ani (2020, 2021, 2022) este de cel puțin: 1.000.000,00 lei (fara T. V.A.) Modalitatea de îndeplinire:

Se va completa DUAE, în conformitate cu art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile solicitate de către autoritatea contractantă. În conformitate cu prevederile art. 12, alin. (2), Notă din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017, autoritatea contractantă a solicitat ca DUAE să fie depus, ca dovadă a îndeplinirii/neîndeplinirii cerințelor de calificare impuse, cu asumarea acestui aspect într-un singur loc, la nivel general, respectiv în DUAE, Partea Criterii de selecție - Indicația globală pentru toate criteriile de selecție.

În cazul în care capacitatea economică și financiară a ofertantului este susținută de către terț sau în cazul depunerii unei oferte comune, fiecare terț sau operator economic membru al asocierii va prezenta DUAE ca dovadă a îndeplinirii/neîndeplinirii cerințelor de calificare impuse, cu asumarea acestui aspect într-un singur loc, la nivel general, respectiv în DUAE, Partea Criterii de selecție - Indicația globală pentru toate criteriile de selecție.

În cazul unei asocieri (...) cerința va fi îndeplinită prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului.

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE sunt: situațiile financiare sau extrase din situațiile financiare aferente anilor 2020, 2021 și 2022 sau orice alte documente adecvate, care sa susțină informațiile din DUAE.

Pentru operatorii economici nerezidenți, în măsura în care publicarea situațiilor financiare sau a extraselor din situațiile financiare nu este prevăzută de legislația țării de origine/țării în care este stabilit operatorul economic, atunci autoritatea contractantă va accepta alte documente edificatoare care să reflecte o imagine fidelă a situației economice și financiare a operatorului economic."

Este de notorietate și în mod realist nu necesită nicio demonstrație faptul că media aritmetica a trei numere pozitive este egală cu suma celor trei numere împărțită la 3, relevă autoritatea contractantă.

Transpus în speța de față așa cum rezultă și din Raportul procedurii nr. 13578/DDB/VI.G.4/20 iunie 2023, atât liderul cât și asociatul trebuia să prezinte MEDIA cifrei de afaceri (nu suma cifrei de afaceri realizare în respectivul interval de timp de către ambii membrii ai asocierii, cum fals susține contestatoarea) calculată după următoarea formulă:

MEDIA cifrei de afaceri lider = (cifra de afaceri 2020 + cifra de afaceri 2021 + cifra de afaceri 2022) : 3 ani = (128.435.973,18 lei + 114.512.342,39 lei + ???????): 3 = ???? lei.

MEDIA cifrei de afaceri asociat = (cifra de afaceri 2020 + cifra de afaceri 2021 + cifra de afaceri 2022) : 3 ani = (543.259 lei + 499.166 lei + 200.599 lei) : 3 = 414.341,33 lei.

În speță, cerința „în cazul unei asocieri (...) cerința va fi îndeplinită prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului" se transpune în următoarea formulă:

MEDIA cifrei de afaceri ASOCIERE = MEDIA cifrei de afaceri lider + MEDIA cifrei de afaceri Asociat = ... + 414.341,33 lei, unde 414.341,33 lei ≤ 1.000.000 lei – *cerință neîndeplinită*.

Formula de calcul enunțată mai sus pentru MEDIA cifrei de afaceri Asocierie este confirmată și de DUAЕ - formular standard aprobat de Comisia Europeană care trebuie depus de fiecare ofertant individual/lider/asociați/subcontractant/terț susținător și care poate fi completat (după cum se solicită prin documentația de atribuire):

a) fie prin indicație globală (prezenta procedură) - fiecare ofertant individual/lider/asociat/subcontractant/terț susținător depune propriul DUAЕ completând secțiunea dedicată cu răspunsul DA sau NU;

b) fie prin indicație detaliată - fiecare ofertant individual/lider/asociat/subcontractant/terț susținător depune propriul DUAЕ și răspunde completând secțiunile dedicate: „Număr de ani:.... „și „ Media Cifrei de afaceri ..."

Prin urmare, dacă în prezenta procedură s-ar fi solicitat depunerea DUAЕ în varianta prezentată la lit. b) atât liderul cât și asociatul ar fi trebuit să răspundă în propriul DUAЕ și să completeze fiecare secțiunile dedicate , respectiv „Număr de ani: „ și „Media Cifrei de afaceri:" ceea ce exclude automat posibilitatea de aplicare a formulei prezentată de

contestatoare și anume „suma cifrei de afaceri realizare în respectivul interval de timp de către AMBII MEMBRII AI ASOCIERII”

Astfel, răspunsul din 06.06.2023 la prima solicitare de clarificări este neconcludent deoarece deși avea stabilită prin Fisa de date obligația de a depune cifra de afaceri pentru toți ani, respectiv 2020,2021,2022, contestatoarea nu a depus documente din care să rezulte cifra de afaceri aferentă anului 2022 iar răspunsul/12.06.2023 la a doua solicitare de clarificări este neconcludent deoarece contestatoarea nu a răspuns la solicitarea de clarificare *”unde în cadrul ofertei (cu indicarea fișierului. paginii) se regăsesc extrase din situațiile financiare aferente anului 2022 sau pentru operatorii economici nerezidenți alte documente edificatoare (...)”*, ci a atașat în SEAP în data de 12.06.2023 Cont de profit și pierderi pentru perioada 01.01.2022-31.12.2022 + Bilanț la zi de raportare 31.12.2022.

Autoritatea contractantă găsește important de reținut faptul că în ceea ce privește cerința autorității contractante privind *„Capacitatea economica și financiară”* nici contestatoarea, nici alți operatori economici nu au formulat solicitări de clarificări, nu au contestat documentația de atribuire și, prin urmare, aceasta devine obligatorie atât pentru autoritatea contractantă cât și pentru ofertanți motiv pentru care nu se pot schimba regulile în timpul procesului de evaluare, respectiv faza de evaluare a documentelor în susținerea DUAЕ și să se pretindă că ofertanții *„nu au vreo obligație de a furniza situații financiare (sau echivalent) pentru **toți** cei 3 ani”*.

Susținerea din răspunsul/06.06.2023 la prima solicitare că *„până la a această dată, Bilanțul pentru anul 2022 nu a fost depus de către Liderul de Asociere.”* nu este relevantă întrucât contestatoarea avea mai multe opțiuni:

(i) Având în vedere că în răspunsul din 12.06.2023 la a doua solicitare de clarificare se prezintă legislația din Polonia potrivit căreia bilanțul se depune în primele 6 luni ale anului următor pentru anul anterior, autoritatea contractantă reiterează faptul că exista posibilitatea de a solicita clarificări în sensul modificării acestei cerințe sau de a contesta Documentația de atribuire, fapt ce nu s-a întâmplat.

(ii) Având în vedere că pentru liderul - sediul în Polonia nu s-a prezentat cifra de afaceri pentru anul 2022 la prima solicitare a autorității contractante formulată prin Adresa nr. 11955/DDB/VI.G.4/26 mai 2023 postată în SEAP în 26.05.2023 contestatorul avea posibilitatea legală de a contesta această solicitare ca fiind abuzivă ori neconformă cu prevederile documentației de atribuire în termenul de contestație care s-a împlinit în data de 05.06.2023, conform de art. 8 alin. 1 lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Ori, în speță, contestatoarea nu contestat prima solicitare de clarificări formulată prin Adresa nr. 11955/DDB/VI.G.4/26 mai 2023 postată în SEAP în 26.05.2023.

În acest sens, autoritatea contractantă invocă practica numeroaselor decizii ale C.N.S.C., exemplificând cu: Decizia nr. 1094/26.05.2021.

(iii) Dacă ofertantul nu avea Bilanțul pentru anul 2022 trebuia să depună așa cum s-a cerut prin Documentația de atribuire și prin SOLICITARE DE CLARIFICARE privind documente în susținerea DUAЕ Nr. 11955/DDB/VI.G.4/26 mai 2023 *"situațiile financiare sau extrase din situațiile financiare aferente anilor 2020, 2021 și 2022 sau orice alte documente adecvate, care să susțină informațiile din DUAЕ. Pentru operatorii economici nerezidenți, în măsura în care publicarea situațiilor financiare sau a extraselor din situațiile financiare nu este prevăzută de legislația țării de origine/țării în care este stabilit operatorul economic, atunci autoritatea contractantă va accepta alte documente edificatoare care să reflecte o imagine fidelă a situației economice și financiare a operatorului economic."*

Ori, contestatoarea nu a depus la prima solicitare a autorității contractante orice document adecvat sau alte documente edificatoare care să reflecte o imagine fidelă a situației economice și financiare pentru 2022 a operatorului economic, arată achizitoarea.

(iv) Având în vedere că Bilanțul pentru anul 2022 (fără vreo mențiune privind data emiterii acestuia, doar în contestație la pag. 10 "situațiile financiare ale anului 2022 (...) devenite între timp disponibile") nu a fost depus prin răspunsul din 06.06.2023 dar a fost transmis prin răspunsul din 12.06.2023 contestatoarea avea posibilitatea de a solicita prelungirea termenului de răspuns conform art. 196 alin. 2 din Legea nr.98/2016, mai arată autoritatea contractantă.

În concret, contestatoarea recunoaște că nu a depus pentru liderul SA în termenul stabilit de autoritatea contractantă (06.06.2023 inclusiv) situațiile financiare aferente anului 2022 sau orice alte documente adecvate, conchide autoritatea contractantă.

În continuare, autoritatea contractantă reiterează prevederile din Anunțul de participare și Fișa de date, Secțiunea "III.1.2. Capacitatea economică și financiară", alături de prevederile art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și art. 131 alin. (4) din HG nr. 395/2016.

Din articolele învedereate rezultă că singura obligație impusă de legiuitor comisiei de evaluare a fost să solicite documente în susținerea DUAЕ ofertantului clasat pe primul loc în clasamentul intermediar , obligație îndeplinită de comisia de evaluare prin Solicitarea de clarificări privind documentele în susținerea DUAЕ 11955/DDB/VI.G.4/26 mai 2023.

Însă, având în vedere că pentru liderul nu s-a depus la prima solicitare a autorității contractante bilanț sau orice documente edificatoare aferente anului 2022, comisia de evaluare a concluzionat că nu are dreptul să reitereze solicitarea de depunere a documentului/documentelor dovedite a fi lipsă și nu are dreptul nici de a

accepta documentul completator pe care acesta a înțeles să îl prezinte ulterior deoarece ar conduce la încălcarea principiului tratamentului egal, al nediscriminării și ar determina apariția unui avantaj evident în favoarea ofertantului motiv pentru acest motiv de respingere a fost detaliat în Raportul procedurii.

Susținerea din contestație de la pag 10 că autoritatea contractantă trebuia să „dea o șansă reală ” de a furniza cifra de afaceri realizată de către liderul Asocierii la data de 31.12.2022 este contrazisă de Documentația de atribuire care a „dat o șansă reală” întrucât prevede explicit că nu este obligatoriu Bilanțul ci *”orice alte documente adecvate” sau ”alte documente edificatoare”*.

În același registru de idei, autoritatea contractantă arată că prin pretenția contestatoarei de a fi luate în considerare situațiile financiare aferente 2022 pentru liderul nedepuse la prima solicitare aceasta tinde în fapt să transforme lipsa de diligență și culpa proprie a netransmiterii documentelor solicitate într-o obligație a autorității contractante de a accepta documentele completatoare lipsă ce ar conduce însă la încălcarea art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 *„principiul tratamentului egal”*, art. 209 alin. (1) din aceeași lege potrivit căruia solicitările de clarificări se formulează *„ cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței”* și alin. (2) conform căruia: *”Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant”* (ce clar se impun a fi respectate fără nicio excepție în tot cursul procedurii/faza evaluare DUAE/evaluare tehnica/evaluare financiară/evaluare documente în susținere DUAE).

Cu titlu exemplificativ, autoritatea contractantă evocă ca jurisprudență Decizia C.N.S.C. nr. ..., Decizia C.N.S.C. nr. ... și Decizia CNSC nr.

Totodată, achizitoarea arată că nici în cazul Asocierii- locul I în clasamentul intermediar nu au fost luate în considerare documentele completatoare lipsă din primul răspuns, respectiv contractele de servicii nr. 53/05.05.2020/184/06.05.2020 și nr. 8905/17.10.2018_+ Certificat ... SR EN ISO9001:2015 *”Activități de inginerie și consultanță tehnică legate de acestea”* așa cum rezultă din Raportul procedurii.

Concluzionând, autoritatea contractantă solicită să se aplice principiul fundamental de drept conform căruia ***Nimeni nu-și poate face un drept din propria culpă*** și să constate că a fost voința deplină a contestatorului de a alege modul în care formulează răspunsul sau ce documente doveditoare în susținerea DUAE transmite autorității contractante și că, în speță, culpa privind transmiterea răspunsului la solicitările de clarificări aparține în exclusivitate contestatoarei care, prin lipsa sa de diligență, a omis să depună în termenul solicitat de comisia de evaluare (06.06.2023 ora 23:59) toate documentele solicitate pentru

demonstrarea tuturor criteriilor de calificare și selecție, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAE.

Astfel, din toate considerentele expuse, autoritatea contractantă consideră că toată argumentarea din Raportul procedurii nr. 13578/DDDB/VI.G.4/ 20 iunie 2023, în ce privește Asocierea S.A. - este corectă.

Concluzionând, față de cele ce preced, autoritatea contractantă solicită, în principal, menținerea raportului procedurii și a actelor premergătoare și subsecvente ca temeinice și legale cu consecința respingerii contestației ca nefondată.

În probațiune, autoritatea contractantă solicită încuviințarea înscrisurilor.

În drept: autoritatea contractantă invocă Legea nr. 98/2016, actualizată, HG nr. 395/2016 actualizată, Legea nr. 101/2016, actualizată.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 40648/26.07.2023, ... SA, în calitate de lider al asocierii a transmis concluzii scrise, prin care reiterează în integralitate cele solicitate și susținute prin contestația inițială, și combate totodată punctul de vedere comunicat de autoritatea contractantă, inclusiv pe baza celor rezultate din analiza actelor dosarului achiziției publice.

I. În primul rând, în mod cu totul tendențios susține autoritatea contractantă că asocierea „oscilează” prin contestație între mai multe argumentații - în realitate, prin contestație sunt prezentate mai multe motive pentru care actele atacate sunt nelegale și netemeinice, într-o ordine ce respectă succesiunea cronologică a propriilor acte și fapte al autorității contractante, aceste motive vizând modul defectuos în care autoritatea contractantă a verificat și evaluat documentația transmisă de către asociere prin răspunsul 1 și apoi a evaluat pe cea transmisă prin răspunsul 2, fiind criticat de fiecare dată și modul incorect și, deci, nelegal în care autoritatea contractantă a interpretat și aplicat condițiile cerinței de la secțiunea III.1.2 din anunțul de participare/fișa de date la situația concretă a documentației asocierii.

II. Cât privește modul defectuos în care autoritatea contractantă și-a îndeplinit obligația legală de verificare a documentației asocierii transmise prin răspunsul 1, analiza actelor de la dosarul achiziției publice se observă o dovadă în plus a celor prezentate la secțiunea B.1 din contestație, căci a reieșit astfel că nu doar raportul procedurii și rezultatul procedurii nu fac absolut nicio referire la documentația asociatului privind cifra sa de afaceri pentru perioada 2020-2022 transmisă prin răspunsul 1, dar nici măcar procesul-verbal privind evaluarea documentelor în susținerea DUAE nr. 12848/DDDB/VI.G.4/9 iunie 2023, act întocmit de către autoritatea contractantă anume cu ocazia evaluării răspunsului 1 și documentației anexate. Astfel, în a doua jumătate a paginii 2 a respectivului proces-verbal de evaluare se

menționează documentele încărcate în SEAP de către asociere la 06.06.2023, fiind indicate doar cele referitoare la asocierea sa, iar nicidecum și cele referitoare la asociatul, pentru ca imediat ulterior să se citeze din textul răspunsului 1, cu ignorarea totală a părții sale de la punctul 2 referitor la documentația privind asociatul, unde la lit. e) figura explicit mențiunea privind bilanțurile sale 2020-2022.

O astfel de omisiune de verificare și evaluare a unor documente justificative depuse în dovedirea unei cerințe de participare este de natură a afecta în mod esențial legalitatea actului de evaluare în cauză, a celor subsecvente și a părții ulterioare din procedură, în ansamblu, neputându-se concepe că în discuție ar fi o nesemnificativă eroare de redactare, de vreme ce:

- pe de o parte, scopul sus-menționatului proces-verbal de evaluare a fost tocmai acela de a prezenta și evalua întreaga documentație transmisă de către asociere; și
- pe de altă parte, omisiunea în cauză s-a menținut ca atare și la nivelul rezultatului procedurii, precum și al raportului procedurii, acesta din urmă fiind unul dintre cele mai importante acte ale procedurii, căci, prin conținutul său prevăzut de art. 216 din Legea nr. 98/2016, trebuie să reprezinte o „oglină” fidelă și completă a fazelor și aspectelor cheie ale procedurii, informațiile privind motivele concrete ale deciziei de respingere a ofertei asocierii, cu argumentare raportată la prevederile documentației de atribuire, făcând parte integrantă din acesta (conform art. 216 alin. (3) lit. a) din Legea nr. 98/2016), legea reglementând în detaliu acest conținut tocmai pentru că, fiind obligatorie publicarea sa în SEAP cu semnătură electronică calificată, constituie un act pentru care autoritatea contractantă își asumă responsabilitatea, devenind astfel principalul punct de referință pentru orice potențial contestator al procedurii.

Față de această stare de fapt, anume cu trei acte ale autorității contractante:

1. sus-menționatul Proces-verbal privind evaluarea documentelor în susținerea DUAE nr. 12848/DDB/VI.G.4/9 iunie 2023 - act intern;
 2. Rezultatul Procedurii - act intern comunicat asocierii la 21.06.2023, și
 3. Raportul Procedurii - act devenit public prin publicare în SEAP la 21.06.2023 toate nefăcând vreo referire la bilanțurile 2020-2022 depuse de către Asociatul și, implicit, la vreo verificare sau evaluare a acestora,
- este dificil a da credibilitate procesului-verbal privind evaluarea documentelor-suport depuse de ofertanți pentru demonstrarea informațiilor din DUAE nr. 13083/DDB/VI.G.4/14 iunie 2023 (act intern al autorității contractante la care contestatoarea a avut acces doar ulterior punctului de vedere), singurul act al procedurii unde figurează și

informații despre cifra de afaceri a asociatului, și cu atât mai puțin apare legitim a acorda acestui ultim act valențe de dovedire a legalității procesului de verificare și evaluare a documentației asocierii anexate Răspunsului 1, în contra celor rezultând cu evidență din celelalte trei acte.

III. În acest context, petenta subliniază că tendențioasă este și susținerea din punctul de vedere potrivit căreia asocierea ar pretinde că se impunea a i se fi făcut solicitări repetate de conformare la cerința în cauză din documentația de atribuire - în realitate singura „pretenție” a asocierii este aceea de a i se fi verificat și evaluat în mod corect documentele relevante transmise prin Răspunsul 1 și, dacă ar fi fost cu adevărat necesar, și pe cele transmise prin Răspunsul 2 (autoritatea contractantă transmițând asocierii doar 2 solicitări în legătură cu acest subiect, prima de depunere documentație în susținerea DUAЕ și cea de-a doua de completare/clarificare). Or, actele întocmite de către autoritatea contractantă nu demonstrează că legea a fost respectată în această fază a Procedurii!

IV. La fel tendențioasă este și reiterarea la nesfârșit de către autoritatea contractantă a faptului nesolicitării de clarificări în privința cerinței în cauză și/sau a neatacării de către asociere a respectivei cerințe și/sau a Solicitării 2, ca dovadă a așa-zisului său comportament „culpabil” de pe parcursul procedurii. În realitate, asocierea nu a avut interes a proceda precum sugerează autoritatea contractantă că ar fi trebuit să acționeze, pentru că asocierea a considerat că a înțeles conținutul cerinței în cauză (atât ca regulă de calcul, cât și ca documentație justificativă necesară), e-adevărat rezultând abia în cele din urmă că interpretarea sa dată secțiunii III.1.2 din anunțul de participare/fișa de date e diferită de cea pe care încearcă acum să o susțină autoritatea contractantă prin punctul de vedere.

V. Așadar, contestatoarea susține în continuare că o corectă interpretare și aplicare a cerinței de la secțiunea III.1.2 din anunțul de participare/fișa de date trebuie să se raporteze strict la ceea ce a fost formulat în documentația de atribuire, din această perspectivă urmând a se reține că:

(a) cerința prevede explicit că în cazul unei asocieri (precum e cazul asocierii) ea „...va fi îndeplinită prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului”;

(b) cerința nu are nicio formulare care să impună ca în cazul unei asocieri (precum e cazul asocierii) toți membrii săi să depună documentație doveditoare a cifrei de afaceri pentru toți anii din perioada 2020-2022;

(c) cerința nu are nicio formulare care să instituie în cazul unei asocieri (precum e cazul asocierii) un regim diferit în privința depunerii documentației doveditoare pentru liderul de asociere.

Ca atare, singura interpretare corectă a modului în care trebuie să se efectueze verificarea îndeplinirii cerinței în cazul asocierii (Formularul 4 fiind depus în cadrul ofertei sale) este cea în care în formula de calcul a mediei aritmetice se introduc toate resursele furnizate de către ambii membri ai asocierii, iar prin Răspunsul 1 au fost furnizate dovezi ale unei cifre de afaceri cumulate în perioada dată 2020-2022 de 244.179.545,63 lei, rezultând o medie anuală de 81.393.181,88 lei > 1.000.000 lei (conform celor prezentate în tabelul de la secțiunea B.1 a contestației).

Desigur că aceasta a fost interpretarea utilizată și de către autoritatea contractantă cu ocazia evaluării celor doi ofertanți-asociere, care s-au clasat pe locurile I și, respectiv II, în clasamentul intermediar, în cazul cărora procesele-verbale de evaluare indică explicit faptul că au fost furnizate doar dovezi ale cifrei de afaceri ale unui singur asociat și pe baza lor s-a efectuat calculul mediei aritmetice, cerința fiind considerată a fi fost îndeplinită, deși nu au fost depuse niciun fel de documente privind cifra de afaceri a celui alt asociat.

În aceste condiții, apare ca fiind total artificială și poate concepută acum de către autoritatea contractantă pentru a încerca să dea retrospectiv o aparență de legalitate actelor sale, susținerea din punctul de vedere potrivit căreia în cazul asocierii s-ar fi impus, în pasul unu, un calcul al mediei anuale la nivelul fiecărui asociat, sub o pretinsă condiție suplimentară a existenței documentației justificative pentru cifra de afaceri a fiecăruia dintre cei trei ani vizați, și apoi, în pasul doi, o însumare a celor două medii astfel rezultate.

De altfel, contestația susține că nicio prevedere a cerinței din documentația de atribuire nu justifică și nu fundamentează un astfel de algoritm de calcul, dimpotrivă, cerința face referire explicită la cumul de resurse (adică de quantumuri ale cifrei de afaceri), nicidecum la o însumare a rezultatelor aplicării fiecărui asociat a calculului mediei anuale impus de cerință. Cerința a fost stabilită prin raportare la ofertant (asocierea), iar nu la participanți și nu prin aplicare individuală fiecărui membru al asocierii. În consecință, verificarea îndeplinirii ei nu poate avea loc legal decât în mod global, prin efectuarea unui singur calcul al mediei anuale, căci unic este și ofertantul, cu introducerea în formula de calcul a tuturor resursele disponibile.

Chiar și faptul că autoritatea contractantă a optat, astfel cum recunoaște chiar prin punctul de vedere, pentru o DUAE cu indicație globală, cu asumarea generală a îndeplinirii cerințelor de participare printr-un răspuns DA sau NU (oferta asocierii incluzând DUAE pentru fiecare dintre cei doi asociați, ambele cu răspuns DA), iar nu detaliată, cu includere de informații privind cifra de afaceri a fiecăruia dintre asociați în fiecare dintre cei 3 ani vizați (sau, conform actualelor susțineri ale autorității contractante, media anuală a fiecăruia dintre asociați), este o dovadă în plus că singura interpretare corectă a cerinței este cea pe care o susține, cea în care contează doar rezultatul final al calculului, fără ca

termenilor individuali ai respectivului calcul să li se poată atașa vreo semnificație care să conducă la o situație de declarare a ofertei ca inacceptabilă.

Desigur, așa cum a precizat și în contestație, petenta consideră că autoritatea contractantă ar fi putut să opteze și altfel în formularea cerinței sale, introducând diverse cerințe complexe, de detalieri sau alte condiții restrictive admisibile potrivit legii. Dar nu a procedat astfel și, în consecință, nu poate fi decât ținută să respecte caracterul obligatoriu pentru tot ceea ce a prevăzut în documentația de atribuire, astfel cum a formulat explicit, fără adăugirile sale interpretative de ultim moment expuse prin punctul de vedere, neaduse la cunoștința participanților în Procedură anterior ofertării, nesuținute de nimic din documentației de atribuire și neaplicate altor ofertanți, ci parcă anume „confectionate” doar pentru a contracara contestația.

VI. Cât privește modul incorect și nelegal în care autoritatea contractantă a procedat și cu ocazia evaluării Răspunsului 2, când nu a valorificat deloc documentația privind cifra de afaceri a liderului de asociere pentru anul 2022, devenită între timp disponibilă (conform celor prezentate la secțiunea B.3 din Contestație), transmisă de către asociere în termenul acordat prin Solicitarea 2, contestatoarea depune în sprijinul celor susținute la secțiunea B.3 a contestației și practică judecătorească provenind chiar de la Curtea de Apel ..., instanță ce a confirmat susținerea că obținerea de clarificări și completări ale documentației justificative în faza de verificare a declarațiilor din DUAE în proceduri de natura procedurii nu intră sub incidența art. 209 din Legea nr. 98/2016 și nu ridică aspecte de înfrângere a principiului tratamentului egal, etapa de evaluare a ofertelor fiind deja încheiată.

În același sens este și Decizia civilă nr. .. a Curții de Apel .., petenta atașând totodată textul complet preluat din ROLII al Deciziei nr. .. a Curții de Apel ..., care sancționează explicit formalismul excesiv practicat în evaluarea documentației doveditoare depuse de către ofertanți.

VII. și nu în ultimul rând, contestatoarea solicită a se reține că din ansamblul celor susținute prin punctul de vedere se reconfirmă o dată în plus de către autoritatea contractantă că singurul motiv pentru care oferta asocierii a fost respinsă ca inacceptabilă este nedepunerea de către liderul asocierii a documentației privind cifra sa de afaceri aferentă anului 2022 până la data de 06.06.2023, ceea ce nu ar fi permis calculul mediei anuale a cifrei de afaceri a asocierii, rezultând că toate celelalte condiții de participare au fost evaluate ca fiind îndeplinite de către asociere (astfel cum rezultă și din actele procedurii).

În consecință, ... SA solicită admiterea contestației.

..... ... a constituit cautiunea conform art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind depuse la dosarul cauzei:

- pentru suma de 31.099,77 lei, recipisa de consemnare nr. 209287421/1 din 04.07.2023, eliberată de CEC BANK SA - Sucursala Victoria, înregistrată la Consiliu cu nr. 36504/05.07.2023;

- pentru suma de 3.109,97 lei, recipisa de consemnare nr. 209294115/1 din 06.07.2023, eliberată de CEC BANK SA - Sucursala Victoria, înregistrată la Consiliu cu nr. 37009/07.07.2023.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o licitație deschisă în vederea atribuirii contractului având ca obiect *«Servicii de supraveghere a lucrărilor prin diriginți de șantier autorizați pentru proiectul „Modernizare drum județean DJ 107 I : Aiud (DN1) – Aiudul de Sus – Rîmeț – Brădești – Geogel – Măcărești – Bîrlești Cătun – Cojocani – Valea Barnii – Bîrlești – Mogoș – Valea Albă – Ciuculești – Bucium – Izbita – Coleșeni – Bucium Sat –DN74 (Cerbu)”- rest de executat»*, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... din 05.02.2023, valoarea estimată a contractului fiind între 1.554.988,21 lei și 1.710.487,03 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

Decizia privind rezultatul procedurii i-a fost comunicată asocierii prin adresa nr. 13627/DDB/VI.G.4/20.06.2023, respectiv faptul că oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă pentru neîndeplinirea cerinței de calificare vizând media cifrei de afaceri pe ultimii 3 ani. În adresă, autoritatea contractantă a evocat pe larg motivele adoptării deciziei de respingere, esențiale pentru raționamentul achizitoarei fiind următoarele paragrafe:

„In consecinta, din cele ce preced rezulta ca ofertantul recunoaste ca nu a depus la prima solicitare a autoritatii contractante formulata prin Adresa nr. 11955/26.05.2023, toate documentele necesare în sustinerea celor declarate în DUAЕ, respectiv Bilantul aferent anului 2022 sau orice documente edificatoare care sa reflecte o imagine fidela a situatiei economice și financiare a operatorului economic pentru anul 2022, iar comisia de evaluare nu are dreptul sa reitereze solicitarea de depunere a documentului/documentelor dovedite a fi lipsa și nu are dreptul nici de a accepta documentul completator pe care acesta a inteles sa il prezinte ulterior, deoarece ar conduce la incalcarea principiului tratamentului egal, al discriminarii și ar determina aparitia unui avantaj evident în favoarea ofertantului.”

„Pentru considerentele de mai sus nu se poate calcula media cifrei de afaceri luand în considerare asa cum propune ofertantul prin al doilea raspuns/12.06.2023 «o cifra de afaceri ipotetica (in cel mai nefavorabil scenariu) de 0,00 lei aferenta anului 2022» deoarece asta presupune sa fie acceptate documente privind situatia financiara numai pe 2 ani sau chiar pe 1 an > 1.000.000 lei ceea ce ar duce la incalcarea evidenta a

prevederilor din Documentatia de atribuire [media cifrei de afaceri = (2020+2021+2022):3 ani], ar goli complet de continut cerinta autoritatii contractante pe care alti ofertanti au inteles sa o demonstreze, nu ar corespunde realitatii și s-ar ignora total formula de calcul pentru media cifrei de afaceri numai pentru ca ofertantul a omis sa prezinte la prima solicitare documente relevante privind situatia economica și financiara pentru anul 2022.”

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, ... SA a depus contestația în analiză, solicitând:

- anularea rezultatului procedurii, anularea parțială a raportului procedurii (în ceea ce privește respingerea ofertei asocierii contestatoare ca inacceptabilă și motivarea aferentă, cât și în ceea ce privește etapa de verificare a documentelor suport/dovezilor pentru demonstrarea informațiilor din DUAE privind ofertantul situat pe locul IV în clasamentul intermediar), anularea tuturor și oricăror alte acte ale autorității contractante care au stat la baza emiterii rezultatului procedurii și/sau care sunt consecința respingerii ofertei asocierii, precum și a oricăror și a tuturor celorlalte acte ale procedurii subsecvente rezultatului procedurii;

- obligarea autorității contractante la dispunerea de măsuri de remediere în vederea restabilirii legalității în derularea procedurii, în sensul reluării acesteia de la etapa verificării documentelor suport/dovezilor pentru demonstrarea informațiilor din DUAE privind asocierea contestatoare prin luarea în considerare a motivelor care determină constatarea îndeplinirii de către aceasta a cerinței privind capacitatea economică și financiară prevăzută la secțiunea III.1.2 din fișa de date/anunțul de participare, cu consecința constatării demonstrării de către asocierea contestatoare a informațiilor preliminare din DUAE depusă în ofertare, declarării ofertei asocierii ca fiind acceptabilă, admisibilă și câștigătoare și emiterii noilor comunicări privind rezultatul procedurii.

Verificând, prin prisma celor reclamate de contestatoare, legalitatea deciziei autorității contractante de a respinge oferta asocierii al cărei lider este, Consiliul constată că, prin fișa de date a achiziției, punctul III.1.2) „Capacitatea economică și financiară”, achizitoarea a stabilit îndeplinirea următoarei cerințe de calificare:

„Specificati cifra de afaceri medie anuala

Ofertanții, asociații, terții susținători, după caz, trebuie să demonstreze că Media cifrei de afaceri pe ultimii 3 ani (2020, 2021, 2022) este de cel puțin: 1.000.000,00 lei (fara T.V.A.)

Modalitatea de indeplinire:

Se va completa DUAE, în conformitate cu art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/ 2016, de către operatorii economici participanți la procedura de atribuire cu informațiile solicitate de către autoritatea contractantă. [...]

În cazul unei asocieri se va prezenta Formularul nr. 4 - Acordul de asociere iar cerința va fi îndeplinită prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului. [...]

Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ sunt: situațiile financiare sau extrase din situațiile financiare aferente anilor 2020, 2021 și 2022 sau orice alte documente adecvate, care sa susțină informațiile din DUAЕ. Pentru operatorii economici nerezidenți, în măsura în care publicarea situațiilor financiare sau a extraselor din situațiile financiare nu este prevăzută de legislația țării de origine/țării în care este stabilit operatorul economic, atunci autoritatea contractantă va accepta alte documente edificatoare care să reflecte o imagine fidelă a situației economice și financiare a operatorului economic. Documentele urmează a fi prezentate numai la solicitarea autorității contractante doar de către ofertantul clasat pe primul loc, după aplicarea criteriului de atribuire ofertelor admisibile, conform art. 12 alin. (3) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017. [...] Documentele trebuie să fie valabile la momentul prezentării.”

Parcurgând textul citat al cerinței, rezulta că aceasta urma a fi îndeplinită în următoarele condiții:

- media cifrei de afaceri pe ultimii 3 ani (2020, 2021, 2022) trebuie să fie egală sau mai mare decât 1.000.000,00 lei (fără T.V.A.);
- în cazul unei oferte depusă în comun, indicatorul se calculează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului;
- documentele probante sunt: situațiile financiare sau extrase din situațiile financiare aferente anilor 2020, 2021 și 2022 sau orice alte documente adecvate, care sa susțină informațiile din DUAЕ;
- documentele probante pentru operatorii economici nerezidenți, în măsura în care publicarea situațiilor financiare sau a extraselor din situațiile financiare nu este prevăzută de legislația țării de origine/țării în care este stabilit operatorul economic, sunt alte documente edificatoare care să reflecte o imagine fidelă a situației economice și financiare a operatorului economic;
- documentele trebuie să fie valabile la momentul prezentării.

Trebuie observat faptul că nu se regăsesc în cuprinsul citat al cerinței de calificare condiționări cu privire la cifra de afaceri anuală, corespunzătoare fiecărui an din cei trei ani avuți în vedere ca interval de referință în stabilirea cerinței ce vizează media cifrei de afaceri pe ultimii 3 ani. Prin urmare, potrivit propriei cerințe, autoritatea contractantă este ținută la calcularea indicatorului economic reprezentat de media cifrei de afaceri pe ultimii 3 ani, indiferent dacă operatorul economic are dovedită ori înregistrată o cifră de afaceri pe unul, pe doi sau pe toți cei trei ani de referință. De asemenea, nu se regăsesc în cuprinsul cerinței de calificare, așa cum a fost stabilită de achizitoare, condiții cu privire la faptul că operatorul economic ce depune oferta individuală sau fiecare din cei ce compun o asociere, sunt obligați să înregistreze și să facă proba unei cifre de afaceri pe fiecare din cei trei ani ai intervalului de referință. Aceste mențiuni ale Consiliului sunt importante, în condițiile în care

decizia de respingere contestată are la bază o interpretare contrară a achizitoarei.

În continuare, Consiliul reține că relevante soluționării speței sunt și următoarele acte ale părților.

Astfel, prin adresa nr. 11955/DDB/VI.G.4/26.05.2023, autoritatea contractantă a cerut asocierii să prezinte documentele suport DUAЕ.

Asocierea amintită a răspuns prin adresa nr. 70 din 06.06.2023, referitor la cerința mediei cifrei de afaceri pe ultimii 3 ani arătând următoarele:

- pentru liderul SA se depun bilanțuri 2019-2021, însoțite de traducere autorizată, cu mențiunea ca, la data respectivă, bilanțul pentru anul 2022 nu a fost încă depus;

- pentru asociatul se depun bilanțuri 2020-2022.

În continuare, prin adresa nr. 12868/DDB/VI.G.4/09.06.2023, achizitoarea a cerut asocierii amintite *„sa precizeze [...] unde în cadrul ofertei (cu indicarea fisierului, paginii) se regasesc extrase din situatiile financiare aferente anului 2022 sau pentru operatorii economici nerezidenti alte documente edificatoare care sa reflecte o imagine fidela a situatiei economice și financiare a operatorului economic astfel cum a solicitat autoritatea contractanta atat prin Documentatia de atribuire cat și prin Solicitarea de clarificare nr. 11955/26.05.2023.”*

Asocierea a răspuns prin adresa nr. 75 din 12.06.2023, arătând că cerința de calificare este îndeplinită chiar și în situația în care pentru liderul asocierii se ia în considerare valoarea nulă corespunzător cifrei de afaceri a anului 2022, media cifrei de afaceri pe ultimii 3 ani fiind de 78.077.028,95 lei. Asocierea menționează în răspunsul său că anexează bilanțul aferent anului 2022 pentru liderul asocierii, împreună cu traducerea autorizată, document din care rezultă informația ce determină o valoare a mediei cifrei de afaceri pe ultimii 3 ani de 112.995.405,82 lei.

Potrivit considerentelor autorității contractante, aceasta nu a primit drept concludent acest ultim răspuns al asocierii amintite, stabilind că, în lipsa dovedirii cifrei de afaceri pentru anul 2022 de către liderul asocierii, nu poate fi determinată media cifrei de afaceri pe ultimii 3 ani.

Față de contextul faptic expus, Consiliul stabilește nelegalitatea deciziei și conduitei achizitoarei, criticabile din mai multe puncte de vedere.

Astfel, într-un prim plan, Consiliul constată că, potrivit documentelor suport DUAЕ, prezentate de asocierea prin adresa nr. 70 din 06.06.2023, ca urmare a solicitării lor de către achizitoare, prin adresa nr. 11955/DDB/VI.G.4/26.05.2023, aceasta îndeplinea cerința de calificare amintită, în condițiile în care cifrele de afaceri probate de cei doi membrii ai asocierii au fost următoarele:

- SA – an 2020 – 128.424.179,24 lei;

- SA – an 2021 – 114.512.342,39 lei;
- ... – an 2020 – 543.259 lei;
- ... – an 2021 – 499.166 lei;
- – an 2022 – 200.599 lei.

Potrivit celor stabilite mai înainte de Consiliu, interpretând cerința de calificare înscrisă de achizitoare în fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă era ținută să calculeze valoarea parametrului economic pe baza informațiilor comunicate de membrii asocierii în discuție, chiar și în lipsa unei valori a cifrei de afaceri pentru anul 2022, corespunzătoare asociatului-lider SA, pentru care, în calculul matematic al mediei putea și trebuia să considere valoare nulă. Mai mult, având în vedere că, potrivit cerinței stabilită de achizitoare, în cazul unei asocieri cerința se considera îndeplinită prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului, Consiliul constată că, împreună, cei doi membri ai asocierii au dovedit, inițial, cifra de afaceri pentru fiecare din cei 3 ani de referință.

Consiliul notează că este facilă observația ca cerința de calificare este îndeplinită chiar și numai prin luarea în considerare a resursei financiare a liderului asocierii, probată inițial exclusiv pentru anii 2020 și 2021.

Prin urmare, se reține nelegalitatea deciziei criticată a achizitoarei care, în adoptarea acesteia, a adăugat condiții suplimentare celor stabilite prin fișa de date a achiziției, pretinzând ca obligatorie deținerea și dovedirea unei cifre de afaceri pe fiecare dintre cei 3 ani de referință, de către fiecare din membrii asocierii respinse.

În acest context, Consiliul reține că documentația de atribuire, conținând „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” (potrivit art. 20 alin. 2 din HG nr. 395/2016), are caracter obligatoriu atât pentru ofertant (care, potrivit art. 123 alin. 1 din HG nr. 395/2016, trebuie să elaboreze oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire), dar și pentru autoritatea contractantă care, în evaluarea ofertelor și stabilirea admisibilității acestora, este ținută la a respecta propriile reguli din documentația de atribuire. Limitarea la examinarea ofertelor raportat exclusiv la cerințele documentației este impusă și de asigurarea respectării principiului transparenței, consacrat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Astfel, în condițiile în care întreaga conduită a ofertanților s-a bazat pe informațiile și regulile arătate în documentația de atribuire, în respectarea principiului transparenței, evaluarea ofertelor trebuie realizată raportat la aceeași documentație de atribuire, fără adăugarea de noi condiții și reguli, pe care autorii ofertelor nu le-au cunoscut încă de la momentul luării deciziei de implicare în procedura de achiziție publică.

În plan alăturat, actele autorității contractante sunt criticabile și din perspectiva aplicării instituției clarificării/completării documentelor de calificare.

Astfel, Consiliul notează că prin adresa nr. 11955/DDB/VI.G.4/26.05.2023, achizitoarea a cerut asocierii prezentarea documentelor suport DUAE.

Rezultă, de aici, că solicitarea din cuprinsul acestei adrese este una realizată în aplicarea prevederii de la art. 196 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, (conform căreia *„Autoritatea contractantă poate solicita candidaților/ofertanților să depună toate sau o parte dintre documentele justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE, în orice moment pe durata desfășurării unei proceduri de atribuire, dacă acest lucru este necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii.”*). Așa cum se poate observa, legiuitorul a reglementat separat demersul autorității contractante de a cere ofertantei prezentarea documentelor justificative ca dovadă a informațiilor cuprinse în DUAE, de instituția clarificării ofertei, reglementată prin dispozițiile de la art. 134-135 din HG nr. 395/2016. Drept urmare, nu se poate considera că o astfel de solicitare a documentelor doveditoare a informațiilor din DUAE reprezintă un demers de clarificare a ofertei, care să poată fi analizat prin prisma celor prevăzute la art. 134-135 din HG nr. 395/2016 și ale cărui consecințe să fie cele descrise de legiuitor în aceste texte de lege.

Că lucrurile stau astfel rezultă din chiar prevederea de la art. 196 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, care stabilește că *„Autoritatea contractantă poate invita candidații/ofertanții să completeze sau să clarifice documentele prevăzute la [alin. \(1\)](#) sau [\(2\)](#).”*. Or, în speța analizată, autoritatea contractantă nu numai că nu a considerat necesar să ceară ofertantei clarificarea și/sau completarea documentelor depuse ca dovadă a îndeplinirii cerinței de calificare, dar, prin adresa nr. 12868/DDB/VI.G.4/09.06.2023, a cerut asocierii să precizeze unde în cadrul ofertei (cu indicarea fișierului, paginii) se regăsesc documente relevante, deși asocierea explicase lămuritor că bilanțul pentru anul 2022 al SA nu a fost, potrivit legii, încă depus. Consiliul constată că cele arătate de achizitoare prin adresa sa nr. 12868/DDB/VI.G.4/09.06.2023, nu reprezintă o clarificare în sensul legii, ci mai degrabă solicitarea sprijinului ofertantei în parcurgerea conținutului actelor depuse de aceasta, în identificarea celor relevante subiectului analizat.

Consiliul stabilește că rezultă, din logica textelor de lege, faptul că etapa de solicitare a documentelor doveditoare a informațiilor din DUAE este o etapă obligatorie, în lipsa acesteia neputându-se vorbi despre epuizarea procesului de analiză și verificare a unei oferte. Or, clarificarea/completarea ofertei este un demers care poate fi incident sau nu unei oferte, în funcție de modul în care aceasta a fost elaborată, în funcție de cerințele documentației de atribuire și în funcție de nevoile de lămurire ale comisiei de evaluare. Or, a interpreta că cererea de a fi

prezentate documentele de calificare reprezintă echivalentul unei solicitări de clarificare a ofertei, înseamnă a admite ideea că aceasta poate fi realizată sau nu, în funcție de specificul ofertei și activității comisiei de evaluare, concluzie de neprimut în situația în care, potrivit legii, satisfacerea cerințelor de calificare este o condiție de admisibilitate a ofertei (art. 137 alin. 2 lit. b din HG nr. 395/2016), verificabilă doar prin înaintarea către autoritate a documentelor care dovedesc informațiile din DUAE.

Consiliul stabilește că adresa nr. 11955/DDB/VI.G.4/26.05.2023 transmisă de autoritate ofertantei contestatoare nu reprezintă o clarificare a ofertei, în sensul legal al noțiunii, astfel încât nu îi pot fi opozabile acesteia sancțiunile rezultând din demersul de clarificare a ofertei, reglementat la art. 134 din HG nr. 395/2016, așa cum a indicat autoritatea în motivarea deciziei sale de respingere.

În examinarea legalității deciziei atacate, Consiliul constata că, într-adevăr, o ofertă care nu îndeplinește cerințele de calificare va fi respinsă ca inacceptabilă, în baza art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, însă, în egală măsură trebuie verificat și dacă o astfel de decizie este luată după ce, atât autoritatea contractantă, cât și ofertantul au parcurs toate etapele și au utilizat toate instrumentele pe care legiuitorul le-a prevăzut ca fiind posibile. Este de notorietate faptul că decizia de respingere a unei oferte trebuie luată pe baza tuturor informațiilor pe care autoritatea contractantă le poate obține de la ofertantul său, în acest sens legiuitorul instituind regula clarificării/completării documentelor doveditoare ale informațiilor cuprinse în DUAE, așa cum se precizează la art. 196 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Date fiind cele expuse până acum, Consiliul reține că, deși indică în apărare prevederea de la art. 209 alin. (1) din Legea 98/2016 (*„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.”*), autoritatea contractantă tocmai un astfel de demers a omis să realizeze.

Cât privește faptul că în textul art. 196 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, legiuitorul a utilizat sintagma *„autoritatea contractantă poate invita candidații/ofertanții să completeze sau să clarifice”* documentele doveditoare ale informațiilor din DUAE, Consiliul considera că textul legal nu poate fi interpretat în sensul ca autoritatea contractantă poate să își exercite în mod discreționar prerogativa legală. Mai mult, drepturile acordate de legiuitor au ca scop încurajarea autorității contractante către conduita indicată de lege și nu acordarea posibilității de eludare a unui

astfel de comportament, având ca unică motivare absența obligativității și imposibilitatea transformării unui drept într-o obligație.

Este de interes a se reține aici și faptul că întreaga reglementare a domeniului achizițiilor publice, cu toate drepturile și obligațiile prevăzute părților implicate în acest proces, au ca prim scop asigurarea respectării principiilor statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, principii printre care se regăsește și acela al proporționalității, înțeles ca fiind egala măsură între ceea ce se cere și ceea ce se oferă, respectiv între ceea ce se face și cum se sancționează.

Pe de altă parte, nu se poate reține în speță ipoteza avută în vedere de legiuitor prin textul art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 (*"Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat."*), de asemenea invocat în aparare de achizitoare, deoarece exercitarea unui drept prevăzut de lege (art. 196 alin. 3 din Legea nr. 98/2016) nu poate fi apreciat chiar de legiuitor ca fiind de natură să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant. Ipoteza prevăzută la art. 209 alin. (2) din lege intervine în momentul în care exercitarea de către autoritatea contractantă a dreptului său se realizează cu încălcarea a ceea ce este adecvat și cu atingerea principiilor tratamentului egal, transparenței și chiar proporționalității.

Sanționarea unei oferte cu respingerea, ca inacceptabilă, în cazul în care a fost depusă de un ofertant care, în opinia autorității contractante, nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire (art. 137 alin. 2 lit. b din HG nr. 395/2016), nu reprezintă o măsură ad-hoc. Textul de lege nu poate fi interpretat în mod superficial în sensul în care sancțiunea intervine automat, ci trebuie interpretat în sensul în care, după parcurgerea tuturor etapelor de clarificare și/sau completare a documentelor (în acord cu prevederea de la art. 196 alin. 3 din Legea nr. 98/2016), acestuia încă îi lipsesc informațiile care să conducă la concluzia că ofertantul îndeplinește cerințele de calificare.

Concluzia se impune chiar prin prevederea de la art. 196 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, care stabilește expres că documentele de calificare pot fi clarificate și/sau completate.

Este evident că oferta va fi considerată inacceptabilă dacă nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire, însă această sancțiune, așa cum se preciza mai sus, nu intervine imediat, ci este o măsură ce urmează întregului set de reguli, obligații și drepturi acordate în egală măsură atât autorității contractante, cât și ofertanților, de către reglementarea în materie.

În lumina acestor considerente teoretice, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a cerut asocierii
....clarificarea/completarea documentelor sale de calificare, prezentate

anexat adresei sale nr. 70 din 06.06.2023, cu atât mai mult cu cât, potrivit art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, documentele suport DUAE trebuie să fie unele actualizate.

Contrar conduitei prescrisă de lege, autoritatea contractantă nu numai că nu a cerut completarea documentelor de calificare, dar a ales să nu ia în considerare bilanțul pentru anul 2022 al asociatului SA, care i-a fost transmis prin răspunsul nr. 75 din 12.06.2023, la solicitarea achizitoarei din adresa nr. 12868/DDB/VI.G.4/09.06.2023.

În contra aprecierii achizitoarei, primirea și considerarea în consecință a bilanțului pentru anul 2022 al asociatului SA nu numai că nu reprezintă o încălcare a vreunei dispoziții legale ori a vreunui principiu aplicabil materiei achizițiilor publice, ci este o conduită la care achizitoarea este ținută în baza textelor de lege citate în cuprinsul prezentei motivări, pe baza raționamentului expus al organismului administrativ-jurisdicțional.

De altfel, raportat la insistența achizitoarei în a-și fundamenta decizia de respingere pe faptul că asocierea nu a prezentat proba cifrei de afaceri pe anul 2022, pentru liderul asocierii, la data de 06.06.2023, când a răspuns cererii achizitoarei din 26.05.2023 de a prezenta documentele suport DUAE, Consiliul constată, pe de o parte, că devine de neînțeles demersul autorității contractante din 09.06.2023, de vreme ce pare că la data de 06.06.2023 decizia de respingere era deja conturată, iar pe de altă parte, că ea este în contra prevederilor legale și înțelesului pe care legea îl da actelor autorității contractante în gestionarea situației juridice a ofertei din perspectiva documentelor suport DUAE.

Concluzionând, Consiliul stabilește nelegalitatea deciziei autorității contractante de a respinge oferta asocierii pentru pretinsa neîndeplinire a cerinței de calificare vizând media cifrei de afaceri pe ultimii 3 ani, în condițiile în care evaluarea ofertei s-a realizat prin interpretarea eronată a cerinței înscrisă în fișa de date a achiziției și prin încălcarea dispozițiilor legale ce permit completarea documentelor suport DUAE și prezentarea unor documente actualizate.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza 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 urmează să admită în parte contestația depusă de SA și să anuleze actele autorității contractante privind decizia de respingere a ofertei asocierii , precum și comunicările privind rezultatul procedurii.

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, în ceea ce privește oferta asocierii , să stabilească ofertele admisibile și să aplice acestora criteriul de atribuire ales.

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca inadmisibil capătul de cerere din contestație vizând obligarea autorității contractante la dispunerea de măsuri de remediere cu consecința declarării ofertei asocierii ca fiind acceptabilă, admisibilă și câștigătoare, deoarece stabilirea ofertelor admisibile și a celei câștigătoare reprezintă atribuții ale comisiei de evaluare, conform art. 127 alin. (1) lit. k) și m) din HG nr. 395/2016, Consiliul fiind competent să examineze din punct de vedere al legalității și temeiniciei actele emise într-o procedură de atribuire și atacate prin contestație. Mai mult, solicitarea este inadmisibilă și prin prisma dispoziției art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016, potrivit căreia *„Consiliul nu poate decide atribuirea contractului către un anumit operator economic, cu excepția situației în care acesta a fost desemnat de autoritatea contractantă sau calitatea sa de ofertant câștigător rezultă din informațiile cuprinse în dosarul de soluționare a contestației.”*, situația de excepție din textul legii nefiind incidentă speței.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite în parte contestația depusă de în contradictoriu cu

Anulează actele autorității contractante privind decizia de respingere a ofertei asocierii , precum și comunicările privind rezultatul procedurii.

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, în ceea ce privește oferta asocierii , să stabilească ofertele admisibile și să aplice acestora criteriul de atribuire ales.

Respinge ca inadmisibil capătul de cerere din contestație vizând obligarea autorității contractante la dispunerea de măsuri de remediere cu consecința declarării ofertei asocierii ca fiind acceptabilă, admisibilă și câștigătoare.

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.