str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980,
tel. +40-21-3104641, tel. +40-21-3104670, fax. +40-21-3104642,
e-mail: office@cnsc.ro, www.cnsc.ro, http://portal.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. 560/C11/319
Data: 05.03.2024

Prin contestația nr. 5813/05.02.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 7352/06.02.2024, formulată de SC ..... SRL, cu sediul social în .... sectorul 3, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin administrator ....., împotriva rezultatului procedurii de atribuire, respectiv adresele de solicitare clarificări nr. 1979 din 24.01.2024 și nr. 1984 din 24.01.2024, emise de ....., cu sediul în ....., str. Revoluției nr. 1, ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect «Achiziția de echipamente digitale a laboratoarelor de informatică, a sălilor de clasă, a cabinetelor didactice școlare, cabinetelor de asistență psihopedagogică și atelierelor de practică, aferente obiectivului cu titlul: ”Dotarea cu mobilier, materiale didactice și echipamente digitale a unităților de învățământ preuniversitar din .....”», s-au solicitat Consiliului urmatoarele:

- anularea solicitării de clarificări transmisă prin adresa cu nr. 1979 din „24.01.2024” și a tuturor documentelor subsecvente ca netemeinice și nelegale;
- anularea solicitării de clarificări transmisă prin adresa cu nr. 1984 din „24.01.2024” și a tuturor documentelor subsecvente ca netemeinice și nelegale.

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 nr. 5813/05.02.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a

Contestațiilor sub nr. 7352/06.02.2024, formulată de SC ..... SRL, prin care se solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei.

La punctele 1)-3) contestatoarea face o scurtă prezentare a situației de fapt.

4) Arată că în fișa de date (sau în anunțul de participare) la secțiunea III. 12) Capacitatea economică și financiară, nu se regăsește solicitată nicio cerință.

5) Prezentă în acest sens print screen din fișa de date - *„III.1.2) Capacitatea economică și financiară*, *lll.1.3. a) Capacitatea tehnică și/sau profesională."*

6) Arată că, în data de 24.01.2024 autoritatea contractantă i-a solicitat prin adresa nr. 1979 din 24.01.2024 (la lot 1) și prin adresa nr. 1984 din 24.01.2024 (la lot 2) să transmită valoarea medie a cifrei de afaceri generale pe ultimii 3 ani (2020, 2021 și 2022), făcând trimitere la documentul *„instrucțiuni pentru ofertanți - Achiziție IT.pdf*" de unde ar fi rezultat că există ca și condiție/cerință de calificare ca ofertanții să fi avut o cifră de afaceri de minim 4.500.000 lei pentru lot 1 și minim 15.000.000.00 lei pentru lot-ul 2.

7) Având în vedere prevederile de la art. 8 alin. (1) litera 10), coroborat cu prevederile art. 4 alin. (2) din Legea 101/2016, termenul limită de contestare a acestor acte ale autorității contractante este de 03.02.2024, iar având în vedere că această zi era una nelucrătoare, termenul de contestare este următoare zi lucrătoare, adică în data de 05.02.2024.

8) Arată că, interesul de a contesta cele 2 adrese este rezultat din faptul că, în opinia sa solicitările autorității contractante sunt nelegale, bazate pe niște clauze nescrise, solicitări care ar putea conduce la vătămarea de a fi respinși la procedura de achiziție publică și de a nu avea șansa de a fi declarați câștigători.

II. Prezintă motivele în fapt și în drept pentru care solicită anularea actelor contestate.

9) Așa cum a arătat anterior, în fișa de date (sau în anunțul de participare) la secțiunea III.1.2) Capacitatea economică și financiară, nu se regăsește solicitată nicio cerință.

10) Susține cp, ori, autoritatea contractantă solicită îndeplinirea unei cifre de afaceri medii minime, în baza unor precizări/indicații care nu apar în fișa de date (sau în anunțul de participare), ci într-un document conex, cu denumirea "[CN1061625/00007] instrucțiuni pentru ofertanți - achizitie IT.pdf-semnat.p7m"

11) Această solicitare, contravine, în opinia sa, în mod vădit principiului transparenței, cât și prevederilor de la art. 30 alin (6) din HG 395/2016*: „Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt*

prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise."

12) Înțelege că au existat situații, în care numărul de caractere de secțiunea III.1.2) Capacitatea economica și financiară din portalul SEAP, nu au permis autorităților contractante să expună în totalitate, o cerință de calificare și modalitatea de îndeplinire a acesteia, și au găsit ca modalitate de rezolvare a cerinței, fie prin încărcarea unui alt document în care să fie dezvoltate acele informații/cerințe, fie prin dezvoltarea acelor informații/cerințe și la nivelul caietului de sarcini.

13) Ori, în speța de față, arată că, autoritatea contractantă ....., nu a prevăzut deloc în fișa de date/anunțul de participare o cerință de calificare privind „cifra de afaceri medie", pe care mai apoi să o dezvolte/detalieze într-un alt document cum ar fi cel cu denumirea "[CN1061625/00007] instrucțiuni pentru ofertanți - achiziție IT.pdf-semnat.p7m".

14) Legislația în domeniul achizițiilor a impus ca obligație autorităților contractante, prin interpretarea *per a contrario* a art. 30 alin. (6) din HG 395/2016, în baza principiului transparenței, ca, criteriile de calificare și criteriile de selecție să se regăsească obligatoriu în anunțul de participare/simplificat/de concurs, cu sancțiunea clar indicată, ca în cazul nerespectării acestei obligații, acele criteriile de calificare și criteriile de selecție să fie considerate ca fiind niște *„clauze nescrise"*.

15) Această intepretare a fost confirmată de nenumărate ori de instanțele de judecată. Citează din jurisprudența Consiliului.

16) Mergând pe același raționament prezentat în jurisprudența Consiliului, rezultă următoarele concluzii:

- cerințele de calificare trebuie incluse în anunțul de participare/simplificat/de concurs, conform regulii instituite la art. 30 alin. (4) din HG nr. 395/2016 [criteriile de calificare și criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă sunt incluse în anunțul de participare/simplificat/de concurs).
- legiuitorul a impus regula clauzei nescrise, ceea ce însemnă că, în situația în care cerința este inclusă în orice document al procedurii, altul decât anunțul de participare (în speța de față în cadrul documentului cu denumirea „Instrucțiuni ofertanți"), aceasta NU poate fi luată în considerate (ca și cum nu ar exista).

caracterul nescris al clauzei înseamnă că ea nu este scrisă în documentația de atribuire, nu apare în documentație, situația fiind similară inexistenței respectivei clauze.

- comisia de evaluare nu poate valorifica/pune în aplicare o clauză nescrisă,

- nu era și nu este necesară atacarea documentului cu denumirea [CN1061625/00007] instrucțiuni pentru ofertanți- achiziție IT.pdf-semnat.p7m pentru a avea efect dispoziția legală de la art. 36 alin. (6) din norme (altminteri, nici nu ar mai conta caracterul de clauză nescrisă al cerinței de calificare, dacă efectul normei ar depinde de contestarea ei în termenul legal);

- lipsa de reacție a unor operatori, respectiv necontestarea de către aceștia a documentului cu denumirea [CN1061625/00007] instrucțiuni pentru ofertanți - achiziție IT.pdf-semnat.p7m nu constituie un drept al comisiei de evaluare să se abată de la lege, la prezenta procedura;
- nicio ofertă nu poate fi respinsă în mod legal în temeiul unor clauze nescrise, cu atât mai mult cu cât ține exclusiv de culpa autorității contractante a modului în care au fost redactate documentele de licitare. Nimic nu a oprit autoritatea contractantă să includă în anunțul de participare și în fișa de date, la criterii de calificare, cerința privind cifra de afaceri minimă;.
- în această situație, o respingere în temeiul unei clauze nescrise constituie o abatere de la legislația din domeniul achizițiilor publice.
- principiul transparenței prevăzut la art. 2 alin 2 din Legea 98/2016 cât și prevederile art. 20 alin 2 din HG 395/2016 incubă autorității contractante sarcina de a realiza o documentație de atribuire în conformitate cu prevederile legale, și de a prevedea în fișa de date/anunțul de participare orice cerință de calificare.

18) Instrucțiunile pentru ofertanți, la care se face trimitere în solicitarea de clarificări, eventual puteau conține detalieri ale cerințelor de calificare, dacă aceste informații nu încăpeau în fișa de date, dar nu pot conține cerințe suplimentare decât cele indicate în fișa de date.

19) Într-o altă ordine de idei, mai menționează, că în data de 10.11.2023 când a fost publicată documentația de atribuire, au fost publicate și alte licitații deschise, având ca obiect similar, dar în cadrul cărora se regăsesc incluse în anunțul de participare și fișa de date cerințele de calificare privind capacitatea economică și /sau capacitatea tehnică. A se vedea în acest sens:

- Anunțul de participare CN1061641/10.11.2023 - furnizare de materiale didactice pentru unele unități de învățământ preuniversitar, precum și pentru unele unități conexe din Județul Buzău,
- Anunțul de participare CN1061630/10.11.2023 - Dotarea cu mobilier, materiale didactice și echipamente digitale a unitatilor de învățământ din COMUNA PADEȘ,
- Anunțul de participare CN1061634/10.11.2023 - Achiziția de produse în cadrul proiectului „O educație digitală și incluzivă în Orașul Cisnădie" , proiect finanțat prin Planul Național de Redresare și Reziliență în baza Contractului de finanțare nr. 896DOT / 2023,
- Anunțul de participare CN1061623/10.11.2023 - DOTAREA CU MOBILIER, MATERIALE DIDACTICE și ECHIPAMENTE A ȘCOLII GIMNAZIALE NR. 1 CAMĂR, JUDEȚUL SĂLAJ"- 3 LOTURI
- Anunțul de participare CN1061609/09.11.2023 - Achiziție echipamente digitale pentru unitățile de învățământ special din subordinea Consiliului Județean Argeș și a Centrului Județean de Resurse și Asistență Educațională Argeș

- Anunțul de participare CN1061610 /09.11.2023 - Achiziție mobilier pentru unitățile de învățământ special din subordinea Consiliului Județean Argeș și a Centrului Județean de Resurse și Asistență Educațională Argeș,

- Anunțul de participare CN1061553/08.11.2023 - Achiziționare echipamente IT - hardware și software, calculatoare personale de tip stație de lucru,

- etc.

20) Concluzionează în sensul că, dacă autoritatea contractantă chiar dorea să includă acest criteriu de calificare, atunci ea, putea include în fișa de date/anunțul de participare această cerință, și atunci ar fi luat la cunoștință despre ea, putând participa cu un terț tehnic susținător, care să îndeplinească această cerință.

21) Având în vedere că această cerință de calificare a fost solicitată în mod netransparent, în alt document decât fișa de date/anunțul de participare, a condus la posibila vătămare a intereselor sale, prin eventuala respingere a ofertei noastre, în baza unor clauze nescrise.

III. 22) Concluzionează în sensul că, autoritatea contractanta a transmis adresa 1979 din 24.01.2024 (la lot 1) și adresa 1984 din 24.01.2024 (la lot 2) prin care i se solicită îndeplinirea unei cerințe de calificare (cifra medie de afaceri) în baza unor prevederi care nu se regăsesc în fișa de date/anunțul de participare simplificat.

23) Legislația în domeniul achizițiilor a impus ca obligație autorităților contractante, prin interpretarea *per a contrario* a art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, în baza principiului transparenței, ca, criteriile de calificare și criteriile de selecție să se regăsească obligatoriu în anunțul de participare/simplificat/de concurs, cu sancțiunea clar indicată, ca în cazul nerespectării acestei obligații, acele criteriile de calificare și criteriile de selecție să fie considerate ca fiind niște *„clauze nescrise*".

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Punctul de vedere nr. 3536/2024-K/12.02.2024, a fost înregistrat la CNSC cu nr. 8663/12.02.2024, iar dosarul achiziției a fost comunicat cu adresa nr. 3777/2024-U/13.02.2024, înregistrată la Consiliu cu nr. 9572/15.02.2024.

Prin punctul de vedere, ... a solicitat respingerea contestației formulată de SC ..... SRL, în temeiul art. 26 aliniat (6) din Legea 101/2016, pentru următoarele motive:

Arată că, pentru lotul 1, în faza de evaluare DUAE, comisia de evaluare a solicitat clarificări în urma verificării informațiilor din DUAE așa cum se poate vedea din documentele care fac parte din dosarul achiziției.

În baza prevederilor art. 196 alin. (1) din Legea 98/2016, dar și al faptului că în SEAP în secțiunea DUAE la criterii de selecție a) indicație globală pentru toate criteriile de selecție, toți ofertanții își asumă îndeplinirea criteriilor de selecție impuse răspunzând da, comisia de evaluare a considerat necesară solicitarea de clarificări privind

prezentarea valorii medii a cifrei de afaceri generale pe ultimii 3 ani financiari (2020, 2021 și 2022).

Aceasta solicitare de clarificări a fost adresată către toți ofertanții prezenți în procedura de licitație, fiind astfel respectat principiul tratamentului egal al ofertanților.

În urma verificării informațiilor din DUAE pentru ofertantul SC ..... SRL, comisia de evaluare a constatat următoarele: „prezintă în SEAP în secțiunea DUAE, vizualizare criterii DUAE la documentația de atribuire aferentă procedurii mai sus menționate prin care își asumă îndeplinirea cerinței solicitate prin fișa de date, astfel: la criterii de selecție, a) indicație globală pentru toate criteriile de selecție, ofertantul își asumă îndeplinirea criteriilor de selecție impuse răspunzând da.

Autoritatea contractanta a solicitat în cadrul Instrucțiunii pentru ofertanti Cap. III. 1,2) capacitatea economică și financiară: lot 1 - valoarea medie a cifrei de afaceri generale a operatorului economic (asociații, în cazul ofertelor comune, și, dacă este cazul, terțul susținător, în situația susținerii) pe ultimii 3 ani financiari (2020, 2021 și 2022), trebuie să fie de cel puțin 4.500.000,00 lei, fără TVA .

Față de cele constatate, autoritatea contractantă arată că, în baza prevederilor art. 196 alin. (1), art. 209 alin. (1) din Legea 98/2016 și art. 134 alin. (1) și alin. (3) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, comisia de evaluare a solicitat următoarele: *„1. Vă rugăm să transmiteți valoarea medie a cifrei de afaceri generale a operatorului economic pe ultimii 3 ani financiari (2020, 2021 și 2022)”*.

Ofertantul SC ..... SRL a prezentat următoarele în răspunsul la solicitarea de clarificari:

- bilanț 2020 din care rezultă cifra de afaceri netă: 506.157,00 lei, index încărcare: 251913654 din 07.05.2021;
- bilanț 2021 din care rezultă cifra de afaceri netă: 1.298.252,00 lei, index încărcare: 343549328 din 03.03.2022;
- bilanț 2022 din care rezultă cifra de afaceri netă: 2.378.962,00 lei, index încărcare: 526480978 din 29.03.2023.
- centralizator privind cifra de afaceri, iar media cifrei de afaceri generale pe ultimele 3 exerciții financiare disponibile (respectiv 2020, 2021 și 2022) a fost de 1.394.457,00 lei.

În ceea ce privește lotul 2, autoritatea contractantă arată că, în faza de evaluare DUAE, comisia de evaluare a solicitat clarificări în urma verificării informațiilor din DUAE așa cum se poate vedea din documentele care fac parte din dosarul achiziției.

În baza prevederilor art. 196 alin. (1) din Legea 98/2016, dar și al faptului că în SEAP în secțiunea DUAE la criterii de selecție, a) indicație globală pentru toate criteriile de selecție, toți ofertanții își asumă îndeplinirea criteriilor de selecție impuse răspunzând DA, comisia de evaluare a considerat necesara solicitarea de clarificări privind

prezentarea valorii medie a cifrei de afaceri generale pe ultimii 3 ani financiari (2020, 2021 și 2022).

Această solicitare de clarificări a fost adresată către toți ofertanții prezenți în procedura de licitație, fiind astfel respectat principiul tratamentului egal al ofertanților.

Subliniază că, în urma verificării informațiilor din DUAE pentru ofertantul SC ..... SRL, comisia de evaluare a constatat următoarele: „prezintă în SEAP în secțiunea DUAE, vizualizare criterii DUAE la documentația de atribuire aferentă procedurii mai sus menționate prin care își asumă îndeplinirea cerinței solicitate prin fișa de date, astfel: la criterii de selecție - a) indicație globală pentru toate criteriile de selecție, ofertantul își asumă îndeplinirea criteriilor de selecție impuse răspunzând da.

Autoritatea contractanta solicită în cadrul Instrucțiunii pentru ofertanți Cap. III. 1.2) capacitatea economică și financiară: Lot 2- valoarea medie a cifrei de afaceri generale a operatorului economic (asociații, în cazul ofertelor comune, și, dacă este cazul, terțul susținător, în situația susținerii) pe ultimii 3 ani financiari (2020, 2021 și 2022), trebuie să fie de cel puțin 15.000.000,00 lei, fără TVA .

Față de cele constatate, în baza prevederilor art. 196 alin. (1), art. 209 alin. (1) din Legea 98/2016 și art. 134 alin. (1) și alin. (3) din H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, comisia de evaluare a solicitat următoarele: „1. vă rugăm să transmiteți valoarea medie a cifrei de afaceri generale a operatorului economic pe ultimii 3 ani financiari (2020, 2021 și 2022).

Autoritatea contractantă arată că, ofertantul SC ..... SRL a prezentat următoarele În răspunsul la solicitarea de clarificări:

- bilanț 2020 din care rezultă cifra de afaceri netă: 506.157,00 lei, index încărcare: 251913654 din 07.05.2021;
- bilanț 2021 din care rezultă cifra de afaceri netă: 1.298.252,00 lei, index încărcare: 343549328 din 03.03.2022;
- bilanț 2022 din care rezultă cifra de afaceri netă: 2.378.962,00 lei, index încărcare: 526480978 din 29.03.2023,
- centralizator privind cifra de afaceri, iar media cifrei de afaceri generale pe ultimele 3 exerciții financiare disponibile (respectiv 2020, 2021 și 2022) a fost de 1.394.457,00 lei.

În mod contrar celor afirmate de SC ..... SRL: „solicitările autorității contractante sunt nelegale, bazate pe niște clauze nescrise", autoritatea contractantă precizează următoarele: documentația de atribuire aferentă procedurii de licitație contestată a fost întocmită cu respectarea articolelor din Lege nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016.

Subliniază că, la momentul întocmirii ofertei, SC ..... SRL era obligat sa țină cont de documentația de atribuire încărcată în SEAP, incluzând instucțiunile către ofertanți.

Autoritatea contractantă a solicitat în cadrul documentației de atribuire toate cerințele ce trebuie îndeplinite de ofertanți. Au fost solicitate cerințe privind capacitatea economică și financiară pentru a

exista un echilibru între cerințele stabilite pentru calificare, criteriul de atribuire a contractelor de achiziție publică și natura și gradul de complexitate a obiectului contractului cu respectarea principiului proporționalității. Acest aspect fiind confirmat prin art. 175 alin. (1) din Lege nr. 98/2016.

Documentația acceptată implicit, prin necontestare de către operatorii economici, este obligatorie pentru ofertanți, așa cum prevede art. 75 din Lege nr. 98/2016, precum și art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Referitor la afirmația contestatoarei că *„în fișa de date (sau în anunțul de participare) la secțiunea III. 1.2) capacitatea economică și financiară, nu se regăsește solicitată nici o cerință”*, aduce la cunoștință ca la momentul încărcării documentației în SEAP și al generării DUAE electronic de către autoritatea contractantă nu a fost posibilă adăugarea direct în fișa de date, în secțiunea III, criterii de selecție, criteriu cu criteriu, cerință cu cerință, inclusiv descrierea aferentă, la fiecare din subsecțiunile din fișa de date (respectiv III. 1.2) capacitatea economică și financiară III. 1.3. a) capacitatea tehnică și/sau profesională și III. 1.3. b) standarde de asigurare a calității și de protecție a mediului).

Pe cale de consecința, autoritatea contractanta arată că a considerat necesar să încarce în SEAP documentul instrucțiuni pentru ofertanți -achiziție IT.pdf fiind astfel asigurat principiul transparenței prin punerea la dispoziția celor interesați a tuturor informațiilor referitoare la aplicarea procedurii pentru atribuirea contractului de achiziție publică.

În acest caz, arată că sunt incidente și prevederile art. 20 alin. (5) din HG nr. 395/2016, la care face trimitere.

Această modalitate de a adăuga direct în fișa de date, în secțiunea III, criterii de selecție, criteriu cu criteriu, cerință cu cerință, inclusiv descrierea aferentă, prin butonul în formă de "+" disponibil la fiecare din subsecțiunile din fișa de date (respectiv III. 1.2) capacitatea economică și financiară III. 1.3. a) capacitatea tehnică și/sau profesională și III. 1.3. b) standarde de asigurare a calității și de protecție a mediului) a fost disponibilă începând cu 22.12.2023 conform informării din SEAP.

În susținerea contestației, prin adresa nr. 5921/12.02.2024, înregistrată la CNSC cu nr. 8765/12.02.2024, contestatoarea formulează „Concluzii scrise”, precizând, pe lângă aspectele deja prezentate, faptul că prin punctul de vedere transmis de autoritatea contractanta ..... prin adresa cu nr. 3536/12.02.2024, aceasta confirmă faptul că în fișa de date/anunțul de participare nu se regăsește solicitată nici o cerință referitoare la capacitatea economică și financiară.

Așa cum a precizat și în contestația depusă, cerința referitoare la un anumit nivel a cifrei de afaceri se regăsește doar în documentul *„Instrucțiuni*" așa cum recunoaște autoritatea contractantă în punctul de vedere transmis.

În apărarea sa, autoritatea contractantă a precizat că *„(...) nu a fost posibila adăugarea direct în fișa de date*", iar *„... aceasta modalitate de a adaugă direct în fișa de date, în secțiunea III, criterii de selecție, criteriu cu criteriu, cerință cu cerință, inclusiv descrierea aferentă, prin butonul în formă de "+" disponibil la fiecare din subsecțiunile din fișa de date (respectiv 111.1.2) Capacitatea economică și financiară, III. 1.3.a) capacitatea tehnică și/sau profesională și 111. 1.3.b) standarde de asigurare a calității și de protecție a mediului) a fost disponibila începând cu 22.12.2023",* iar contestatoarea arată că, din contra, apărările prezentate de către autoritatea contractantă sunt contrazise tocmai de documentațiile de atribuire publicate în aceeași zi cu cea de la procedura prezentă, respectiv din data de 10.11.2023.

Cu titlu de exemplu, în data de 10.11.2023 când a fot publicată documentația de atribuire, au fost publicate și alte licitații deschise, având ca obiect similar, dar în cadrul cărora se regăsesc incluse în anunțul de participare și fișa de date cerințele de calificare privind capacitatea economică și /sau capacitatea tehnică. Face trimitere la anunțul de participare CN1061641/10.11.2023, anunțul de participare CN1061630 /10.11.2023, anunțul de participare CN1061634 / 10.11.2023, anunțul de participare CN1061623 /10.11.2023 - 3 loturi, anunțul de participare CN1061609 /09.11.2023, anunțul de participare CN1061610 /09.11.2023, anunțul de participare CN1061553 / 08.11.2023, etc.

Arată că, într-o altă ordine de idei, modificările operate de SEAP la e-FORMS s-au realizat în 30.11.2023 00:00 - 04.12.2023 08:00 - adică după data publicării documentației de atribuire. A se vedea în acest sens anunțul operatorului SEAP din 22.11.2023, 03:44 disponibil la https://e-licitatie.ro/pub/archive/news-feed/1000Q1761 Anexa 1).

Nu în ultimul rând, autoritatea contractantă face trimitere la art. 20 alin. (3) din HG nr. 395/2016, însă contestatoarea arată că, inclusiv în cadrul acestui alineat se subliniază că toate cerințele de calificare trebuie să se regăsească în anunțului de participare/simplificat/de concurs.

Mai mult decât atât, legiuitorul vine și clarifică situația dată, la articolul 30 alin. (6) din HG 395/2016, unde indică o sancțiune clară și obligatorie pentru cerințele de calificare care nu sunt prevăzute în anunțul dc participare/simplificat/de concurs: *„(6) Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat /de concurs sunt considerate clauze nescrise."*

Precizează că nu contestă dreptul autorității contractante de a solicita un anumit nivel al cifrei de afaceri, ci solicită să se constate că această cerință este o clauză nescrisă deoarece nu apare o astfel de cerință în anunțul de participare/simplificat/de concurs.

Ori, autoritatea contractantă solicită îndeplinirea unei cifre de afaceri medii minime, în baza unor precizări/indicații care nu apar în fișa de date (sau în anunțul de participare), ci într-un document conex, cu

denumirea "[cn1061625/00007] instrucțiuni pentru ofertanți - Achiziție IT.pdf-semnat .p7m"

Această solicitare, contravine în mod vădit principiului transparenței, cât și prevederilor de la art. 30 alin (6) din HG 395/2016.

Înțelege că au existat situații, în care numărul de caractere de secțiunea III. 1.2) capacitatea economică și financiară din portalul SEAP, nu au permis autorităților contractante să expună în totalitate, o cerință de calificare și modalitatea de îndeplinire a acesteia, și au găsit ca modalitate de rezolvare a cerinței, fie prin încărcarea unui alt document în care să fie dezvoltate acele informații/cerințe, fie prin dezvoltarea acelor informații/cerințe și la nivelul caietului de sarcini.

Ori, în speța de față, autoritatea contractantă ....., nu a prevăzut deloc în fișa de date/anunțul de participare o cerință de calificare privind "cifra de afaceri medie", pe care mai apoi să o dezvolte/detalieze într-un alt document cum ar fi cel cu denumirea "(CN1061625/00007] instrucțiuni pentru ofertanți- achiziție IT.pdf-semnat.p7m"

În această situație, o respingere în temeiul unei clauze nescrise constituie o abatere de la legislația din domeniul achizițiilor publice.

Arată că, principiul transparenței prevăzut la art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016 cât și prevederile art. 20 alin 2 din HG 395/2016 incubă autorității contractante sarcina de a realiza o documentație de atribuire în conformitate cu prevederile legale, și de a prevedea în fișa de date/anunțul de participare orice cerință de calificare.

Instrucțiunile pentru ofertanți, la care se face trimitere în solicitarea de clarificări, eventual puteau conține detalieri ale cerințelor de calificare, dacă aceste informații nu încăpeau în fișa de date, dar nu pot conține cerințe suplimentare decât cele indicate în fișa de date.

În concluzie, dacă autoritatea contractantă chiar dorea să includă acest criteriu de calificare, atunci ea, putea include în fișa de date/anunțul de participare această cerință, și atunci am fi luat și noi la cunoștință despre ea, putând participa cu un terț tehnic susținător, care să îi îndeplinească această cerință.

Având în vedere că această cerință de calificare a fost solicitată în mod netransparent, în alt document decât fișa de date/anunțul de participare, a condus la posibila vătămare a intereselor sale, prin eventuala respingere a ofertei sale, în baza unor clauze nescrise.

Concluzionează în sensul că, autoritatea contractantă a transmis adresa nr. 1979 din 24.01.2024 (la lot 1) și adresa nr. 1984 din 24.01.2024 (la lot 2) prin care i se solicita îndeplinirea unei cerințe de calificare (cifra medie de afaceri) în baza unor prevederi care nu se regăsesc în fișa de date/anunțul de participare simplificat.

Legislația în domeniul achizițiilor a impus ca obligație autorităților contractante, prin interpretarea *per a contrario* a art. 30 alin (6) din HG nr. 395/2016, în baza principiului transparenței, ca, criteriile de calificare

și criteriile de selecție să se regăsească obligatoriu în anunțul de participare/simplificat/de concurs, cu sancțiunea clar indicată, ca în cazul nerespectării acestei obligații, acele criterii de calificare și de selecție să fie considerate ca fiind niște *„clauze nescrise".*

SC ..... SRL a constituit cauțiunea în sumă de 395.659,56 lei, conform art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 209946983/1 din data de 09.02.2024, eliberată de CEC BANK SA - Sucursala Piața Alba Iulia.

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

..... a inițiat o licitație deschisă în vederea atribuirii contractului având ca obiect «Achiziția de echipamente digitale a laboratoarelor de informatică, a sălilor de clasă, a cabinetelor didactice școlare, cabinetelor de asistență psihopedagogică și atelierelor de practică, aferente obiectivului cu titlul: ”Dotarea cu mobilier, materiale didactice și echipamente digitale a unităților de învățământ preuniversitar din .....”», prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN 1061625 din 10.11.2023, valoarea estimată a contractului de furnizare fiind de 22.895.026,68 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

SC ..... SRL a depus oferta în aceasta procedura de atribuire atât pentru lotul 1, cat și pentru lotul 2.

Prin adresele nr. 1979 din 26.01.2024 și nr. 1984 din 26.01.2024, autoritatea contractanta a solicitat SC ..... SRL, referitor la cerințele de calificare pentru ambele loturi, sa transmită valoarea medie a cifrei de afaceri generale a societății pe ultimii 3 ani financiari, în contextul în care, în cadrul Instrucțiunilor pentru ofertanți, cap. III.1.2), s-a solicitat îndeplinirea cerinței de calificare vizând valoarea medie a cifrei de afaceri generale a ofertantului, iar în DUAE-ul prezentat, SC ..... SRL a răspuns cu „DA” la „Indicația globala pentru toate criteriile de selecție”.

Împotriva adreselor nr. 1979 din 26.01.2024 și nr. 1984 din 26.01.2024 primite de la autoritatea contractanta, SC ..... SRL a formulat contestația în analiza, solicitând urmatoarele:

- anularea solicitării de clarificări transmisă prin adresa cu nr. 1979 din „24.01.2024” și a tuturor documentelor subsecvente ca netemeinice și nelegale;

- anularea solicitării de clarificări transmisă prin adresa cu nr. 1984 din „24.01.2024” și a tuturor documentelor subsecvente ca netemeinice și nelegale.

Verificând, prin prisma celor reclamate de contestatoare și raportat la conținutul documentației de atribuire, legalitatea celor doua solicitări pe care autoritatea contractanta le-a adresat SC ..... SRL prin actele atacate, Consiliul constată că, potrivit textului regăsit în cele doua adrese, demersul achizitoarei a fost determinat de doua aspecte: pe de o parte, cerința regăsită în secțiunea documentației de atribuire denumita „Instrucțiuni pentru ofertanți”, iar pe de alta parte, mențiunea „DA” pe

care ofertanta a înscris-o în DUAE corespunzător „Indicație globala pentru toate criteriile de selecție”.

Analizând prima dintre premisele care au determinat autoritatea contractanta sa solicite SC ..... SRL sa prezinte valoarea medie a cifrei de afaceri generale a societății pe ultimii 3 ani financiari, pentru ambele loturi la care a depus oferta, respectiv cerința regăsită în „Instrucțiuni pentru ofertanți”, Consiliul constata ca în anunțul de participare publicat în SEAP, la secțiunea III „Informații juridice, economice, financiare și tehnice”, subsecțiunea III.1) „Condiții de participare”, punctul III.1.2) „Situația economica și financiara” este înscris semnul „-”. Aceeași situație se regăsește și în fisa de date a achiziţiei.

Însă, atât în „Strategia de contractare”, cat și în „Instrucțiuni pentru ofertanți”, în categoria criteriilor de calificare se regăsește și cerința de demonstrare a valorii medii a cifrei de afaceri generale a societății pe ultimii 3 ani financiari, pentru ambele loturi.

În acest punct al analizei sale, Consiliul notează că, potrivit dispozițiilor art. 181 din Legea nr. 98/2016, *„Criteriile privind capacitatea și cerinţele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunţul de participare.”*, iar conform art. 30 alin. (4) din HG nr. 395/2016, *„Criteriile de calificare și criteriile de selecţie stabilite de autoritatea contractantă sunt incluse în anunţul de participare/simplificat/de concurs.”*

Prin urmare, se stabilește că, potrivit legii, părțile implicate în procedura de achiziție publică vor avea în vedere criteriile de calificare, așa cum ele apar expuse în anunțul de participare, cu prioritate, independent de restul informațiilor conținute în documentația de atribuire. Este evident că, de dorit, este ca autoritatea contractantă să preia cerințele de calificare, așa cum apar ele publicate în anunțul de participare, în orice altă secțiune a documentației de atribuire, legal dedicată calificării, însă în cazul în care lucrurile nu se întâmplă în acest mod, se aplică prioritar conținutul anunțului de participare. În acest sens sunt și prevederile art. 20 alin. (7) din HG nr. 395/2016, conform cărora *„În cazul în care există discrepanţe între informaţiile prevăzute în DUAE şi cele prevăzute în anunţul de participare/simplificat/de concurs, prevalează informaţiile din anunţ, DUAE urmând a fi revizuit corespunzător.”*

Concluzia este susținută și de prevederile art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016 care stabilesc că *„Criteriile de calificare şi criteriile de selecţie care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentaţia descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunţul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise.”*

Așa cum se menționa mai înainte, autoritatea contractantă a inserat informații privind calificarea, din punctul de vedere al indicatorului economic, în secțiunea documentației de atribuire dedicată instrucțiunilor

pentru ofertanți, fără ca o astfel de cerință sa se regăsească și în anunțul de participare.

În acest punct al analizei sale, Consiliul reține că, raportat la rolul instrucțiunilor pentru ofertanți stabilit prin art. 20 alin. (3) din HG nr. 395/2016 *(„Instrucţiunile către ofertanţi/candidaţi prevăzute la alin. (1) lit. a) conţin detaliile referitoare la formalităţile ce trebuie îndeplinite în legătură cu procedura de atribuire în cauză, modul în care operatorii economici trebuie să structureze informaţiile ce urmează a fi prezentate pentru a răspunde cerinţelor din anunţul de participare/simplificat/de concurs, respectiv detalii procedurale cum ar fi precizări privind garanţiile solicitate, modul în care trebuie întocmite și structurate propunerea tehnică și cea financiară, criteriul de atribuire ce urmează a fi aplicat, precum și termenele procedurale ce trebuie respectate și căile de atac ce pot fi utilizate. Toate aceste informaţii constituie bază pentru generarea automată de către SEAP a anunţului de participare/simplificat/de concurs.”),* în această secțiune a documentației de atribuire nu era necesar să se regăsească cerințe de calificare, acestea, conform legii, trebuind să fie înscrise în anunțul de participare.

Consiliul stabilește că, având în vedere caracterul prioritar al informațiilor existente în anunțul de participare, evaluarea ofertelor contestatoarei, depuse pentru loturile 1 și 2, trebuia realizată raportat la acestea, context în care se evidențiat caracterul nelegal al solicitărilor transmise de achizitoare către SC ..... SRL prin actele contestate.

Consiliul notează ca nu poate fi imputată societății contestatoare inconsecventa autorităţii contractante în elaborarea documentelor achiziţiei, dispoziția legala reglementând explicit prioritatea informațiilor din anunțul de participare în ceea ce privește cerințele de calificare.

Întrucât situația analizată este datorată culpei achizitoarei, care a inserat în documentația de atribuire informații diferite referitoare la condițiile impuse indicatorului economic, Consiliul stabilește că este necesar ca autoritatea contractantă să evalueze ofertele primite exclusiv raportat la informațiile din anunțul de participare.

În ceea ce privește faptul ca SC ..... SRL a înscris în DUAE mențiunea „DA” corespunzător „Indicație globala pentru toate criteriile de selecție”, Consiliul constata, pe de o parte, ca o astfel de mențiune nu este de natura sa înfrângă caracterul obligatoriu al dispozițiilor legale citate, care reglementează expres faptul ca criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunţul de participare. Pe de alta parte, Consiliul retine ca procedura de atribuire prezenta este o licitație deschisa ce nu presupune o prima etapa de selectie a candidaților, aceasta din urma fiind proprie procedurii de atribuire denumita licitație restrânsă. În consecință, mențiunea societății contestatoare din DUAE, referitoare la criteriile de selecție nu are nicio valoare în contextul procedurii prezente.

Mai mult, Consiliul reiterează dispozițiile art. 20 alin. (7) din HG nr. 395/2016, conform cărora *„În cazul în care există discrepanţe între*

informaţiile prevăzute în DUAE şi cele prevăzute în anunţul de participare/simplificat/de concurs, prevalează informaţiile din anunţ, DUAE urmând a fi revizuit corespunzător."

În consecință, conduita de urmat pentru autoritatea contractanta nu erau solicitările transmise prin actele atacate, ci aplicarea dispoziției art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, ce permite inclusiv clarificarea/completarea DUAE.

În apărarea actelor sale, autoritatea contractanta invoca caracterul obligatoriu al documentației de atribuire necontestata în termenul legal, însă Consiliul nu poate valida o astfel de apărare, în contextul în care lipsa contestării documentației de atribuire nu determina în mod automat caracterul ei legal. De altfel, legiuitorul a reglementat expres o situație similara cu cea regăsită în prezenta cauza atunci când a stabilit la art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016 că *„Criteriile de calificare şi criteriile de selecţie care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentaţia descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunţul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise."*

Prin urmare, faptul ca documentația de atribuire nu a fost contestata nu determina posibilitatea încălcării normelor citate și adăugarea, la cerințele de calificare din anunțul de participare, a oricăror alte cerințe de calificare regăsite în caietul de sarcini, instrucțiunile pentru ofertanți sau orice alt act ce intra în cuprinsul documentației de atribuire.

Având în vedere aspectele de fapt și de drept expuse, Consiliul stabilește nelegalitatea demersului autorităţii contractante de a cere SC ..... SRL, pentru ambele loturi, sa transmită valoarea medie a cifrei de afaceri generale a societății pe ultimii 3 ani financiari, urmarea fiind anularea adreselor nr. 1979 din 26.01.2024 și nr. 1984 din 26.01.2024.

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 achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să admită contestația depusă de SC ..... SRL și să anuleze adresele autorităţii contractante nr. 1979 din 26.01.2024 și nr. 1984 din 26.01.2024, precum și orice acte subsecvente acestora.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale, să evalueze ofertele depuse de SC ..... SRL pentru loturile 1 și 2, fără luarea în considerare a criteriului de calificare ce a făcut obiectul solicitărilor din actele anulate de Consiliu.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Anulează adresele autorităţii contractante nr. 1979 din 26.01.2024 și nr. 1984 din 26.01.2024, precum și orice acte subsecvente acestora.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale, să evalueze ofertele depuse de SC ..... SRL pentru loturile 1 și 2, fără luarea în considerare a criteriului de calificare ce a făcut obiectul solicitărilor din actele anulate de Consiliu.

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

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

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

Redactată în 4 exemplare, conține 14 pagini.
Redactata practicaua deciziei..