

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 sub nr. .../..., formulată de către ..., în calitate de lider al Asocierii ... – ... – ..., cu sediul în municipiul ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI ..., reprezentată legal prin ..., în calitate de administrator, și convențional de Cabinet de Avocat ..., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în municipiul ..., împotriva tuturor documentelor care au stat la baza emiterii deciziei de declarare a ofertei contestatoarei ca neconformă și inacceptabilă, a actelor subsecvente, a raportului procedurii nr. 708L/19.01.2022 și adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 2812/19.01.2022, documente emise de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată, derulată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „*PROIECTARE - FAZA ADAPTARE LA AMPLASAMENT, EXECUȚIE LUCRĂRI ȘI ASISTENȚĂ TEHNICĂ DIN PARTEA PROIECTANTULUI PENTRU OBIECTIVUL DE INVESTIȚII: „CONSTRUIRE SALĂ DE EDUCAȚIE FIZICĂ ȘCOLARĂ ÎN COMUNA ..., SAT ... PUNCTUL «ȘCOALA CU CLASELE I-VIII ...» JUDEȚUL ...*”, cod CPV 45200000-9 – Lucrări de construcții complete sau parțiale și lucrări publice (Rev.2), anunț de participare simplificat .../..., s-au solicitat Consiliului următoarele:

„(1) Admiterea Contestației formulată de subscrisa raportat la motivele pe care le vom dezvolta în continuare în cuprinsul prezentei; și, pe cale de consecință,

(2) Anularea deciziei autorității contractante privind declararea ofertei subscrisei ca neconformă și inacceptabilă;

(3) Anularea în parte a tuturor actelor care au stat la baza acestor decizii și a tuturor actelor subsecvente, inclusiv a Raportului procedurii nr. 708L/19.01.2022 și a adresei nr. 2812/19.01.2022 prin care ne-a fost comunicat rezultatul procedurii;

(4) Obligarea autorității contractante la reluarea procedurii prin reevaluarea ofertei subscrisei de la etapa verificării documentelor-suport/dovezilor pentru demonstrarea informațiilor din DUAE;”.

De asemenea, în temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, s-a solicitat accesul la dosarul constituit în cadrul Consiliului.

Prin cererea de intervenție nr. T43/04.02.2022, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. .../..., formulată de către ..., în calitate de lider al Asocierii ... & ..., cu sediul în municipiul ..., și sediu procesual ales pentru comunicarea actelor de procedură în municipiul ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI ..., reprezentată legal prin administrator ..., în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, s-a solicitat Consiliului, în principal, încuviințarea cererii de intervenție în interes propriu și, în subsidiar, în interesul autorității contractante, precum și respingerea ca nefondată a contestației.

În luarea deciziei asupra
cauzei de față,

Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. .../..., ..., în calitate de lider al Asocierii ... – ... – ... critică toate documentele care au stat la baza emiterii deciziei de declarare a ofertei acesteia ca neconformă și inacceptabilă, actele subsecvente, raportul procedurii nr. 708L/ 19.01.2022, precum și adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 2812/19.01.2022, documente emise de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată, derulată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect „*PROIECTARE - FAZA ADAPTARE LA AMPLASAMENT, EXECUȚIE LUCRĂRI ȘI ASISTENȚĂ TEHNICĂ DIN PARTEA PROIECTANTULUI PENTRU OBIECTIVUL DE INVESTIȚII: „CONSTRUIRE SALĂ DE EDUCAȚIE FIZICĂ ȘCOLARĂ ÎN COMUNA ..., SAT ... PUNCTUL «ȘCOALA CU CLASELE I-VIII ...» JUDEȚUL ...*”, s-au solicitat Consiliului cele redată în partea introductivă.

Descriind situația de fapt, asocierea contestatoare susține că a depus ofertă cu respectarea integrală a cerințelor stabilite de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, însă, clasându-se pe primul loc, autoritatea contractantă i-a solicitat prin adresa nr. 13832L/ 20.12.2021 să prezinte documentele-suport/dovezi actualizate pentru demonstrarea îndeplinirii tuturor criteriilor de calificare în conformitate cu informațiile prezentate în DUAE, dar și dovada modului în care se va îndeplini cerința prevăzută în caietul de sarcini, la pagina 32: „*Ofertantul clasat pe locul I trebuie să demonstreze că la momentul solicitării documentelor suport DUAE va avea acces sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, depozite bancare, linii de credit confirmate de bănci ori alte resurse financiare, în original, suficiente pentru a realiza un cash flow de execuție a lucrării de minim 688.309,54 lei fără TVA, suficient pentru desfășurarea activităților, sumă care va fi destinată*

exclusiv îndeplinirii viitorului contract pentru o perioadă de 2 luni de la data semnării acestuia cu autoritatea contractantă, independent de alte angajamente contractuale ale operatorului economic”.

Drept răspuns, precizează că a transmis documentele-suport și dovezile solicitate, iar, în ceea ce privește demonstrarea accesului la resursele financiare necesare asigurării cash-flow-ului pentru îndeplinirea contractului pentru o perioadă de 2 luni de la data încheierii acestuia, a anexat răspunsului la solicitarea de clarificări, scrisoarea de confirmare a disponibilităților de resurse financiare nr. UNIT12202100999/22.12.2021, emisă de ..., prin care a fost confirmat faptul că Asocierea ... - ... - ... are la dispoziție o linie de credit în cuantum de 688.309,54 Lei (fără TVA) pentru o perioadă de două (2) luni de la data semnării contractului de achiziție publică cu autoritatea contractantă.

Cu toate acestea, arată asocierea contestatoare, prin adresa nr. 2812/19.01.2022, autoritatea contractantă i-a transmis acesteia comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire prin care i-a adus la cunoștință că oferta sa a fost respinsă ca fiind neconformă și inacceptabilă întrucât nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, iar clarificările/completările transmise nu sunt concludente.

Redând motivele invocate de către ... în luarea deciziei anterior menționate, asocierea contestatoare susține că drepturile și interesele legitime i-au fost grav vătămate, astfel că a inițiat demersul în cauză.

Expunându-și motivele proprii privind nelegalitatea și netemeinicia deciziei autorității contractante privind respingerea ca neconformă și inacceptabilă a ofertei sale, contestatoarea susține că decizia organizatoarei procedurii este nejustificată și nelegală întrucât, potrivit dispozițiilor art. 30 alin. (4) și (6) din anexa la HG nr. 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 clauze nescrise.

Astfel, redând dispozițiile legale la care face trimitere, împreună cu solicitarea de la pag. 32 din capitolul 12 al caietului de sarcini - *Prezentarea propunerii financiare („Ofertantul clasat pe locul I trebuie să demonstreze că la momentul solicitării documentelor suport DUAE va avea acces sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, depozite bancare, linii de credit confirmate de bănci ori alte resurse financiare, în original, suficiente pentru a realiza un cash flow de execuție a lucrării de minim 688.309,54 lei fără TVA, suficient pentru desfășurarea activităților, sumă care va fi destinată exclusiv îndeplinirii viitorului contract pentru o perioadă de 2 luni de la data semnării acestuia cu autoritatea contractantă, independent de alte angajamente contractuale ale operatorului economic.”)*, dar și dispozițiile art. 29 alin. (1) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, asocierea

contestatoare susține că cerința autorității contractante reprezintă un veritabil criteriu de calificare care, pentru a produce efecte, ar fi trebuit să fie menționat în mod explicit în anunțul de participare/fișa de date a achiziției, iar nu în caietul de sarcini, astfel cum în mod greșit a procedat

....

Astfel, în opinia contestatoarei, în conformitate cu dispozițiile art. 30 alin. (6) din anexa la H.G. nr. 395/2016, mențiunea din caietul de sarcini privind demonstrarea accesului la resursele financiare necesare asigurării finanțării activităților din cadrul contractului pentru o perioadă de două (luni) este o clauză nescrisă care nu poate produce nici un efect și prin urmare nu poate fi folosită ca motiv pentru respingerea unei oferte.

Invocând jurisprudența C.N.S.C. cu privire la clauzele nescrise și redând prevederile art. 20 alin. (10) din anexa la H.G. nr. 395/2016, aceasta transmite că cerințele autorității contractante nu pot fi înțelese în nici un caz ca reprezentând caracteristici de natură tehnică ce permit descrierea obiectului contractului care urmează a fi atribuit, sens în care cele reținute de autoritate în adresa contestată, privind inacceptabilitatea ofertei, nu pot sta la baza respingerii acesteia.

Prin urmare, în opinia sa, stabilirea în caietul de sarcini a unor cerințe de calificare considerate clauze nescrise nu poate fi valorificată de autoritatea contractantă ca motiv de respingere, asocierea contestatoare face trimitere, în susținere, și la decizia CNSC nr. .../.../... din ... și decizia Curții de Apel Timișoara, cu nr. .../....

Aceasta concluzionează că, potrivit argumentelor prezentate, decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă și neconformă, în temeiul unei clauze nescrise, este nelegală și netemeinică. Prin raportare la cerințele stabilite în cadrul documentației de atribuire, evaluarea de către autoritatea contractantă a dovezilor prezentate în demonstrarea accesului la resursele financiare necesare asigurării finanțării activităților din cadrul contractului pentru o perioadă de două (luni) este greșită, fiind încălcat principiul transparenței prevăzut de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, aceasta subliniază că documentația de atribuire are forță obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, cât, mai ales, și pentru autoritatea contractantă, sens în care invocă și redă jurisprudența CNSC și pe cea a instanțelor naționale și europene.

În acest context, autoarea contestației inserează, din nou, prevederile caietului de sarcini (pag. 32, cap. 12) și subliniază că din acestea rezultă că, pentru îndeplinirea cerinței referitoare la demonstrarea potențialului financiar, era suficient ca ofertantul clasat pe locul I să dovedească că are acces la resurse financiare în cuantum de 688.309,54 lei fără TVA, care să fie alocate în mod explicit și exclusiv

contractului de achiziție publică ce urma să fie atribuit în cadrul procedurii în cauză.

Contrar susținerilor autorității contractante din cuprinsul adresei nr. 2812/19.01.2022, arată asocierea contestatoare, dovada asigurării cash-flow-ului solicitat putea fi efectuată fie prin dovedirea disponibilității resurselor proprii („resurse reale”), fie prin dovedirea accesului la depozite bancare, la linii de credit confirmate de bănci, ori la „alte resurse financiare”.

Indicând, din nou, transmiterea scrisorii de confirmare a disponibilităților de resurse financiare nr. UNIT12202100999/22.12.2021, emisă de ..., scrisoare ce, în opinia sa, îndeplinea în întregime cerințele caietului de sarcini, dar și adresa autorității contractante nr. 2812/19.01.2022, prin care a fost înștiințată că oferta i-a fost respinsă ca neconformă și inacceptabilă, asocierea contestatoare arată că, în esență, motivul care a stat la baza deciziei ... a fost acela că scrisoarea mai sus menționată *„este emisă de ... IFNSA, o Instituție Financiară Nebancară și nu de către o bancă așa cum a fost solicitat prin caietul de sarcini”*.

Reiterând faptul că oferta i-a fost respinsă în mod nelegal și netemeinic, pentru o chestiune care nu a fost solicitată nici în cuprinsul fișei de date a achiziției, nici în cuprinsul caietului de sarcini, în baza unui motiv rezultat în urma reinterpretării în mod imprevizibil și nelegal a cerințelor documentației de atribuire de către comisia de evaluare, prin care aceasta a suplimentat în mod ocult cerințele de calificare în timpul evaluării, asocierea contestatoare declară că autoritatea contractantă a încălcat principiul transparenței prevăzut de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Cu privire la sintagma *„alte resurse financiare”*, aceasta transmite că în caietul de sarcini nu există vreo cerință cu privire la proveniența acestor resurse financiare astfel că, *„Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”*, ofertanții nu aveau nicio obligație în sensul obținerii accesului la resursele financiare solicitate de la un anumit tip de instituție financiară.

Așadar, în aprecierea asocierii contestatoare, considerațiile autorității contractante din cuprinsul adresei nr. 2812/19.01.2022 cu privire la regimul juridic al instituțiilor financiare bancare/nebancare sunt lipsite de relevanță pentru prezenta speță, neconstituind un motiv valid pentru respingerea ofertei sale.

Aceasta atrage atenția și asupra faptului că, acționând în acest mod, organizatoarea procedurii a acționat împotriva propriului interes de a obține cel mai bun raport calitate-preț, deturnând în mod nelegal rezultatul procedurii de atribuire în favoarea ofertantului clasat pe locul al II-lea - Asocierea ... & ..., ofertant cu un punctaj total mai scăzut și cu o propunere financiară mai ridicată cu 68.135,30 Lei fără TVA decât cea a petentei.

Considerându-și drepturile și interesele legitime grav vătămate de decizia autorității contractante și ținând cont de toate argumentele expuse, Asocierea ... - ... - ... reia solicitările din partea introductivă.

În drept, au fost invocate prevederile Legii nr. 101/2016, cele ale Legii nr. 98/2016, precum și cele ale HG nr. 395/2016, iar în probațiune au fost atașate înscrisuri.

Dovada comunicării contestației și către autoritatea contractantă a fost atașată dosarului.

Pin adresa nr. .../.../.../..., în temeiul art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul i-a solicitat contestatoarei să transmită la dosarul cauzei dovada constituirii cauțiunii în cuantumul legal de 41.908,89 lei.

Ca răspuns la solicitarea Consiliului, prin adresa nr. 236/28.01.2022, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. .../..., ... a transmis, în original, recipisa de consemnare nr. ... din ..., în valoare de 41.908,89 lei, document emis de CEC BANK, Sucursala

Documentele din dosarul achiziției publice au fost transmise de către ... cu adresa nr. 4534/31.01.2022, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. .../....

În completare, prin intermediul adresei înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../..., autoritatea contractantă transmite înscrisuri.

Prin adresa nr. 5395/03.02.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. .../..., organizatoarea procedurii transmite, de asemenea, punctul de vedere asupra contestației Asocierii ... - ... - ..., prin care solicită respingerea acesteia, ca nefondată.

Ulterior scurtei expunerii a situației de fapt, ... combate criticile asocierii contestatoare.

Astfel, referitor la critica privind nelegalitatea și netemeinicia deciziei autorității contractante privind respingerea ca neconformă și inacceptabilă a ofertei contestatoarei, organizatoarea procedurii susține că decizia sa a fost corectă, prin raportare la art. 137 alin. (3) lit. a), coroborat cu art. 134 alin. (5) din normele metodologice aprobate prin H.G. nr. 395/2016, întrucât oferta asocierii contestatoare nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, iar clarificările/completările transmise nu sunt concludente.

Redând cerința prevăzută în documentația de atribuire, aceasta arată că, după finalizarea etapei de evaluare a propunerilor financiare, comisia de evaluare a solicitat ofertantului clasat pe primul loc - Asocierea ... - ... - ... - să prezinte documentele-suport/dovezile pentru demonstrarea informațiilor prezentate în DUAE.

În urma verificărilor acestora, s-a constatat că, pentru a demonstra îndeplinirea cerinței din caietul de sarcini referitoare la cash flow, potrivit căreia *„ofertantul clasat pe locul I trebuie să demonstreze că la momentul solicitării documentelor suport DUAE va avea acces sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, depozite bancare, linii de credit confirmate de bănci ori alte resurse financiare, în original,*

suficiente pentru a realiza un cash flow de execuție a lucrării de minim 688.309,54 lei fără TVA”, ofertantul a transmis scrisoarea de confirmare a disponibilităților de resurse financiare nr. UNIT12202100999 din 22.12.2021, emisă de ... IFN SA, o instituție financiară nebancară, ci nu o bancă, așa cum s-a solicitat.

Referitor la statutul juridic al societății ... IFN SA, autoritatea contractantă menționează faptul că aceasta își desfășoară activitatea în conformitate cu prevederile Legii nr. 93/2009 privind instituțiile financiare nebancare cu modificările și completările ulterioare, arătând că, deși potrivit art. 14 din același act normativ rezultă că și acestea pot desfășura activitate de creditare, nu sunt instituții de credit, astfel cum acestea sunt definite de O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, cu modificările și completările ulterioare.

Astfel, în opinia autorității contractante, nefiind respectată cerința caietului de sarcini cu privire la demonstrarea accesului/disponibilității resurselor financiare *confirmate de bănci*, constatarea comisiei de evaluare a fost una corectă.

Pentru a sublinia distincția dintre instituțiile de credit și cele care pot acorda credite, dar care nu pot fi calificate ca instituții de credit, din cauza modului cum sunt organizate și funcționează, ... face trimitere la art. 3 din OUG nr. 99/2006, invocă dispozițiile Registrului Instituțiilor de Credit, emis de BNR, dar și prevederile punctului IV din Registrul Instituțiilor Financiare Nebancare, ce țin cont de cele statuate de art. 43 din Legea nr. 93/2009. Potrivit acestora, susține autoritatea contractantă, rezultă că instituțiile de credit bancare funcționează pe baza autorizației emise de BNR, iar instituțiile financiare nebancare sunt doar monitorizate de BNR, fără a deține autorizația menționată anterior.

Susținând că, prin exemplele menționate în cuprinsul cerinței formulate, aceasta și-a manifestat expres voința ca resursele financiare să fie confirmate de către instituții de credit (depozite bancare, linii de credit confirmate de bănci), autoritatea contractantă subliniază și faptul că cerințele documentației de atribuire, astfel cum au fost formulate, nefiind contestate de către operatorii economici participanți la procedură, au căpătat forță obligatorie, revenind astfel fiecărui ofertant obligația respectării lor.

În mod suplimentar, organizatoarea procedurii arată că notificarea ANAP din 10.01.2022 (privind acceptarea în procedurile de achiziție publică/sectorială a garanțiilor de participare/de bună execuție emise de către instituțiile financiare nebancare), din care reiese în mod clar că instrumentele de garantare prezentate de către ofertanți trebuie „să fie emise de o instituție de credit” și trebuie „să respecte condițiile de formă sau de fond impuse de legislația specifică în domeniul financiar bancar (...)”, potrivit căroră, „pentru ca o entitate să fie considerată instituții de credit, potrivit opiniei emise de către Banca Națională a României (...) instituțiile financiare nebancare nu sunt instituții de credit”, susține

neacceptarea în cadrul unei proceduri de atribuire a unui instrument de garantare emis de către o instituții financiară nebanară.

Raportându-se la aspectele semnalate, autoritatea contractantă apreciază că *„în mod corect oferta Asocierii ... a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă în baza dispozițiilor art. 134 alin. (5), coroborate cu dispozițiile art. 137 alin. (3) din Normele Metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare”*.

În drept au fost invocate dispozițiile Legii nr. 98/2016, ale Normelor Metodologice aprobate prin H.G. nr. 395/2016, precum și ale Legii nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Dovada comunicării punctului de vedere către contestatoare a fost atașată.

Prin adresa nr. T43/04.02.2022, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. .../..., ..., în calitate de lider al Asocierii ... & ..., transmite cerere de intervenție voluntară solicitând prin aceasta în principal, încuviințarea cererii de intervenție în interes propriu și, în subsidiar, în interesul autorității contractante, precum și respingerea ca nefondată a contestației ce face obiectul dosarului în cauză.

Arătând că, în calitate de ofertantă declarată câștigătoare a procedurii justifică un interes născut, direct, legitim și actual în promovarea cererii sale, intervenienta prezintă argumente prin care evidențiază caracterul nefondat al contestației formulată de Asocierea ... – ... – ..., după cum urmează.

Prezentând, de asemenea, un scurt istoric al procedurii de atribuire în cauză, intervenienta subliniază faptul că, din moment ce documentația de atribuire nu a fost contestată, a dobândit forță obligatorie pentru toate părțile implicate în procedură, iar fiecare participant la aceasta are îndatorirea de a se conforma și de a demonstra autorității contractante îndeplinirea integrală a cerințelor consemnate în caietul de sarcini, întocmit pentru atribuirea contractului de achiziție publică. Astfel, în opinia sa, demersul asocierii contestatoare este nejustificat.

După redarea cerinței prevăzută în caietul sarcini, conform căreia *„ofertantul clasat pe locul I trebuie să demonstreze că la momentul solicitării documentelor suport DUAЕ va avea acces sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, depozite bancare, linii de credit confirmate de bănci ori alte resurse financiare, în original, suficiente pentru a realiza un cash flow de execuție a lucrării de minim 688.309,54 lei fără TVA”*, intervenienta susține că obligațiile ofertantului poziționat pe primul loc sunt clare, nevoia și cerința autorității contractante fiind ca toate resursele financiare, liniile de credit, depozitele și resursele negrevate de datorii să fie confirmate de unități bancare și nicidecum de alte instituții de credit nebanare.

Referitor la expresia „alte resurse financiare”, utilizată de autoritatea contractantă în cerința mai sus menționată, intervenienta

susține că aceasta se referă la necesitatea ca resursele să fie confirmate de unități bancare sau să provină de la unități bancare, căci în situația în care organizatoarea procedurii ar fi dorit/acceptat ca aceste resurse să fie confirmate și de alte instituții de credit, ar fi precizat expres în cuprinsul caietului de sarcini.

Considerând că scrisoarea de confirmare a disponibilităților de resurse financiare nr. UNIT12202100999 din 22.12.2021, emisă de ... IFN SA (IFN), prezentată de asocierea contestatoare, a dus la respingerea, în mod corect, a ofertei acesteia de către comisia de evaluare, intervenienta arată că instituțiile financiare nebancare au un statut distinct și special reglementat. În acest sens, subliniază faptul că acestea nu sunt instituții de credit, astfel cum sunt definite de OUG nr. 99/2006, și, pentru a evidenția diferența dintre instituțiile de credit și cele care intermediază activitatea de creditare, aceasta face trimitere la dispozițiile art. 3 din OUG nr. 99/2006, la Registrul Instituțiilor de Credit emis de BNR (conform căruia instituțiile de credit reprezintă persoane juridice române, care se pot constitui și pot funcționa numai pe baza autorizației emise de BNR conform dispozițiilor art. 32 alin. (1) coroborat cu art. 164 alin. (1) din OUG nr. 99/2006), dar și la prevederile punctului IV din Registrul Instituțiilor Financiare Nebancare.

Conform dispozițiilor legale invocate, precizează intervenienta, instituțiile de credit funcționează pe baza autorizației emise de BNR, iar instituțiile financiare nebancare sunt monitorizate de BNR.

Prin urmare, analizând prevederile caietului de sarcini cu privire la demonstrarea resurselor financiare, rezultă, în opinia sa, că decizia autorității contractante de a exclude din procedură oferta asocierii contestatoare pentru neîndeplinirea cerinței în cauză, este legală și corect întemeiată pe dispozițiile menționate anterior.

Cu privire la ipoteza unor presupuse „clauze nescrise” la care asocierea contestatoare face referire, intervenienta este de părere că aceasta nu poate fi primită întrucât petenta a ales să răspundă solicitărilor de clarificări adresate de autoritatea contractantă, dându-le curs. În situația în care ar fi apreciat că prin solicitarea de clarificare i se produce o vătămare, asocierea contestatoare ar fi avut la îndemână mijloacele procesuale adecvate pentru protejarea intereselor sale și sesizarea organismelor competente să gestioneze o asemenea situație.

Arătând că nu este vorba despre un criteriu de calificare și selecție, iar cerința autorității contractante vizează o condiție prealabilă și necesară încheierii contractului de achiziție publică, prezentarea confirmării existenței resurselor financiar-bancare reprezentând mai degrabă o formalitate preliminară și nicidecum un aspect care ar fi putut influența activitatea de evaluare și stabilire a clasamentului în cadrul prezentei proceduri, intervenienta susține că nu pot fi incidente dispozițiile art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

Subliniind faptul că cerința privind confirmarea resurselor financiare care pot asigura fluxul de numerar nu este asimilată unor criterii de calificare și selecție, deoarece aceasta nu a fost inclusă în mecanismul de acordare a punctajului și de întocmire a clasamentului, aceasta susține că întreaga contestație este eronat concepută și complet nejustificată, în contextul în care prezentarea documentelor/confirmărilor bancare și confirmarea existenței resurselor financiare de către o unitate bancară, reprezintă în realitate, o formalitate prealabilă adjudecării și semnării contractului de achiziție publică.

Cu alte cuvinte, ofertanta declarată câștigătoare susține că prezentarea unor asemenea înscrisuri nu ar fi influențat punctajele care oricum erau acordate și consemnate în clasament, astfel că este cât se poate de clar că nu poate fi vorba despre clauze nescrise, iar contestația este vădit nefondată și din această perspectivă.

Astfel, față de toate aspectele prezentate, Asocieria ... & ... solicită respingerea contestației ca nefondată.

În drept, asocierea declarată câștigătoare își întemeiază cererea de intervenție pe dispozițiile invocate în cuprinsul acesteia și regăsite în Legea nr. 98/2016, Normele Metodologice de aplicare a Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, aprobate prin H.G. nr. 394/2016, precum și în Legea nr. 101/2016.

Dovada comunicării cererii de intervenție către autoritatea contractantă și către asocierea contestatoare a fost atașată.

Prin adresa nr. .../.../.../..., Consiliul a transmis către ... invitația de studiere a dosarului cauzei, dând curs, astfel, cererii formulate în acest sens în cuprinsul contestației. Drept urmare, în data de 14.02.2022, împuternicitul asocierii contestatoare s-a prezentat la sediul C.N.S.C., a studiat dosarul și nu a solicitat fotocopii ale documentelor.

Față de punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă, de cererea de intervenție a Asocierii ... & ... și în urma studierii dosarului aflat pe rolul Consiliului, asocierea contestatoare transmite concluzii scrise, document înregistrat la CNSC cu nr. .../..., prin intermediul căruia solicită respingerea cererii de intervenție și reia capetele de cerere din contestație.

Reluând argumentele promovate în cuprinsul contestației sale, asocierea contestatoare adaugă și faptul că, astfel cum reiese din dosarul achiziției, autoritatea contractantă nu a manifestat același nivel de exigentă în evaluarea înscrisului prezentat de Asocieria ... & ... în vederea dovedirii deținerii cash-flow-ului solicitat prin caietul de sarcini, cu cel manifestat în cazul său, încălcând principiile nediscriminării și tratamentului egal, prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, arată aceasta, documentul doveditor prezentat de către asocierea declarată câștigătoare în data de 05.01.2022 este un extras de cont aferent unui cont curent, iar nu unui depozit bancar (așa cum a solicitat autoritatea contractantă) și din care nu rezultă dacă sumele

respective sunt grevate sau nu de datorii, nefiind prezentată dovada deținerii unei linii de credit confirmată de banca intervenientei.

Contestatoarea menționează că în măsura în care autoritatea contractantă ar fi considerat că informațiile referitoare la asigurarea cash-flow-ului, cuprinse în documentele-suport prezentate, nu ar fi fost corelate cu cele din DUAE sau cu cerințele caietului de sarcini, aceasta avea obligația să efectueze toate demersurile necesare lămuririi tuturor neclarităților avute în legătură cu oferta depusă, iar nu să adopte măsuri care să conducă la vicierea rezultatului procedurii de atribuire.

Făcând trimitere la principiul proporționalității prevăzut la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia, în opinia sa, actele instituțiilor publice trebuie să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite, asocierea contestatoare invocă jurisprudența C.N.S.C. și pe cea comunitară, în spețele referitoare la acest aspect.

Considerând că dacă i s-ar fi cerut clarificări în sensul de a furniza dovezi suplimentare cu privire la deținerea cash-flow-ului solicitat, în aceleași condiții cu cele permise asocierii clasate pe locul al doilea, Asocierea - ... - ... le-ar fi putut furniza fără probleme, aceasta declară că autoritatea contractantă a acționat sub imperiul unui formalism exagerat, respingând astfel o ofertă admisibilă și conformă, care avea un preț sensibil mai avantajos (1.781.864,70 Lei fără TVA) decât cel al ofertei asocierii declarată în mod eronat câștigătoare a procedurii de atribuire (1.850.000,00 Lei fără TVA).

Apreciind că, așa cum a argumentat în cuprinsul contestației și al concluziilor scrise, drepturile și interesele legitime i-au fost grav vătămăte, asocierea contestatoare reia solicitarea de admitere a contestației, cu consecința anulării deciziei autorității contractante privind declararea ofertei sale ca neconformă și inacceptabilă, a actelor ce au stat la baza acestei decizii, precum și a celor subsecvente deciziei, inclusiv, dar fără a se limita la raportul procedurii nr. nr. 708L/19.01.2022 și a adresei nr. 2812/19.01.2022, prin care i-a fost comunicat rezultatul procedurii, dar și pe cea de obligare a autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei de la etapa verificării documentelor-suport/dovezilor pentru demonstrarea informațiilor din DUAE.

Dovada comunicării documentului către autoritatea contractantă și către intervenientă a fost atașată.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. .../..., contestatoarea a comunicat fișa de date a achiziției și caietul de sarcini.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr. .../..., autoritatea contractantă a comunicat fișa de date a achiziției și caietul de sarcini.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul reține următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, derulată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „PROIECTARE - FAZA ADAPTARE LA AMPLASAMENT, EXECUȚIE LUCRĂRI ȘI ASISTENȚĂ TEHNICĂ DIN PARTEA PROIECTANTULUI PENTRU OBIECTIVUL DE INVESTIȚII: „CONSTRUIRE SALĂ DE EDUCAȚIE FIZICĂ ȘCOLARĂ ÎN COMUNA ..., SAT ... PUNCTUL «ȘCOALA CU CLASELE I-VIII ...» JUDEȚUL ...”, cod CPV 45200000-9 – Lucrări de construcții complete sau parțiale și lucrări publice (Rev.2), publicând, în S.E.A.P., anunțul de participare simplificat .../..., în anexa căruia a fost publicată și documentația de atribuire.

La pct. II.2.5) din cadrul anunțului de participare, autoritatea contractantă a menționat că va utiliza criteriul de atribuire *“cel mai bun raport calitate-preț”*, iar la pct. II.1.5) din cadrul aceluiași document, a precizat că valoarea estimată aferentă, fără TVA, este de 2.095.444,70 lei.

Conform raportului procedurii nr. 708L/19.01.2022, în cadrul procedurii de atribuire au fost depuse 4 oferte, de către următorii operatori economici: Asocieria ... & ..., Asocieria ... SRL – ... SRL, Asocieria ... – ... – ... și Asocieria ... SRL – ... SRL.

Conform aceluiași document, în etapa de evaluare a propunerilor tehnice, doar ofertele a 3 dintre asocierile participante au fost declarate admise, și anume: Asocieria ... & ..., Asocieria ... – ... – ... și Asocieria ... SRL – ... SRL.

În urma evaluării propunerii financiare au fost declarate admisibile aceleași 3 oferte, iar după aplicarea criteriului de atribuire și a algoritmului de calcul asociat clasamentul rezultat a fost: locul 1 - Asocieria ... – ... – ... (valoare ofertată: 1.781.864,70 lei); locul 2 - Asocieria ... & ... (valoare ofertată: 1.850.000,00 lei); locul 3 - Asocieria ... SRL – ... SRL (valoare ofertată: 1.977.042,72 lei).

În urma verificării documentelor suport/dovezilor solicitate prin adresa nr. 13832L/20.12.2021 asocierii clasate pe primul loc, comisia de evaluare a constatat că scrisoarea de confirmare a disponibilităților de resurse financiare nr. UNIT12202100999/22.12.2021 emisă de către ... IFN SA nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, iar clarificările/completările nu sunt concludente, motiv pentru care oferta Asocierii ... – ... – ... a fost respinsă ca neconformă și inacceptabilă, în baza art. 137 alin. (3) lit. a), coroborat cu art. 134 alin. 5.

Astfel, comisia de evaluare a solicitat Asocierii ... & ... clasată pe primul loc (după respingerea ofertantei Asocieria ... – ... – ...) să prezinte documentele suport/dovezile pentru demonstrarea informațiilor

prezentate în DUAЕ, iar după verificarea acestora, oferta Asocierii ... & ... a fost declarată câștigătoare.

Decizia autorității contractante a fost transmisă către Asociera ... – ... – ... prin adresa nr. 2812/19.01.2022 și, în urma luării la cunoștință a conținutului aferent, aceasta a formulat contestația din prezenta cauză solicitând cele redată în partea introductivă.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată următoarele:

Din analiza contestației, Consiliul reține că nemulțumirea contestatoarei vizează modul în care autoritatea contractantă a respins oferta sa ca fiind inacceptabilă și neconformă, invocând incidența art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

În conținutul adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 2812/19.01.2022 se menționează că oferta contestatoarei a fost respinsă *„ca neconformă și inacceptabilă în baza Art. 137 alin. (3) lit. a) coroborat cu Art. 134 alin. (5) din Normele metodologice aprobate prin H.G. 395/2016(...) deoarece oferta nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini iar clarificările/completările transmise nu sunt concludente”*; motivul invocat de către autoritatea contractantă, în luare acestei decizii, se referă la faptul că ..., clasat pe locul 1, trebuia *„să demonstreze că la momentul solicitării documentelor suport DUAЕ va avea acces sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, depozite bancare, linii de credit confirmate de bănci ori alte resurse financiare, în original, suficiente pentru a realiza un cash flow de execuție a lucrării de minim 688.309,54 lei fără TVA (...)”*.

Totodată, în soluționarea cauzei, Consiliul are în vedere faptul că societatea ..., a cărui ofertă s-a clasat pe locul al doilea (conform raportului procedurii nr. 708 L/19.01.2022), a înaintat *cerere de intervenție voluntară*, ca urmare a contestației aparținând ..., demers ce a fost încunostiințat părților interesate (potrivit dovezilor aflate la dosarul cauzei).

Prealabil aprecierii asupra admisibilității ei în principiu, Consiliul ia act de faptul că autoarea cererii de intervenție sprijină apărările autorității contractante, în sensul menținerii deciziei de respingere ca inacceptabilă și neconformă a ofertei ..., întrucât, în acest caz, oferta sa poate să se claseze pe locul 1 și să-i fie adjudecat contractul de achiziție publică în cauză.

În consecință, cererea de intervenție în discuție îmbracă elementele unei cereri formulate în condițiile precizate la art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016: *„Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii [nr. 134/2010](#) privind [Codul de procedură civilă](#),*

republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. (...).”

Prin urmare, în temeiul art. 61 alin. (3), art. 63 și art. 64 din Codul de procedură civilă, Consiliul va admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de această societate și urmează a fi cercetată odată cu solicitările contestatoarei.

În ceea ce privește critica asocierii contestatoare, referitoare la existența clauzelor nescrise, conform art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, Consiliul reține că potrivit Caietului de sarcini – Obiectivul de investiții „Sala de educație fizică școlară (...)”, publicat în SEAP, la cap. 12 – *Prezentarea propunerii financiare*, autoritatea contractantă a specificat printre altele: „Ofertantul clasat pe locul I trebuie să demonstreze că la momentul solicitării documentelor suport DUAЕ va avea acces sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, depozite bancare, linii de credit confirmate de bănci ori alte resurse financiare, în original, suficiente pentru a realiza un cash flow de execuție a lucrării de minim 688.309,54 lei fără TVA, suficient pentru desfășurarea activităților, sumă care va fi destinată exclusiv îndeplinirii viitorului contract pentru o perioadă de 2 luni de la data semnării acestuia cu autoritatea contractantă, independent de alte angajamente contractuale ale operatorului economic”.

Dispozițiile art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016, stabilesc următoarele: „Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, **specificatii tehnice** care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante”, iar art. 3 alin. (1) lit. rr) din Legea nr. 98/2016 definește specificațiile tehnice ca fiind: „cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, într-o manieră corespunzătoare îndeplinirii necesității autorității contractante”.

De asemenea, relevante sunt și următoarele dispoziții legale:

- art. 3 alin. (1) lit. s) din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră: „DUAЕ - documentul unic de achiziții european furnizat în format electronic prin utilizarea formatului standard stabilit de Comisia Europeană, constând în declarația pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea **criteriilor de calificare și selecție**”;

- art. 193 alin. (1) din același act normativ, respectiv: „Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAЕ, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:

a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la [art. 164](#), [165](#) și [167](#);

b) îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă;

c) dacă este cazul, îndeplinește criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi”;

- art. 175 alin. (1) și (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016:

„(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a stabili prin documentația de atribuire cerințe privind situația economică și financiară care sunt necesare și adecvate pentru a se asigura că operatorii economici dispun de capacitatea economică și financiară necesară pentru a executa contractul de achiziție publică/acordul-cadru și pentru a fi protejată față de un eventual risc de neîndeplinire corespunzătoare a contractului.

(2) Cerințele privind situația economică și financiară stabilite de autoritatea contractantă pot viza elemente cum ar fi: (...);

b) anumite niveluri ale altor indicatori economico-financiarari relevanți, precum nivelul de lichiditate anuală”;

- art. 181 din lege: „Criteriile privind capacitatea și cerințele minime solicitate pentru îndeplinirea acestora, împreună cu mijloacele de probă corespunzătoare, sunt prevăzute în anunțul de participare.”

Având în vedere cele prezentate anterior, Consiliul constată că cerința (criticată) din caietul de sarcini, citată mai sus, reprezintă un criteriu de calificare, motiv pentru care ar fi trebuit să se regăsească în fișa de date a achiziției și nu în caietul de sarcini, întrucât, raportat la normele legale menționate anterior, apare ca fiind evident faptul că, orice altă cerință/criteriu (care nu are corespondent tehnic), inclus/ă în caietul de sarcini va fi „considerată clauză nescrisă”, așa cum impun dispozițiile art. 30 alin. (6) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora: **„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.”**

Astfel, verificând solicitarea în discuție, prin prisma normelor legale anterior invocate, Consiliul constată că, deși aceasta se regăsește în cadrul caietului de sarcini, ea nu reprezintă vreo specificație tehnică, așa cum este definită de art. 3 alin. (1) lit. rr) din Legea nr. 98/2016 (citata mai sus), ci au natura unei cerințe de calificare, așa cum este prevăzut la art. 163 lit. b) din Legea nr. 98/2016: „Autoritatea contractantă are dreptul de a aplica în cadrul procedurii de atribuire numai criterii de calificare și selecție referitoare la: (...); b) capacitatea candidatului/ofertantului”.

Prin urmare, analiza pe fond a îndeplinirii cerinței în discuție este de prisos (inclusiv corespondența autorității contractante cu asocierea contestatoare), dat fiind că aceasta nu are nicio relevanță în desfășurarea achiziției, din cauza caracterului ei de *clauză nescrisă*.

În susținerea acestei concluzii, este și Decizia civilă definitivă nr. ... din 30 mai 2018, emisă de Curtea de Apel ..., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în conținutul căreia se precizează: *„Prin urmare, cerințele prevăzute exclusiv în caietul de sarcini, iar nu și în fișa de date a achiziției, sunt lovite de o cauză de ineficacitate și nu vor produce efecte juridice.*

Legat de acest aspect, Consiliul ține seama și de faptul că în punctul de vedere nr. 5395/02.02.2022, înregistrat la CNSC cu nr. .../ ..., autoritatea contractantă nu prezintă nicio apărare pe acest aspect, care să combată argumentele și susținerile contestatoarei.

În concluzie, față de ansamblul considerentelor expuse în paginile de mai sus, Consiliul constată că evaluarea ofertei asocierii contestatoare are la bază culpa autorității contractante, ceea ce conduce la nerespectarea prevederilor legale în vigoare, situație în care critica ... privind nelegalitatea respingerii ofertei sale apare a fi fondată; ... respingând, în mod incorect, oferta contestatoarei ca fiind inacceptabilă și neconformă în acest sens.

Față de aspectele de fapt și de drept de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) 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, pentru considerentele reținute, Consiliul va admite contestația formulată de către ..., în calitate de lider al Asocierii ... - ... - ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... și va anula raportul procedurii nr. 708 L/19.01.2022, în partea ce privește evaluarea ofertei contestatoarei, precum și actele subsecvente acestuia, inclusiv adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 2812/19.01.2022.

Va obliga autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire în cauză cu reevaluare ofertei Asocierii ... - ... - ..., conform motivării anterioare, în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

Pe cale de consecință, va respinge cererea de intervenție aparținând societății

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție nr. T43/04.02.2022, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. .../..., formulată de

către societatea ..., cu sediul în municipiul ..., în calitate de lider al Asocierii ... &

Admite contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr. .../..., formulată de către ..., cu sediul în municipiul ..., în calitate de lider al Asocierii ... – ... – ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., cu sediul în municipiul ... și anulează raportul procedurii nr. 708 L/19.01.2022, în partea ce privește evaluarea ofertei contestatoarei, precum și actele subsecvente acestuia, inclusiv adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 2812/ 19.01.2022.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire în cauză cu reevaluare ofertei Asocierii ... – ... – ..., conform motivării anterioare, în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

Pe cale de consecință, respinge cererea de intervenție înaintată de către societatea

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii, se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, conform dispozițiilor art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Președinte,

...
...

Membru,

...
...

Membru,

...
...

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține ...(...) pagini