



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ... / ... / ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 20722/27.10.2015, depusă de SC ... SRL, cu sediul în Calea Bogdăneștilor nr. 32, scara A, ap. 41, ..., județul ..., și adresa aleasă pentru comunicarea actelor de procedură la Cabinet Individual de Avocat ..., str. ... nr. 1, etaj 2, ap. 15, ..., județul ..., CUI ..., privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de servicii de asigurare a pazei patrimoniului prin patrulare și post fix pe autostrada A1, ... km 292+450 - km 369+110, coduri CPV 79713000-5 și 79715000-9, cu data de deschidere a ofertelor 26.08.2015, organizată de ..., prin..., cu sediul în ..., ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire și reevaluarea ofertelor.

În baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestația SC ... SRL nr. 20722/27.10.2015, în contradictoriu cu....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

MOTIVARE

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu amendamentele ulterioare, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SC ... SRL reclamă decizia autorității contractante de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale, în baza art. 36 alin. (1) lit. b) și art. 81 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă.

Comisia de evaluare a reținut neprezentarea certificatului de atestare fiscală privind îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale la bugetul general consolidat, precum și nerespectarea art. 11 alin. (4) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, în sensul că declarația de îndeplinire a criteriilor de calificare nu este însoțită de o anexă în care să fie menționat modul concret de îndeplinire a cerințelor de calificare și nu au fost indicate valori, cantități sau alte asemenea, că nu a fost menționat certificatul de atestare fiscală.

În ceea ce privește art. 11 alin. (4) din hotărârea Guvernului amintită, contestatoarea învederează în motivarea demersului său că a respectat aceste prevederi, din înscrierile ofertei rezultând modul concret de îndeplinire a cerințelor de calificare. Totodată, au fost indicate valori, media cifrei de afaceri globale pe ultimii 3 ani, a fost declarat contractul de experiență similară, a fost menționată valoarea experienței similare, au fost nominalizate echipamentele de care dispune, precum și persoanele responsabile cu îndeplinirea contractului. În continuare, contestatoarea citează prevederile art. 11 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006.

Potrivit art. 201 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de ofertanți pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor stabilite prin criteriile de calificare sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate. Autoritatea nu i-a solicitat clarificări ori depunerea documentelor necesare, deși avea această posibilitate.

Chiar dacă nu a transmis odată cu declarația pe proprie răspundere privind îndeplinirea cerințelor de calificare și anexa în care să se menționeze modul concret de îndeplinire a cerințelor, autoritatea avea posibilitatea de a solicita depunerea ei.

În ceea ce privește certificatul de atestare fiscală, este alăturat contestației certificatul nr. 40475/25.08.2015. Autoritatea nu i-a transmis nicio solicitare de depunere a certificatului, motiv pentru care descalficarea ofertei s-a realizat prin încălcarea dispozițiilor legale și într-un mod abuziv.

Oferta este inacceptabilă atunci când a fost depusă de un operator care nu îndeplinește una sau mai multe cerințe stabilite în documentația de atribuire, însă, în situația în care autoritatea ar fi emis o solicitare de clarificări în sensul depunerii celor două documente (cum s-a întâmplat la alte proceduri de atribuire), contestatoarea putea avea oferta câștigătoare, în condițiile în care criteriul de de atribuire a fost "*prețul cel mai scăzut*".

SC ... SRL a depus declarația pe proprie răspundere, care complinește lipsa certificatului de atestare fiscală la momentul ofertării.

Apreciază că rezultatul procedurii de atribuire reflectă încălcarea dispozițiilor legale în materie, impunându-se luarea în considerare a documentelor prezentate și desemnarea ofertei câștigătoare în conformitate cu prevederile legale și documentația de atribuire.

În punctul său de vedere nr. 111/2614/02.11.2015 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 21227/03.11.2015, autoritatea contractantă susține, în apărare, că SC ... SRL nu a prezentat certificatul de atestare fiscală privind îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale la bugetul general consolidat, astfel încât să facă dovada îndeplinirii cerinței de calificare de la cap. III.2.1.a) din fișa de date a achiziției: "*Ofertantul va prezenta: [...] b) Certificate/documente edificatoare care probează/confirma îndeplinirea cerinței de calificare și anume: [...] certificat de atestare fiscală privind îndeplinirea obligațiilor de plata a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale la bugetul general consolidat (Agenția Națională de Administrare Fiscală - Direcția Generală a Finanțelor Publice). Dovada achitării taxelor se va face prin prezentarea certificatelor fiscale din care să rezulte lipsa obligațiilor scadente la plată în luna anterioara celei în care este prevăzut termenul limită de depunere a ofertelor. Totodată, menționăm faptul că, în măsura în care procedura de emitere a acestor certificate nu permite confirmarea situației datoriiilor la data solicitată, operatorii economici pot depune o declarație pe proprie răspundere potrivit art. 11 alin. (4) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare.*"

SC ... SRL nu a respectat art. 11 alin. (4), întrucât declarația depusă în ofertă nu este însoțită de o anexă în care să fie menționat modul concret de îndeplinire a cerinței de calificare antemenționată,

respectiv nu este însoțită de o anexă în care să se menționeze pentru care document din ofertă este depusă declarația, și anume, în cazul de față, certificatul de atestare fiscală.

Potrivit art. 170 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, ofertantul trebuia să elaboreze oferta în conformitate cu documentația de atribuire.

În declarația privind îndeplinirea criteriilor de calificare, societatea doar a enumerat generic criteriile de calificare prevăzute la art. 176 din ordonanță, fără să ia în considerare faptul că, prin documentația de atribuire, nu au fost solicitate criterii de calificare referitoare la standarde de asigurare a calității și standarde de protecție a mediului.

Mai mult decât atât, în cuprinsul contestației, societatea confirmă că *"nu a transmis odată cu declarația pe proprie răspundere privind îndeplinirea cerințelor de calificare și anexa în care să se menționeze concret modul de îndeplinire a cerințelor"*. Recunoaște și că nu a prezentat certificatul de atestare fiscală. Este tardivă depunerea lui odată cu contestația, în condițiile în care toți operatorii economici participanți la procedură au respectat termenul limită de depunere a ofertelor.

Referitor la afirmațiile contestatoarei privind art. 201 alin. (1) din ordonanță, la alin. (2) se prevede că autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant. Transmiterea unei solicitări de clarificare contestatoarei ar fi condus la încălcarea principiului tratamentului egal aplicat în evaluarea ofertelor, ținând seama că toți ofertanții au dispus de același termen limită pentru întocmirea și depunerea ofertelor.

O eventuală solicitare de clarificări în baza art. 11 alin. (5) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 se impunea în condițiile în care contestatoarea ar fi menționat în cadrul declarației privind îndeplinirea criteriilor de calificare, mai exact în anexa acesteia, modul concret de îndeplinire a respectivei cerințe, inclusiv nominalizarea documentului pentru care a fost depusă declarația, respectiv certificatul de atestare fiscală, urmând ca ulterior să fie prezentate documentele probante pentru demonstrarea cerințelor minime de calificare, astfel cum au fost solicitate în fișa de date a achiziției.

Dreptul de a demonstra îndeplinirea cerințelor de calificare impuse prin fișa de date a achiziției pe baza unei declarații pe proprie răspundere este condiționat de prezentarea unei anexe corespunzător întocmită, ofertantul având obligația de a prezenta succint, dar precis, modul concret de îndeplinire a respectivelor cerințe. Or, în cazul de față, ofertantul nu s-a conformat obligațiilor

impuse de prevederile articolului mai sus evocat, în sensul că nici măcar nu a prezentat anexa la declarație.

Criteriul de atribuire "prețul cel mai scăzut" a fost aplicat numai ofertelor admisibile, conform reglementărilor în vigoare.

În plus, contrar art. 271 alin. (1) și (3) din ordonanță, contestatoarea nu a depus garanția de bună conduită.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. ..., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ..., autoritatea contractantă Compania Națională de Autostrăzi și Drumuri Naționale din România SA, prin Direcția Regională de Drumuri și Poduri ..., a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de servicii de pază prin patrulare și pază post fix pe autostrada A1, ..., pe o perioadă de 365 de zile, servicii estimate valoric la 1.536.679 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ..., alături de anunțul de participare.

La procedură s-au prezentat patru operatori economici, între care și SC ... SRL, a cărei ofertă a fost respinsă de autoritate ca inacceptabilă, rezultat împotriva căruia, pentru motivele evocate anterior, societatea a investit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării pe fond a aspectelor sesizate de reclamantă, este de cercetat efectele netransmiterii de către aceasta a dovezii constituirii garanției de bună conduită către autoritatea contractantă, în contextul în care art. 271¹ alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 dispune că garanția trebuie depusă în original la sediul autorității.

Consiliul, ulterior invocării acestei deficiențe de către organizatoare, a solicitat SC ... SRL, cu adresa nr. 11331/...-.../04.11.2015, să îi comunice dovada transmiterii sau depunerii originalului garanției de bună conduită la autoritatea contractantă, solicitare la care contestatoarea a răspuns în sensul că originalul garanției a fost anexat exemplarului contestației transmis Consiliului, motiv pentru care roagă organul administrativ-jurisdicțional să îl transmită către autoritate, urmând ca la dosarul cauzei să fie păstrată o copie.

Consiliul identifică în anexă la contestație originalul poliței de asigurare de garanție nr. 0130602/21.10.2015 emisă de SC ... - Societate de Asigurare și Reasigurare SA, reprezentând garanția de bună conduită în cuantum de 15.366,79 lei, ceea ce înseamnă că afirmația contestatoarei este veridică.

Potrivit art. 271 ind. 1 din ordonanța privind achizițiile publice:

(1) În scopul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător, contestatorul are obligația de a constitui garanția de bună conduită pentru întreaga perioadă cuprinsă între data depunerii contestației/cererii/plângerii și data rămânerii definitive a deciziei Consiliului/ hotărârii instanței de judecată de soluționare a acesteia.

(2) Contestația/Cererea/Plângerea va fi respinsă în cazul în care contestatorul nu prezintă dovada constituirii garanției prevăzute la alin. (1).

(3) Garanția de bună conduită se constituie prin virament bancar sau printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară ori de o societate de asigurări și se depune în original la sediul autorității contractante și în copie la Consiliu sau la instanța de judecată, odată cu depunerea contestației/cererii/plângerii.

[...]

Entitatea achizitoare este nemulțumită de faptul că societatea contestatoare nu i-a transmis odată cu contestația dovada constituirii garanției. Deși nu pretinde respingerea contestației din acest motiv, Consiliul este ținut să verifice dacă eroarea constatată este de natură să conducă la respingerea *ab initio* a contestației.

Legiuitorul nu a prevăzut expres sancțiunea anulării sau a respingerii contestației în cazul neregulii expuse, drept pentru care suntem în prezența unei nulități virtuale. În speță, ea nu poate opera și lipsi de efecte actul procesual al contestației întrucât nu a atras niciun prejudiciu pentru autoritatea achizitoare, neregula putând fi ușor acoperită prin remiterea originalului poliței nr. 0130602/21.10.2015, ajuns din eroare în posesia Consiliului. Chiar dacă achizitoarea nu s-a aflat în posesia originalului, el îi va fi transmis de către Consiliu, care își va păstra o copie, iar neregula sesizată va fi fără consecințe față de achizitoare. ... nu aduce vreo dovadă din care să reiasă că neprimirea originalului i-a cauzat un prejudiciu ce nu poate fi înlăturat altfel decât prin anularea contestației. Nu orice fel de încălcare atrage sancțiunea drastică a anulării actelor procedurale și, cu atât mai puțin, încălcările care pot fi ușor remediate pe parcurs.

Scopul de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător al contestatoarei, astfel cum impune 271 ind. 1 alin. (1) din ordonanță, este atins în prezenta cauză. Chiar dacă la data primirii contestației autoritatea nu era în posesia originalului garanției, la respectiva dată nu a fost pusă în situația de a îi reține contestatorului vreo garanție pentru conduita sa, iar la acest moment garanția este constituită, este validă, acoperă riscul vizat de legiuitor și este transmisă în original autorității (împreună cu prezenta decizie).

... nu a suferit nicio vătămare din cauza neprezentării la 26.10.2015 a garanției de către autoarea contestației. Indiferent de data înființării sau a aducerii garanției, dreptul autorității beneficiare de a o executa se naște abia la finalul litigiului, acesta fiind singurul moment relevant pentru autoritatea contractantă, la care ea trebuie să se afle în posesia originalului unei garanții valide și îndestulătoare.

În aceeași direcție s-au pronunțat și instanțele judecătorești, elocventă fiind decizia civilă nr. 6837 din 10 septembrie 2014 a Curții de Apel ..., Secția contencios administrativ și fiscal, în care s-a reținut:

Curtea observă că în mod corect a soluționat Consiliul excepția lipsei garanției de bună conduită, întrucât, deși dispozițiile art. 271 ind. 1 alin. (3) din ordonanță stipulează că dovada constituirii garanției se depune odată cu contestația, aceste dispoziții nu înlătură posibilitatea acoperirii prin depunerea ulterioară a dovezii menționate. Altfel spus, dispozițiile legale menționate nu instituie sancțiunea decăderii în situația neîndeplinirii într-un anumit termen, sancțiunile procedurale fiind necesare a fi prevăzute expres și nefiind posibilă o aplicare prin analogie prin alte texte legale.

Cum contestatoarea a depus dovada constituirii garanției la data de 17.07.2014, anterior pronunțării pe fondul cauzei de către Consiliu, Curtea constată că în mod corect a fost soluționată excepția menționată.

În decizia nr. 3052/CA/2014-R din 13 octombrie 2014, Curtea de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, a arătat că: Deși garanția a fost depusă la data de 19.09.2014, după data introducerii plângerii la instanță, în opinia Curții de apel, nu se impune respingerea plângerii pe considerentul că garanția nu a fost constituită la momentul depunerii cererii de chemare în judecată, deoarece voința legiuitorului a fost aceea de a crea un instrument juridic prin care autoritatea contractantă să poată fi protejată de riscul unui eventual comportament necorespunzător, și nu de a împiedica exercitarea controlului de legalitate prin soluționarea plângerii pe fond.

Încheierea din 6 noiembrie 2014, dosar nr. 6297/2/2014, pronunțată de Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, urmează aceeași direcție.

Ordonanța nu prevede nicio sancțiune în cazul în care garanția constituită la momentul depunerii contestației este prezentată autorității în original ulterior. Totodată, ordonanța interzice respingerea unei contestații neconforme fără a i se acorda contestatorului dreptul de a își corecta contestația [art. 270 alin. (2) - *în situația în care Consiliul apreciază că în contestație nu sunt cuprinse toate informațiile prevăzute la alin. (1), va cere contestatorului ca, în termen de 3 zile de la înștiințare, să completeze contestația*], text care poate fi interpretat extensiv și aplicat prin analogie.

Art. 177 alin. (1) C. proc. civ. prevede că ori de câte ori este posibilă înlăturarea vătămării fără anularea actului, judecătorul va dispune îndreptarea neregularităților actului de procedură. Conform alin. (3), actul de procedură nu va fi anulat dacă până la momentul pronunțării asupra excepției de nulitate a dispărut cauza acesteia.

Luând aminte de toate acestea, concluzia este că nimic nu împiedică organul administrativ-jurisdicțional să recurgă la înaintarea originalului poliției de garanție către autoritatea contractantă căreia îi era destinat, oprind la dosarul cauzei o copie a respectivei polițe, astfel încât să se poată trece la judecarea cauzei.

Considerentele deciziei Curții Constituționale nr. 176 din 24 martie 2005 pot fi transpuse, cu adaptările de rigoare, la speța de față. Așadar, pentru a nu aduce atingere substanței dreptului

persoanelor vătămate de a contesta actele nelegale ale autorităților contractante, cu efecte de ordin constituțional, Consiliul este ținut să dea dovadă de rol activ și, coroborat cu analogia textelor evocate mai sus, să îi acorde contestatorului accesul la jurisdicția achizițiilor publice.

Ar fi și inechitabilă sancțiunea anulării sau respingerii contestației, câtă vreme autoritatea va intra în posesia originalului garanției de bună conduită odată cu primirea prezentei decizii.

Trecând la cercetarea pe fond a cauzei, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de servicii, nu a fost supusă niciunei clarificări și nici nu a fost contestată de vreun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei în forma din SEAP și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru SC ... SRL. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de art. 256 ind. 2 alin. (1) lit. a), coroborat cu alin. (2), din ordonanța privind achizițiile publice.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 170 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 – ofertanții au obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a

analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. Principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea aceluiași condiții impuse de autoritate, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității.

Depășind această scurtă introducere de subliniere a importanței respectării întru totul a regulilor impuse de autoritate în documentația de atribuire, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că oferta acesteia a fost respinsă ca inacceptabilă, prin raportul procedurii de atribuire nr. 111/2351/12.10.2015, respingere comunicată în aceeași zi, comisia de evaluare constatând că ofertanta nu a depus certificat de atestare fiscală privind îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale la bugetul general consolidat, pe de o parte, iar, pe de altă parte, declarația de îndeplinire a cerințelor de calificare inclusă în ofertă nu este însoțită de o anexă în care să fie menționat modul concret de îndeplinire a cerințelor de calificare.

Situației factuale din prezenta speță îi sunt incidente normele art. 11 alin. (4) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, cu următorul cuprins: *"Pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, ofertantul are dreptul de a prezenta inițial doar o declarație pe propria răspundere, semnată de reprezentantul său legal, prin care confirmă că îndeplinește cerințele de calificare astfel cum au fost solicitate în documentația de atribuire. Declarația va fi însoțită de o anexă în care ofertantul trebuie să menționeze succint, dar precis, modul concret de îndeplinire a respectivelor cerințe - inclusiv, dacă au fost solicitate, diverse valori, cantități sau altele asemenea."*

Similar, la pct. III.2.1) - *Situatia personala a operatorilor economici, inclusiv cerintele referitoare la inscrierea in registrul comertului sau al profesiei, din anunțul de participare nr. .../ ..., autoritatea a precizat: "Pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare prevazute la art. 176 din O.U.G. 34/2006, cu modificarile si completarile ulterioare, ofertantul are dreptul de a prezenta initial, in conformitate cu art. 11, alin (4) din H.G. 925/2006 cu modificarile si completarile ulterioare, doar o declaratie pe proprie raspundere, semnata de reprezentantul sau legal, prin care confirma ca îndeplineste cerintele de calificare, astfel cum au fost solicitate in Documentatia de Atribuire. Declaratia va fi însoțita de o anexa în care ofertantul trebuie sa menționeze succint, dar precis, modul*

concret de îndeplinire a respectivelor cerinte. In cazul in care ofertantul uzeaza de dreptul prevazut la art. 11, alin (4) din H.G. 925/2006, acesta are obligatia de a prezenta/completa certificatele/documentele edificatoare care probeaza/confirma îndeplinirea cerintelor de calificare atunci când primește din partea autoritatii contractante o solicitare in acest sens, in termenul prevazut in respectiva solicitare."

În fișa de date a achiziției, la pct. IV.4.3) - Modul de prezentare a ofertei, autoritatea a subliniat că: "La întocmirea ofertelor, ofertantii trebuie sa respecte toate instructiunile mentionate in Fisa de Date a Achizitiei, toate specificatiile prezentate în Caietul de Sarcini precum si sa completeze toate formularele cuprinse în aceasta Documentatie de Atribuire."

În pofida prevederilor clare și obligatorii redade mai sus, SC ... SRL, la fila 254 din plicul cu documente de calificare, a înțeles să depună în oferta sa, ca document de calificare, o declarație pe proprie răspundere datată 25.08.2015 ce nu a fost însoțită de nicio anexă, declarație în care a menționat că îndeplinește criteriile de calificare, după cum urmează:

"Situția personală

Capacitatea de exercitare a activității profesionale

Situția economico-financiară

Capacitatea tehnică și/sau profesională

Standarde de asigurare a calității

Standarde de protecție a mediului."

Depunând o simplă declarație, neînsoțită de vreo anexă și formulată la modul general, în care nu este menționat succint și precis modul concret de îndeplinire a cerințelor de calificare, inclusiv valori, cantități sau altele asemenea, ofertanta a încălcat atât art. 11 alin. (4) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, cât și cele stabilite de autoritate în fișa de date a achiziției. Depunerea declarației privind îndeplinirea criteriilor de calificare la maniera redată mai sus nu are nicio relevanță în speță, întrucât nu reflectă în ce fel sunt îndeplinite criteriile, individualizarea certificatelor și licențelor, care sunt cifrele de afaceri ale ofertantului, la ce valoare se ridică serviciile prestate cu titlu de experiență similară și care sunt acestea, resursele implicate, eventualii subcontractanți cu resursele lor implicate în realizarea contractului.

Art. 170 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 dispune că ofertanții au obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire, iar în baza art. 34 alin. (1), art. 72 alin. (2) lit. b) și art. 81 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006:

- comisia de evaluare are obligația de a verifica modul de îndeplinire a criteriilor de calificare, astfel cum au fost prevăzute în documentația de atribuire, de către fiecare ofertant în parte;

- comisia de evaluare are obligația de a verifica îndeplinirea criteriilor de calificare de către ofertanți;

- comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și ofertele neconforme.

În decizia sa civilă nr. 5440 din 2 decembrie 2013, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a reținut că autoritatea contractantă este îndreptățită să solicite clarificări sau completări exclusiv cu privire la documentele depuse de ofertant sau cu privire la declarația pe proprie răspundere a acestuia privind îndeplinirea cerințelor de calificare. În ce privește documentele noi, care nu au fost depuse odată cu oferta sau la care nu se referă documentele depuse în cadrul ofertei, acestea nu pot fi solicitate sau acceptate de către autoritatea contractantă după deschiderea ofertelor, în dovedirea îndeplinirii de către ofertant a cerințelor de calificare.

Consecința lipsei din ofertă a unei declarații însoțite de o anexă completată corespunzător constă în neaplicarea art. 11 alin. (4) și (5) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006:

(4) Pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, ofertantul are dreptul de a prezenta inițial doar o declarație pe propria răspundere, semnată de reprezentantul său legal, prin care confirmă că îndeplinește cerințele de calificare astfel cum au fost solicitate în documentația de atribuire. Declarația va fi însoțită de o anexă în care ofertantul trebuie să menționeze succint, dar precis, modul concret de îndeplinire a respectivelor cerințe - inclusiv, dacă au fost solicitate, diverse valori, cantități sau altele asemenea.

(5) În cazul în care uzează de dreptul prevăzut la alin. (4), ofertantul are obligația de a prezenta/completa certificatele/documentele edificatoare care probează/confirmă îndeplinirea cerințelor de calificare, atunci când primește din partea autorității contractante o solicitare în acest sens, în termenul prevăzut în respectiva solicitare. Acest termen nu poate fi mai mic de 3 zile lucrătoare.

Cu alte cuvinte, în speță, SC ... SRL nu se poate prevala de normele precitate, întrucât declarația sa este nerelevantă, nereferinduse la cerințele particulare stabilite de autoritate în fișa de date și nici nu este însoțită de o anexă în care să fie explicat exact modul concret de îndeplinire a lor, cu individualizarea actelor doveditoare, a valorilor, cantităților, beneficiarilor și a altor informații concrete din care să reiasă îndeplinirea cerințelor de calificare.

Întocmirea deficitară a ofertei este imputabilă societății care a prezentat-o, iar nu autorității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor documentației.

În același sens este și practica judiciară, elocvente fiind:

a) decizia civilă nr. 9078 din 4 decembrie 2014, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal:

[...] legiuitorul permite unui ofertant să nu depună toate documentele prin care dovedește îndeplinirea criteriilor de calificare, sub condiția depunerii unei declarații în

care să se menționeze succint, dar precis, modul concret de îndeplinire a respectivelor cerințe.

Contrar opiniei Consiliului, care consideră că, în condițiile în care în lege nu se arată nivelul de detaliu al declarației, o exprimare confuză obligă autoritatea să solicite documentele doveditoare, Curtea apreciază că, din lege, rezultă că declarația trebuie să fie precisă, or, o declarație confuză nu se poate considera că îndeplinește această condiție. În raport cu scopul normei, care este acela de a reduce birocratia, ușurând accesul la procedura de achiziție (aspect reținut și de Consiliu), se constată că declarația trebuie să fie suficient de precisă, încât să permită autorității să decidă, sub rezerva depunerii ulterioare a actelor doveditoare, că ofertantul îndeplinește criteriile de calificare impuse prin documentație. Doar în acest mod se realizează scopul legii, interpretarea dată de Consiliu fiind, în mod vădit, contrară acestui scop, permițând ofertanților să depună declarații generice, cu consecința obligării autorității contractante să solicite întreaga documentație pentru a putea verifica dacă criteriile de calificare sunt îndeplinite.

Or, declarația dată de ofertant conținea date generice, fiind preluate valorile impuse de documentația de atribuire și neoferindu-se informații concrete cu privire la experți, condiții în care autoritatea contractantă a decis în mod corect că ofertantul nu îndeplinea criteriile de calificare, întrucât declarația dată de acesta nu oferea informații concrete care să confirme îndeplinirea acestor criterii.

Solicitarea de acte în condițiile în care declarația nu furniza informațiile impuse de art. 11 alin. (4) ar fi încălcat principiul tratamentului egal, permițând unui ofertant să completeze oferta inițială cu acte menite să dovedească alte informații decât cele menționate în declarație.

Față de aceste considerente, Curtea constată că decizia autorității contractante de respingere a ofertei ca inadmisibilă este legală, impunându-se respingerea contestației acestui ofertant.

b) decizia civilă nr. 5810 din 30 iunie 2014, Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal:

Conform art. 11 alin. (4) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare prevăzute la art. 176 din ordonanță, ofertantul are dreptul de a prezenta inițial doar o declarație pe propria răspundere, semnată de reprezentantul său legal, prin care confirmă că îndeplinește cerințele de calificare solicitate în documentația de atribuire. Declarația va fi însoțită de o anexă în care ofertantul trebuie să menționeze succint, dar precis, modul concret de îndeplinire a respectivelor cerințe – inclusiv, dacă au fost solicitate, diverse valori, cantități sau altele asemenea.

În speță, petenta a depus 4 declarații pe proprie răspundere însușite de fiecare membru al asocierii, prin care se confirmă că îndeplinește cerințele de calificare, astfel cum au fost solicitate, însoțite de câte o anexă fiecare.

Autoritatea contractantă a reținut că, din anexele depuse la dosar, nu rezultă modul concret în care ofertantul contestator a înțeles să respecte cerințele de calificare impuse în cadrul fișei de date a achiziției referitoare la situația personală a ofertantului (respectiv certificatul de atestare fiscală – datorii la bugetele locale), capacitatea de exercitare a activității profesionale (respectiv certificatul constatator emis de Oficiul Registrului Comerțului), capacitatea tehnică și/sau profesională (respectiv echipa de experți), standardele de asigurare a calității și protecției mediului, ci doar a transcris/copiat cerințele impuse de către instituția intimată în cadrul fișei de date, fără să menționeze în mod succint, dar precis, modalitatea de îndeplinire a cerințelor, astfel încât autoritatea să poată să solicite acestora documentele edificatoare.

Verificând anexele la declarațiile pe proprie răspundere, s-a constatat că acestea nu cuprind cerințele referitoare la:

- declarația privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 180, completată și depusă de fiecare membru asociat;
- declarația privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 181, completată și depusă de fiecare membru asociat;
- declarația privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 69 ind. 1, completată și depusă de fiecare membru asociat;
- declarație privind lista principalelor prestări de servicii în ultimii 3 ani;
- lista principalelor prestări de servicii în ultimii 3 ani;

- certificatul de participare la licitație cu ofertă independentă;
- declarație privind cifra de afaceri globală pe ultimii 3 ani, completată și depusă de fiecare membru asociat;
- acordul de asociere în vederea participării la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică nr. 440/10.12.2013;
- declarație privind utilajele, instalațiile, echipamentele tehnice de care dispune operatorul economic pentru îndeplinirea corespunzătoare a contractului de servicii;
- contractul de prestări servicii nr. 32/21.05.2010, împreună cu procesele-verbale aferente;
- contractul de prestări servicii nr. 1542/85/14.10.2010, împreună cu procesele-verbale aferente.

Contestatorul nu a indicat numerele de înregistrare ale certificatelor fiscale, ale celor constatatoare emise de Oficiul Registrului Comerțului și ale certificatelor ISO 9001 și 14001 pe care urma a le depune ulterior solicitării autorității contractante, nu a indicat numele experților propuși și datele de identificare a diplomelor acestora, documentele pe care urma a le depune în vederea demonstrării experienței generale și specifice a experților.

Aceste împrejurări au fost menționate în procesul-verbal al ședinței de verificare a documentelor de calificare nr. 337/15.01.2014: „Comisia de evaluare a analizat documentele de calificare depuse de asocierea SC A.G.M.P. SRL - SC U.S.I. SRL - SC M.R. SRL - SC D.R.C. SRL și declară că oferta este inacceptabilă, raportat la dispozițiile art. 36 alin. (1) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, întrucât:

- anexa din declarațiile date de fiecare asociat nu cuprinde nominalizarea experților implicați în derularea proiectului. Conform art. 11 alin. (4) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, anexa trebuie să conțină succint, dar precis, modul de îndeplinire a cerinței respective;
- nu face dovada îndeplinirii experienței similare, deoarece din contractele prezentate nu rezultă valoarea cumulată de minim 700.000 lei, fără TVA”.

Raportat la textul art. 11 alin. (4) anterior enunțat, întrucât asocierea a depus declarația pe proprie răspundere neînsoțită de o anexă care să cuprindă modul concret de îndeplinire a respectivelor cerințe, Curtea apreciază că în mod judicios nu s-a procedat la aplicarea prevederilor art. 11 alin. (5), în sensul de a i se solicita să prezinte documentele de calificare prevăzute în documentația de atribuire. În lipsa acestor informații, nu exista nici obligația corelativă a entității achizitoare de a solicita depunerea documentelor privind îndeplinirea cerințelor de calificare, astfel cum prevede art. 11 alin. (5) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006.

Sunt întemeiate susținerile autorității contractante potrivit cărora riscul întocmirii ofertelor, inclusiv neprezentarea unor documente solicitate în cadrul documentației de atribuire sau a declarației însoțite de anexă, cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii neconforme a ofertei, potrivit principiului nemo auditur propriam turpitudinem allegans.

Astfel cum în mod corect a stabilit Consiliul, asocierea contestatoare a ales, prin propria voință, să nu precizeze/detalieze concret cum înțelege să îndeplinească/demonstreze cerințele solicitate de către autoritatea contractantă, ci doar să copieze parțial cerințele fișei de date a achiziției, asumându-și, implicit, și riscurile care urmau a fi produse.

Prin nedepunerea înscrisurilor solicitate în documentația de atribuire sau a declarației însoțite de anexă în care să menționeze succint, dar concret, modul de îndeplinire al cerințelor, contestatorul nu poate să impună ca autoritatea contractantă să fie obligată să solicite clarificări, în condițiile în care acesta nu și-a îndeplinit la rândul său obligația impusă de lege.

În aceeași direcție sunt, de pildă, și:

- decizia civilă nr. 6260 din 10 septembrie 2014, Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;
- decizia nr. 1141 din 6 februarie 2013, Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal;

- decizia nr. 3524 din 25 iulie 2013, Curtea de Apel Galați, Secția contencios administrativ și fiscal;

- deciziile nr. 511 din 20 ianuarie 2014 și nr. 3822 din 16 iunie 2014, Curtea de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

Raționamentul contestatoarei, precum că autoritatea avea obligația de a îi cere clarificări privind documentele ofertei în baza art. 11 alin. (5) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, nu este judicios, întrucât din declarația prezentată autorității nu rezulta că ofertanta reclamantă îndeplinește cerințele de calificare și în ce fel, redactarea declarației fiind deficitară, cu încălcarea flagrantă a art. 11 alin. (4) din același act normativ.

"Fiind obligat la a indica succint, dar precis, modul concret de îndeplinire a cerințelor, ofertantul trebuia să cuprindă informațiile prin care să descrie, în concret, îndeplinirea cerințelor impuse, în cazul personalului solicitat pentru îndeplinirea contractului aflat în discuție: persoanele nominalizate, studiile finalizate, competențe și experiența acestora, contractele în care au dobândit experiența similară. În lipsa acestor informații nu exista nici obligația corelativă a entității achizitoare de a solicita depunerea documentelor privind îndeplinirea cerințelor de calificare, astfel cum prevede art. 11 alin. (5) din HG nr. 925/2006." – a statuat Consiliul în altă decizie într-o cauză similară (decizie disponibilă la http://www.cnsr.ro/wp-content/uploads/bo/2013/BO2013_4176.pdf).

În concluzie, art. 11 alin. (5) invocat nu îi putea servi autorității achizitoare drept temei legal pentru a solicita clarificări SC ... SRL.

Pe de altă parte, după cum a remarcat și comisia de evaluare și a recunoscut contestatoarea, aceasta din urmă, deși a uzat [impropriu] de facilitatea de la art. 11 alin. (4), în același timp a prezentat înscrisurile solicitate în cadrul secțiunii privind documentele de calificare, excepție făcând doar certificatul de atestare fiscală privind îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale la bugetul general consolidat, solicitat la pct. III.2.1.a) - *Situația personală a candidatului sau ofertantului* din fișa de date: *"Ofertantul va prezenta: [...] certificat de atestare fiscală privind îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale la bugetul general consolidat (Agenția Națională de Administrare Fiscală - Direcția Generală a Finanțelor Publice). Dovada achitării taxelor se va face prin prezentarea certificatelor fiscale din care să rezulte lipsa obligațiilor scadente la plată în luna anterioară celei în care este prevăzut termenul limită de depunere a ofertelor."*

Certificatul nr. 40475/25.08.2015 pe care ... SRL l-a atașat contestației transmise Consiliului nu se regăsește în ofertă, motiv pentru care el nu au fost cunoscut și analizat de comisia de evaluare. Despre existența lui, contestatoarea nu amintește nimic în declarația pe proprie răspundere inclusă în oferta depusă la autoritate la 26.08.2015 (dată la care certificatul exista deja). El nu poate fi luat în considerare în această etapă litigioasă.

Reclamanta pretinde că autoritatea avea obligația de a îi cere clarificări privind documentele ofertei și în baza art. 201 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, însă textul legal prevede că, *"pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de ofertanți/candidați pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor stabilite prin criteriile de calificare și selecție sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate"*. Din redactarea acestuia se observă că autoritatea are un drept de a solicita clarificări asupra ofertei, iar faptul că autoritatea a înțeles să nu își exercite acest drept, apreciind că documentele din oferta contestatoarei sunt elocvente, nu poate fi sancționat de Consiliu. În sensul existenței unui drept al autorității, iar nu a unei obligații, sunt și normele de la art. 35 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006: *"Pe parcursul analizării și verificării documentelor prezentate de ofertanți, comisia de evaluare are dreptul de a solicita oricând clarificări sau completări ale documentelor prezentate de aceștia pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare, astfel cum sunt acestea prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate."*

În sensul că solicitarea de clarificări reprezintă un drept al autorității, nu o obligație, este și practica statornică a instanțelor de judecată:

- decizia nr. 891 din 22 februarie 2012, Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal;
- decizia nr. 3471/R din 12 iulie 2012, Curtea de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal;
- deciziile civile nr. 1567 din 18 iulie 2011, nr. 2249 din 17 octombrie 2011 și nr. 5485 din 26 iunie 2014, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal;
- deciziile civile nr. 162 din 10 ianuarie 2013 și nr. 8251 din 9 septembrie 2013, Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;
- sentința civilă nr. 665/CA din 13 august 2008, decizia civilă nr. 152/CA din 24 aprilie 2013, Curtea de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

- deciziile nr. 1552 din 21 iunie 2010, nr. 1905 din 8 septembrie 2010, nr. 2270 din 7 octombrie 2010, nr. 2546 din 27 septembrie 2011 și nr. 2454 din 6 mai 2014, Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal;

- decizia nr. 3513 din 12 iulie 2013, Curtea de Apel Galați, Secția contencios administrativ și fiscal;

- decizia nr. 1201/2012-RCA din 15 martie 2012, Curtea de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

- deciziile nr. 6075 din 13 decembrie 2012 și nr. 6970 din 14 august 2013, Curtea de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

Așadar, nu i se poate reproșa autorității că nu i-a cerut ofertantei în culpă clarificări, mai cu seamă că ea nu a cerut nici celorlalți ofertanți aflați în situație asemănătoare clarificări (SC ... SRL și SC ... SRL). Dacă i s-ar fi cerut contestatoarei să prezinte ulterior certificatul lipsă, autoritatea ar fi adus atingere atât de principiului tratamentului egal între ofertanți, prescris de art. 2 alin. (2) lit. b) din ordonanță, cât și prevederilor art. 201 alin. (2) din același act normativ ("*autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat*").

Cum s-a arătat, față de normele legale în vigoare, ofertanții au obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire, iar comisia de evaluare are obligația de a verifica modul de îndeplinire a criteriilor de calificare, astfel cum au fost prevăzute în documentația de atribuire, de către fiecare ofertant în parte. Oferta contestatoarei se circumscrie art. 36 alin. (1) lit. b) și art. 81 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, care stabilește respingerea ei ca inacceptabilă, din cauza nedeunerii certificatului de atestare a lipsei datoriilor către bugetul general, omisiune imputabilă ofertantei, nu autorității contractante.

Vizavi de evaluarea celorlalte oferte, față de care SC ... SRL nu aduce nicio critică în concret, după cum a reținut și Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 933 din 10 februarie 2014, Consiliul nu este organism de control care să realizeze o supraevaluare a ofertelor la cererea ofertanților care au îndoieli sau presupuneri legate de neîndeplinirea de către concurenți a cerințelor din documentația de atribuire. Așadar, SC ... SRL nu poate însărcina Consiliul să efectueze o cercetare *in integrum* a procedurii de atribuire sau o supraevaluare a ofertelor concurente, Consiliul nefiind organ de control, competența lui fiind determinată de limitele motivelor de nelegalitate și netemeinicie a actelor autorităților contractante pe care le reclamă persoanele vătămate.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod legal autoritatea a respins oferta SC ... SRL, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea raportului procedurii prin care a fost stabilit rezultatul procedurii și nici pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor sau pentru anularea întregii licitații. Astfel fiind, în temeiul art. 278 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va respinge ca nefondată contestația SC ... SRL nr. 20722/27.10.2015, în contradictoriu cu

Analiza actului atacat al autorității contractante s-a efectuat prin prisma motivelor invocate de contestatoare, în acord cu principiul disponibilității care guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului [art. 9 alin. (2) C. proc. civ. - obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților]. Cu privire la aspectele care nu au format obiectul contestației, răspunderea juridică pentru declararea câștigătoare a unei anumite oferte revine autorității contractante, ținută de lege să verifice și să stabilească modul de îndeplinire de către ofertant/ofertă a tuturor cerințelor de calificare și specificațiilor tehnice stabilite în documentația de atribuire.

Redactată în patru exemplare, conține șaptesprezece pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...