



# CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

**C. N. S. C.**

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.cnscc.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 nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... depusă de ... cu sediul în ... CUI ... privind procedura internă pentru atribuirea contractului de servicii de asigurare bilete de odihnă și tratament pentru salariații ..., cod CPV 63510000-7, cu data de deschidere a ofertelor 08.04.2013, organizată de ... cu sediul în ... județul ... CUI ... în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire și reevaluarea corectă a ofertelor.

Prin contestația înregistrată la Consiliu cu nr. ... depusă de asocieria formată din ... cu sediul în ... județul ... CUI ... SC ... SA, cu sediul în ... județul ... CUI ... cu sediul în ... județul ... CUI ... SC ... SRL, cu sediul în ..., și SC ... SRL, cu sediul în str. ..., privind aceeași procedură de atribuire organizată de ... contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii, obligarea autorității la reevaluarea ofertelor, cu declararea admisibilă și câștigătoare a ofertei contestatoarei, precum și la transmiterea spre publicare a anunțului de atribuire privind procedura.

Pentru soluționarea contestațiilor, având în vedere că acestea au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a procedat la conexarea lor, în conformitate cu dispozițiile art. 273 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,  
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

## DECIDE:

În baza 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 nefondate contestațiile ... nr. ... și asocierii ... - SC ... SA - ... - SC ... SRL - SC ... SRL nr. .... În contradictoriu cu ...

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006. Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de zece zile de la comunicare.

## MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, să soluționeze contestația de față, prin care operatorii economici menționați în practica reclamă rezultatul procedurii interne organizate de ... pentru atribuirea contractului de servicii de asigurare cu bilete de odihnă și tratament pentru salariații săi.

În prima dintre contestații, ... învederează în motivare că organizatoarea procedurii avea obligația de a îi cere clarificări asupra ofertei, în temeiul art. 201 din ordonanță și al art. 11 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, înainte de a îi respinge oferta ca inacceptabilă, mai cu seamă că ea se clasa pe primul loc, raportat la datele comunicate la ședința de deschidere.

În contestația secundă, autoarea ei susține că sunt neîntemeiate motivele reținute de organizatoarea procedurii pentru fundamentarea respingerii ofertei asocierii, comunicată cu adresa nr. ... respectiv:

- nu s-au depus oferte pentru hotelul ...din stațiunea ... și hotelul ...din stațiunea ...;

- nu s-a prezentat angajamentul pentru hotelul ..... din stațiunea ...;

- s-au prezentat angajamente nesemnate de către partenerii asocierii pentru hotelul ...din stațiunea ...și hotelul ...din stațiunea ...;

- tarifele prezentate în oferta financiară conțin TVA, deși documentația de atribuire solicita tarife fără TVA;

- susținătorul financiar al ... nu a prezentat formularul 10.

Ordonanța privind achizițiile publice face trimitere la dreptul autorității de a aplica criteriile de calificare și selecție, care trebuie să se refere numai la: situația personală a candidatului sau ofertantului, capacitatea de exercitare a activității profesionale, situația economică și financiară, capacitatea tehnică și/sau profesională, standarde de asigurare a calității, standarde de protecție a mediului (art. 176). Se prevede și faptul că autoritatea nu are dreptul de a impune candidaților/ofertanților obligativitatea prezentării unei certificări specifice, aceștia din urmă având dreptul de a prezenta, în scopul demonstrării îndeplinirii anumitor cerințe, orice alte documente echivalente cu o astfel de certificare sau care probează, în mod concludent, îndeplinirea respectivelor cerințe. Textul legal face trimitere și la dreptul autorității de a solicita, în ipoteza în care consideră necesar, clarificări sau completări ale documentelor prezentate [art. 178 alin. (2)]. Se invocă aceste dispoziții legale prin raportare la constatarea autorității că susținătorul financiar al uneia dintre societățile afiliate asocierii nu a prezentat formularul 10. S-au pus la dispoziția autorității datele necesare identificării, inclusiv a bilanțurilor anuale corespunzătoare perioadei indicate în formular [art. 185 alin. (1) permițând acest lucru], fără ca aceasta să le fi luat în considerare, intervenind un criteriu de discriminare nejustificat. În speță, nu există niciunul dintre cazurile de excludere din competiție [faliment, lichidare, neîndeplinirea obligațiilor fiscale, neîndeplinirea sau îndeplinirea defectuoasă a obligațiilor contractuale, condamnări pentru fapte care ar aduce atingere eticii profesionale sau pentru comiterea unei greșeli în materie profesională, prezentarea de informații false sau neprezentarea informațiilor de natură a permite verificarea situațiilor la care face trimitere art. 181 lit. a) - d)].

Cum informațiile la care face referire formularul 10 erau acoperite prin documentele depuse, aprecierea autorității că nu s-au furnizat informațiile necesare este eronată, echivalând cu o atitudine abuzivă și discriminatorie. Indicarea unui anume formular care indică tipul de informații ce trebuie furnizate nu înlătură dreptul ofertantului de a depune documente din care rezultă, în mod indubitabil, acele informații.

Documentele puse la dispoziția autorității contractante erau de natură a crea o imagine fidelă a situației economico-financiară a ofertantului/susținătorului.

De altfel, legea permite ca dovada situației economice și financiare să se facă prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului.

Cu privire la faptul că nu s-ar fi ofertat anumite secțiuni, contestatoarea a pus la dispoziția autorității informații complete privitoare la anumite hoteluri din lista autorității, care relevă că unele se aflau în proces de renovare ori reclassificare (hotelul ...din

...), astfel încât nu puteau face parte din oferta de servicii, altele se aflau în administrarea unei singure societăți, aceasta transmițându-le tarifele doar pentru unele dintre acestea (SC .....SA are în administrare hotelul ..., dar și hotelul ..., și a transmis informații doar pentru ..., hotelul ...fiind contractat în proporție de 100% de Casa de Pensii), alte hoteluri au fost redenumite, iar contestatoarea are contract cu societatea care administrează complexurile în care au fost grupate (hotelul ... din stațiunea ... face parte din complexul ..., alături de hotelurile ...). În ceea ce privește hotelul ..., a avut loc transmiterea de documente (contractul), acesta fiind în curs de semnare, angajamentul fiind unul ferm. Cu privire la hotelul ...din ..., societatea în a cărei administrare se află este în curs de restructurare, momentan fiind în imposibilitate de a semna contracte. Totuși, și-a exprimat disponibilitatea de a se confirma rezervări, cu comunicarea tarifelor, ceea ce echivalează, de asemenea, cu un angajament ferm în sensul contractării.

Cu privire la includerea în preț a TVA, obligația stabilită de autoritatea era, practic, imposibil de aplicat, deoarece, având în vedere obiectul achiziției publice - servicii turistice, excluderea TVA din tarif nu putea fi aplicată, având în vedere natura diferită a serviciilor oferite spre achiziționare (cazare, tratament, mic dejun etc). Conform Codului fiscal, TVA pentru cazarea în cadrul sectorului hotelier sau al sectoarelor cu funcție similară este de 9%, iar pentru alte tipuri de servicii procentul TVA este diferit. De altfel, dispoziția de neincluere a TVA putea viza doar comisionul aplicat de contestatoare, care nu poate interveni în prețul practicat de societățile ce au în administrare hotelurile respective. Menționarea TVA este necesară pentru a stabili data la care această taxă devine exigibilă. Indicarea TVA prezintă relevanță și prin raportare la dispozițiile art. 140 alin. (3) din cod, potrivit cărora cota aplicabilă este cea în vigoare la data la care intervine faptul generator, cu excepția cazurilor prevăzute la art. 134<sup>2</sup> alin. (2), pentru care se aplică cota în vigoare la data exigibilității taxei.

Măsura de a nu include TVA în ofertă, cu consecința descalificării participanților la procedură, încalcă principiile înscrise în art. 2 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

În punctul său de vedere nr. 37/... asupra contestației ... înregistrat la Consiliu cu nr. 14555/07.05.2013, autoritatea contractantă invocă, în apărare, excepția introducerii contestației de către o persoană fără calitate procesuală activă, întrucât ofertantă la procedură este asocierea ... - SC ... SRL, iar nu doar .... Contestația este formulată de către această societate în numele său, nu al asocierii al cărei lider a fost desemnată prin acordul de asociere, la procedură participând cu ofertă comună, și nu cu ofertă independentă.

Din formularea contestației de către ... în nume propriu rezultă că ea este promovată de către o persoană fără calitate procesuală activă.

Pe fondul cauzei se afirmă că dispozițiile art. 201 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 prevăd dreptul, nu obligația, autorității contractante de a solicita clarificări și/sau completări ale documentelor depuse și numai în măsura în care acestea nu determină apariția unui avantaj evident în favoarea ofertantului. În conformitate cu art. 170 din aceeași ordonanță, *"ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire și indică în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau propunerea financiară sunt confidentiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală"*, coroborat cu prevederile documentației de atribuire, contestatoarea avea obligația să depună oferta cu respectarea documentației de atribuire, ceea ce nu s-a întâmplat. Asocierea nu a respectat cerințele de la cap. III.2.3) - *Informații privind experiența similară* din fișa de date a achiziției, respectiv nu a prezentat recomandările solicitate. Cea depusă de liderul asocierii este nedatată, nesemnată și neștampilată, iar cea depusă de către SC ...SRL este în limba engleză, netradusă, datată 2003 și nu se referă la contractul prezentat ca experiență similară.

Autoritatea contractantă a solicitat și depunerea de către ofertanți a angajamentelor încheiate cu furnizorii de servicii (care să confirme relația cu unitățile turistice și în baza cărora au prezentat oferta), însă asocierea nu s-a conformat acestei cerințe de calificare, întrucât nu a prezentat angajamente pentru 46 de hoteluri, iar dintre angajamentele prezentate, 72 nu sunt semnate de către furnizorii de servicii și 3 conțin tarife din 2012.

Au fost prezentate pagini listate care nu au fost însușite prin semnătură și ștampilă de nicio parte, iar un număr de 16 asemenea pagini listate au fost semnate "decât" de ofertant.

În aceste condiții, autoritatea nu a solicitat clarificări asupra documentelor depuse, ele fiind elocvente.

Referitor la contestația secundă, punctul de vedere al autorității a fost înregistrat la Consiliu cu nr. 15228/10.05.2013.

Critica asocierii contestatoare referitoare la excluderea ofertei sale pentru că terțul susținător nu a prezentat formularul 10 este nefondată. Asocierea nu îndeplinește cerința *cifrei medii de afaceri pe ultimii 3 ani în valoare de cel puțin 20.000.000 lei*, impusă prin fișa de date a achiziției. Este obligatoriu ca terțul susținător să pună la dispoziția autorității documentele de susținere, inclusiv formularul privind cifra de afaceri. Potrivit angajamentului autentic dat de SC ...SRL, societatea se obligă *"în mod ferm, necondiționat și irevocabil, să pună la dispoziția ... .. suma de 20.000.000 lei (valoarea totală/parțială din propunerea financiară), necesară*

*pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică", ceea ce înseamnă că terțul susținător pune la dispoziția ofertantului o sumă de bani, iar nu cifra de afaceri solicitată de autoritate.*

Mai mult, art. 11<sup>1</sup> alin. (4) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 prevede că, în cazul în care susținerea terțului vizează îndeplinirea unor cerințe minime de calificare, cum ar fi îndeplinirea unui nivel minim al cifrei de afaceri, aceasta trebuie să fie în domeniul de activitate aferent obiectului contractului de achiziție publică, iar, în aceste caz, susținătorul are ca domeniu de activitate comerțul cu ridicata al combustibililor solizi, lichizi și gazoși și al produselor derivate, nu servicii turistice.

Așadar, în mod corect autoritatea a respins oferta asocierii ca inacceptabilă.

Și invocarea obligației autorității de a solicita clarificări asocierii este nefondată, deoarece aceste prevederi legale recunosc dreptul, nu obligația autorității, de a solicita clarificări și/sau completări ale documentelor depuse și numai în măsura în care ele nu determină apariția unui avantaj evident în favoarea ofertantului.

Asocierea nu a respectat nici cerințele minime de calificare constând în depunerea unor angajamente încheiate cu furnizorii de servicii care să confirme relația asocierii cu unitățile turistice și în baza cărora a prezentat oferta. Astfel, nu a prezentat angajamentul pentru hotelul ..... din stațiunea ..., pentru hotelul ...din stațiunea ...și hotelul ...din stațiunea ..., iar pentru hotelul ...din stațiunea ... și hotelul ...din stațiunea ... nu a depus ofertă.

Argumentul că unele dintre hoteluri se aflau în curs de renovare sau reclasificare este nefondat, deoarece, prin răspunsurile la solicitările de clarificări, autoritatea a precizat că pentru aceste hoteluri nu se ofertează, cu indicarea motivului concret pentru care nu se ofertează, aspect pe care contestatoarea l-a ignorat.

În ceea ce privește obligația ca oferta financiară să nu includă TVA, autoritatea afirmă că obiecția contestatoarei este tardivă, deoarece atât în fișa de date a achiziției, cât și în răspunsul de clarificare nr. 18/04.04.2013, autoritatea "a precizat în mod clar" că "*tarifele nu includ TVA, lucru specificat în nota din secțiunea IV.4.2) din fișa de date a achiziției*".

Referitor la solicitarea contestatoarei de a i se recunoaște dreptul de a fi declarată câștigătoare la procedura de achiziție publică, cu consecința atribuirii contractului, se invocă prevederile art. 278 alin. (9) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006: "*Consiliul nu poate decide atribuirea unui contract către un anumit operator economic*", acest drept aparținând autorității contractante.

În concluzie, față de această stare de fapt și de drept, se solicită Consiliului respingerea contestației ca nefondată și

menținerea deciziei autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzelor conexe, după deliberare Consiliul reține că, prin invitațiile transmise mai multor operatori economici la 03.04.2013, autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură proprie în vederea achiziționării de servicii de asigurare de bilete de odihnă și tratament pentru salariații săi, servicii estimate valoric la 20.000.000 lei, fără TVA. Invitația a fost postată și pe pagina de Internet a autorității ([http://www.cenoltenia.ro/images/CEO/invitatie\\_achizitie\\_bilete\\_odihna.pdf](http://www.cenoltenia.ro/images/CEO/invitatie_achizitie_bilete_odihna.pdf)).

La procedură au fost depuse cinci oferte, de către următorii operatori economici:

- SC ... SRL;
- SC ... SRL;
- ... în asociere cu SC ... SRL;
- SC ... SRL în asociere cu SC ... SRL;
- ... în asociere cu SC ... SA, ... SC ...SRL și SC ...SRL,

după cum reiese din procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 1762/08.04.2013.

Comisia de evaluare a constatat că toate ofertele sunt inacceptabile sau neconforme, motiv pentru care le-a respins ca atare, iar procedura de atribuire a fost anulată, prin raportul nr. 6226/17.04.2013. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate anterior, ... și asocierea formată din ... SC ... SA, ... SC ...SRL și SC ...SRL au investit Consiliul cu soluționarea contestațiilor ce formează obiectul prezentelor cauze conexe.

Înainte de a trece la cercetarea pe fond a primei contestații, în contextul invocării excepției lipsei calității procesuale active a autoarei ei de către autoritatea contractantă, raportat la art. 278 alin. (1) din ordonanță și art. 248 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul este ținut să analizeze cu precădere excepția. Astfel fiind, Consiliul constată că ... a formulat contestația în nume propriu, după cum reiese dincolo de orice îndoială din redactarea ei. De altminteri, contestația este semnată doar de ... în numele său, prin reprezentantul său legal.

Nicăieri în cuprinsul contestației nu se face vreo referire explicită sau implicită în sensul formulării contestației de către asocierea ... - SC ...SRL, motiv care, coroborat cu cele expuse anterior, conduce la concluzia că respectiva contestație aparține ... iar nu asocierii menționate. Plecând de la această concluzie, ... ridică excepția lipsei calității procesuale active a societății contestatoare, întrucât doar asocierea ofertantă posedă o asemenea calitate, iar nu .... Față de această excepție este de notat că societatea contestatoare este constituită și funcționează ca persoană juridică de naționalitate română, cu capacitate de folosință și de

exercițiu specializată, conform obiectului de activitate cuprins în statut. În privința folosinței drepturilor sale, societatea este supusă Legii societăților nr. 31/1990, republicată, și, în prezent, dispozițiilor noului Cod civil privitoare la persoanele juridice. Potrivit art. 56 alin. (1) C. proc. civ., orice persoană care are folosința drepturilor civile poate să fie parte în judecată. Prin urmare, și ... poate sta în fața instanțelor judecătorești și, implicit, a Consiliului, având capacitatea juridică necesară.

Același cod de procedură, la art. 192 alin. (1) dispune că, pentru apărarea drepturilor și intereselor sale legitime, orice persoană se poate adresa justiției prin sesizarea instanței competente cu o cerere de chemare în judecată. Calitatea procesuală activă presupune existența unei identități între persoana reclamantului și persoana care este titular al dreptului, în raportul juridic dedus judecății. Legat de aspectul că societatea a înaintat contestația în nume propriu, sunt relevante prescripțiile similare ale art. 255 alin. (1), coroborate cu cele ale alin. (2), din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006:

*"(1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita, prin contestație, anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență.*

*(2) În sensul prevederilor alin. (1), prin persoană vătămată se înțelege orice operator economic care:*

*a) are sau a avut un interes legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire;*

*b) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind respectiva procedura de atribuire."*

Prin prisma acestor norme este limpede că ordonanța nu stabilește legitimarea procesuală activă a contestatoarei în funcție de calitatea sa de ofertant individual sau asociat. Are legitimare procesuală activă orice persoană care se consideră vătămată și care: *"a) are sau a avut un interes legitim în legătură cu respectiva procedură de atribuire; b) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind respectiva procedura de atribuire."* Atât interesul legitim, cât și riscul de a suferi un prejudiciu, se regăsesc în persoana ... care a participat cu ofertă comună la achiziție și care urma să execute o parte din contractul



licitat, în ipoteza în care ar fi fost atribuit asocierii din care face parte.

Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 nu prevede niciunde că, în cazul ofertanților asociați, contestația poate fi depusă numai de către toți asociații, împreună, respectiv de asociere, ci dimpotrivă, atribuie legitimare procesuală activă oricărei persoane care se consideră vătămată, cum s-a arătat mai sus. Așadar, trebuie acceptat că ... poate investi și sta *nomine proprio* în fața Consiliului.

O asemenea abordare permisivă o regăsim și în Directiva 89/665/CEE a Consiliului [European] din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor privind căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări, care prin art. 1 alin. (1) impune statelor membre să ia măsurile necesare pentru a se asigura că, în ceea ce privește procedurile de atribuire a contractelor care intră sub incidența directivelor comunitare relevante, hotărârile luate de autoritățile contractante pot fi revizuite eficient și cât mai rapid posibil pe motiv că aceste hotărâri au încălcat legislația comunitară în domeniul achizițiilor publice sau reglementările naționale de punere în aplicare a legislației respective. Statele membre au, de asemenea, obligația, în temeiul art. 1 alin. (3), de a se asigura că procedurile de revizuire sunt disponibile cel puțin oricărei persoane care este sau a fost interesată de obținerea unui anumit contract de achiziții publice de bunuri sau achiziții publice de lucrări și care a fost sau riscă să fie vătămată de o presupusă încălcare.

În practica sa, Curtea Europeană de Justiție a subliniat în mod constant că principiul protecției jurisdicționale efective constituie un principiu general al dreptului Uniunii (a se vedea Hotărârea din 13 martie 2007, Unibet, C-432/05, punctul 37 și jurisprudența acolo citată). Legat de chestiunea contestatorului individual, parte a unei asocieri ofertante, în Ordonanța sa din 4 octombrie 2007, cauza C-492/06, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată în procedura Consorzio Elisoccorso San Raffaele împotriva Elilombarda Srl, Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Ca' Granda di Milano, la pct. 31 Curtea a statuat: "*Prin urmare, trebuie să se răspundă la întrebarea formulată că articolul 1 din Directiva 89/665 trebuie interpretat în sensul că nu se opune ca, în conformitate cu dreptul național, calea de atac împotriva unei decizii de atribuire a unui contract să poată fi exercitată în nume propriu de către un singur membru al unei asociații temporare fără personalitate juridică, care, în această calitate, a participat la o procedură de atribuire a unui contract public și căreia nu i s-a atribuit acest contract.*"

Tot astfel, în hotărârea din 6 mai 2010, cauzele conexate C-145/08 și C-149/08, având ca obiect două cereri de pronunțare a

unei hotărâri preliminare formulate în procedurile Club Hotel Loutraki AE, Athinaïki Techniki AE, Evangelos Marinakis împotriva Ethniko Symvoulio Radiotileorasis, Ypourgos Epikrateias, cu participarea Athens Resort Casino AE Symmetochon, Ellaktor AE, fostă Elliniki Technodomiki TEB AE, Regency Entertainment Psychagogiki kai Touristiki AE, fostă Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE, Leonidas Bombolas (C-145/08) și Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE) împotriva Ethniko Symvoulio Radiotileorasis, cu participarea Michaniki AE (C-149/08), Curtea a menționat: *"80. Ținând seama de cele de mai sus, trebuie să se răspundă la prima întrebare adresată în cauza C-149/08 că dreptul Uniunii, în special dreptul la o protecție jurisdicțională efectivă, se opune unei reglementări naționale, precum cea în cauză în acțiunea principală, interpretată în sensul că membrii unei asociații temporare, ofertantă în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, sunt lipsiți de posibilitatea de a solicita, cu titlu individual, repararea prejudiciului pe care l-au suferit în mod individual ca urmare a unei decizii care a fost adoptată de o altă autoritate decât autoritatea contractantă, implicată în această procedură în conformitate cu normele naționale aplicabile, și care este de natură să influențeze desfășurarea procedurii."*

În categoria hotărârilor relevante poate fi inclusă și cea pronunțată de Tribunalul Uniunii Europene la 19 martie 2010, cauza T-50/05, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE împotriva Comisiei Europene.

Așadar, concluzia Consiliului este în sensul că ... a depus contestația în nume propriu și că are calitate procesuală activă în cauză, drept pentru care excepția lipsei calității procesuale active ridicată de ... este neîntemeiată și respinsă ca atare.

Consiliul s-a mai pronunțat anterior în același sens, elocvente fiind deciziile nr. 2180/242.../1852/1953/1958/1979/30.05.2011, 618/.../399/401/13.03.2012, 678/.../565,568/16.03.2012, 1229/132C10/984/05.05.2012, 2357/.../2819/19.07.2012, 1357/148C9/1256/18.04.2013 și 1511/.../1091/1216/29.04.2013. Aceeași practică a fost remarcată și la majoritatea instanțelor de judecată naționale sesizate cu problema în dezbatere, printre cele mai recente hotărâri în acest sens fiind decizia civilă nr. 2217 din 23 mai 2013, pronunțată Curtea de Apel ... Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal.

Asupra aspectelor de fond sesizate de petentă, Consiliul reține că documentația de atribuire nu a fost contestată în termen legal de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru .... La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire.

Așadar, operatorii economici ofertanți au devenit debitorii obligației de a își elabora ofertele în strictă concordanță cu cerințele statuate de autoritate în documentația de atribuire.

În jurisprudența sa [hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction Ltd și County Council of the County of Mayo, C-19/00 (punctele 42-44)], Curtea de Justiție a Comunităților 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.

Contestatoarei i-a fost adusă la cunoștință respingerea ofertei asocierii sale cu adresa nr. 6271/18.04.2013, potrivit căreia oferta a fost declarată inacceptabilă întrucât:

*"- recomandarea prezentată de către liderul asociației ... .. este nedatată, nesemnată și neștampilată;*

*- recomandarea prezentată de asociata SC ...SRL ... este în limba engleză, netradusă, datată din 2003 și nu se referă la contractul prezentat ca experiență similară;*

*- nu ați prezentat angajamente pentru 46 de hoteluri;*

*- din angajamentele prezentate, 71 de angajamente sunt semnate de ambele părți, 72 de angajamente sunt semnate doar de dumneavoastră, 9 pagini listate care nu sunt însușite prin semnătură și ștampilă de nici o parte, 16 pagini listate sunt semnate doar de dumneavoastră, 3 angajamente prezintă tarife din 2012*

*- nu ați oferit Hotelul Rowa Dany din stațiunea Sinaia."*

În cuprinsul contestației sale, ... nu neagă veridicitatea motivelor enumerate și nici nu le combate în vreun fel. Singura sa obiecție este aceea că autoritatea ar fi trebuit să îi ceară clarificări înainte de a îi declara oferta inacceptabilă, raportat la normele art. 201 din ordonanță și ale art. 11 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006. Normele invocate de reclamantă prevăd:

a) art. 201: *"(1) 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.*

*(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat."*

b) art. 11: *"(1) Atunci când solicită îndeplinirea anumitor criterii de calificare, autoritatea contractantă trebuie să precizeze în anunțul de participare și în documentația de atribuire informațiile pe care operatorii economici urmează să le prezinte în acest scop,*

*precum și documentele specifice prin care se pot confirma informațiile respective.*

*(2) Documentele solicitate nu trebuie să limiteze posibilitatea ofertantului/candidatului de a demonstra îndeplinirea criteriilor de calificare și prin alte mijloace, în măsura în care acestea pot fi considerate edificatoare de către autoritatea contractantă.*

*(2<sub>1</sub>) În sensul prevederilor alin. (2), se consideră inclus în categoria mijloacelor edificatoare orice site oficial al unei instituții publice sau al unei alte entități abilitate prin lege în acest scop, în măsura în care sursa de date respectivă conține informații actualizate.*

*(3) În cazul în care există incertitudini sau neclarități în ceea ce privește anumite documente prezentate, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita detalii, precizări sau confirmări suplimentare atât de la ofertantul/candidatul în cauză, cât și de la autoritățile competente care pot furniza informații în acest sens. În orice situație, autoritatea contractantă are obligația de a asigura o perioadă rezonabilă de timp pentru furnizarea precizărilor/confirmărilor solicitate.*

*(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.*

*(6) Autoritatea contractantă trebuie să se asigure că ofertantul a cărui ofertă este declarată câștigătoare a prezentat, nu mai târziu de încheierea raportului procedurii de atribuire, certificatele/documentele prevăzute la alin. (5), acestea fiind incluse în dosarul achiziției publice. Dosarul achiziției publice trebuie să includă și certificate/documente ale altor ofertanți numai dacă, în cadrul procesului de evaluare, au fost adoptate decizii de respingere a respectivelor oferte care s-au bazat pe informațiile din respectivele certificate/documente.*

*(7) Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune îndeplinirea unor criterii de calificare pentru eventualii*

*subcontractanți, dar resursele materiale și umane ale subcontractanților declarați se iau în considerare pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă sunt prezentate documente relevante în acest sens."*

Din parcurgerea acestor texte normative rezultă că raționamentul contestatoarei, precum că autoritatea avea obligația de a îi cere clarificări privind documentele ofertei, nu este judicios. Potrivit art. 201 alin. (1) reprodus, "*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*", redactare din care 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 art. 11 alin. (3) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, la care se raportează reclamanta, dar și cele ale art. 35 din aceeași hotărâre: "*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.*"

Solicitările de clarificare, indiferent de temeiul lor, își au rostul atunci când documentele ofertei relevă o situație incertă, ambiguă, echivocă, ce împiedică realizarea evaluării obiective, temeinice și invulnerabile a ofertei, existând riscul unei evaluări (respingeri sau admiteri) eronate, ipoteză care nu este regăsită în speța de față.

În decizia nr. 6075 din 13 decembrie 2012, Curtea de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, a statuat că solicitarea de clarificări reprezintă o opțiune, un drept al autorității contractante, iar nu o obligație. Similar, în decizia nr. 3471/R din 12 iulie 2012, aparținând Curții de Apel Brașov, Secția de contencios administrativ și fiscal, se arată că textul art. 201 din ordonanță stabilește un drept al autorității contractante, iar nu o obligație a acesteia. "*Fiind un drept al autorității contractante, recunoscut de legiuitor, atunci aceasta are posibilitatea să îl exercite sau nu și nu poate fi sancționată dacă nu îl exercită, deoarece atunci s-ar transforma într-o obligație.*"

Mai mult, contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., ... nu a demonstrat nici măcar în fața Consiliului în ce fel îndeplinește condițiile impuse de autoritate vizând recomandările,

angajamentele și hotelurile oferite. Nicăieri în cuprinsul contestației nu aduce vreun argument în sensul combaterii motivelor de respingere a ofertei enumerate de autoritate în comunicarea nr. 6271/18.04.2013 și nici nu prezintă vreun mijloc de probă din care să reiasă că recomandările aduse erau în limba română și cuprindeau toate informațiile (inclusiv semnătura), că a prezentat angajamente pentru toate hotelurile specificate în documentația de atribuire și că a oferit și servicii la hotelul Rowa Dany. Întocmirea deficitară a ofertei este imputabilă asocierii care a prezentat-o, iar nu autorității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor documentației.

Dacă aprecierea contestatoarei că autoritatea i-a respins în mod neîntemeiat oferta este veridică, nimic nu o împiedica să argumenteze în fața Consiliului această apreciere și să îi prezinte înscrisuri care să probeze cele susținute, lucru care nu s-a întâmplat. Din volumul de documente anexate contestației nu rezultă defel că asocierea ar fi respectat cerințele impuse de autoritatea contractantă.

Contestatoarea nu poate însărcina Consiliul să efectueze o cercetare *in integrum* a unei proceduri de atribuire sau o supraevaluare generală a ofertelor, Consiliul nefiind nici organ de anchetă și nici supracomisie de evaluare, ci organ administrativ-jurisdicțional, care se pronunță în 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 asocierii ... - SC ...SRL, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea actului prin care a fost stabilit acest rezultat și nici pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor. Astfel fiind, în temeiul art. 278 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va respinge ca nefondată contestația ... nr. ... în contradictoriu cu ...

Nefondată se vedește a fi și contestația secundă, aparținând asocierii ... - SC ... SA - ... - SC ...SRL - SC ...SRL, a cărei ofertă a fost declarată inacceptabilă de autoritate, pentru neîndeplinirea tuturor cerințelor de calificare din documentația de atribuire:

- nu s-au oferit hotelul ...din stațiunea ... și hotelul ...din stațiunea ...;

- nu s-a prezentat angajament pentru hotelul ..... din stațiunea ...;

- s-au prezentat două angajamente nesemnate, pentru hotelul ...din stațiunea ...și hotelul ...din stațiunea ...;

- tarifele prezentate în oferta financiară conțin TVA, deși în documentația de atribuire se solicitau tarife fără TVA;

- susținătorul financiar pentru ... nu a prezentat formularul 10.

Potrivit fișei de date a achiziției, cap. IV.2) - Criterii de atribuire, *"oferta de preț prezentată va fi însoțită de angajamente (precontracte, contracte, convenții etc) încheiate cu unități turistice din fiecare stațiune, conform anexei 1 la caietul de sarcini"*. La cap. IV.4.2) - Modul de prezentare a propunerii financiare s-a indicat: *"Oferta financiară se va prezenta în lei/loc/zi cazare, lei/loc/zi masă, lei/loc/zi tratament, pentru întregul pachet turistic pe care poate să îl pună la dispoziție ofertantul, care obligatoriu include și unitățile hoteliere din anexa 1 la caietul de sarcini. Notă [...] 2. Tarifele vor fi fără TVA și fără comisionul agenției"*.

Aceleași prevederi se regăsesc și în invitația de participare transmisă de autoritate operatorilor economici la 03.04.2013, precum și în caietul de sarcini. Pe marginea prevederilor au existat mai multe solicitări de clarificare, unele dintre ele formulate chiar de societățile care compun asocierea contestatoare.

În pofida prevederilor clare și obligatorii redate mai sus, din care reiese că autoritatea a impus ofertanților tarifarea hotelurilor din anexa nr. 1 la caietul de sarcini, asocierea a ales să nu prevadă niciun tarif pentru hotelurile ...și Domogled, specificând în ofertă că ele sunt închise. Depunând o ofertă care nu includea și tarifele pentru aceste hoteluri, ofertanta a încălcat cele stabilite de autoritate în documentația de atribuire, aspectul că hotelurile sunt sau nu disponibile pentru cazare neavând nicio relevanță în speță. După cum s-a evocat, documentația în referință nu a fost contestată de asociere sau de membrii ei, fiind, așadar, acceptată în forma elaborată și transmisă de autoritate, la care ofertanta avea obligația să se conformeze întocmai.

Societățile contestatoare trebuiau să manifeste o minimă diligență și să îi pună în vedere autorității că respectivele hoteluri nu sunt deschise, astfel încât aceasta să decidă cum trebuie procedat în cazul lor, înainte de depunerea ofertelor. De altminteri, liderul ... s-a adresat autorității cu această problemă, însă vizând alte hoteluri (Astra și Zenit din Mangalia, Trei Brazi din ..., Economat din Sinaia), întrebând expres autoritatea cum trebuie să procedeze în cazurile respective. Însă, pentru hotelurile ...și ...nu s-a adresat o astfel de întrebare, context în care ele trebuiau tarifate în anexa nr. 1. Consiliul nu neagă eventualitatea ca cele două hoteluri să fie închise, iar ofertanții să fie puși, din această cauză, în imposibilitate de a le oferta, însă atât timp cât documentația nu a fost modificată în prealabil cu privire la hotelurile amintite, ea se impune ofertanților, care nu se pot eschiva de la clauzele ei, prevalându-se că hotelurile sunt închise. Dacă aveau obiecțiuni de nelegalitate sau nerealitate în privința conținutului listei anexate la caietul de sarcini primită de la autoritate, operatorii economici trebuiau să îl conteste

înainte de expirarea termenului legal de zece zile de la luarea la cunoștință, ceea ce nu s-a întâmplat în speță.

În situația în care, prin lista dată, autoritatea a cerut ofertanților tarife imposibil de oferat, din diverse motive, inclusiv închiderea unităților hoteliere, rezultatul nu poate fi decât, în concordanță cu principiul asumării răspunderii, consacrat la art. 2 alin. (2) lit. g) din ordonanță, recunoașterea greșelii și anularea din oficiu a procedurii de atribuire aflată în fază incipientă sau, dacă a avut loc etapa de ofertare, descalificarea tuturor ofertanților și anularea procedurii.

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. 37 alin. (2), 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;

- oferta câștigătoare se stabilește numai dintre ofertele admisibile și numai pe baza criteriului de atribuire precizat în documentația de atribuire;

- 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 aceeași direcție, art. 200 din ordonanță dispune că autoritatea contractantă are obligația de a stabili oferta câștigătoare pe baza criteriului de atribuire precizat în anunțul de participare și în documentația de atribuire, în condițiile în care ofertantul respectiv îndeplinește criteriile de selecție și calificare impuse.

Conform alin. (3) al art. 34 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini. De adăugat că, în fișa de date a achiziției, la pct. IV.4.1), autoritatea a atras atenția operatorilor că trebuie să își elaboreze propunerile tehnice astfel încât să respecte cerințele din caietul de sarcini, iar la pct. IV.4.2) s-a menționat că oferta financiară trebuie să includă obligatoriu unitățile hoteliere din anexa nr. 1 la caietul de sarcini.

Prin urmare, asociația "...ul", prin ofertarea incompletă a anexei nr. 1, a încălcat atât documentația de atribuire, cât și normele legale precitate. În consecință, fiind incidente în speță prevederile art. 81 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 (comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și ofertele neconforme), decizia de respingere a ofertei este legală.

O altă neconcordanță între documentația de atribuire și oferta asocierii reclamante o constituie ofertarea unor tarife cu TVA inclus,



În condițiile în care autoritatea a subliniat în mai multe rânduri că ele nu trebuie să includă TVA. Însăși autoarea contestației, în obiecțiunile pe care le-a sesizat organizatoarei procedurii ulterior ședinței de deschidere a ofertelor, recunoaște că a oferat tarife medii cu TVA inclus.

Se reține că documentația de atribuire a fost adusă la cunoștința membrilor asocierii anterior datei de 08.04.2013, iar în raport de dispozițiile art. 256 ind. 2 din ordonanța privind achizițiile publice, contestația referitoare la conținutul documentației de atribuire este tardivă.

După cum s-a punctat și în practica judiciară, contestarea documentației de atribuire este tardivă, chiar dacă respectiva documentație creează o stare de încălcare a legii (decizia civilă nr. 663 din 20 aprilie 2012 a Curții de Apel Bacău, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal), iar dacă documentația este atacată tardiv, Consiliului este oprit să se pronunțe asupra caracterului legal sau nelegal al respectivei documentații [art. 278 alin. (1) din ordonanță].

În consecință, oferta în analiză se abate din nou de la cerințele obligatorii prescrise de autoritate, motiv pentru respingere a ei.

Autoritatea a procedat legal și în privința statuării lipsei din ofertă a tuturor angajamentelor semnate cu furnizorii de servicii, dovadă fiind chiar recunoașterea de către reclamantă, în cuprinsul contestației, că pentru hotelul ...contractul este în curs de semnare, iar pentru hotelul Livadia, societatea care îl administrează este în curs de restructurare, "momentan fiind în imposibilitate de a semna contracte".

În legătură cu formularul nr. 10 pentru terțul susținător al ... pe de o parte el nu se regăsește în oferta asocierii, iar pe de altă parte se remarcă faptul că beneficiară a susținerii este ... iar nu asocierea ofertantă. Punerea la dispoziția autorității contractante a bilanțurilor firmelor nu poate suplini obligația distinctă de aducere a formularului amintit.

În considerarea celor ce preced, Consiliul determină că în mod legal autoritatea a respins oferta asocierii ... - SC ... SA - ... - SC ... SRL - SC ... SRL, situație în care, în temeiul art. 278 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, va respinge ca nefondată contestația acestei asocieri, în contradictoriu cu ...

Redactată în cinci exemplare, conține optsprezece pagini.

**PREȘEDINTE COMPLET,**

...

**MEMBRU,**

**MEMBRU,**

...

...