



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. 556/... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... depusă de SC ... SRL, cu sediul în ..., și adresa aleasă pentru comunicarea actelor de procedură la ..., privind procedura de cerere de oferte pentru atribuirea contractului de lucrări de modernizare drumuri de exploatare agricolă în comuna ... cod CPV 45233120-6, cu data de deschidere a ofertelor 21.05.2013, organizată de Comuna ... prin primăria sa, cu sediul în ... comuna ... județul ... în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire și reevaluarea ofertelor.

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

DECIDE:

În temeiul art. 278 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, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația SC ... SRL nr. 556/... în contradictoriu cu Comuna ... prin primăria sa, și anulează raportul procedurii nr. 3966/21.06.2013, precum și adresele autorității contractante de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii. Obligă

autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea întocmai a documentației de atribuire și a legislației în vigoare privind achizițiile publice, în termen de cel mult zece zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertelor, autoritatea va comunica rezultatul procedurii potrivit ordonanței.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (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 ofertantul SC ... SRL reclamă decizia autorității contractante de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că, contrar celor stabilite de autoritate, documentele ofertei sale, depusă în asociere cu SC ... SRL, fac dovada capacității economice și financiare, prin scrisoarea de bonitate nr. 377/21.05.2013, emisă de GarantiBank, și scrisoarea de bonitate emisă de Bancpost, conform cerințelor din fișa de date a achiziției, cu următorul cuprins: *"Ofertantul trebuie să demonstreze că, la momentul semnării contractului, va avea acces la sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza un cash-flow de execuție a lucrărilor în valoare de 1.650.000 lei pe o perioadă de 3 luni, conform Ordinului nr. 509/2011 al președintelui ANRMAR. Termenul de execuție a contractului este de 7 luni. Se vor prezenta: - documente eliberate de banca operatorului economic din care să reiasă îndeplinirea cerinței-în original. Neprezentarea sau prezentarea într-o formă necorespunzătoare a acestor documente va conduce la respingerea ofertei ca fiind inacceptabilă."* Modalitatea de îndeplinire prevăzută în fișa de date este: *"Scrisoare bonitate, scrisoare de confort bancar, orice alt document angajant eliberat de bancă sau altă instituție financiară din care să reiasă îndeplinirea cerinței-în original"*.

Documentele prezentate sunt scrisori de bonitate bancară, care atestă că la momentul depunerii ofertei contestația are aprobate facilități de credit în valoare totală de 3.325.000 lei (2.550.000 lei la GarantiBank și 775.000 lei la Bancpost), sub forma capitalului de lucru (finanțare activitate curentă), care pot fi

disponibilizate prin simpla manifestare de voință a contestatoarei pentru asigurarea cash-flow-ului în derularea contractului.

Autoritatea nu poate, potrivit Ordinului nr. 509/2011, să impună un anumit document și nici nu ar putea solicita un contract de credit destinat exclusiv și necondiționat contractului respectiv de achiziție publică deoarece, în ordin și în fișa de date, se arată că se pot prezenta și dovezi cu privire la accesul în viitor la astfel de resurse. De altfel, nicio unitate bancară nu se poate angaja fără să existe în prealabil un contract de achiziție publică semnat, deoarece analiza se face nu numai în raport de beneficiarul creditului, dar și de beneficiarul lucrării, întrucât acesta este cel care va plăti contravaloarea lucrărilor și, implicit, creditul. *A fortiori* se consideră îndeplinită condiția dacă se prezintă (așa cum a procedat contestatoarea) dovezi cu privire la existența unor facilități de credit care pot fi utilizate pentru realizarea contractului, cu atât mai mult cu cât plafonul existent reprezintă mai mult de 200% din suma solicitată prin fișa de date.

O altă interpretare a dispozițiilor fișei de date și ale Ordinului nr. 509/2011 ar reprezenta o încălcare a prevederilor art. 177 alin. (2) și ale art. 178 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

În cazul în care autoritatea contractantă ar fi considerat că nu este pe deplin lămurită prin documentele prezentate, avea posibilitatea să solicite contestatoarei sau chiar unităților bancare clarificări cu privire la condițiile de creditare. Este adevărat că solicitarea de clarificări este o posibilitate și nu o obligație pentru autoritatea contractantă dar, având în vedere prețul ofertat de către contestatoare (cu peste 100.000 de euro mai mic decât al ofertantului declarat câștigător) și principiul utilizării eficiente a fondurilor publice reglementat în art. 2 alin. (2) lit. f) din ordonanță, era în interesul autorității contractante și în spiritul legii să utilizeze această posibilitate.

În punctul său de vedere asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 23195/11.07.2013, autoritatea contractantă susține, în apărare, că oferta depusă de asocierea SC ... SRL - SC ... SRL a fost declarată inacceptabilă, potrivit art. 36 alin. (1) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, deoarece nu a îndeplinit cerința minimă de calificare impusă la pct. III.2.2) - *Capacitatea economică și financiară* din fișa de date a achiziției. Ofertantul contestator a prezentat:

- scrisoare de bonitate bancară eliberată de GarantiBank nr. 377/21.05.2013 unde se arată că "*SC ... SRL are aprobate [...] trei facilități de credit în valoare de 1.100.000 ron, 450.000 ron și 1.000.000 ron, deține disponibilități în cont pentru participarea la licitație*", cu mențiunea finală expresă că "*Prezenta adresă nu*

reprezintă nicio formă de angajament de nicio natură din partea băncii noastre";

- scrisoare de bonitate eliberată de Bancpost nr. 19/20.05.2013, care prevede: "*SC ... SRL are aprobată de banca noastră o facilitate de credit pentru finanțarea activității curente cu un plafon disponibil la această dată în sumă de 775.000 ron cu valabilitate până în 21.06.2013, cu posibilitatea prelungirii ulterioare*", cu mențiunea finală "*Prezenta scrisoare de bonitate nu reprezintă un angajament de acordare de credite din partea Bancpost SA și/sau onorarea de obligații față de terți, iar Banca nu își asumă nicio responsabilitate asupra activității ulterioare a clientului*".

Contrar cerinței exprese a documentației de atribuire, ca ofertanții să prezinte "*documente angajante aliberate de bancă sau altă instituție financiară din care să reiasă îndeplinirea cerinței*", în cele două documente depuse de contestatoare se precizează mai mult decât clar că respectivele scrisori de bonitate "*nu reprezintă nicio formă de angajament*" și, respectiv, "*nu reprezintă un angajament și/sau onorarea de obligații față de terți*".

În situația în care cerința documentației de atribuire a rămas definitivă prin neclarificare și/sau necontestare în termen legal, ofertanții erau debitorii obligației de a o respecta, astfel cum acesta a fost impusă, cu atât mai mult cu cât, prin aceeași fișă de date s-a făcut precizarea că "*prezentarea într-o formă necorespunzătoare a acestor documente va conduce la respingerea ofertei ca fiind inacceptabilă*". Astfel, orice critici ulterioare comunicării rezultatului procedurii referitoare la documentația de atribuire sunt tardive și nu se mai pot lua în discuție, cum ar dori contestatoarea, legalitatea sau claritatea impunerii cerinței mai sus redată.

Totodată, invocarea, la acest moment, a faptului că oferta petentei are un preț mai mic este nerelevantă, deoarece dispozițiile art. 200 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 și cele ale art. 37 alin. (2), art. 72, 81 și 82 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 sunt exprese în ceea ce privește stabilirea ofertei câștigătoare doar din rândul ofertelor admisibile.

Întrucât evaluarea ofertei petentei a fost efectuată cu respectarea regulilor statuate prin documentația de atribuire și a dispozițiilor legale în vigoare în materia evaluării ofertelor, se solicită respingerea ca nefondată a contestației.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin invitația de participare nr. ... publicată în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 29.04.2013, autoritatea contractantă Comuna ... prin primăria sa, a inițiat o procedură de cerere de oferte în vederea achiziționării de lucrări de modernizare a

drumurilor de exploatare agricolă din comună, lucrări estimate valoric la 4.186.591 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 29.04.2013, alături de invitația de participare.

La procedură au fost depuse două oferte, respectiv de către asocierea SC Panadria SRL - SC ... SRL și de către asocierea SC ... SRL - SC ... SRL, oferta celei din urmă (cu prețul cel mai scăzut) fiind respinsă de autoritate ca inacceptabilă, întrucât nu îndeplinește cerința de calificare de cash-flow. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate anterior, SC ... SRL a investit Consiliul cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de furnizare, nu a fost contestată cu succes 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 cele două ofertante. 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. b), coroborat cu alin. (2), din ordonanța privind achizițiile publice.

În concluzie, documentația acceptată implicit de ambele societăți 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 este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel ..., 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 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 acelorași condiții impuse de autoritate, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității.

Principiile egalității de tratament și transparenței, care au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C-19/00, pct. 34, și Hotărârea din 4 decembrie 2003, EVN și Wienstrom, C-448/01, pct. 47), constituie într-adevăr, temeiul directivelor privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (Hotărârea Universale-Bau și alții, C-470/99, pct. 91, și Hotărârea din 19 iunie 2003, GAT, C-315/01, pct. 73), iar obligația autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive (în acest sens sunt Hotărârea din 17 septembrie 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, pct. 81, și Hotărârea din 3 martie 2005, Fabricom, C-21/03 și C-34/03, pct. 26).

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 asocierii acesteia a fost respinsă ca inacceptabilă, prin raportul procedurii de atribuire nr. 3966/21.06.2013, respingere comunicată în aceeași zi, comisia de evaluare constatând că ofertanta nu a putut face dovada îndeplinirii cerinței de la pct. III.2.2) - *Capacitatea economică și financiară* din fișa de date a achiziției: "*Ofertantul trebuie să demonstreze că, la momentul semnării contractului, va avea acces la sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza un cash-flow de execuție a lucrărilor în valoare de 1.650.000 lei pe o perioadă de 3 luni, conform Ordinului nr. 509/2011 al președintelui ANRMAP. [...] Se vor prezenta documente eliberate de banca operatorului economic din care să reiasă îndeplinirea cerinței - în original. Neprezentarea sau prezentarea într-o formă necorespunzătoare a acestor documente va conduce la respingerea ofertei ca fiind inacceptabilă.*" Modalitatea de îndeplinire prevăzută în fișa de date este: "*Scrisoare bonitate, scrisoare de confort bancar, orice alt document angajant eliberat de bancă sau altă instituție financiară din care să reiasă îndeplinirea cerinței - în original*".

În tranșarea litigiului pe rol, Consiliul observă că cerința reprodușă, instituită de autoritate, este redactată deficitar, lăsând loc interpretărilor și, după cum s-a întâmplat, litigiilor. Astfel, din partea introductivă a ei rezultă dorința autorității de a se asigura că ofertantul va avea, la data semnării contractului, accesul la resursele financiare care să îi permită suportarea costurilor de demarare și realizare a investiției pe primele trei luni, approximate la valoarea de 1.650.000 lei, iar, pe de altă parte, ca modalitate de

îndeplinire a cerinței a indicat, *in terminis*, dreptul ofertanților de a prezenta scrisori bancare de bonitate, drept pe care, firesc și fără temerea de a greși, și l-a exercitat ofertanta reclamantă. Autoritatea nu a prevăzut și pus la dispoziția operatorilor economici niciun model de scrisoare bancară de bonitate, lăsându-le băncilor emitente libertatea de a concepe propriile scrisori. Contradicția provine din faptul că scrisoarea bancară de bonitate nu reprezintă un document angajant pentru banca emitentă, cum urmărea din cele expuse în prima parte autoritatea contractantă, ci doar un document informativ eliberat de bancă, la cererea clientului său, în care sunt expuse diverse informații de bonitate financiară a acestuia, cum ar fi tipul de capital, situația conturilor, situația creditelor, indicatori ai performanței financiare (cifra de afaceri, profitul brut/net, rata profitului net, rata lichidității globale, rata solvabilității generale), experiența de lucru cu clientul.

Deși legislația în vigoare nu stabilește conținutul sau forma scrisorii bancare de bonitate, este unanim acceptat în domeniu și de profesioniști că respectiva scrisoare "nu constituie un angajament din partea băncii pentru acordarea unor credite sau angajamente viitoare" și că "eliberarea scrisorii de bonitate nu se efectuează în baza analizei de credit". Uzanțele și regulile profesionale bancare, în lipsa unor texte normative aplicabile speței de față, trebuie avute în vedere de Consiliu, raportat la dispozițiile art. 5 alin. (2) și (3) C. proc. civ.:

"(2) Niciun judecător nu poate refuza să judece pe motiv că legea nu prevede, este neclară sau incompletă.

(3) În cazul în care o pricină nu poate fi soluționată nici în baza legii, nici a uzanțelor, iar în lipsa acestora din urmă, nici în baza dispozițiilor legale privitoare la situații asemănătoare, ea va trebui judecată în baza principiilor generale ale dreptului, având în vedere toate circumstanțele acesteia și ținând seama de cerințele echității."

Că scrisoarea în discuție are caracteristicile de mai sus se poate observa și din consultarea informațiilor oferite chiar de bănci: <http://www.bcr.ro/ro/corporate/companii/trade-finance/scriori-de-bonitate> sau <https://www.cec.ro/home/persoane-juridice/alte-servicii/scriori-de-bonitate.aspx#a>.

În atare context, se vedește a fi eronată opinia autorității contractante în sensul că asocierea reclamantei, prin scrisorile bancare de bonitate emise de Garanti Bank SA nr. 377/21.05.2013 și Bancpost SA nr. 19/20.05.2013, nu a reușit să acopere cerința de calificare în referință, pe considerentul că aceste scrisori nu constituie documente angajante. Consecința este că, din perspectiva pretextului invocat de autoritate, ofertei nu îi erau incidente dispozițiile art. 36 alin. (1) lit. b) și art. 81 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, care să îi acorde dreptul autorității de a respinge oferta ca inacceptabilă. Întocmirea deficitară a documentației de

atribuire este imputabilă autorității contractante, iar nu asocierii ofertante, care a respectat întocmai prescripțiile documentației, prezentând cele două scrisori bancare de bonitate. Atâta vreme cât autoritatea le-a permis ofertanților să prezinte pentru calificare scrisori de bonitate, prin definiție neangajante pentru banca emitentă, este evident că ofertanții nu pot fi sancționați prin respingerea ofertelor lor tocmai pentru că au ales să depună astfel de scrisori de bonitate. Doar în cazul în care ar fi avut inspirația să indice în fișa de date a achiziției că scrisorile de bonitate trebuie să fie unele atipice, respectiv angajante pentru bancă, autoritatea ar fi putut recurge la sancțiunea respingerii ofertei contestatoarei.

Ca urmare a celor evocate se constată că evaluarea ofertei SC ... SRL - SC ... SRL s-a realizat cu nerespectarea dispozițiilor legale în vigoare și a documentației de atribuire și, pe cale de consecință, critica reclamantei privind nelegalitatea evaluării ofertei asocierii sale este fondată. Astfel fiind, în baza art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va admite contestația SC ... SRL nr. 556/ ... în contradictoriu cu Comuna ... prin primăria sa, și va anula raportul procedurii de atribuire nr. 3966/21.06.2013, urmând ca autoritatea contractantă să reevalueze ofertele și să emită un nou raport al procedurii, cu respectarea legislației în vigoare și a documentației de atribuire. În baza aceluiași temei legal, va anula adresele autorității contractante de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii și va obliga autoritatea să le comunice rezultatul acesteia, după reevaluarea ofertelor, cu respectarea ordonanței de urgență evocate.

În ipoteza existenței unor îndoieli din partea autorității asupra veridicității datelor din cuprinsul scrisorilor de bonitate ale contestatoarei, inclusiv asupra posibilității efective a contestatoarei de a accesa suma de 1.650.000 lei la data contractării lucrării, sunt aplicabile normele art. 78 teza I din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, în temeiul cărora autoritatea are obligația să procedeze la clarificarea lor cu ofertantul și/sau direct cu băncile implicate. Așadar, dacă autoritatea apreciază că există un risc privind oferta întrucât anumite date și documente îi sunt neclare, contradictorii sau insuficiente, ea nu trebuie să declare inacceptabilă oferta și să o respingă *ipso facto*, ci să o clarifice temeinic, știut fiind că, orice hotărâre a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe documente neclare, contradictorii sau insuficiente. Pentru situația de față, pornind de la cele constatate, nimic nu împiedică autoritatea să întrebe asocieria ofertantă și, eventual, băncile, dacă SC ... SRL, în cazul în care obține contractul supus achiziției, la data contractării va avea disponibilă pentru cash-flow suma de 1.650.000 lei, astfel încât autoritatea să nu mai aibă îndoieli sau neclarități.

Mai mult, un document angajant din partea băncii se impunea în măsura în care banca s-ar fi obligat să finanțeze lucrarea, or, din documentele de la dosar, rezultă că reclamanta deține, deja, o finanțare și dispune de sume proprii în conturi, context în care banca nici nu ar avea pentru ce să se angajeze.

Redactată în patru exemplare, conține nouă pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...