



# 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 asocieria formată din ... cu sediul în ... .. CUI ... și SC ... SRL, cu sediul în ..., CUI ..., și adresa aleasă pentru comunicarea actelor de procedură la ... .. privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului sectorial de lucrări "...", coduri CPV 45232420-2 și 71322000-1, cu data de deschidere a ofertelor ..., organizată de ... cu sediul în ... .. județul ... în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire în privința ofertei ... și reevaluarea ei.

La 12.02.2014, Passavant Roediger GmbH, cu sediul în Kinzigheimer Weg 104-106, 63450 Hanau, Germania, înmatriculată cu nr. HRB 6342/17.12.1998 la Camera de Comerț din Hanau, și adresa aleasă pentru comunicarea actelor de procedură la ..., ... a adresat Consiliului cererea de intervenție voluntară principală sau, în subsidiar, accesorie în sprijinul autorității contractante nr. 73084/12.02.2014, înregistrată la Consiliu cu nr. 4389/12.02.2014, prin care solicită respingerea contestației anterior menționate și obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor efectuate în soluționarea cererii.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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 asocierii ... - SC ... SRL nr. ... în contradictoriu cu ... și anulează raportul procedurii de atribuire nr. R206/17.01.2014, în partea care privește oferta ..., precum și adresele autorității contractante de comunicare către ofertanți a declarării câștigătoare a ofertei Passavant Roediger GmbH. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea acestei oferte și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea întocmai a motivării de mai jos, a documentației de atribuire și a legislației în vigoare privind achizițiile publice, în termen de cel mult douăzeci de zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertei, autoritatea va comunica ofertanților rezultatul procedurii, cu respectarea cap. V, secțiunea a 5-a, din ordonanța de urgență evocată.

În conformitate cu art. 22 alin. (4) și art. 61 alin. (3) C. proc. civ., Consiliul califică cererea de intervenție nr. 73084/ 12.02.2014, depusă de Passavant Roediger GmbH, în cerere de intervenție voluntară accesorie în sprijinul autorității contractante, o încuviințează în principiu în baza art. 65 alin. (1) C. proc. civ. și o respinge în baza art. 278 alin. (5) din ordonanța de urgență menționată. Respinge și capătul de cerere de obligare a contestatoarei la plata cheltuielilor efectuate de intervenientă.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei 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 asocieria ofertantă ... - SC Aldona SRL reclamă decizia autorității contractante ... de admitere și declarare câștigătoare a ofertei ..., în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că oferta ... ar fi trebuit respinsă în baza art. 81 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, întrucât era inadmisibilă.

Scrisoarea bancară depusă de către Passavant Roediger GmbH nu demonstrează accesul firmei la resurse financiare pentru susținerea executării contractului timp de 3 luni, încălcându-se astfel cerința de la pct. III.2.2. - *Capacitatea economică și financiară* din anunțul de participare și fișa de date a achiziției. Pentru a dovedi îndeplinirea cerinței, ofertanta a depus o scrisoare din 25.01.2013, eliberată de HSBC Bank Middle East Limited, care nu atestă că ... dispune sau are acces la lichidități, ci contrariul, obținerea lichidităților fiind supusă unei triple condiționări: ofertanta să câștige contractul, ofertanta să realizeze demersuri la bancă pentru obținerea resurselor financiare, banca să aprobe acordarea lor.

Din formularea cerinței autorității rezultă că autoarea a fost interesată de:

- certitudinea existenței resurselor financiare: "*Disponibilități bănești, resurse reale negrevate de datorii sau linii de credit pentru minim 3 luni de derulare a contractului*";
- cuantumul sumei necesare: 3.500.000 lei;
- perioada contractului în care și pentru care trebuie asigurate fondurile: 3 luni.

HSBC Bank Middle East Limited nu își asumă nicio obligație, nici de rezultat (că va finanța ofertanta) și nici măcar de mijloace (că va depune diligențe să o finanțeze). Mai mult, banca menționează expres că nu acordă un sprijin financiar societății: "*În consecință, banca este dispusă să ia în considerare finanțarea proiectului menționat pentru 6 luni cu un capital de până la 3.500.000 RON (trei milioane cinci sute de mii lei românești) pentru proiectul menționat în cazul atribuirii cu succes către ..., sub rezerva aprobărilor noastre interne de credit și cu condiția ca termenii și condițiile să fie acceptate de bancă. De asemenea, este supusă condiției că nu ar avea loc niciun eveniment material advers.*

*Acest certificat a fost eliberat în baza cererii Passavant. Certificatul este confidențial și dat fără responsabilitatea băncii sau a funcționarilor acesteia.*"

De asemenea, scrisoarea menționează o perioadă de 6 luni, nu de 3 luni, de unde se deduce că, pentru cele 3 luni, suma ar putea fi mai mică și că HSBC ar putea să pună la dispoziție toată suma doar în 6 luni, deci nu în cele 3 luni menționate de autoritatea contractantă.

Nu există nicio obligație asumată de banca emitentă, deci nu există certitudinea acordării resurselor financiare pentru susținerea lucrărilor de executare a contractului pentru 3 luni, în ipoteza în care s-ar încheia contractul cu ....

Practica la nivelul Consiliului este în sensul respingerii ofertelor pentru viciile menționate, sens în care sunt reproduse pasaje din diverse decizii ale Consiliului.

Unul dintre contractele de care se prevalează ofertanta în demonstrarea experienței similare, semnat în anul 2000, nu respectă cerința de la pct. III.2.3.a) - *Capacitatea tehnică și/sau profesională*, nerezultând activitățile derulate de ofertantă în mod distinct față de activitățile asociatului acesteia și nici că au avut loc în ultimii cinci ani. Ofertanta a invocat contractul SEAU Batman, Turcia, derulat în perioada 17.03.2008-11.08.2011, și contractul SEAU Constanța Nord, derulat în perioada 10.2002-11.2010, acest din urmă contract fiind executat de asocieria Themeliodoni SA - .... Cu toate că reține mențiunea "*Lider al consorțiului: 50%/50%*", autoritatea contractantă nu solicită clarificări Passavant Roediger GmbH pentru a afla care au fost activitățile desfășurate efectiv de această societate, corespunzătoare procentului de 50% (respectiv dacă a executat în acest procent activități atât de proiectare, cât și de construcții), și în ce perioadă.

Mai mult, conform informațiilor publicate pe site-ul Consiliului Județean Constanța, membru în consorțiul respectiv a fost ..., însă autoritatea nu a verificat raportul dintre aceasta și Passavant Roediger GmbH.

Rezultă că analizarea documentelor ofertantei a fost superficială, impunându-se dacă nu respingerea ofertei, atunci solicitarea unor clarificări inclusiv beneficiarului lucrărilor (Regia Autonomă Județeană de Apă Constanța).

În ceea ce privește conformitatea ofertei cu specificațiile caietului de sarcini, astfel cum se observă din raportul procedurii din 26.07.2013, însăși comisia de evaluare avea dubii, care au condus la declararea ofertei drept neconformă. Ofertanta, desemnată ulterior câștigătoare, nu a justificat în mod transparent și deplin o serie de aspecte critice privind consumul de substanțe chimice utilizate în procesul de tratare a apei și privind consumul energetic pentru echipamentele principale, cu impact semnificativ asupra costurilor de operare garantate și cuantificate în formula de evaluare a ofertelor.

În continuare, contestatoarea aduce numeroase argumente care să justifice neconformitatea ofertei concurente.

În punctul său de vedere nr. R758/06.02.2014 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 3962/07.02.2014, autoritatea contractantă susține, în apărare, că, prin motivele pe care le invocă, asocieria contestatoare se substituie atribuțiilor comisiei de evaluare, încălcând prevederile art. 72 lit. h) și l) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006. În soluționarea litigiului anterior privind rezultatul procedurii, asocieria a avut calitatea de intervenientă accesorie și nu a invocat actualele motive de inacceptabilitate sau neconformitate a ofertei Passavant Roediger GmbH.

Cu privire la scrisoarea de disponibilitate financiară, în oferta inițială a ..., comisia de evaluare a identificat o scrisoare emisă de CommerzBank, în limba engleză. Cu adresa nr. R963/11.03.2013 a solicitat depunerea traducerii, iar ofertantul a redepus scrisoarea CommerzBank netradusă, dar și, din motive necunoscute, o scrisoare din partea HSBC Bank, prin care face dovada că are acces la disponibilități bănești în valoare de 3.500.000 lei pentru o perioadă de 6 luni. Comisia de evaluare a considerat că ofertantul îndeplinește condiția din fișa de date.

Și cerința experienței similare este îndeplinită de ofertant, prin contractul încheiat cu Direcția de Apă și Canalizare Batman, Turcia, capacitatea 320.000 PE, perioada de derulare 17.03.2008 - 11.08.2011, valoarea 12.218.309,60 euro, domeniul proiectare și construcție. Ofertantul a prezentat și contractul avându-o ca beneficiară pe Regia Autonomă Județeană de Apă Constanța, perioada de derulare 10.2002 - 16.11.2010 plus 12 luni "PND", valoarea 28.500.000 euro, domeniul construcții și proiectare, aspecte ce au fost confirmate prin recomandarea din 20.02.2012 emisă de Regia Autonomă Județeană de Apă Constanța, din care reiese populația echivalentă (PE) 255.000. Contractul a fost încheiat între Oficiul de Plăți și Contractare Phare și consorțiul compus din Themeliodomi SA și ..., iar lider al consorțiului a fost Themeliodomi SA. La pag. 288 din ofertă se găsește actul adițional nr. 2 la contract, prin care lider al consorțiului devine Passavant Roediger Anlangsbau GmbH, cu 50%, și Themeliodomi SA devine asociat, cu 50%. La pag. 321 se găsește un proces-verbal din care reiese că lucrările au fost terminate complet la 10.05.2012. Există și proces-verbal de recepție finală.

În raport de aceste documente, comisia de evaluare a considerat că cerința experienței similare a fost îndeplinită, motiv pentru care nu a mai solicitat clarificări.

Legat de oferta tehnică, comisia a apreciat că este întocmită potrivit documentației de atribuire. Au fost cerute zece clarificări asupra ofertei tehnice, iar răspunsurile primite au fost concludente. Comisiei de evaluare îi revine obligația de a aprecia dacă răspunsurile primite sunt concludente sau nu, iar contestatoarea nu se poate substitui comisiei.

... a depus la Consiliu cererea incidentală de intervenție principală/accesorie nr. 73084/ 12.02.2014, prin care solicită respingerea contestației asocierii ... - SC ... SRL și menținerea actualului rezultat al procedurii comunicat de autoritatea contractantă.

După expunerea istoricului licitației și a interesului societății în formularea cererii de intervenție sunt combătute pe larg acuzele pe care le aduce contestatoarea.

HSBC Bank Middle East Limited, prin clarificarea din 02.02.2014, confirmă disponibilitățile financiare ale intervenientei, de peste 20 de ori mai mari decât cele necesare. Este evident că ele pot fi utilizate în orice moment în intervalul celor 6 luni, neexistând vreo limitare în acest sens, după cum reiese și din adresa clarificatoare transmisă de bancă.

Relativ la cerința experienței similare, contrar susținerilor contestatoarei, ... a dovedit îndeplinirea ei prin trei contracte. Critica asocierii contestatoare este lipsită de interes.

Motivele de neconformitate cuprinse în contestație sunt lipsite de suport, având caracter de speculații. Mai mult, aceste bănuieli nici măcar nu sunt fondate. Pe de altă parte, ele ar da dreptul autorității să solicite clarificări, iar nu să respingă oferta.

În final, intervenienta solicită Consiliului să îi permită accesul la dosarul cauzei, în vederea studierii și fotocopierii de documente. Văzând această solicitare, cu adresa nr. 2539/...-.../13.02.2014, Consiliul a înștiințat intervenienta că se poate prezenta la sediul său pentru studierea și fotocopierea de documente, cu excepția celor confidențiale și/sau cuprinse în propunerea tehnică. S-a atras atenția asupra comunicării eventualelor concluzii scrise, în termenul acordat, inclusiv autorității contractante și contestatoarei.

Până la acest moment, intervenienta nu a prezentat Consiliului concluzii scrise, deși a consultat dosarul cauzei și a avut la dispoziție suficient timp. Lipsa concluziilor scrise nu împiedică soluționarea contestației și a cererii de intervenție.

În schimb, la 21.02.2014 sunt primite la Consiliu concluziile scrise aparținând asocierii contestatoare, care chiar dacă nu sunt redate aici, pentru a nu încărca excesiv și, astfel, îngreuna parcurgerea prezentei decizii, vor fi avute în vedere de membrii completului la adoptarea soluției în cauză.

Din examinarea 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 30.11.2012, autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de servicii de proiectare și execuție de lucrări pentru construirea unei stații de epurare în ..., capacitate 29.700 PE, contract estimat valoric la 29.265.621 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ..., alături de anunțul de participare.

La procedură au depus oferte 16 operatori economici, individuali sau în asocierie, între care și ..., a cărui ofertă a fost admisă și – fiind considerată cea mai avantajoasă din punct de vedere economic – declarată câștigătoare de către autoritatea contractantă, prin raportul procedurii nr. R206/ 17.01.2014.

Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate anterior, asocierea ... - SC ... SRL, a cărei ofertă a fost clasată pe locul secund, a investit Consiliul, în termenul legal, 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 (având anexate mai multe documente tehnice), formularele necesare și modelul contractului de lucrări, la care se adaugă cele peste 50 de clarificări pe marginea ei, 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 ... și asocierea contestatoare. 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.

Păstrând același registru, Curtea de Apel ... Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 3274 din 24 septembrie 2012, a statuat că, în materia achizițiilor publice, operatorii economici trebuie să manifeste o diligență sporită în privința cerințelor legale și a celor cuprinse în documentația de atribuire, astfel că, în condițiile în care nu au uzat de dreptul de a contesta anumite cerințe precizate în cuprinsul documentației de atribuire, au acceptat să se supună rigorilor acestora.

Asupra aspectelor pe care se întemeiază demersul reclamantei, este de observat, pentru început, că autoritatea contractantă, în anunțul de participare și în fișa de date a achiziției, a stabilit următoarea cerință de calificare obligatorie:

*"Disponibilitati banesti, resurse reale negrevate de datorii sau linii de credit pentru minim «3» luni de derulare a contractului, conform graficului de executie, în valoare de cel puțin 3.500.000 lei.*

*Modalitatea de îndeplinire: scrisoare din partea bancilor/ societati finantatoare ca detin acces la finantare în suma de 3.500.000 lei si pentru o perioada de 3 luni."*

Niciuna dintre părțile aflate în litigiu nu tăgăduiește existența acestei cerințe sau conținutul ei. Ea a făcut obiectul clarificării nr. 37/10.01.2013, care nu prezintă relevanță în dezbateră problema supusă analizei.

Oferta ... a fost depusă la autoritate la 28.01.2013, ora 9:32, și a fost înregistrată la aceasta din urmă cu nr. R270/... În volumul cuprinzând documentele de calificare ale ofertantului, la fila 00224, acesta a inclus, ca dovadă a îndeplinirii cerinței precitate, o scrisoare emisă de Commerzbank AG la 24.01.2014, deci cu patru zile înainte de data depunerii ofertei, redactată în limba engleză. Conținutul scrisorii este următorul:

"January 24, 2013

Bank Creditworthiness letter

1. We hereby confirm that Passavant Roediger GmbH, with the headquarters at Kinzigheimer Wag 104-106, DE- 63450 Hanau, registered at the Register of Commerce with no. HRB 6342, is a client of the Commerzbank AG since 1998, having the current account in euro with IBAN DE73 6068 0002 0706 3702 00 SWIFT DRESDEFF506.

In the present, the relationship of the bank with the client is good, without incidents, the client fulfilling all its obligations.

2. The managerial team of the company is made of Dr. Mazen Bachir, Dubai / United Arab Emirates, date of birth 20th November 1978 as managing director. The organizational form is limited liability company (Gesellschaft mit beschränkter Haftung). The company's object of activity is: Development, sale, planning and Installation of plants, mechanical equipment and devices of any kind, particularly in the field of water and sewerage engineering as well as in the field of biological waste treatment.

3. The present letter was issued by Commerzbank AG upon the request of PR, to be submitted at SOCIETATEA COMERCIALA AQUACARAS SA ...

4. The present creditworthiness letter was issued for the participation at the procedure organized by SOCIETATEA COMERCIALA AQUACARAS SA ... having as object "Construction and rehabilitation of wastewater treatment plant in Caransebes City".

5. The Information from this letter is offered without any obligation or engagement from the part of our bank."

După cum lesne se poate observa din parcurgerea scrisorii, ea nu face nicio referire la accesul ... la surse financiare în cuantum de 3.500.000 lei și, cu atât mai puțin, la disponibilitatea lor pentru o perioadă de 3 luni de derulare a contractului.

Deși situația o impunea imperativ, în mod inexplicabil, comisia desemnată și răspunzătoare juridic pentru evaluarea legală a ofertelor, cu adresa nr. R963/11.03.2013, a găsit de cuviință să nu solicite ofertantei nicio explicație asupra conținutului scrisorii de



bonitate în discuție, ci doar să îi ceară traducerea ei în limba română.

Răspunsul a fost primit cu adresa nr. 016PR/13.03.2013, în care, la punctul 3, se afirmă: "*Anexat va transmitem dovada faptului ca ... are accesul la mijloacele financiare necesare pentru a putea derula în condiții optime contractul pentru care a depus oferta.*"

După cum însăși autoritatea contractantă recunoaște în punctul său de vedere, ofertantul nu i-a furnizat traducerea cerută a scrisorii Commerzbank AG. Mai mult, din motive necunoscute aceleiași autorități contractante, după cum chiar ea se exprimă, ofertantul a depus o nouă scrisoare, din partea altei entități bancare – HSBC Bank Middle East Limited – și emisă ulterior celei din partea Commerzbank AG. Nu există niciun mijloc de probă la dosar în sensul că Commerzbank AG și-ar fi schimbat denumirea în HSBC Bank Middle East Limited sau că aceasta din urmă a preluat Commerzbank AG (de altminteri, ținând seama că prima scrisoare a fost emisă la 24.01.2013, iar secunda la 25.01.2013, este și greu de imaginat că în decursul unei singure zile cele două entități financiare ar fi fuzionat). În consecință, aparține evidenței că cele două entități sunt diferite și trebuie tratate ca atare.

Noua scrisoare, provenind de la HSBC Bank Middle East Limited, are următorul conținut:

"January 25th 2013

[...]

Passavant-Roediger GmbH (hereinafter "Passavant") which is a client of HSBC Bank Middle East Ltd. (hereinafter the Bank), has advised the Bank that they are involved in prequalification for the captioned project.

Passavant currently has funded and non-funded facilities totaling approximately EUR 20,170,000/- (EURO Twenty Million One Hundred Seventy Thousand Only) from the bank. The facilities consists of letters of guarantee, letters of credit and loans to assist financing of project awarded and may be disbursed subject to the terms and conditions of the project being acceptable to the bank. These facilities are subject to the Bank's periodic review.

Accordingly we are willing to consider financing the captioned project for 6 months working capital facility of more than RON3.500.000/- (Romanian LEU Three Million Five Hundred Thousand Only) for the purpose of the captioned project, in case of successful award to Passavant, subject to our internal credit approvals being in place and the terms and conditions being acceptable to the bank. This is also subject to no material adverse events taking place.

This letter is issued upon the request of Passavant. This letter is confidential and is issued without responsibility on the part of the Bank or any of its offers. Nothing in this letter should be construed as an undertaking of a guaranty by the Bank to award the facilities to Passavant.

This letter should be produced in original to whom it is addressed."

În această conjunctură, Consiliul fixează următoarea situație: ... i s-a solicitat de către organizatoarea licitației traducerea în limba română a scrisorii Commerzbank AG din 24.01.2013; Passavant Roediger GmbH sesizează că respectiva traducere ar devoala faptul că scrisoarea nu asigură îndeplinirea cerinței de calificare reproduse mai sus, motiv pentru care se sustrage obligației de a depune traducerea și, în schimb, aduce autorității o altă scrisoare, din partea HSBC Bank Middle East Limited, însoțită de traducerea ei în limba română.

Situația expusă nu a făcut obiectul niciunei analize de legalitate din partea membrilor comisiei de evaluare, cu toate că admisibilitatea ofertei ... depindea de o astfel de analiză, aflată în sarcina celor desemnați în comisie, în contextul în care au extins perioada de evaluare a ofertelor la peste un an de zile, timp în care cei șapte membri ai comisiei puteau revizui documentele ofertanților de nenumărate ori. Desigur, neglijența în serviciu sau intenția de fraudare a rezultatului licitației nu face obiectul jurisdicției administrative a Consiliului.

Separat de aceste premise, care se observă că au scăpat și contestatoarei, vizavi de conținutul scrisorii HSBC Bank Middle East Limited (denumită în continuare HSBC), neregăsită în oferta inițială, trebuie remarcat că ea nu are aptitudinea de a confirma că ... beneficiază de "disponibilități bănești, resurse reale negrevate de datorii sau linii de credit" din partea HSBC. Mai mult, ca modalitate de îndeplinire, autoritatea contractantă a specificat clar: "scrisoare din partea băncilor/ societăți finanțatoare că *dețin acces* la finanțare în sumă de 3.500.000 lei și pentru o perioadă de 3 luni."

Locuțiunea verbală *dețin acces* este utilizată la indicativul prezent, forma afirmativă, pentru a se accentua caracterul imperativ al cerinței respective. Deci, din redactarea cerinței se desprinde intenția autorității de a solicita ofertanților dovada că, la momentul ofertării (28.01.2013), dețin accesul la finanțare în cuantum de 3.500.000 lei, pentru o perioadă de 3 luni, care să le confirme "disponibilitățile bănești, resursele reale negrevate de datorii sau liniile de credit".

Substantivul neutru *acces* postpus verbului *a deține* (echivalent celui *a avea*), care se acordă cu pronumele neexprimat *ofertanți*, de care autoritatea a înțeles să lege admisibilitatea ofertelor, trebuie înțeles ca existând la data ofertei, iar nu în sensul că accesul urmează a fi obținut ulterior. Desigur, accesul la resurse financiare nu se confundă cu angajarea acestora, care se va realiza ulterior și pentru perioada prestabilită.

Cu alte cuvinte, pentru calificare, accesul ofertanților la finanțarea în sumă de 3.500.000 lei și pentru o perioadă de 3 luni trebuia să constituie o certitudine la data ofertării, iar nu ulterior.

Din parcurgerea scrisorii HSBC nu rezultă de nicăieri o asemenea certitudine în persoana ...

HSBC își manifestă dorința de a lua în considerare finanțarea viitoare a proiectului cu un capital de "până la" (în traducerea numitei Arsene Mariana Carmen) 3.500.000 lei, pentru o perioadă de 6 luni, în cazul atribuirii contractului către ..., condiționată de obținerea aprobărilor interne de creditare și a caracterului acceptabil de către bancă a termenilor și condițiilor (*subject to our internal credit approvals being in place and the terms and conditions being acceptable to the bank*). De asemenea, finanțarea este sub rezerva ca niciun eveniment material advers să se întâmple (*this is also subject to no material adverse events taking place*).

Scrisoarea este confidențială și a fost emisă fără asumarea responsabilității din partea băncii sau a "funcționarilor acesteia" (traducere Arsene Mariana Carmen). Nimic din cuprinsul scrisorii nu trebuie considerat ca reprezentând o asumare de garanție a băncii de acordare a facilităților către ... (*nothing in this letter should be construed as an undertaking of a guaranty by the Bank to award the facilities to Passavant*).

În atari circumstanțe, în care este clar că HSBC nu își asumă nicio obligație de finanțare a contractului, ci dimpotrivă, își declină un asemenea angajament, se desprinde concluzia că documentul furnizat de ofertantă nu corespunde cerinței de calificare impusă de organizatoarea licitației, mai cu seamă că documentul relevă că ofertantul nu *deține acces* la finanțare, ci, eventual, ar urma să îl obțină într-un viitor nedeterminat (care poate însemna și câteva luni de la semnarea contractului). Inclusiv prin prisma Ordinului președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. 509/2011 privind formularea criteriilor de calificare și selecție, care prevede că "*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 cash-flow de execuție a lucrării pentru perioada precizată*", cerința nu este îndeplinită, deoarece nicăieri nu se precizează că HSBC va deschide linia de finanțare pentru ofertant "la momentul semnării contractului".

Practic, în speță nu avem nici măcar o obligație condițională din partea băncii, astfel cum este ea definită la art. 1399 C. civ., lipsind cu totul o obligație sau răspundere din partea sa (*this letter is issued without responsibility on the part of the Bank or any of its offers*). În plus, chiar și dacă s-ar identifica, ipotetic, un angajament din partea băncii în vederea finanțării, el suferă de o condiție pur potestativă desprinsă din rezerva ca termenii și condițiile să fie acceptabile de către bancă, deci exclusiv la discreția exclusivă a ei ("*subject to [...] terms and conditions being acceptable to the*

bank"). După cum se cunoaște din art. 1403 C. civ., obligația contractată sub o condiție suspensivă ce depinde exclusiv de voința debitorului nu produce niciun efect.

Separat de cele stabilite, este de observat că nici măcar perioada pe care ar trebui să o acopere presupusa finanțare nu concordă cu cea impusă de autoritate, respectiv în scrisoarea HSBC ea se întinde pe 6 luni, în vreme ce autoritatea a specificat limpede că cele 3,5 milioane de lei trebuie disponibilizate pentru 3 luni de execuție a contractului. De bună seamă că angajarea a 3,5 milioane de lei pe 3 luni nu este similară cu angajarea aceleiași sume pe 6 luni, inclusiv din perspectiva costurilor implicate. În primul caz condițiile sunt mult mai riguroase decât în cel secund și implică trageri de peste un milion în fiecare lună. Eșalonat pentru o utilizare în 6 luni, creditul acoperă trageri lunare de aproximativ 0,6 milioane lei, deci sub plafonul de cheltuieli anticipat și impus de autoritate (presupunând că tranșele s-ar împărți egal pe fiecare lună).

Cele 3,5 milioane de lei reprezintă mijloacele financiare previzionate pentru a realiza un cash-flow de execuție a lucrării pe o perioadă de 3 luni, nu pe 6 luni.

Cu titlu de practică judiciară relevantă, este de reținut decizia nr. 402 din 2 martie 2012 a Curții de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, în care s-a ridicat aceeași problemă a îndeplinirii cerinței disponibilității resurselor financiare, iar soluția instanței de control se justifică și în cauza de față:

"Analizând criticile formulate, Curtea constată că autoritatea a impus, la pct. 5.3 din documentația de atribuire, cerința de calificare potrivit căreia ofertantul trebuie să prezinte «dovada, prin mijloace agreeate de banca operatorului economic/altă instituție bancară, prin care se confirmă că acesta are acces în prezent la o linie (sau mai multe) de credit, sau alte forme de finanțare existente, neconsumate la data depunerii ofertei, pentru susținerea execuției lucrărilor, în conformitate cu graficul fizic și valoric propus pentru execuția lucrărilor, conform ofertei tehnice. [...]».

Înscrisurile depuse de asocieră petentei nu dovedesc îndeplinirea acestei condiții de calificare. Corect a reținut Consiliul că documentele depuse nu confirmă faptul că asocieră din care face parte petenta are acces la o linie de credit care să îndeplinească plafonul valoric impus de autoritatea contractantă, ci că are posibilitatea de a accesa diverse linii de credit în anumite condiții, specifice băncilor.

Astfel, prin adresa nr. 2515/29.09.2011, emisă de bancă, se confirmă că SC T.C. SRL are deschise conturi de disponibilități pentru activitatea curentă, disponibilul existent fiind de 2.231.066,70 lei, că operatorul economic în discuție dispune de un plafon de credite pe termen scurt pentru activitatea curentă în valoare totală de 150.000 euro, în timp ce în contul personal al ... societății există disponibilități în sumă de 129.590 euro și 145.000 lei. În același sens este și adresa nr. 2516/29.09.2011, emisă de aceeași instituție bancară, adresă în care se menționează că SC T.C. SRL are «posibilitatea accesării unui credit/unor credite pentru acoperirea fluxului de numerar pe 4 luni în sumă de 6.000.000 lei, în condițiile îndeplinirii criteriilor impuse de normele de creditare ale băncii», dar și adresa nr. 81817/28.09.2011 emisă de altă sucursală a băncii, prin care se confirmă că asociatul SC S.T.D. SRL are deschis cont de disponibilități pentru

activitatea curentă și un plafon de finanțare pe termen scurt de 4.400.000 lei, în care se mai menționează că adresa «nu comportă un angajament ferm din partea băncii, aprobarea unei finanțări urmând a se face în urma prezentării contractului încheiat cu Primăria Comunei E. și în baza unei analize în conformitate cu normele băncii». [...]

În consecință, just au reținut autoritatea contractantă și Consiliul că asocierea nu a îndeplinit cerința de calificare."

În cauza aflată pe rol, Consiliul nu neagă capacitatea financiară a societății Passavant Roediger GmbH, ale cărei afaceri și renume acoperă mai multe continente, însă, cum s-a arătat în paginile anterioare, din citirea atentă a scrisorii HSBC se observă că, nicăieri în cuprinsul ei, banca emitentă nu certifică faptul că societatea, la momentul ofertării (sau, măcar, la cel al semnării contractului cu autoritatea contractantă), beneficiază de acces din partea băncii la finanțarea execuției lucrării pe o perioadă de 3 luni, în valoare de 3.500.000 lei. Singurul lucru pe care banca îl certifică este disponibilitatea sa de a lua în considerare finanțarea clientului său ..., sub mai multe condiții neidentificate precis în cuprinsul scrisorii (obținerea aprobărilor interne de creditare și a caracterului acceptabil de către bancă a termenilor și condițiilor), într-un moment viitor de asemenea neidentificat. Totodată, banca subliniază că scrisoarea emisă nu reprezintă un angajament din partea sa.

Contrar părerii autorității contractante, documentul bancar depus la licitație nu respectă rigorile cerinței impuse de ea însăși, necontestate în termenul legal. Documentul nu demonstrează certitudinea accesului ofertantei la resursele financiare solicitate la data ofertării. El confirmă doar că există o probabilitate ca banca să asigure finanțarea, nu o certitudine; cu alte cuvinte, în ipoteza în care clientul ar fi desemnat câștigător al licitației, nimic nu oprește banca să îi respingă cererea de finanțare pentru derularea contractului, sub pretexte ce țin de rânduilele ei interne.

Documentul nu angajează în niciun fel banca emitentă, după cum ea însăși se exprimă fără echivoc în cuprinsul lui. În pofida prevederii de la art. 171 din ordonanță, potrivit căreia "oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă", scrisoarea adusă de ... se remarcă prin caracterul ei neangajant pentru bancă și, implicit, pentru ofertantă.

În atari circumstanțe, este întreprățit demersul concurenței ... - SC Aldona SRL de a protesta față de decizia autorității contractante de admitere și declarare câștigătoare a ofertei ..., această societate neavând diligența de a se conforma la cerința dovezii de finanțare, stabilită de autoritate în anunț și în fișa de date a achiziției.

Faptul că HSBC nu a eliberat ofertantului o scrisoare care să acopere toate informațiile prescrise de autoritate nu poate fi trecut

În culpa celei din urmă, ci rămâne în sarcina băncii emitente, la care se adaugă neatenția ofertantului în verificarea prealabilă a conformității scrisorii.

Documentele de organizare a licitației, acceptate implicit de toți ofertanții, le impuneau respectarea cerințelor autorității, sens în care dispun și normele 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. 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.

Consecința neconformării ... la clauzele din anunț și fișa de date privind demonstrarea clară a accesului la resurse financiare constă în respingerea ofertei sale, deoarece se circumscrie art. 36 alin. (1) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 (*oferta este considerată inacceptabilă dacă ofertantul nu îndeplinește una sau mai multe dintre cerințele de calificare*) și ale art. 81 din același act normativ (*comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile*) - singura decizie legală cu privire la aceasta fiind cea de respingere a ei ca inacceptabilă, din cauza expusă. Întocmirea deficitară a ofertei este imputabilă societății care au prezentat-o, iar nu autorității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor documentației.

Scrisoarea HSBC din 02.02.2014 nu poate fi luată în considerare de Consiliu, deoarece ea nu face parte din documentele ofertei ... (nu se regăsește în această ofertă), este emisă la peste un an de zile de la data ofertării, nu a fost cerută de autoritate în timpul evaluării, este depusă după finalizarea evaluării, aduce modificări nepermise conținutului scrisorii inițiale din 25.01.2013 și, este evident că, a fost întocmită *pro causa*, cu scopul avantajării ofertantului în obținerea contractului de achiziție publică.

În contextul înfățișat, concluzia autorității, în sensul îndeplinirii cerinței de calificare, nu numai că nu este construită pe argumente solide, dar nici nu reflectă realitatea, care justifică respingerea ofertei în referință, iar nu admiterea și declararea ei câștigătoare.

Separat de toate acestea, în baza art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, care obligă Consiliul să examineze din punct de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat, Consiliul stabilește că, în pofida art. 72 alin. (2) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, comisia de evaluare a încălcat grosier obligația de a verifica îndeplinirea criteriilor de calificare de către ofertantul ... și, totodată, l-a favorizat în câștigarea unui contract de aproximativ 30 de milioane de lei (inclusiv TVA).

Astfel, Consiliul observă că autoritatea contractantă, prin comisia evaluatorie desemnată, deși i-a cerut ofertantului amintit să depună traducerea în limba română a scrisorii Commerzbank AG, cu adresa de răspuns nr. 016PR/13.03.2014, ofertantul a ignorat solicitarea expresă și limpede a autorității, omițând să depună traducerea respectivei scrisori (nici în prezent nu există această traducere, solicitată în urmă cu un an). În consecință, oferta se circumscrie și art. 79 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, care prevede respingerea ei ca neconformă atunci când răspunsul la solicitarea transmisă de autoritate nu este transmis ori el nu se referă la ceea ce a solicitat autoritatea (nu este concludent). Cu atât mai mult oferta trebuie exclusă când răspunsul dat conduce la încălcarea principiului tratamentului egal între ofertanți.

Conștientă fiind că oferta sa nu era acceptabilă sub aspectul îndeplinirii cerinței de calificare în discuție, dovadă fiind că nu a furnizat autorității traducerea cerută, ... a răspuns autorității depunând o altă scrisoare, emisă de HSBC la 25.01.2013, care nu figura în ofertă. Dacă ... dispunea de această nouă scrisoare din 25.01.2013 (abstracție făcând de insuficiența ei constatată mai sus), nimic nu a oprit-o să o includă în oferta inițială, din 28.01.2013, în locul celei de la Commerzbank AG.

Prin manopera aducerii ulterioare a noii scrisori bancare, fără măcar a îi fi fost cerută de autoritate, ofertanta încearcă să își creeze un avantaj nepermis față de ceilalți ofertanți, respectiv să completeze documentele de calificare proprii cu un act care nu figura între aceste documente. Altfel spus, să își transforme oferta inacceptabilă în una acceptabilă, comportament sancționat atât de principiul tratamentului egal între ofertanți, prescris de art. 2 alin. (2) lit. b) din ordonanță, cât și de prevederile 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").

Actuala legislație pe linie de achiziții publice nu permite înlocuirea – ulterioară datei limită de depunere a ofertelor – documentelor de calificare, întrucât ar lăsa loc arbitrariului, s-ar încălca obligația de menținere a ofertei în forma prezentată autorității și ar lipsi de substanță principiul tratamentului egal între ofertanți. Mai mult, o asemenea permutare ar altera conținutul obligatoriu al ofertei, după cum se statuează clar și fără excepții la art. 171 din ordonanță - "oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă". Cu alte cuvinte, o ofertă rămâne valabilă astfel cum a fost depusă de ofertant pe durata prescrisă în documentația de atribuire.

La fel cum nu se poate veni ulterior datei ofertării cu un alt subcontractant sau susținător, nu se poate veni nici cu alte documente de calificare, respectiv cu emitentul și conținutul schimbate, întrucât se aduce o gravă atingere principiului tratamentului egal între ofertanți – fiecare dintre cei care nu îndeplinesc cerințele de calificare ar fi bucuroși să depună ulterior scrisori de acces la resurse financiare din partea altor bănci pentru a îndeplini respectiva cerință.

Numai cu încălcarea art. 201 alin. (2) precitat, autoritatea ar putea lua în calcul scrisoarea ulterioară provenind de la HSBC, ce nu a fost prezentată inițial în cadrul ofertei, creându-i astfel societății un avantaj competitiv față de ceilalți operatori economici participanți la procedură. Scrisoarea HSBC trebuia să figureze de la început în ofertă, în documentele suport de calificare, pentru a putea fi luată în considerare, ceea ce nu s-a întâmplat în speță. Eventuala admitere a ei conduce în mod clar la distorsionarea concurenței între operatorii economici ofertanți, întrucât ... ar ajunge să fie calificată pe baza unor documente produse sau relevate ulterior datei limită de prezentare a ofertei. Principiul egalității de tratament între ofertanți, care are ca obiectiv favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective între întreprinderile participante la o procedură de achiziții publice, impune ca toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în elaborarea ofertelor lor și presupune, prin urmare, ca acestea să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții (în acest sens Hotărârea Curții Europene de Justiție din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C-19/00, punctul 34, și Hotărârea din 12 decembrie 2002, Universale-Bau și alții, C-470/99, punctul 93).

În cauză, acceptând completarea documentelor de calificare autoritatea a creat în mod vădit ofertantului un avantaj în raport cu ceilalți ofertanți, cum s-a spus. Toți ofertanții aveau, conform art. 170 din ordonanță, obligația de a își elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire, iar faptul că unul dintre ei a înțeles nu numai să nu prezinte inițial un document de calificare corespunzător cerinței autorității și în limba română, ci



chiar să își înlocuiască documentul cu altul, "îmbunătățit", trebuia sancționat cu respingerea ofertei. De asemenea, autoritatea a nesocotit și obligația care îi revenea în virtutea art. 66 – de a lua toate măsurile necesare pentru a evita situațiile de natură să determine manifestarea concurenței neloiale.

Prezintă importanță și concluzia la care s-a oprit Curtea de Justiție a Uniunii Europene în Hotărârea din 29 martie 2012, cauza C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s., FELA Management AG, ASCOM AG, Asseco Central Europe a.s., TESLA Stropokov a.s., Autostrade per l'Italia SpA, EFKON AG, Stalexport Autostrady SA/Úrad, pct. 41: *"În cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune astfel autoritatea contractantă, revine acesteia din urmă sarcina de a trata diferenții candidați în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații care au făcut obiectul acestei solicitări."* Concluzia este reluată și în Hotărârea din 10 octombrie 2013, cauza C-336/12, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Østre Landsret (Danemarca), prin decizia din 4 iulie 2012, în procedura Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser împotriva Manova A/S, pct. 37.

Este de domeniul flagrantului că îi erau interzise ofertantului înlocuirea scrisorii bancare și autorității acceptarea altei scrisori, respectiv transformarea ofertei din una inacceptabilă, în una acceptabilă, prin substituirea sau permutarea actului inițial.

De altminteri, cum am văzut, prin adresa nr. adresa nr. R963/11.03.2013, autoritatea nici nu i-a cerut societății să aducă altă scrisoare de calificare, ci i-a pus în vedere să prezinte traducerea în limba română a celei existente în ofertă.

Tot dincolo de îndoială este și observația că includerea scrisorii Commerzbank AG în ofertă constituie un act voit al ofertantului, care în colțul dreapta-jos a și semnat și ștampilat în mod conștient respectiva scrisoare, pentru care trebuie să își asume răspunderea. 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 Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 20 martie 2013, cauza T-415/10, Nexans France, reclamantă, împotriva Întreprinderii comune europene pentru ITER și pentru dezvoltarea energiei de fuziune, pârâtă, se amintește de la bun început că, în cazul în care, în cadrul unei proceduri de cerere de ofertă, autoritatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate, în plus, să se abată, față de vreun ofertant, de la condițiile pe care le-a definit

astfel fără să încalce principiul egalității de tratament între candidați.

Contrar opiniei ..., particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică impun o rigoare deosebită atât din partea autorităților contractante, cât și, mai ales, din partea celor care doresc să obțină aceste contracte finanțate din fonduri publice. În aceste condiții, orice operator economic interesat să participe la o astfel de procedură trebuie să manifeste o diligență sporită, încât să nu existe suspiciuni sau neclarități cu privire la oferta sa și, astfel, să prevină orice risc de respingere a ei.

Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012, a reținut pe bună dreptate 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.*

Toate cerințele de calificare a ofertanților în procedura de achiziție publică sunt nu doar obligatorii, dar și cumulative, iar absența unei singure condiții atrage descalificarea și declararea acesteia ca inacceptabilă – decizia nr. 733/R-CONT din 6 martie 2013 a Curții de Apel Pitești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

În consecință, oferta în referință se circumscrie și art. 79 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, care prevede respingerea ei ca neconformă atunci când răspunsul la solicitările transmise nu este unul concludent (la obiect) sau, cu atât mai mult, când el conduce la încălcarea principiului tratamentului egal între ofertanți.

Consiliul nu poate rămâne indiferent la ori să cauționeze abuzul autorității contractante, provenind din indolența sau intenția de fraudare manifestată de cei șapte membri ai comisiei de evaluare, ci dimpotrivă, trebuie să ia atitudine și să îi ordone autorității contractante să intre în legalitate.

Este pe deplin aplicabil principiul bunei administrări, conform căruia autoritățile publice, instituțiile publice, companiile naționale, regiile autonome de interes național și local, precum și societățile naționale cu capital de stat sunt datoare să își desfășoare activitatea în realizarea interesului general, cu un grad ridicat de

profesionalism, în condiții de eficiență, eficacitate și economicitate a folosirii resurselor (Legea nr. 571/2004 privind protecția personalului din autoritățile publice, instituțiile publice și din alte unități care semnaleză încălcări ale legii).

Jurisprudența Consiliului este constantă în direcția că orice decizie a autorității privind admiterea sau respingerea unei candidaturi/oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a candidaturii/ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente sau deduse din context de autoritate, care ar favoriza sau defavoriza un candidat/ofertant. Verificarea de către autoritatea contractantă a răspunsului ... nr. 016PR/13.03.2014 și a documentelor anexate lui nu numai că trebuia să existe, ci trebuia să fie și temeinică, nu doar formală. Îndrumată fiind de această premisă, conturată din propriile obligații exprese sau implicite din legislația achizițiilor publice, comisia de evaluare ar fi scutit ofertanții de "cruciada litigioasă" demarată în august 2013 și ar fi permis atribuirea și încheierea legală a contractului, respectiv demararea investiției și atragerea de fonduri europene (82,64%), încă de anul trecut.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că admiterea și declararea câștigătoare a ofertei ... de către comisia de evaluare este neîntemeiată și nelegală, autoritatea contractantă încălcând anunțul de participare și fișa de date a achiziției, precum și art. 200 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, art. 36 alin. (1) lit. b), art. 37 alin. (1) și art. 81 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006.

În același timp, cum s-a arătat, oferta în referință se circumscrie și art. 79 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, care prevede respingerea ei ca neconformă, din cauză că autoarea ei a ales să nu îi trimită autorității contractante traducerea cerută a scrisorii Commerzbank AG, scrisoare destinată expres participării la licitația organizată de ... (3. *The present letter was issued by Commerzbank AG upon the request of PR, to be submitted at SOCIETATEA COMERCIALA AQUACARAS SA ...* 4. *The present creditworthiness letter was issued for the participation at the procedure organized by SOCIETATEA COMERCIALA AQUACARAS SA ...* [...]) și care **nu putea fi schimbată în timpul evaluării ofertei cu altă scrisoare de calificare**, după cum s-a punctat anterior.

Odată stabilit caracterul inacceptabil/neconform al ofertei în discuție, cercetarea celorlalte obiecțiuni ale reclamantei vizavi de această ofertă devine de prisos, neputându-i schimba situația.

Similar, în decizia civilă nr. 1117 din 19 mai 2011, Curtea de Apel ... Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a reținut că: „În mod judicios Consiliul a apreciat că, găsind întemeiat un singur motiv de respingere ca inacceptabilă a ofertei petentei, nu se

mai impune analizarea și a celorlalte, câtă vreme cel analizat este apt prin el însuși a conduce la concluzia că oferta este inadmisibilă. Evident, în acest context, analizarea celorlalte motive ale contestației se constituia într-un demers inutil soluționării cauzei deduse judecătii.” Totodată, în decizia civilă nr. 129 din 14 ianuarie 2013, instanța a consemnat: „Atât timp cât oferta este declarată inacceptabilă pentru neîndeplinirea unei singure cerințe de calificare, chiar dacă le îndeplinește pe toate celelalte, ar fi fost inutil ca, Consiliul, să analizeze și restul motivelor invocate în cuprinsul contestației, vizând alte cerințe de calificare cu privire la care autoritatea contractantă a reținut că nu au fost îndeplinite, un asemenea demers nemaiprezentând niciun interes pentru contestatoare.”

Stabilirea legalității respingerii ofertei pentru unul dintre motive face de prisos cercetarea respingerii și față de celelalte motive, a statuat instanța și în decizia civilă nr. 2036 din 3 octombrie 2011. În decizia nr. 289 din 15 ianuarie 2013, Curtea de Apel Galați, Secția contencios administrativ și fiscal, a reținut drept corectă aprecierea Consiliului că, în baza art. 36 alin. (1) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, în analiza contestațiilor este suficient a se constata neîndeplinirea uneia sau mai multor cerințe de calificare pentru a nu mai fi analizate celelalte critici formulate în cauză. Relevante, în același sens, sunt și deciziile civile nr. 1965 din 9 august 2012 și nr. 2057 din 11 septembrie 2012 ale Curții de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 3598 din 15 octombrie 2012 a Curții de Apel ... Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, deciziile civile nr. 4774 din 25 aprilie 2013, nr. 5654 din 16 mai 2013 și nr. 6611 din 7 iunie 2013 ale Curții de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 1366/CA/2013-R din 27 martie 2013 a Curții de Apel Oradea, Secția „comercială” și de contencios administrativ și fiscal, și deciziile nr. 1378 din 18 februarie 2013 și nr. 6075 din 13 decembrie 2012 ale Curții de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, ca să enumerăm doar câteva.

Pe de altă parte, este de observat că superficialitatea caracterizează evaluarea ofertei ... și în privința dovedirii experienței similare impusă la pct. III.2.3.a) - *Capacitatea tehnică și/sau profesională* din fișa de date și în anunțul de participare. După cum judicios a observat și contestatoarea, din actele ofertantului declarat câștigător nu rezultă activitățile derulate de aceasta în mod distinct față de activitățile asociatului său Themeliodoni SA. Membrii asocierii care a executat contractul SEAU Constanța Nord pot să invoce experiența similară doar în limita contribuției proprii la executare, singura în măsură să invoce integral experiența dobândită prin executarea contractului fiind întreaga asocierie. În

altă ordine de idei, unul sau o parte dintre membrii asocierii nu poate/pot beneficia de experiența similară a întregii asocieri. Nici măcar calitatea de lider al asocierii nu îi conferă membrului dreptul de a beneficia de experiența celorlalți membri ai asocierii. Așadar, fiecare dintre asociați posedă o experiență proprie de pe urma contractului, distinctă de experiența cumulată a întregii asocieri. Se poate spune că experiența constituie un atribut al persoanei, respectiv că este individuală, nu colectivă.

Mergând pe același raționament și pentru întărirea lui, cerința experienței similare presupune ca ofertantul să fi executat anterior lucrări similare (cu proiectarea aferentă), iar nu doar ca el să fi semnat un contract pentru astfel de lucrări, pe care, însă, le-a executat un subcontractant al lui.

Elocventă în această privință este și decizia civilă nr. 2442 din 31 mai 2013 a Curții de Apel ... Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, din considerentele căreia cităm:

"Din analiza raportului intermediar al autorității, Curtea a constatat admiterea a trei candidaturi. Din documentele depuse de candidați, Curtea apreciază că se impunea solicitarea anumitor clarificări cu privire la informațiile cuprinse în cadrul acestora, sub aspectul lămuririi criteriului privind experiența similară.

Astfel, candidații au depus, pentru demonstrarea îndeplinirii criteriului din cuprinsul fișei de date a achiziției, cap. III.2.3.a) – execuție stație de epurare apă uzată în parametrii solicitați de autoritatea contractantă, documente din care reiese execuția mai multor stații de epurare, cât și a mai multor incineratoare. Din analiza acestor documente, respectiv din fișele de experiență similară depuse pentru fiecare stație/incinerator în parte, se poate observa că respectivele obiective au fost executate de un consorțiu (asociere) din care făcea parte fie un membru al asocierilor care au depus candidatura în prezenta procedură, fie terțul susținător al candidaților din prezenta procedură. Curtea apreciază ca autoritatea contractantă avea obligația de a solicita clarificări respectivilor candidați, pentru a afla partea din contractele prezentate ca experiență similară, executată de candidați (membri al asocierii) sau de terțul susținător."

Sunt de observat și deciziile civile nr. 824 din 27 februarie 2012, nr. 1323 din 22 martie 2012, nr. 1801 din 22 aprilie 2013 și nr. 2442 din 31 mai 2013, în care instanța a urmat aceeași direcție.

În plus, în acord cu Ordinul președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. 509/2011, "*în situația în care contractele au fost semnate înainte de perioada de 5 ani, autoritatea contractantă va lua în considerare lucrările executate și duse la bun sfârșit în perioada solicitată și va avea în vedere doar lucrările executate în această perioadă*", prevedere care, transpusă la experiența de care se prevalează ..., obliga autoritatea contractantă să întrebe ofertantul ce anume activități a prestat/executat, în concret, în ultimii cinci ani în cadrul contractului SEAU Constanța Nord, ținând cont că acesta a fost

semnat în 2002, deci cu peste zece ani înainte de inițierea licitației  
....

Dintre contractele enumerate de ... în formularul nr. 8 (filele 00227-00230), cu certitudine impresionantă ca număr și ca valoare, doar două au captat atenția comisiei în procesul de evaluare a ofertei, respectiv cele pentru stațiile Batman și Constanța Nord, după cum rezultă nu numai din raportul procedurii, ci și din punctul de vedere al autorității contractante nr. R758/06.02.2014. Nu rezultă de nicăieri că, separat de cele două, comisia ar fi analizat vreun alt contract.

În atari condiții, pentru lămurirea îndeplinirii cerinței experienței similare, în temeiul art. 78 teza I din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, autoritatea contractantă avea obligația legală să solicite ofertantului explicații asupra activităților pe care le-a derulat și perioadei de desfășurare a lor. Autoritatea putea recurge și la normele art. 11 alin. (3) teza finală din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, potrivit cărora: *"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 sensul de a solicita clarificări inclusiv de la structurile beneficiare ale investițiilor. De altminteri, prin apărarea pe care și-a construit-o Passavant Roediger GmbH, în cererea incidentală de intervenție, sugerează și recunoaște astfel că eventualele aspecte sesizate de contestatoare îi dădeau dreptul autorității contractantă să solicite clarificări.

Față de ansamblul considerentelor expuse în paginile de mai sus se constată că evaluarea ofertei ... a fost una superficială, care nu răspunde exigențelor de legalitate și temeinicie și, pe cale de consecință, critica societății contestatoare privind nelegalitatea admiterii ofertei în referință este fondată, în limita a ceea ce a fost analizat mai sus de Consiliu (cercetarea altor obiecțiuni ale reclamantei vizavi de ofertă este de prisos, cum s-a arătat).

Astfel stând lucrurile, în baza art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va admite contestația asocierii ... - SC ... SRL nr. ... în contradictoriu cu ... va anula raportul procedurii de atribuire nr. R206/17.01.2014, în partea care privește oferta ... (cum a cerut contestatoarea), și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea acestei oferte, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea documentației licitației și a legislației privind achizițiile publice.

În baza aceluiași temei legal, va anula adresele autorității contractante de comunicare către ofertanți a declarării câștigătoare a ofertei ..., subsecvente și dependente de raportul procedurii, și va

obliga autoritatea să comunice respectivilor ofertanți, după reevaluarea amintitei oferte, rezultatul procedurii de atribuire, conform Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

Relativ la cererea de intervenție formulată de ..., văzând că această societate comercială, ca ofertantă declarată câștigătoare de către autoritatea contractantă, are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, în conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ. Consiliul o încuviințează în principiu. Deși societatea își declară cererea ca fiind una de intervenție principală, din parcurgerea cuprinsului ei se vedește încadrarea greșită, fiind doar de sprijinire a poziției și apărării autorității contractante, fără nicio pretenție proprie suplimentară acesteia. În virtutea rolului său activ, Consiliul îi poate recalifica în mod corespunzător cererea de intervenție greșit denumită. Astfel fiind, în conformitate cu art. 22 alin. (4) și art. 61 alin. (3) C. proc. civ., Consiliul califică cererea de intervenție principală nr. 73084/12.02.2014, depusă de ..., în cerere de intervenție voluntară accesorie, în favoarea autorității contractante, și o va trata ca atare. În subsidiar, chiar intervenienta solicită calificarea astfel a cererii sale.

Totodată, față de cele stabilite mai sus, în baza art. 278 alin. (5) din ordonanță, Consiliul determină că respectiva cerere de intervenție este nefondată, inclusiv în privința excepției lipsei de interes a contestatoarei vizavi de anumite critici (fiind vădit interesul ei în a le susține, ca argumente în favoarea caracterului inacceptabil al ofertei concurente sale; aspectul că ele se limitează la anumite elemente nu le face lipsite de interes, cât timp admiterea lor ar produce efecte juridice atât în privința contestatoarei, cât și a societății căreia i s-a atribuit contractul).

Se impune a fi respins și capătul de cerere de obligare a contestatoarei la plata cheltuielilor suportate de intervenientă, nefiind întrunite condițiile art. 278 alin. (8) din aceeași ordonanță de urgență și ale art. 453 alin. (1) C. proc. civ. Mai mult, nici normele art. 452 C. proc. civ. nu sunt respectate de intervenientă în speță, aceasta nedepunând nicio dovadă asupra cheltuielilor efectuate, pe care nici măcar nu le-a cuantificat în cuprinsul cererii sale.

Redactată în cinci exemplare, conține douăzeci și patru de pagini.

**PREȘEDINTE COMPLET,**

...

**MEMBRU,**

...

**MEMBRU,**

...