

Secția de contencios administrativ și fiscal, Trimestrul al II-lea/2017

1. Legalitatea deciziei de imputare pentru recuperarea „suplimentului de post” constatat ca fiind acordat nelegal prin Decizie a Camerei de Conturi

Nu pot fi primite susținerile reclamantului potrivit cărora actele întocmite de către organele abilitate ale Curții de Conturi nu îi sunt opozabile și, prin urmare, sumele acordate nu pot fi returnate, întrucât pe de o parte, acesta avea la dispoziție calea excepției de nelegalitate pentru a supune analizei instanței de contencios legalitatea și temeinicia acestui act, însă a ales să nu se prevaleze de ea, iar, pe de altă parte, funcționarul a fost beneficiarul final al unei conduite ilicite a autorității publice, recuperarea sumelor impunându-se a fi efectuată de la acesta independent de reținerea vreunei răspunderi disciplinare a celor care au aprobat astfel de viramente.

Totodată, termenul de decădere de 30 de zile prevăzut de art. 84 din Legea nr. 188/1999, în ipoteza caracterului nelegal al sumelor achitate funcționarilor publici, statuat prin decizii ale Camerei de Conturi, se calculează începând cu data de la care a fost comunicată pârâtului-intimat încheierea pronunțată cu privire la contestația administrativă formulată de autoritate împotriva deciziei Camerei de Conturi, față de prevederile art. 210 din Hotărârea nr. 155/2014 pentru aprobarea Regulamentului privind organizarea și desfășurarea activităților specifice Curții de Conturi, precum și valorificarea actelor rezultate din aceste activități.

Neanularea în instanță a deciziei inițiale, anterioare, de stabilire a drepturilor financiare ale funcționarului public nu are nicio relevanță sub aspectul îndreptării autorității la emiterea ulterioară a unei decizii de imputare pentru recuperarea sumelor achitate necuvenit. Un astfel de raționament care leagă decizia de imputare de necesitatea desființării anterioare a deciziei de stabilire a drepturilor salariale ar anula practic aplicabilitatea prevederilor art. 84 lit. b) din Legea nr. 188/1999.

Decizia nr. 370/18.04.2017

Secția de Contencios administrativ și fiscal, Curtea de apel Iași

Temei de drept:

- Legea nr. 188/1999 privind statutul funcționarilor publici;
- Legea nr. 94/1992 privind organizarea și funcționarea Curții de Conturi.

Cuvinte cheie:

*Funcționar public
Decizie de imputare
Răspundere materială*

Prin sentința civilă nr. 800/6.10.2016, Tribunalul Iași a respins ca neîntemeiată cererea reclamantei în contradictoriu cu pârâtul Primarul Municipiului privind anularea actului administrativ Dispoziția nr. X/6.04.2016 emisă de Primar.

Împotriva acestei sentințe a formulat recurs reclamanta.

În motivarea căii de atac, aceasta a arătat că în speță nu a fost respectat termenul de 30 de zile de la constatarea pagubei pentru emiterea actului de imputare. Suplimentul acordat a fost plătit în baza unor acte administrative deja intrate în circuitul civil și care nu au fost

anulate în instanță. Decizia de imputare nu este motivată, a arătat recurenta, neincluzând temeiul în drept. Mai mult, în speță nu au fost dovedite condițiile răspunderii civile, nefiind reținută sau dovedită culpa sa în încasarea acestor sume. În fine, s-a arătat că actul este nelegal și prin prisma faptului că nu respectă prevederile Ordinului nr. 870/2008 cu privire la forma sa.

Pârâtul, legal citat, a depus întâmpinare prin care a solicitat respingerea recursului ca nefondat.

Analizând prezentul recurs prin prisma motivelor de nelegalitate invocate și care se pot subsuma prevederilor art. 488 pct. 8 C.proc.civ., curtea de apel a reținut că, în fapt, așa cum a remarcat și prima instanță, prin Dispoziția nr. X/06.04.2016 emisă de Primarul Municipiului s-a dispus imputarea sumei de 1184 lei reprezentând sume necuvenite de natură salarială – supliment post – acordate recurente pentru perioada 01.10.2014-31.01.2015.

În cuprinsul acestei decizii s-a reținut că prejudiciul a fost constatat prin decizia Camerei de Conturi Iași nr. 155/2015, respectiv încheierea nr. VI/51 din 4 martie 2016 emisă de Comisia de Soluționare a contestațiilor.

În drept, în cuprinsul deciziei, au fost reținute prevederile art. 84 și 85 din Legea 188/1999.

În esență, pe calea prezentului recurs, recurenta reiterează motivele inițiale de nelegalitate ale actului administrativ, subliniind faptul că acesta este un act nemotivat, nu a respectat termenul legal de emitere și nici nu sunt întrunite condițiile răspunderii sale materiale.

Curtea nu a putut achiesa la aceste motive, întrucât ele contravin prevederilor legale incidente în privința angajării răspunderii patrimoniale a funcționarului public pentru sume încasate necuvenit și probelor administrate în fața instanței de fond.

Astfel, instanța de recurs a reținut că suma de 1184 lei imputată reclamantei-recurente reprezintă cuantumul „suplimentului de post” acordat nelegal acesteia în perioada 1.10.2014-31.01.2015.

Caracterul nelegal al acestui spor salarial a fost deja statuat prin Decizia Camerei de Conturi nr. 155/2015, act administrativ care se bucură de prezumția de legalitate și temeinicie în condițiile neanulării sale de către o instanță de judecată, forța executorie a acestuia răsfrângându-se inclusiv asupra beneficiarilor finali a sumelor plătite necuvenit.

Susținerile reclamantului-recurent potrivit cărora actele întocmite de către organele abilitate ale Curții de Conturi nu îi sunt opozabile și, prin urmare, sumele acordate nu pot fi returnate, nu pot fi reținute, întrucât, pe de o parte, acesta avea la dispoziție calea excepției de nelegalitate pentru a supune analizei instanței de contencios legalitatea și temeinicia acestui act, însă a ales să nu se prevaleze de ea, iar pe de altă parte, funcționarul a fost beneficiarul final al unei conduite ilicite a autorității publice, recuperarea sumelor impunându-se a fi efectuată de la acesta independent de reținerea vreunei răspunderi disciplinare a celor care au aprobat astfel de viramente.

Cu titlu de principiu, curtea de apel a reținut că decizia emisă de Camera de Conturi județeană, în baza proceselor-verbale de constatare încheiate de auditorii publici externi în baza Legii nr. 94/1992 republicată, este un act administrativ individual ce poate fi atacat atât pe calea unei acțiuni directe de către orice persoană care se consideră vătămată în sensul art. 1 din Legea nr. 554/2004, dar și pe calea excepției de nelegalitate.

Pe de o parte, în cauză, nu suntem în prezența unui act administrativ care să se încadreze în prevederile art. 5 alin. 2 din Legea nr. 554/2004 și să determine astfel inadmisibilitatea atacării sale pe calea excepției de nelegalitate pentru că printr-o lege organică nu se prevede posibilitatea contestării actelor emise potrivit Legii nr. 94/1992 republicată în fața altor instanțe, ci tot a instanțelor de contencios administrativ, în condițiile legii contenciosului administrativ.

Pe de altă parte, Legea nr. 94/1992 republicată și pct. 204 din Regulamentul privind organizarea și desfășurarea activităților specifice Curții de Conturi, aprobat prin Hotărârea

Plenului Curții de Conturi nr. 130/2010 au recunoscut dreptul de a contesta decizia emisă de Camerele de conturi județene numai conducătorului entității verificate, contestație care se adresează structurii Curții de Conturi care a emis decizia și se soluționează printr-o încheiere.

Această cale specială nu înseamnă însă că orice altă persoană vătămată într-un drept sau interes prin emiterea deciziei Camerei de conturi județene nu va putea să solicite ea însăși instanței de contencios administrativ, fie pe calea acțiunii directe, fie pe calea excepției de nelegalitate, anularea și respectiv, constatarea nelegalității acestui act administrativ, mai ales în situația în care conducătorul entității verificate nu formulează contestație potrivit legii.

O astfel de abordare, în sensul recunoașterii dreptului persoanelor care se consideră vătămate de decizia Camerei de Conturi de a supune ele însele aceste acte controlului jurisdicțional, a fost consacrată și de ICCJ în jurisprudența sa (a se vedea Decizia nr. 815/2012).

Obiecțiunile reclamantei, sub aspectul caracterului nemotivat în fapt și în drept al actului administrativ, nu pot fi nici ele reținute, așa cum a reținut și prima instanță, actul conținând prevederi suficiente referitoare la cauza juridică a imputării precum și obiectul acesteia. Temeiul juridic al imputării acestei sume reclamantului îl reprezintă art. 84 lit. b) din Legea nr. 188/1999, text a cărui incidență este lesne de decelat chiar și în absența unei trimiteri exprese și complete în cuprinsul actului contestat.

Contrar aprecierilor recurentului, curtea de apel a reținut că în această ipoteză legală nu se impune dovedirea vreunei culpe proprii a funcționarului public, textul art. 84 lit. b) din Legea nr. 188/1999 legiferând de fapt, în materia funcției publice, consecințele plății lucrului nedatorat ca fapt juridic licit. Așa cum s-a arătat și în literatura de specialitate, încadrarea legislativă a acestei ipoteze nu este una corespunzătoare, coerente, întrucât induce ideea necesității dovedirii în speță a tuturor condițiilor specifice răspunderii civile. Însă, diferența de redactare dintre această ipoteză și cele de la litere a) și c) ale aceluiași articol este suficient de edificatoare sub aspectul condițiilor ce se cer a fi îndeplinite pentru recuperarea pagubei în cazul unei plăți necuvenite.

Dacă în prima ipoteză legală se impune dovedirea „vinovăției” funcționarului, așa cum stipulează expres textul, în cea de a doua ipoteză, incidentă în speță, pentru obligarea funcționarului de a restitui sumele încasate se impune exclusiv statuarea asupra caracterului nedatorat al acestora. Or, în speță, acest caracter a fost deja tranșat prin decizia Camerei de Conturi Iași și prin încheierea 51/2016 emisă de Comisia de soluționare a contestațiilor.

Contrar aprecierilor recurteii, dispoziția de imputare a fost legal emisă inclusiv din perspectiva termenului de decădere de 30 de zile prevăzut de art. 84 din Legea nr. 188/1999. Astfel, a reținut instanța de recurs faptul că actul administrativ contestat a fost emis la data de 6.04.2016, în interiorul termenului de 30 de zile, calculat începând cu data de 17.03.2016, dată la care a fost comunicat pârâtului-intimat Încheierea nr. VI/2016 pronunțată cu privire la contestația administrativă formulată împotriva Deciziei nr. 155/2015 a Camerei de Conturi Iași.

Conform art. 210 din Hotărârea nr. 155/2014 pentru aprobarea Regulamentului privind organizarea și desfășurarea activităților specifice Curții de Conturi, precum și valorificarea actelor rezultate din aceste activități: „Contestația suspendă obligația executării deciziei până la soluționarea ei de către comisia de soluționare a contestațiilor. Executarea măsurilor devine obligatorie de la data comunicării încheierii formulate de comisia de soluționare a contestațiilor, prin care se respinge integral sau parțial contestația. Prin „data comunicării încheierii” se înțelege data confirmării de primire a acesteia, menționată pe documentul de transmitere a încheierii.”

În ceea ce privește argumentul conform căruia sumele reprezentând suplimentul postului nu se impun a fi restituite, întrucât au fost achitate funcționarului în baza unui act administrativ anterior neanulat, curtea de apel a reținut că acesta nu este fondat, întrucât se axează pe o interpretare trunchiată a legislației contenciosului administrativ și consecințele

sale conduc inevitabil la lipsirea de orice efect util a unui control ulterior al Curții de Conturi asupra execuției bugetare a instituțiilor publice.

Un astfel de raționament care leagă decizia de imputare de necesitatea desființării anterioare a decizie de stabilire a drepturilor salariale ar anula practic aplicabilitatea prevederilor art. 84 lit. b) din Legea nr. 188/1999, întrucât singura acțiune în anulare care poate fi imaginată într-o astfel de situație ar fi cea consacrată de art. 1 alin. 6 din Legea nr. 554/2004, la inițiativa autorității și care, în cele mai multe cazuri, ar fi ineficientă, întrucât nu s-ar putea încadra în termenul de 1 an de la emiterea actului. Or, o astfel de situație nu ar putea fi coroborată cu prevederile art. 85 din Legea nr. 188/1999 care instituie un termen de prescripție de 3 ani de la data producerii pagubei pentru emiterea dispoziției de imputare.

În speță, consecința restituirii sumei nu o reprezintă anularea de către o instanță de judecată a deciziei de stabilire a drepturilor salariale ale funcționarului, ci însăși decizia Camerei de Conturi Iași prin care s-a statuat asupra nelegalității acordării acestora. Ca urmare a controlului efectuat de acest organism, autoritățile publice sunt obligate să recupereze sumele achitate nelegal, măsura desființării propriilor acte fiind una subsidiară și putând opera exclusiv în ipoteza în care la momentul statuării Curții de Conturi ar mai fi deschisă calea procedurală a anulării sau revocării lor.

În fine, în ceea ce privește aspectul formei pe care trebuie să o respecte dispoziția de imputare, curtea de apel a reținut că aceasta cuprinde semnătura primarului care este îndreptățit la emiterea actului în baza Legii nr. 215/2001 și poartă, totodată, viza secretarului unității administrativ teritoriale ale cărui atribuții sunt tocmai de verificare a legalității sale.

Față de aceste considerente de fapt și de drept, curtea de apel a respins recursul ca nefondat.

2. Domeniul de aplicare al Legii nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică și de concesiune și pentru organizarea și funcționarea CNSC

Așa cum reiese din prevederile art. 1 din Legea nr. 101/2016, precum și din prevederile Directivelor 89/665/CEE și 92/13/CEE pe care le transpune, acest act normativ se aplică exclusiv în materia procedurilor specifice de atribuire a contractelor de achiziție publică sau concesiune, proceduri care sunt expres prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016.

Achiziția directă prevăzută de art. 7 alin. 5 din Legea nr. 98/2016, nereprezentând o procedură de atribuire în sensul art. 68 din Legea nr. 98/2016, în privința sa, nu devin aplicabile nici remediile procesuale prevăzute de Legea nr. 101/2016, ci dreptul comun.

Decizia nr. 283/28.03.2017

Secția de contencios administrativ și fiscal, Curtea de apel Iași

Temei de drept:

- Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor;
- Legea nr. 554/2004 – legea contenciosului administrativ, art. 10

Cuvinte cheie:

*Proceduri de atribuire
Achiziție directă*

Prin sentința civilă nr. 42/18.01.2017, Tribunalul Iași a respins ca neîntemeiată cererea principală reclamantei SC „M” SRL în contradictoriu cu pârâta SC „E” SA.

Împotriva acestei sentințe a formulat recurs reclamanta.

În motivarea căii de atac aceasta a arătat că hotărârea pronunțată este netemeinică și nelegală. Compania față de care s-a atribuit contractul nu deținea la data organizării achiziției avizul favorabil pentru funcționarea dispeceratului pe raza Municipiului Iași. Prin sentința pronunțată, în mod eronat Tribunalul Iași a reținut că ar fi fost îndeplinite condițiile impuse în caietul de sarcini de către SC „C.P.P.” SRL, aceasta prezentând doar înscrisuri care emanau de la parte și nu de la autorități. Recurenta a mai arătat că la momentul depunerii documentației, societatea anterior menționată a prezentat licența de funcționare pentru activități tehnice a SC „R” SRL care expira în decembrie 2016 și un simplu tabel emis de aceeași societate, cu ștampila acesteia, fără avizul favorabil din partea IGPR. Acest aviz favorabil nu a fost depus la dosar de achiziție și nici prezentat instanței de judecată.

Recurenta a reluat considerentele expuse în adresa IPJ Iași și anexată la dosarul de fond.

Intimata SC „E” SA a depus întâmpinare prin care a solicitat respingerea recursului ca nefondat.

Analizând recursul prin prisma motivului de casare prevăzut de art. 488 pct. 5 C.proc.civ., invocat din oficiu, curtea de apel a reținut:

În fapt, așa cum reiese din proba cu înscrisuri administrată în fața instanței de fond, la data de 08.11.2016 pârâta-intimată SC „E” SA a publicat anunțul de consultare a pieței în vederea achiziționării directe de servicii de pază și protecție, pentru perioada 13.11.2016-31.12.2016, conform invitației și caietului de sarcini atașate respectivului anunț. Se menționa în anunț că serviciile de pază și protecție urmau fi achiziționate prin selecție de oferte, după criteriul prețul cel mai scăzut, la un preț total maxim de 66.000 lei, fără TVA.

Ca urmare a acestui demers, au fost înregistrate la sediul pârâtei trei oferte aparținând SC „M” SRL, SC „N” SRL și SC „C.P.P.” SRL. În privința ofertei prezentate de SC „C.P.P.” SRL autoritatea a apreciat că se impunea clarificarea documentelor de subcontractare referitoare la dispecerat, întocmindu-se procesul-verbal nr. z/10.11.2016.

Având în vedere că la data de 11.11.2016 au fost înregistrate documentele cuprinzând clarificările solicitate de la SC „C.P.P.” SRL, conform cărora subcontractorul acesteia avea la dispoziție un dispecerat zonal cu trei mașini de intervenție, la data de 11.11.2016 a fost încheiat procesul-verbal nr. X prin care s-a constatat că SC „C.P.P.” SRL a prezentat prețurile cele mai scăzute, precum și clarificările solicitate cu privire la existența dispeceratului zonal decizându-se atribuirea directă a contractului firmei SC „C.P.P.” SRL.

Pe calea prezentului demers judiciar, SC „M” SRL, în calitate de ofertant la achiziția directă demarată de autoritatea pârâtă, a contestat legalitatea atribuirii contractului ofertantului SC „C.P.P.” SRL. invocând faptul că, la data emiterii procesului verbal nr. X/2016, acest ofertant nu îndeplinea condițiile legale pentru a îndeplini obiectul contractului pe raza municipiului Iași. Obiectul principal al judecății îl constituie anularea deciziei de atribuire a contractului, respectiv procesul verbal nr. X/2016, iar cele accesorii sunt obligarea autorității la perfectarea contractului cu reclamanta-recurentă și plata de daune interese în cuantum de 64597,76 lei.

În drept, curtea de apel a reținut că litigiul de față este unul de drept administrativ, actul principal supus judecății fiind procesul verbal nr. X/2016 prin care s-a decis atribuirea unui contract administrativ unui terț, respectiv SC „C.P.P.” SRL, în urma unei procedurii de achiziție directă. Actul anterior menționat prezintă toate trăsăturile unui act administrativ în sensul art. 2 lit. c) din Legea nr. 554/2004: reprezintă o manifestare unilaterală de voință a unei entități asimilate autorităților publice, este emis în regim de putere publică și cu scopul

de a naște drepturi și obligații în privința unui subiect de drept. Caracterul irevocabil al acestui act inițial, având în vedere faptul că în baza sa a fost deja perfectat un contract, are relevanță sub aspectul capetelor de cerere accesorii formulate în prezenta speță.

Or, în această ordine de idei, curtea de apel a reținut că actul administrativ are un regim juridic specific, în centrul căruia se află Legea nr. 554/2004, act normativ care conține prevederi procedurale exprese, corelate specificului domeniului său de aplicare. Astfel, reglementând posibilitatea oricărei persoane vătămate de a contesta acte administrative individuale adresate altor subiecte de drept, actul normativ anterior menționat a reglementat inclusiv conduita procesuală a instanței de contencios administrativ într-o astfel de ipoteză. Astfel, conform art. 16 ind. 1 din Legea nr. 554/2004: „Instanța de contencios administrativ poate introduce în cauză, la cerere, organismele sociale interesate sau poate pune în discuție, din oficiu, necesitatea introducerii în cauză a acestora, precum și a altor subiecte de drept.”

Norma citată, printre alte ipoteze, creează cadrul absolut necesar pentru judecarea unitară a litigiilor de contencios administrativ declanșate de persoane vătămate care privesc acte administrative individuale al căror destinatar este un terț.

Necesitatea judecării unui astfel de litigiu în contradictoriu și cu terțul beneficiar al actului derivă din trăsătura fundamentală a actului administrativ, aceea că actul este emis în realizarea puterii publice și, prin urmare, este unul obligatoriu pentru toate subiectele de drept care intră sub incidența dispozițiilor sale, iar opozabilitatea sa se întinde și la alte subiecte decât cele obligate să îl execute. Cu alte cuvinte, examinarea legalității și temeiniciei unui act administrativ individual adresat unui alt subiect de drept decât reclamantul se impune a fi efectuată în contradictoriu nu doar cu autoritatea emitentă, ci și cu beneficiarul direct al actului, întrucât este obligatoriu ca, prin simetrie cu caracterul actului verificat, soluția instanței să fie una opozabilă tuturor subiectelor de drept interesate.

Faptul că, în speță, având în vedere perfectarea ulterioară a unui contract, efectele eventualei anulări a procesului verbal sunt diferite față de toate persoanele interesate, nu are relevanță în privința cadrului procesual în care se impune tratarea capătului principal al acțiunii.

Curtea de apel a mai reținut că dispozițiile legale anterior citate se impun a fi coroborate cu prevederile art. 78 alin. 2 C.proc.civ., conform cărora: „În materie contencioasă, când raportul juridic dedus judecării o impune, judecătorul va pune în discuția părților necesitatea introducerii în cauză a altor persoane. Dacă niciuna dintre părți nu solicită introducerea în cauză a terțului, iar judecătorul apreciază că pricina nu poate fi soluționată fără participarea terțului, va respinge cererea, fără a se pronunța pe fond.”

În lectura curții, textul anterior citat instituie în sarcina instanței de judecată o obligație și nu o simplă facultate.

În acest context normativ, față de specificul raporturilor de drept administrativ anterior expuse, curtea a apreciat că instanței de contencios administrativ îi revine obligația de a pune în discuție stabilirea completă a cadrului procesual.

Respectarea principiului disponibilității care guvernează raporturile procesual civile, aplicabil inclusiv materiei contenciosului administrativ prin prisma trimiterii de la art. 28 din Legea nr. 554/2004, trebuie interpretat în sensul subsumării sale obligațiilor instanței de judecată. Cu alte cuvinte, prima chemată să statueze asupra cadrului procesual este instanța de judecată, ei îi revine inițiativa punerii în discuție a aspectelor de drept pertinente în acest scop, ulterior, devenind într-adevăr relevantă conduita părților. Se va da eficiență acestui principiu al disponibilității numai ulterior îndeplinirii de către instanță a propriei obligații.

În speță, deși se pune problema legalității unui act administrativ care a creat drepturi în favoarea unui terț, prima instanță nu a făcut aplicarea prevederilor art. 78 alin. 2 C.proc.civ. raportat la art. 16 ind. 1 din Legea nr. 554/2004, soluționând fondul raporturilor juridice care priveau inclusiv SC „C.P.P.” SRL, fără a pune în discuție necesitatea citării în cauză a acesteia. Mai mult, având în vedere criticile punctuale de nelegalitate invocate de către reclamantă, respectiv lipsa avizului favorabil din partea IGPR și caracterul nereal al

înscrierilor depuse de societate în cadrul procedurii de achiziție directă, însăși probațiunea din prezenta speță impune citarea în cauză a acestei societăți.

Nerespectarea acestei obligații procesuale, respectiv neaplicarea de către prima instanță a dispozițiilor art. 16 ind. 1 din Legea nr. 554/2004 raportat la art. 78 alin. 2 C.proc.civ., poate face obiectul analizei instanței de control judiciar față de caracterul imperativ al normelor procesuale citate și atrage nulitatea sentinței astfel pronunțate.

Prin urmare, față de aceste considerente de fapt și de drept, curtea a apreciat că în speță se impune casarea sentinței pronunțate fără îndeplinirea obligației legale a primei instanțe de stabilire a cadrului procesual prin punerea în discuția părților a necesității introducerii în cauză a SC „C.P.P.” SRL.

În ceea ce privește conduita subsecventă a instanței de recurs, respectiv posibilitatea sa de a reține cauza spre soluționare în fond, curtea de apel a constatat faptul că, în speță, se impune aplicarea prevederilor art. 498 alin. 2 teza a doua C.proc.civ. raportat la art. 20 alin. 3 din Legea nr. 554/2004 și nu a prevederilor art. 55 alin. 5 din Legea nr. 101/2016.

Astfel, a reținut curtea de apel faptul că prezentul litigiu nu se circumscrie domeniului de aplicare al Legii nr. 101/2016, ci prevederilor Legii nr. 554/2004, întrucât în speță nu a fost aplicată o procedură de atribuire a unui contract de achiziție publică, ci o procedură de atribuire directă, conform art. 7 alin. 5 din Legea nr. 98/2016.

Or, așa cum reiese din prevederile art. 1 din Legea nr. 101/2016, precum și din prevederile Directivelor 89/665 și 92/13 pe care le transpune, acest act normativ se aplică exclusiv în materia procedurilor specifice de atribuire a contractelor de achiziție publică sau concesiune, proceduri care sunt expres prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016.

Achiziția directă, nereprezentând o procedură de atribuire în sensul art. 68 din Legea nr. 98/2016, în privința sa, nu devin aplicabile nici remediile procesuale prevăzute de Legea nr. 101/2016.

Conținutul expunerii de motive a Legii nr. 101/2016 prevede explicit acest aspect: „Sunt excluse din domeniul de aplicare al legii achizițiile directe... Astfel, pentru aceste tipuri de achiziții nu este disponibil sistemul de remedii/căi de atac prevăzut de lege, fiind incidente regulile dreptului comun.”

De altfel, acest raționament era aplicabil și sub efectul OUG nr. 34/2006. Astfel, prin art. 7 din Instrucțiunile ANRMAP privind modalitatea de aplicare a prevederilor art. 19 din OUG nr. 34/2006 se prevedea: „Având în vedere faptul că achiziția directă nu reprezintă o procedură de atribuire, în sensul art. 3 lit. ș) și art. 18 din OUG nr. 34/2006, în cazul acesteia nu sunt incidente dispozițiile capitolului IX - Soluționarea contestațiilor din ordonanța de urgență.”

Față de aceste considerente de fapt și de drept, inclusiv față de manifestarea de voință expresă a reclamantei-recurente de introducere în cauză a terțului beneficiar al actului administrativ individual contestat, curtea a dispus casarea cu trimitere a cauze, aceleiași instanțe care, în rejudicare, va face aplicarea prevederilor art. 78 alin. 2 C.proc.civ. raportat la art. 16 ind. 1 din Legea nr. 554/2004.

Cu ocazia rejudecării, instanța de fond va lua în considerare, în funcție de soluția pronunțată, inclusiv de solicitarea reclamantei referitoare la suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate.

3. Prețul neobișnuit de scăzut și procedura clarificării și completării ofertei inițial depuse, în lumina Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice

1. În principiu, cu privire la sfera de aplicare a procedurii prevăzute de art. 209 din Legea nr. 98/2016, curtea de apel a reținut că, în jurisprudența sa, CJUE a conturat cerințele și circumstanțele care delimitează posibilitatea autorității de a solicita ofertanților clarificări ale ofertelor depuse.

În cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații 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 cărora le-a fost adresată.

Pentru a se circumscrie principiilor anterior enunțate, curtea de apel a apreciat, în acord cu jurisprudența CJUE, că o cerere de clarificare a unei oferte: poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație, cererea trebuie să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare și ea nu poate conduce sub nicio formă la prezentarea de către ofertant a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, pct. 40).

Prin urmare, sub aspect formal, textul art. 209 permite inclusiv ca, răspunzând la clarificările solicitate, ofertantul să completeze documentele inițial depuse cu singura condiție ca prin această completare să nu fie modificate elementele esențiale ale ofertei inițiale, respectiv ca aceste completări să își aibă izvorul bine determinat în oferta inițială și acestea să fie menite să clarifice o situație preexistentă.

2. Cu titlu de principiu, curtea de apel a reținut că aprecierea autorității contractante cu privire la prețul ofertat este inclusă într-un act administrativ emis în procedura de achiziție, iar conținutul său poate fi dedus judecării, în substanța sa, în lumina principiilor derivate din art. 126 alin. 6 din Constituție. Stabilirea limitei dintre marja de apreciere a autorității și excesul de putere în emiterea actelor administrative reprezintă indubitabil o prerogativă a instanței de contencios administrativ în contextul în care condiția motivării actului apare ca o condiție de legalitate, în sensul larg al termenului.

Faptul că actualmente nu se mai prevede un criteriu matematic prin raportare la care prețul este calificat drept neobișnuit de scăzut (80% din valoarea estimată a contractului, conform legislației anterioare) nu semnifică instituirea automată în favoarea autorității contractante a unei puteri de apreciere absolute cu privire la calificarea acestuia din moment ce aceasta este ținută să respecte: scopul Legii nr. 98/2016 definit în art. 2 alin. 1, principiul eficienței în cheltuirea fondurilor publice consacrat de Legea nr. 500/2002 și să raporteze suma ofertată la prețul pieței.

Schimbarea opticii legiuitorului în privința calificării prețului ofertat ca fiind neobișnuit de scăzut (din raportarea sa la un prag fix de 80% în raportarea sa la prețul pieței) implică următoarele consecințe: pe de o parte, simpla plasare a unei oferte sub nivelul valorii estimate, chiar și într-o proporție semnificativă, nu declanșează automat o obligație a autorității de solicitare de clarificări, iar pe de altă parte, eventuala contestare a prețului ofertat de alt participant se impune a fi raportată la elemente componente de cost concrete și nu la valoarea total ofertată, eventual prin raportare la propria ofertă.

Ofertarea salariului minim pe economie nu implică, per se, un indiciu că prețul ar trebui calificat drept neobișnuit de scăzut.

Decizia nr. 224/17.03.2017,

Secția de Contencios administrativ și fiscal, Curtea de apel Iași

Temeiuri de drept relevante:

- Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și normele sale de aplicare, aprobate prin HG nr. 395/2.06.2016;

- Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor

Cuvinte cheie:

Achiziție publică

Clarificarea ofertei depuse

Prețul neobișnuit de scăzut

Prin plângerea înregistrată pe rolul acestei instanțe la data de 24.02.2017, reclamanta SC „G” SA a formulat, în contradictoriu cu Comuna, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016, plângere împotriva Deciziei nr. 301/C2/15 pronunțate de Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor la data de 08.02.2017, solicitând să se dispună modificarea în parte a acestei decizii în sensul admiterii contestației sale nr. 2040/03.01.2017 în tot și, pe cale de consecință, să se dispună: suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea definitivă a cauzei, precum și obligarea autorității contractante la constatarea caracterului inadmisibil al ofertelor prezentate de asocieria „E” SRL – „GT” SA, „L” SRL, „A” SRL, „CR” SRL, Asocieria „S” SRL – „T” SA, Asocieria „C” SRL – „C” SRL, „M” SA și obligarea autorității contractante la solicitarea motivării caracterului confidențial al propunerilor tehnice și financiare depuse de Asocieria „E” SRL – „GT” SA și „L” SRL.

În motivarea plângerii sale, reclamanta a arătat că, la data de 12.08.2016, Comuna a publicat în SEAP Anunțul de participare simplificat nr. X, prin care a adus la cunoștința operatorilor economici interesați organizarea procedurii simplificate pentru atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Execuție lucrări pentru obiectivele „Alimentare cu apă potabilă în satul B, comuna H, județul Vaslui; Canalizare și stație de epurare în satul B, comuna H, județul Vaslui”.

Fiind interesată de participarea la procedura de atribuire antementionată, reclamanta a indicat faptul că a depus oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

Ca urmare a evaluării ofertelor depuse, oferta sa a fost declarată admisibilă, dar necâștigătoare, conform Comunicării rezultatului procedurii nr. 468/19.12.2016.

Prin Adresele nr. 2035/19.12.2016 și nr. 2037/20.12.2016, reclamanta a solicitat accesul la dosarul achiziției (inclusiv la ofertele depuse în cadrul procedurii de atribuire antementionate), în conformitate cu art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016. A indicat reclamanta faptul că Autoritatea Contractanta a refuzat accesul subscrisei la propunerile tehnice și financiare depuse de Asocieria „E” SRL – „GT” SA și de „L” SRL, motivat de faptul că ofertanții au declarat informațiile cuprinse în aceste documente drept confidențiale.

S-a mai arătat că, potrivit Raportului procedurii nr. 457/19.12.2016, oferta reclamantei a fost clasată pe locul nr. 8.

În opinia reclamantei, ofertele clasate pe locurile nr. 1 - nr. 7 sunt inadmisibile, în conformitate cu prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016, aspect care a determinat-o să formuleze plângere la CNSC și ulterior să urmeze procedura în fața instanței.

A arătat reclamanta faptul că prin Decizia C.N.S.C. nr. 301/C2/15 din data de 08.02.2017, Consiliul a admis în parte Contestația și a dispus, *inter alia*, anularea raportului procedurii de atribuire și a comunicărilor transmise ofertantului câștigător și ofertanților clasati pe locurile 2-7, precum și reevaluarea ofertei câștigătoare și a ofertelor clasate pe locurile 2 - 7, cu respectarea prevederilor legale și a documentației de atribuire, conform celor precizate în motivare.

A arătat reclamanta faptul că motivarea Consiliului încalcă în parte legislația achizițiilor publice, atât prin respingerea neîntemeiată a unor critici ale subscrisei și

dispunerea unor soluții contrare prevederilor legale, cât și prin nesoluționarea anumitor critici și capete de cerere.

În ceea ce privește primul capăt de cerere având ca obiect suspendarea procedurii de atribuire, reclamanta a arătat că, în speță, există suficiente indicii de nelegalitate care să justifice suspendarea procedurii, dat fiind că reținerile C.N.S.C. cu privire la reevaluarea ofertelor încalcă în mod flagrant legislația achizițiilor publice. În prezentul caz, suspendarea procedurii de atribuire se impune având în vedere că plângerea vizează măsurile adoptate de Autoritatea Contractantă în procesul de evaluare a ofertelor depuse în cadrul procedurii antementionate, iar Consiliul a reținut nereguli cu privire la fiecare ofertă clasată pe un loc superior subscrisei, iar, în ipoteza în care Autoritatea Contractanta va continua procedura de atribuire și curtea de apel va admite plângerea și va dispune reevaluarea ofertelor, Autoritatea Contractanta se va afla în imposibilitate de a lua măsurile de remediere corespunzătoare.

În ceea ce privește capătul de cerere având ca obiect anularea în parte a deciziei CNSC, reclamanta a învederat critici de nelegalitate ale acesteia în raport de fiecare ofertă depusă.

Cu privire la oferta Asocierii „E”, reclamanta a arătat că modalitatea în care CNSC a analizat critica referitoare la îndeplinirea cerinței de calificare privind capacitatea de exercitare a activității profesionale este profund eronată.

În opinia reclamantei, organismul administrativ-jurisdicțional se contrazice în propriile afirmații cu privire la necesitatea autorizării potrivit art. 15 din Legea nr. 359/2004. Contradicțiile lipsesc actul administrativ-jurisdicțional de claritatea motivării absolut necesară. În condițiile în care însuși Consiliul se raportează la activitățile autorizate conform art. 15 din Legea nr. 359/2004 incluse în certificatele constatatoare prezentate de membrii Asocierii „E”, concluzia în sensul în care această autorizare nu este necesară ridică serioase semne de întrebare cu privire la însăși legalitatea și temeinicia Deciziei.

Reclamanta a subliniat importanța autorizării, indiferent de includerea (sau nu) a acesteia în documentația de atribuire, întrucât autorizarea conform art. 15 din Legea nr. 359/2004 reprezintă o cerință *ope legis* ce trebuie îndeplinită de operatorii economici în vederea desfășurării în mod licit a activităților sale.

Necesitatea autorizării rezultă în mod neechivoc din modalitatea de formulare a cerinței din Fișa de date a achiziției (secțiunea III.2.1.b) - Capacitatea de exercitare a activității profesionale): Autoritatea Contractantă a solicitat ca operatorii economici ce depun oferta sa demonstreze capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului. Or, a indicat reclamanta, capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului (și executarea lucrărilor în mod licit) nu poate fi demonstrată decât prin autorizarea activităților conform art. 15 din Legea nr. 359/2004.

Raționamentul Consiliului în sensul în care asociatul „GT” SA va executa lucrările aferente codului CAEN 4221 – Lucrări de construcții a proiectelor utilitare pentru fluide, iar liderul „E” SRL va executa celelalte lucrări aferente obiectului contractului de achiziție publică (lucrări de turnare, vopsire, preparare beton, zugrăvire, instalații electrice) este contrazis de faptul că lucrările aferente codului CAEN 4221 reprezintă aproximativ 90% din valoarea contractului de achiziție publică și nicidecum 50%.

În contextul în care prin Acordul de asociere nr. 175/25.08.2016, liderul „E” SRL și-a asumat că va executa 50% din lucrările ce fac obiectul contractului de achiziție publică, iar lucrările aferente codului CAEN 4221 reprezintă aproximativ 90% din lucrările cuprinse în obiectul contractului de achiziție publică, devine evident ca asociatul „E” SRL ar trebui să execute și lucrări aferente codului CAEN 4221 – Lucrări de construcții a proiectelor utilitare pentru fluide în măsura în care, într-adevăr, astfel cum susține Consiliul, fiecare dintre cei doi asociați contribuie la execuția lucrării în proporție de 50% și ar trebui să demonstreze capacitatea de exercitare a activității profesionale raportat la specificul activității desfășurate în cadrul lucrării.

O altă breșă în raționamentul propus de Consiliu, a adăugat reclamanta, constă în faptul că acesta s-a raportat în soluționarea criticii privind lipsa de personal a „E” SRL exclusiv la declarațiile pe proprie răspundere depuse (Declarația IMM, formularul nr. 7), în pofida faptului că aceste informații sunt contrazise de documentele emise de autoritățile competente în domeniu.

Reclamanta a mai arătat că nici reținerile C.N.S.C. cu privire la prețul nesustenabil și nerealist oferit de Asociera „E” nu pot fi validate de instanță. Legislația privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică (art. 26 alin. 2 din Legea nr. 101/2016) are rolul de a asigura o bună administrare a justiției în vederea exercitării controlului judecătoresc sau judiciar. Or, în situația în care Consiliul „tace” și nu se pronunță asupra legalității activității comisiei de evaluare, cum poate fi exercitat controlul asupra modalității de evaluare a ofertelor depuse?

Reclamanta a învederat că prețul oferit de Asociera „E” este neobișnuit de scăzut. El este mult mai redus decât celelalte preturi oferite în cadrul procedurii (opt oferte financiare fiind mai mult decât relevante pentru a reflecta preturile pieței), iar ofertele financiare ale celorlalți ofertanți nu pot fi justificate prin raportare la preturile pieței (astfel cum a reținut însuși Consiliul) și, pe cale de consecință, cu atât mai mult nu pot fi justificate nici prețurile oferite de Asociera „E”.

În opinia reclamantei declararea drept câștigătoare a unei oferte cu un preț neobișnuit de scăzut (imposibil de justificat) nu asigură, în mod cert, executarea contractului la parametrii calitativi și cantitativi impuși prin caietul de sarcini. În practică, semnarea unor contracte de achiziție publică cu operatori economici care au oferit prețuri neobișnuit de scăzute (cu respectarea „teoretică” a specificațiilor tehnice) a condus la o imposibilitate a executării contractelor, datorită prețurilor nesustenabile oferite.

A arătat reclamanta că prețul oferit nu este rezultatul liberei concurențe, el nu poate fi justificat, fiind evidentă intenția ofertantului de a denatura concurența în cadrul procedurii de atribuire, prin utilizarea unor prețuri mult inferioare preturilor pieței, care nu sunt rezultatul liberei concurențe. În contextul în care nici măcar prețurile oferite de ceilalți operatori economici, mult mai mari decât prețul oferit de Asociera „E”, nu pot fi justificate raportat la nivelul pieței, este evident că și prețul oferit de Asociera „E” se află mult sub nivelul pieței.

În privința centralizatorului cu lucrările executate de asociați, reclamanta a achiesat la constatările Consiliului, însă a precizat că concluzia organismului, în sensul în care se impune clarificarea cu ofertantul declarat câștigător a centralizatorului cu lucrările executate de asociat, este profund eronată, întrucât aspectul analizat nu este ambiguu, nefiind susceptibil de a face obiectul clarificărilor, ofertantul declarat câștigător nedepunând pur și simplu centralizatorul cu lucrările executate de asociați, act solicitat prin Fișa de date a achiziției. În opinia reclamantei, permiterea depunerii centralizatorului cu lucrările executate de asociați pe calea clarificărilor reprezintă o completare semnificativă a propunerii financiare.

În ceea ce privește oferta „L” SRL, reclamanta a apreciat că aceasta ar fi trebuit declarată inadmisibilă.

A arătat reclamanta că în timp ce susținerile privind prețurile materialelor au fost considerate de Consiliu drept întemeiate, critica privind tariful net pentru ora de manoperă a fost respinsă în mod nejustificat, întrucât art. 136 alin. (1) din Normele Metodologice raportează prețul aparent neobișnuit de scăzut la preturile pieței, prin utilizarea inclusiv a informațiilor din buletine statistice, iar dispoziția legală susține raportarea tarifului pentru manopera la nivelul tarifului mediu net pe ramura publicat de Institutul Național de Statistică. În opinia reclamantei, tariful oferit de „L” de 8 lei/oră net pentru ora de manoperă este situat mult sub nivelul tarifului mediu net pe ramură, publicat de Institutul Național de Statistică.

În contextul celor de mai sus, față de prevederile art. 136 alin. (1) și (2) din Normele Metodologice, reclamanta a arătat că Autoritatea Contractantă avea obligația de a-i solicita ofertantului explicații cu privire la posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire din perspectiva tarifului net pentru ora de

manoperă, urmând ca oferta să fie respinsă dacă explicațiile nu justifică nivelul scăzut al tarifului oferat.

În ceea ce privește tipurile de cămin ofertate, reclamanta a arătat că C.N.S.C s-a raportat în mod eronat exclusiv la Formularul F3 – Liste cuprinzând cantități de lucrări, ignorând cu desăvârșire criticile subscrisei fundamentate pe Formularul C6. Din informațiile prezentate la pag. 2 poz. 57 din Formularul C6 rezultă că a fost oferat un singur tip de cămin de canalizare respectiv – CĂMIN DE VIZITARE DIN POLIETILENA (PE) D1100 - 172 buc., furnizat de către „V” la prețul de 1.548,93 lei. Prețul corespunde produsului „Cămin cu diametrul D - 1,1 m (H variabil - din planșe) (cod 8888887) - 1+3 ieșire”, informație care rezultă, în opinia reclamantei, din analiza comparativă a prețurilor și specificațiilor ofertei V pentru căminele de Polietilenă, valabilă la data întocmirii ofertei.

Prin urmare, în opinia reclamantei, se impune admiterea criticilor privind neconformitatea tipurilor de cămin ofertate și, pe cale de consecință, respingerea ofertei „L”, fie pentru neîndeplinirea cerințelor minime din caietul de sarcini, în temeiul art. 137 alin. 3 lit. a) din Normele metodologice, fie pentru ofertarea unor costuri neobișnuit de scăzute și care nu respectă principiul liberei concurențe (prețuri mai mici decât cele din oferta furnizorului „V”) și care nu pot fi justificate, în temeiul art. 137 alin. (2) lit. g) și art. 137 alin. (3) lit. c) din Normele metodologice.

În ceea ce privește oferta „A” SRL, reclamanta a apreciat că și aceasta este inadmisibilă, criticile sale referitoare la graficul de execuție propus de „A” și metodologia de execuție a lucrărilor, fiind considerate drept întemeiate de CNSC. Totuși, în mod eronat, CNSC a concluzionat că „autoritatea contractantă trebuie să clarifice cu acest ofertant faptul că acesta intenționa să execute lucrări de arhitectură la camera de vane în perioada de iarnă”.

În opinia reclamantei, autoritatea contractantă are obligația de a respinge oferta „A” drept neconformă în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din Normele metodologice, întrucât la secțiunea IV.4.1) din Fișa de date a achiziției se precizează expres că propunerea tehnică trebuie să conțină prezentarea modului de realizare a lucrărilor care va descrie inclusiv programul de execuție (diagrama Gantt), care să ilustreze succesiunea tehnologică de realizare a lucrărilor, iar clarificarea acestui aspect inclusiv prin emiterea unui grafic de execuție revizuit, ar reprezenta o modificare a propunerii tehnice nepermisă de art. 134 alin. (6) din Normele Metodologice și sancționată cu neconformitatea ofertei. În opinia reclamantei, lipsa metodologiei de execuție reprezintă o nerespectare flagrantă atât a cerințelor clare din Fișa de date a achiziției, cât și a caietului de sarcini.

Referitor la fișele tehnice, reclamanta a arătat că CNSC a reținut în mod corect criticile sale sub acest aspect, însă concluzia CNSC, în sensul în care se impune clarificarea cu ofertantul a aspectelor privind fișele tehnice, este profund eronată.

Referitor la elementele de cost ofertate, criticile reclamantei au vizat: tariful net pentru ora de manoperă, cota de cheltuieli indirecte și cea de profit, prețurile anumitor materiale din lista consumurilor de resurse materiale. Față de acestea, aprecierile CNSC au fost eronate, a susținut reclamanta, tariful net pentru ora de manoperă, oferat de „A” (7,5 lei/ora), fiind situat mult sub nivelul tarifului mediu net pe ramura publicat de Institutul Național de Statistică.

Contrar celor reținute de Consiliu, critica privind cota de cheltuieli indirecte și profit este pe deplin întemeiată, a arătat reclamanta. Astfel, ceea ce omite CNSC să observe este că s-a criticat faptul că Autoritatea Contractantă avea obligația de a-i solicita ofertantului explicații cu privire la posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire. Cotele ofertate de ofertanții clasaiți pe locurile nr. 3 - nr. 8 sunt cei puțin duble, ofertele acestora putând fi considerate drept „preturi ale pieței” în accepțiunea art. 136 alin. (1) din Normele Metodologice, a completat reclamanta. Justificarea exhaustivă a cotei de cheltuieli indirecte este cu atât mai importantă, a indicat reclamanta, cu cât în această valoare sunt cuprinse toate acele cheltuieli care nu au fost și nu sunt evidențiate în mod explicit prin listele de cantități de lucrări.

Reclamanta a mai învederat că susținerile sale privind prețurile anumitor materiale din lista consumurilor de resurse materiale au rămas nesoluționate, CNSC nepronunțându-se deloc asupra acestei critici.

Contrar celor reținute de CNSC, reclamanta a arătat că, întrucât tariful mediu net pentru manopera oferit este de aproximativ jumătate din tariful mediu net pentru manopera publicat de Institutul National de Statistică, cota de cheltuieli indirecte este jumătate din cota de cheltuieli indirecte stabilite la nivel național pentru obiectivele finanțate din fonduri publice, procentul de profit este de 5 ori mai mic decât procentul de profit stabilit la nivel național pentru obiectivele finanțate din fonduri publice și prețurile pentru materiale oferite de către „A” sunt extrem de reduse în unele situații (0 lei), Autoritatea Contractantă avea obligația de a-i solicita acestuia explicații cu privire la posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate stabilite prin documentația de atribuire, impunându-se respingerea ofertei acestuia atât în temeiul art. 137 alin. (2) lit. g), cât și în temeiul art. 137 alin. (3) lit. c) din Normele metodologice.

În ceea ce privește inadmisibilitatea ofertei „CR” SRL, reclamanta a arătat că criticile sale privind propunerea tehnică a acestei societăți referitoare la drumul critic, graficul de execuție, încărcarea maximă a acoperișului, fișele tehnice, precum și secvențierea, derularea în timp și durata testelor, au fost apreciate drept întemeiate. Totuși, concluzia CNSC în sensul în care se impune clarificarea cu ofertantul a acestor aspecte din propunerea tehnică este profund eronată, permiterea completării acestor aspecte pe calea clarificărilor reprezentând o completare semnificativă a propunerii tehnice, interzisă potrivit art. 134 alin. (6) din Normele Metodologice.

Reclamanta a reiterat că prețul oferit de această societate este neobișnuit de scăzut întrucât: s-a oferit un preț pe benzină auto CO 75 - cod 6200573, respectiv motorină - cod 6200937 de 6 lei/litru, depășind astfel în mod nejustificat prețurile pieței, iar tariful de 8 lei/ora net pentru ora de manoperă, oferit de „CR” în propunerea financiară este sub nivelul tarifului mediu net pe ramură. Totodată, prețurile pentru materiale practicate la stabilirea ofertei financiare cuprinse în lista consumurilor de resurse materiale nu sunt rezultatul liberei concurențe, fiind nejustificat de scăzute prin raportare la prețul pieței.

În opinia reclamantei și oferta Asocierii „S” ar fi trebuit declarată inadmisibilă.

Reclamanta a mai învederat că motivarea CNSC față de criticile subscrisei privind ofertele Asocierii „S”, Asocierii „C” și „M” SA este extrem de sumară și denotă o analiză superficială, aceasta limitându-se la a preciza că menține argumentele prezentate pentru ofertanții vizați anterior. Or, în anumite cazuri, aceste trimiteri nu își găsesc aplicabilitate, Decizia Consiliului fiind deopotrivă eronată și nemotivată cu privire la criticile respective.

Referitor la propunerea tehnică a acestei asocieri, susținerile reclamantei potrivit cărora lipsesc informațiile legate de personalul de execuție din propunerea tehnică nu au fost analizate de CNSC.

În opinia reclamantei, se impune admiterea criticii sale privind lipsa personalului din propunerea tehnică a Asocierii „S”, întrucât: propunerea tehnică trebuie să includă descrierea resurselor disponibile, conform secțiunii IV.4.1) din Fișa de date a achiziției și Formularului nr. 8- Resurse, iar ofertantul avea obligația de a oferi informații atât cu privire la personalul de conducere, cât și la personalul de execuție ce va fi implicat în executarea lucrării, Asocieria „S” nefăcând însă nicio referire la personalul de execuție. Astfel, Autoritatea Contractantă nu poate proba dacă graficul de execuție a fost dimensionat corespunzător (prin prisma duratei activităților), a indicat reclamanta.

Reclamanta a mai criticat și faptul că CNSC s-a pronunțat în mod superficial și asupra criticilor privind lista de utilaje pentru realizarea lucrărilor prezentată de Asocieria „S” în contextul în care: lista prezentată nu conține resurse principale, minim necesare pentru execuția lucrărilor precum aparate de sudură, termofuziune și electrofuziune necesare îmbinării țevilor din PEHD, este incompletă deoarece nu sunt indicate marca și tipul utilajelor (necesare pentru a calcula productivitatea utilajului) și nici numărul acestora, conține referințe

la singular cu privire la toate utilajele deținute de acesta, rezultând, astfel, că se utilizează câte un utilaj din fiecare categorie în parte, din graficul de execuție rezultă că există lucrări simultane, care necesită același tip de utilaje, fiind evident că un utilaj nu se poate afla în același timp în două locuri distincte. În condițiile în care din lista prezentată de Asocieria „S” rezultă că aceasta deține un singur exemplar din fiecare tip de utilaj, nu se poate concluziona decât că termenul de execuție declarat de către ofertant nu corespunde realității.

În opinia reclamantei, soluția Consiliului în sensul că aspectele legate de graficul de execuție și drumul critic ar putea face obiectul clarificărilor este profund eronată și contrară prevederilor legale. Permitea depunerii pe calea clarificărilor a unui nou grafic de execuție care să respecte cerințele documentației de atribuire și a completării propunerii tehnice cu informațiile privind drumul critic reprezintă o completare/modificare vădită a propunerii tehnice nepermisă în virtutea art. 134 alin. (6) din Normele Metodologice și art. 209 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016.

O altă critică cu privire la care Consiliul nu s-a pronunțat vizează lipsa din graficul de execuție a organizării de șantier în contextul în care, prin Fișa de date a achiziției, se solicita prezentarea în cadrul graficului inclusiv a lucrărilor temporare și, prin urmare, și a organizării de șantier.

În privința aceleiași oferte, a arătat reclamanta că susținerile sale în privința tarifului net pentru ora de manoperă au fost respinse de Consiliu în mod neîntemeiat. Tariful net pentru ora de manoperă oferit de Asocieria „S” este situat sub nivelul tarifului mediu net pe ramură publicat de Institutul Național de Statistică.

Prețurile pentru materiale practicate la stabilirea ofertei financiare ale Asocierii „S” nu sunt rezultatul liberei concurențe.

Reclamanta a arătat că și oferta Asocierii „C” ar fi trebuit declarată inadmisibilă.

Criticile sale privind propunerea tehnică a Asocierii „C” au fost apreciate drept întemeiate, soluția Consiliului în sensul clarificării aspectelor respective fiind însă eronată, a arătat reclamanta. Astfel, referitor la graficul de execuție, drumul critic, secvențierea, derularea în timp și durata testelor, precum și fișele tehnice, CNSC a concluzionat în sensul că se impune clarificarea cu ofertantul a acestor aspecte din propunerea tehnică și propunerea financiară. O astfel de concluzie este însă profund eronată, permitea completării acestor aspecte pe calea clarificărilor reprezentând o completare semnificativă a propunerii tehnice și financiare, interzisă potrivit art. 134 alin. (6) din Normele metodologice.

Referitor la prețul neobișnuit de scăzut, reclamanta a arătat că Consiliul face trimitere în mod eronat la „argumentele prezentate pentru ofertantul câștigător”, întrucât criticile subscrise din Contestație cu privire la propunerile financiare depuse de cei doi ofertanți (Asocieria „E” - ofertant declarat câștigător și Asocieria „C”) au fost substanțial diferite. Prețul oferit de Asocieria „C” este neobișnuit de scăzut și nu este rezultatul liberei concurențe, întrucât tariful orar în cuantum de 8 lei/oră pentru manoperă este sub nivelul tarifului mediu net pe ramură publicat de Institutul Național de Statistică, Asocieria „C” a oferit resursa materială „benzină auto CO 75 - cod: 6200573” cu un preț nejustificat de ridicat (6 lei/litru), față de prețul pieței (aproximativ 5 lei/litru).

În privința ofertei „M” SA, reclamanta a apreciat că și aceasta este inadmisibilă. În opinia reclamantei, propunerea tehnică depusă de „M” nu respectă nici prevederile Caietului de sarcini și nici cerințele Autorității Contractante din secțiunea IV.4.1) - Modul de prezentare a propunerii tehnice din Fișa de date a achiziției. Deși criticile sale privind graficul de execuție au fost admise de CNSC, concluzia în sensul în care se impune clarificarea cu ofertantul a acestor aspecte din propunerea tehnică este contrară prevederilor legale. De asemenea, a arătat reclamanta, concluzia Consiliului în sensul în care organizarea de șantier nu trebuie să apară în graficul de execuție este profund eronată, având în vedere că: înființarea și desființarea organizării de șantier (pentru orice lucrare de investiții) implică mobilizarea de resurse umane, resurse materiale, mijloace de transport și utilaje în egală măsură, precum orice altă activitate din procesul de execuție, prezentată în graficul de execuție al unui

ofertant; mobilizarea acestor resurse implică costuri directe în contract; prin graficul de execuție, ofertantul trebuie să demonstreze Autorității Contractante că dispune de resursele necesare execuției tuturor categoriilor de lucrări ce implică mobilizarea de resurse menționate mai sus; prin urmare, dacă în grafic nu sunt cuprinse toate aceste categorii de lucrări, graficul de execuție nu este dimensionat corespunzător și nu este realist; unul dintre motivele pentru care se solicită graficul de execuție este și dimensionarea cash-flow-ului; Autoritatea Contractantă trebuie să știe necesarul de resurse pentru a putea bugeta proiectul în fiecare lună; or, dacă organizarea de șantier nu este cuprinsă în grafic, beneficiarul nu o va putea bugeta; organizarea de șantier trebuie cuprinsă în graficul de execuție, deoarece aceasta se poate înființa numai după emiterea Ordinului de începere și după predarea amplasamentului, graficul de execuție începe cu data predării amplasamentului și se termină cu adresa de convocare a recepției la terminarea lucrării, între aceste date se execută toate activitățile contractate, incluzând astfel și organizarea de șantier.

În plus, a arătat reclamanta, o critică cu privire la care Consiliul nu s-a pronunțat vizează lipsa din graficul de execuție a organizării de șantier, deși prin Fișa de date a achiziției (Secțiunea IV.4.1.c)), se solicită prezentarea în cadrul graficului inclusiv a lucrărilor temporare și, prin urmare, și a organizării de șantier.

Prin trimiterea la titlul „Secvențierea, derularea în timp și durata testelor” (Propunerea tehnică – Partea 2, punctul 4) din cadrul ofertei înaintate de „M”, reclamanta a apreciat că CNSC a omis un aspect determinant, respectiv faptul că acest capitol nu cuprinde informațiile solicitate prin documentația de atribuire.

În privința criticilor referitoare la extrasele de materiale și utilaje, în mod eronat Consiliul s-a rezumat să afirme că denumirea resursei se poate identifica „cu ușurință”, fără a argumenta însă, în mod concret, această concluzie.

Contrar concluziei Consiliului, reclamanta a arătat că în extrasele de material din propunerea tehnică, ofertantul prezintă poziții care, deși sunt cotate, nu conțin denumirea resursei (pozițiile 42, 43, 46, 48, 52, 60, 73, 74, 100, 108, 146, 157, 171, 199, 225, 237, 240, 241, 242, 244, 245, 271, 286, 295, 300, 301), în ceea ce privește extrasele de utilaj din propunerea tehnică, resursele prezentate la poz. 1- 6, 8-10,13-15, 17-18, 20-22, 26, 30, 31 și 32 nu au nicio legătură cu denumirea utilajelor.

În opinia reclamantei, inclusiv prețul ofertat de această societate este neobișnuit de scăzut, Consiliul făcând trimitere în mod eronat la „argumentele prezentate pentru ofertantul câștigător”, întrucât criticile din Contestație cu privire la propunerile financiare depuse de cei doi ofertanți au fost substanțial diferite. Prețul ofertat de „M” este neobișnuit de scăzut și nu este rezultatul liberei concurențe, întrucât tariful orar în cuantum de 12 lei/oră ofertat de „M” SA este sub nivelul tarifului mediu net pe ramură.

Reclamanta a mai învederat și faptul că în mod nelegal CNSC a lăsat capete de cerere nesoluționate. Prin contestație, s-a solicitat, *inter alia*, anularea Comunicării rezultatului procedurii nr. 468/19.12.2016 și obligarea Autorității Contractante la solicitarea motivării caracterului confidențial al propunerilor tehnice și financiare depuse de Asociera „E” SRL – „G” SA și „L” SRL. Or, prin Decizie, Consiliul a dispus exclusiv anularea comunicărilor transmise ofertantului câștigător și ofertanților clasati pe locurile nr. 2 - nr. 7, iar Decizia nu cuprinde soluționarea capătului de cerere privind obligarea Autorității Contractante la solicitarea motivării caracterului confidențial al propunerilor tehnice și financiare depuse de Asociera „E” SRL – „G” SA și „L” SRL.

În drept, au fost invocate prevederile Legii nr. 101/2016, ale Codului de procedură civilă, ale Legii nr. 98/2016 și ale H.G. nr. 395/2016.

Intimata Comuna a depus întâmpinare prin care a solicitat respingerea plângerii ca nefondate.

Autoritatea contractantă a menționat că, potrivit dispozițiilor art. 33 alin. 2 din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și

concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, pentru a dispune suspendarea procedurii de atribuire și/sau a executării contractului, partea care o solicită trebuie să constituie în prealabil o cauțiune, calculată prin raportare la valoarea estimată a contractului sau la valoarea stabilită a contractului, în scopul despăgubirii autorității contractante pentru eventualele prejudicii cauzate prin încuviințarea măsurii suspendării. Or, analizând plângerea înaintată de petentă, se constată că aceasta nu a constituit un astfel de instrument de garantare care să vină să protejeze interesele autorității împotriva relei-credințe a ofertantului SC „G” SA de care dă dovadă prin impedimentele create în mod nejustificat și, mai ales, nelegal în scopul întârzierii finalizării procedurii de atribuire.

Autoritatea contractantă a mai menționat că, potrivit dispozițiilor art. 29 alin. 2 din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, „în calea de atac a plângerii, nu se pot schimba obiectul contestației și nici nu se pot formula pretenții noi”.

Analizând plângerea înaintată de reclamantă, intimata a considerat că aceasta a formulat pretenții noi în raport cu cele din cuprinsul contestației depuse anterior în fața CNSC. Astfel, prin Contestație, SC „G” SA a solicitat anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 468/19.12.2016, a tuturor actelor subsecvente, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor depuse cu consecința declarării acestora drept inadmisibile, obligarea autorității contractante la solicitarea motivării caracterului confidențial al propunerilor tehnice și financiare depuse de asocieria „E” – „G” SA și „L” SRL și anularea procedurii de atribuire. Prin plângerea care face obiectul dosarului, petenta pretinde obligarea autorității contractante la constatarea caracterului inadmisibil al ofertelor prezentate și obligarea autorității contractante la solicitarea motivării caracterului confidențial al propunerii tehnice și financiare depuse de Asocieria „E” SRL – „G” SA și „L” SRL. Obiectul celor două nu echivalează, cadrul procesual stabilit în fața CNSC fiind altul, reclamanta încălcând prevederile art. 29 alin. 2 din Legea nr. 101/2016.

Autoritatea contractantă a arătat că susține în totalitate decizia CNSC, în considerentul că expunerea situației de fapt reținută de Consiliu pe baza probelor administrate, motivele de fapt și de drept pe care se întemeiază soluția, cu arătarea atât a motivelor pentru care s-au admis, cât și cele pentru care s-au înlăturat cererile părților, sunt temeinice și legale.

În opinia intimitei, motivele care au stat la baza adoptării unei soluții de admitere în parte a contestației ofertantului SC „G” SA sunt argumentate și justificate fără echivoc, iar remediile impuse în sarcina autorității contractante sunt apte a îndrepta neregulile constatate, garantându-se astfel respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor de achiziții publice.

De asemenea, intimata a arătat că obiectul plângerii petentei este neclar sau chiar contradictoriu ori eronat. Astfel, aceasta solicită, pe de o parte, reevaluarea ofertelor, adică adoptarea unor măsuri de remediere pe care, de altfel, însuși CNSC le-a impus prin soluția sa, iar pe de altă parte dorește obligarea autorității contractante la adoptarea unei anumite soluții, în speță declararea ofertelor clasate pe locurile 1-7 drept inadmisibile, adică obligarea autorității contractante la emiterea unui act.

Scopul obligației autorității contractante (prin comisia de evaluare) de a stabili clarificările și completările formale sau de confirmare care se impun pentru ca evaluarea fiecărei oferte să fie clară, completă și legală, obligație născută din textul de lege prevăzut la art. 134 din HG nr. 395/2016, nu ar mai fi atins dacă i s-ar impune, din start, adoptarea unei anumite soluții prestabilite, iar acest lucru ar încălca în mod grav principiile ce guvernează legislația în domeniul achizițiilor publice.

În opinia intimitei, este evident că ceea ce urmărește petenta SC „G” S.A. este să fie declarată câștigătoare în baza hotărârii instanței, fără a se mai proceda la reevaluarea ofertelor

clasate pe locurile 1-7, or cum s-ar putea realiza astfel scopul procedurilor de achiziții publice în sine.

Nu este cu puțință transformarea unei obligații de mijloace/prudență și diligență (conform contestației), pentru asigurarea desfășurării achizițiilor publice conform legii, într-o obligație de rezultat (conform plângerii), respectiv obținerea unui anumit rezultat al procedurii, fără a interesa modalitatea în care s-a ajuns la acel rezultat – declararea ofertelor inadmisibile așa încât un anumit ofertant să fie declarat câștigător, în speță SC „G” SA.

În favoarea ambelor părți instanța a încuviințat **proba cu înscrișuri**.

În ședința publică din data de 14 martie 2017, curtea de apel a respins ca nefondată **excepția tardivității contestației**, motivele de fapt și de drept avute în vedere fiind consemnate în încheierea de ședință întocmită pentru acel termen.

În ceea ce privește capătul de cerere având ca obiect **suspendarea procedurii de atribuire**, curtea de apel a reținut că reclamanta nu a făcut dovada plății cauțiunii prevăzute de art. 33 alin. 2 din Legea nr. 101/2016, reprezentantul convențional al societății declarând în fața instanței să societatea nu mai insistă în această solicitare. Față de neîndeplinirea unei cerințe procedurale obligatorii în vederea analizării, pe fond, a cererii de suspendare a procedurii de atribuire, curtea a respins acest capăt de cerere ca inadmisibil.

Analizând prezenta plângere prin prisma motivelor de fapt și de drept invocate de contestatoare, curtea de apel a reținut:

1. În fapt, intimata Comuna, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată - într-o singură etapă, online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Execuție de lucrări pentru obiectivele „Alimentare cu apă potabilă în satul B, comuna H, județul Vaslui; Canalizare și stație de epurare în satul B, comuna H, județul Vaslui”. În acest scop autoritatea a publicat în SEAP anunțul de participare nr. x/12.08.2016. Valoarea estimată a contractului este de 5.987.870 lei, iar criteriul de atribuire stabilit de autoritate a fost „prețul cel mai scăzut”.

Potrivit Procesului-verbal nr. 216/12.09.2016 de inventariere a documentelor, au depus oferte un număr de 11 operatori economici.

Conform raportului procedurii nr. 457/19.12.2016, ierarhia ofertelor depuse a fost următoarea: Asocierea „E” SRL cu suma de 3.863.275,29 lei, SC „A” SRL cu suma de 3.962.691 lei, SC „CR” SRL cu suma de 4.365.167,75 lei, SC „L” SRL cu suma de 4.435.176,15 lei, Asocierea „S” SRL cu suma de 4.484.508,98 lei, Asocierea „C” SRL cu suma de 5.081.131,65 lei, SC „M” SA cu suma de 5.134.208 lei și reclamanta SC „G” SA cu suma de 5.950.701,07 lei.

Ulterior evaluării ofertelor și comunicării rezultatului procedurii de către autoritatea contractantă, SC „G” SA a depus contestație în fața CNSC solicitând anularea comunicării rezultatului procedurii, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor depuse de ofertanții de pe locurile 1-7 cu consecința declarării acestora inadmisibile și obligarea autorității contractante la motivarea caracterului confidențial al propunerilor tehnice și financiare depuse de către primul și al patrulea ofertant. În subsidiar, s-a solicitat anularea procedurii simplificate.

Prin decizia nr. 301/C2/15 din 8.02.2017 CNSC a admis în parte, contestația formulată de SC „G” SA în contradictoriu cu Comuna și a anulat raportul procedurii și comunicările transmise ofertantului câștigător și ofertanților clasati pe locurile 2-7. Totodată, a fost obligată autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei câștigătoare și a celor clasate pe locurile 2-7, cu respectarea prevederilor legale și a documentației de atribuire, conform celor precizate în motivare. În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 Consiliul a respins ca nefondat capătul de cerere privind anularea procedurii, având în vedere faptul că în cadrul acestei proceduri de atribuire s-au dispus măsuri de remediere, măsura anulării procedurii putând fi dispusă doar în situațiile în care în cadrul procedurii nu se mai pot dispune măsuri corective, în speță fiind o măsură excesivă.

Ulterior, la solicitarea reclamantei, CNSC a pronunțat încheierea nr. 64/C2/2015 la data de 23.02.2017 prin care a admis cererea de completare a dispozitivului hotărârii inițiale în sensul că a dispus anularea raportului procedurii și a comunicărilor transmise ofertanților, inclusiv a comunicării rezultatului procedurii transmise contestatorului. Prin această încheiere CNSC a respins ca rămas fără obiect capătul de cerere privind obligarea autorității la motivarea caracterului confidențial al propunerilor tehnice și financiare depuse de asocieria „E” SRL și „L” SRL.

În cadrul prezentului litigiu, reclamanta nu a contestat și această încheiere.

2. În ceea ce privește obiecțiunea intimată axată pe *pretinsa modificare a obiectului cererii în faza judiciară față de cel dedus judecării organului administrativ-jurisdicțional*, cu consecința caracterului inadmisibil al plângerii prin care se adaugă pretenții noi, curtea a apreciat-o ca nefondată.

Astfel, instanța a reținut că prin contestația depusă în fața CNSC reclamanta a solicitat obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor depuse în cadrul procedurii de licitație și clasate pe locurile 1-7 menționând și rezultatul urmărit de ea, respectiv „obligarea la reevaluarea ofertelor cu consecința declarării acestora drept inadmisibile”.

În fața instanței de judecată, plinuindu-se pe dispozitivul și considerentele deciziei CNSC prin care fuseseră deja admise unele obiecțiuni ale reclamantei, aceasta a solicitat în mod evident doar anularea în parte a acestei decizii, respectiv în partea pe care a apreciat-o ca fiind analizată și tranșată de CNSC într-o manieră nelegală și netemeinică. Astfel, prin plângerea formulată în fața instanței reclamanta a solicitat direct obligarea autorității la constatarea caracterului inadmisibil al ofertelor plasate pe locurile 1-7.

Obiectul acțiunii judiciare este inclus în cel inițial formulat, fiind reprezentat, de fapt, de partea din decizia CNSC de care reclamanta poate fi nemulțumită, coroborat cu considerentele pentru care organismul administrativ-jurisdicțional a apreciat că nu se impune direct declararea ofertelor ca inadmisibile, ci deficiențele constatate pot face obiectul unor clarificări, decizia inadmisibilității neputând fi luată *de plano*, la acest moment.

3. În drept, curtea de apel a reținut că, potrivit art. 29 din Legea 101/2016, „Deciziile Consiliului privind soluționarea contestației pot fi atacate de către oricare dintre părțile cauzei, cu plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare.”

Totodată, în ceea ce privește soluțiile pe care instanța de judecată le poate pronunța în această procedură, relevante sunt prevederile art. 34 din același act normativ conform cărora: „Instanța, admitând plângerea, modifică decizia Consiliului, dispunând, după caz: a) anularea în tot sau în parte a actului autorității contractante; b) *obligarea la emiterea* actului de către autoritatea contractantă; c) *îndeplinirea unei obligații de către autoritatea contractantă*, inclusiv eliminarea oricăror specificații tehnice, economice sau financiare discriminatorii din anunțul de participare, din documentația de atribuire sau din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire; d) orice alte măsuri necesare remedierii încălcării dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, achizițiilor sectoriale sau concesiunilor.”

Din lectura textelor anterior citate, coroborat cu principiul separației puterilor în stat, curtea a reținut că atât organul administrativ-jurisdicțional, cât și instanța de judecată nu se pot substitui autorității contractante în exercitarea competențelor stabilite de lege, cum este cazul verificării condițiilor de admisibilitate și conformitate a ofertelor, evaluarea lor comparativă, desemnarea ofertei câștigătoare și a clasamentului final al ofertelor admisibile. Singura autoritate abilitată de lege să decidă în mod direct și nemijlocit caracterul conform sau inadmisibil al unei oferte este comisia de evaluare din cadrul autorității contractante așa cum reiese din art. 207 din Legea nr. 98/2016.

Sintagma „orice alte măsuri necesare remedierii încălcării dispozițiilor legale” se impune a fi interpretată în sensul că această măsură de remediere trebuie să se circumscrie competenței legale a instanței de judecată.

Respectarea limitelor competenței CNSC și a instanței de judecată în sensul arătat anterior nu determină sub nicio formă ineficacitatea controlului judiciar din moment ce prin intermediul acestei căi se poate ajunge atât la anularea actelor nelegale, cât și la obligarea autorității contractante la emiterea altor acte, situate în sfera sa de competență funcțională, cu respectarea însă a dispozitivului și considerentelor autorității judiciare.

Prin urmare, instanța de judecată nu se poate pronunța în sensul dorit de reclamantă, acela al obligării autorității contractante la emiterea unui act administrativ cu un anumit conținut, ci aceasta trebuie să își respecte limitele propriei competențe și să tranșeze caracterul legal sau nelegal al actelor administrative deduse judecării precum și să indice dispozițiile legale incidente față de acest stadiu al procedurii, aspectele tranșate în drept fiind desigur obligatorii pentru părți.

Astfel, sfera atribuțiilor jurisdicționale se axează în speță pe obligarea autorității la reevaluarea ofertelor cu respectarea considerentelor organului jurisdicțional.

Curtea a reținut pentru fiecare ofertă criticată constatările CNSC, criticile punctuale ale reclamantei față de acestea și propriile considerente de fapt și de drept.

3. A. În ceea ce privește oferta depusă de către Asociera „E”:

Prin decizia CNSC nr. 301/C2/15 din 8 februarie 2017 s-a reținut că autoritatea contractantă nu a menționat niciun cod CAEN în fișa de date. Așa cum a fost întocmită această cerință de către autoritatea contractantă, CNSC a concluzionat că nu s-a cerut nicio dovadă privind autorizarea conform art. 15 din Legea nr. 359/2014, apreciind critica reclamantei neîntemeiată. S-a mai reținut că ofertantul câștigător a demonstrat prin certificatul constatator emis de ONRC, că în obiectul secundar de activitate este inclusă și activitatea invocată de contestator, probând astfel îndeplinirea cerinței în discuție. Totodată, s-a reținut că asociatul ofertantului, „GT” SA figurează în certificatul ONRC ca fiind autorizat pentru „Lucrări de construcții a proiectelor utilitare pentru fluide – 4221”.

Referitor la susținerile SC „G” SA potrivit cărora „numărul de angajați al asociatului „E” în 2015 este 0” și „nu posedă personal profesional de îndeplinire a 50% din contract” CNSC a dat relevanță declarației IMM depusă de acest ofertant în care figurează un număr de 70 de angajați, respingând critica reclamantei.

Cu privire la critica privind prețul nejustificat al câștigătorului, Consiliul a reținut că doar autoritatea contractantă poate să aprecieze dacă un preț este sau nu nejustificat și să solicite clarificări, iar în situația în care aceasta consideră că prețul ofertat nu este nejustificat, nimeni nu o poate obliga să solicite justificarea prețului respectiv. S-a mai reținut că expertul tehnic cooptat a procedat la analiza ofertei financiare a „E” și a considerat că, în acest caz, nu este vorba despre un preț neobișnuit de scăzut.

Susținerile reclamantei cu privire la neconformitatea ofertei financiare a câștigătorului, în sensul că prețul ofertat nu este rezultatul liberei concurențe și nu poate fi justificat, au fost apreciate ca neîntemeiate, prețul ofertat impunându-se a fi comparat cu cel oferit de operatori economici declarați câștigători în alte proceduri nu cu cel ofertat de reclamantă în prezenta procedură.

În fine, CNSC a admis critica reclamantei referitoare la faptul că propunerea financiară a câștigătorului nu ar respecta fișa de date, întrucât nu a fost prezentat centralizatorul cu lucrările executate de asociat, așa cum a solicitat autoritatea contractantă, dispunând obligarea autorității la clarificarea acestei situații și reevaluarea acestei oferte.

Criticile reclamantei cu privire la analiza efectuată de către CNSC vizează fiecare din cele patru puncte anterior menționate, reclamanta apreciind pe de o parte că primele trei neconformități ale ofertei ar fi trebuit să fie apreciate ca fondate, iar consecința celei de a patra ar fi trebuit să fie obligarea autorității la declararea ofertei ca inadmisibilă, nu obligarea autorității la reevaluarea sa ulterior clarificărilor.

În ceea ce privește critica reclamantei referitoare la faptul că ofertantul „E” nu deține autorizația pentru executarea lucrărilor de construcții a proiectelor utilitare pentru fluide, curtea a reținut în primul rând că, dintr-o perspectivă pur formală, se remarcă faptul că prin

fișa de date a achiziției autoritatea nu a impus expres participanților un anumit cod CAEN pentru a participa la procedură.

Conform acestui act accesibil în SEAP, capacitatea de exercitare a activității profesionale implică, din punctul de vedere al autorității, dovedirea înregistrării, legalitatea constituirii, neincidența vreunei situații de anulare a constituirii, precum și capacitatea profesională de a realiza activitățile care fac obiectul contractului. Toate aceste cerințe puteau fi dovedite inițial prin completarea DUAЕ și apoi prin prezentarea certificatului constatator emis de ONRC, fără ca pentru acest din urmă act să fie stipulată o cerință anume în privința codurilor activităților autorizate. Prin urmare, o eventuală respingere ca inadmisibilă a ofertei acestui operator economic exclusiv pe acest considerent nu ar fi o măsură justificată în raport de cerințele explicite ale fișei de date.

Astfel, în opinia curții de apel, principiul egalității de tratament și obligația de transparență ar fi vădit încălcate în cazul în care un operator economic ar fi supus, cu ocazia evaluării, unor criterii care nu sunt expres stabilite prin fișa de date (a se vedea, *mutatis mutandis* cauza *Pippo Pizzo împotriva CRGT Srl*, C 27/15, paragraful 39, 47 și 49).

Cu privire la această cerință de formă inclusă în documentația de atribuire nu au fost formulate solicitări de clarificare, la momentul luării la cunoștință, aspect care implică asumarea sa, în această formă, de către ofertanți.

Se reține astfel că intenția autorității a fost aceea de a nu limita participarea la procedura de licitație doar a operatorilor economici care, la momentul depunerii ofertelor, au anumite activități corespunzătoare unui anumit cod CAEN incluse în certificatul constatator ONRC.

În al doilea rând, analizând în substanță critica reclamantei care trimite de fapt la pretinsa nedovedire de către ofertant a capacității sale profesionale, curtea de apel a reținut că obiectul contractării este unul complex, finalitatea acestuia fiind aceea de a realiza alimentarea cu apă potabilă, canalizarea și epurarea apelor în satul B, comuna H.

În opinia Curții, verificarea îndeplinirii de către ofertanți a capacității profesionale trebuie efectuată prin raportare pe de o parte, la toate categoriile de lucrări care sunt cuprinse în obiectul contractului, iar pe de altă parte, la capacitățile profesionale derivate din activitățile autorizate ale tuturor asociațiilor, în cazul în care oferta este comună.

Denumirea contractului cuprinde scopul său final și nu semnifică automat faptul că îndeplinirea sa trebuie să implice doar operatori economici autorizați în lucrări de construcții a proiectelor utilitare pentru fluide, respectiv necesitatea ca fiecare societate comercială implicată în derularea sa să aibă autorizarea pentru codul CAEN 4221. Din conținutul caietului de sarcini coroborat cu conținutul ofertelor depuse reiese că realizarea obiectului contractului implică mai multe categorii de lucrări în care sunt incluse și activități de edificare propriu zisă, lucrări de turnare, vopsire, preparare beton, zugrăvire, instalații electrice și construcții de proiecte utilitare pentru fluide. În acest context, autorizarea unui ofertant pentru diferite lucrări de construcții, cum este cazul operatorului „E” SRL, apare ca fiind relevantă în dovedirea capacității profesionale de a realiza parte din activitățile care fac obiectul contractului.

În ceea ce privește acest aspect, curtea a mai reținut că oferta clasată pe primul loc aparține unei asocieri, relevante fiind astfel capacitățile profesionale ale ambilor asociați.

Astfel, din certificat constatator nr. 16752/14.11.2016, emis de Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Vaslui pentru asociatul „E” SRL reiese că activitate principală a acestui operator este de „Lucrări de construcții a clădirilor rezidențiale și nerezidențiale” – Cod CAEN 4120, iar printre activitățile relevante autorizate, conform art. 15 din Legea nr. 359/2004, menționează următoarele: Lucrări de vopsitorie, zugrăveli și montări de geamuri - 4334, Lucrări de pardosire și placare a pereților - 4333, Lucrări de tâmplărie și dulgherie - 4332, Alte lucrări de instalații pentru construcții - 4329, Lucrări de instalații electrice - 4321, Lucrări de pregătire a terenului - 4312, Lucrări de construcții a drumurilor și autostrăzilor - 4211, Lucrări de construcții a clădirilor rezidențiale și nerezidențiale - 4120.

Totodată, din certificat constatator nr. 42183/10.11.2016 emis de Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Bacău pentru „GT” SA reiese că activitatea principală a acestei societăți este aceea de Lucrări de instalații sanitare, de încălzire și de aer condiționat – cod CAEN 4322, iar printre activitățile autorizate relevante sunt: Alte lucrări speciale de construcții n.c.a. - 4399, Lucrări de vopsitorie, zugrăveli și montări geamuri – 4334, Lucrări de pardosire și placare a pereților - 4333, Alte lucrări de instalații pentru construcții - 4329, Lucrări de instalații electrice - 4321, Lucrări de construcții a altor proiecte ingineresti - 4299, Lucrări de construcții a proiectelor utilitare pentru fluide - 4221.

Prin urmare, ofertantul câștigător împreună cu asociatul său sunt autorizați să execute toate categoriile de lucrări prevăzute în caietul de sarcini.

În principiu, curtea a statuat că, în cazul unei asocieri de operatori economici, care depun o ofertă comună și în absența unor prevederi exprese din fișa de date referitoare la modalitatea concretă de îndeplinire a unor activități în cadrul asocierii, aceștia trebuie să îndeplinească, în mod cumulativ, condiția capacității de exercitare a activității profesionale și nu fiecare în parte, repartizarea competențelor în cadrul asocierii operând în funcție de specificul activității propriu-zise pe care o va desfășura fiecare. Această concluzie derivă din prevederile art. 185 și 186 din Legea nr. 98/2016 conform căroră: „În cazul în care mai mulți operatori economici participă în comun la procedura de atribuire, îndeplinirea criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului, iar autoritatea contractantă solicită ca aceștia să răspundă în mod solidar pentru executarea contractului de achiziție publică/acordului-cadru. ... În cazul contractelor de achiziție publică de lucrări sau de servicii și al lucrărilor sau operațiunilor de amplasare sau de instalare din cadrul unui contract de achiziție publică de produse, autoritatea contractantă poate impune ca anumite sarcini esențiale să fie realizate în mod direct de către ofertant sau, în cazul unei oferte depuse de o asocierie de operatori economici, de un anumit membru al asocierii.”

În subsidiar, curtea a reținut că aspectul referitor la procentajul de lucrări aferente codului CAEN 4221 și modalitatea concretă în care toate activitățile implicate de proiect vor fi repartizate între cei doi asociați, cu respectarea acordului lor de parteneriat, reprezintă o chestiune ce se impune a fi clarificată de către autoritate prin intermediul centralizatorului cu lucrările realizate de asociați în contextul întregii oferte depuse de acest ofertant. Or, cu privire la acest document, organul administrativ jurisdicțional deja a statuat în sensul necesității solicitării depunerii sale.

Prin urmare, critica punctuală a reclamantei referitoare la faptul că una din societăți, parte la asocieria declarată câștigătoare, nu ar îndeplini cerința de calificare privind capacitatea de exercitare a activității profesionale exclusiv din perspectiva absenței unei corespondențe între o parte din activitățile implicate de obiectului contractului cu codurile CAEN ale activităților autorizate din certificatul constatator emis de ONRC, nu este întemeiată, fiind în mod corect respinsă de către CNCD.

În ceea ce privește critica reclamantei referitoare la faptul că societatea „E” nu deține personal pentru executarea a 50 % din lucrările de construcții, contrar celor reținute de către CNCD, curtea de apel a apreciat-o ca fiind întemeiată, iar acest aspect trebuie supus clarificărilor de către autoritatea contractantă.

A reținut instanța că această critică a reclamantei antamează chiar condițiile de participare la procedură, respectiv dovedirea situației personale reale a ofertantului, independent de numărul sau calificarea persoanelor pe care acesta este dispus să le angajeze eventual ulterior, pentru realizarea proiectului.

Astfel, a reținut instanța că în privința acestei critici, organismul administrativ-jurisdicțional a ales să dea efect conținutului declarației IMM, datată 8.09.2016, depusă de ofertant din care reiese că acesta ar avea, pentru exercițiul financiar 2015, un număr de 70 de angajați cu o cifră de afaceri de 7.046.535 lei, ignorând faptul că, ulterior clasării pe primul loc, la solicitarea expresă a autorității de a face dovada celor inițial declarate referitor la

situația sa, ofertantul a depus certificatul ONRC, datând din 14.11.2016, din care rezultă un număr de 0 angajați cu o cifră de afaceri de 7.046.535 lei, pentru același exercițiu financiar.

Din fișa de date a achiziției (III.2.1) reiese că la momentul depunerii ofertelor, situația personală a ofertantului se dovedește prin prisma unor declarații pe proprie răspundere ulterior, documentele justificative care probează conținutul acestor declarații sunt solicitate de autoritate doar ofertantului clasat pe locul întâi în clasamentul intermediar.

În fapt, ulterior procesului verbal al ședinței nr. 9/10.11.2016 având în vedere că asocierea „E” SRL a fost clasată pe primul loc în urma aplicării criteriului prețului celui mai scăzut, prin adresa nr. 402/10.11.2016 anexată, autoritatea a solicitat acesteia documentele justificative actualizate prin care să se demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare prevăzute în fișa de date și în conformitate cu DUAE/declarația IMM deja depuse.

Ofertantul a răspuns la solicitarea autorității prin adresa sa nr. 237/15.11.2016, la care a atașat certificatul ONRC 16752/14.11.2016 din care reiese că, pentru aceeași perioadă de raportare, anul 2015, societatea a declarat un număr mediu de salariați 0, la aceeași cifră de afaceri ca cea declarată inițial în declarația IMM.

Acest aspect nu a fost deloc tratat în raportul expertului cooptat nr. 4 așa cum reiese din înscrisurile depuse dosar, deși menirea sa era exact aceea de a verifica documentele justificative aferente capitolului III.2 din fișa de date.

Desigur, prin anunțul publicat, autoritatea contractantă nu a limitat accesul la procedură în funcție de subclasificarea întreprinderilor mici și mijlocii (microîntreprinderi, întreprinderi mici sau întreprinderi mijlocii) sau de un anumit număr aprioric, minim, de angajați însă, față de amploarea obiectului contractului și necesitatea asigurării îndeplinirii sale se impune clarificarea, din această perspectivă, a situației personale a ofertantului, respectiv includerea sa în categoria întreprinderilor mici și mijlocii în funcție de prevederile art. 4 din Legea 346/2004 prin raportare la datele declarate dar și dovedite.

În contextul unor discrepanțe majore ale celor două declarații, cu privire la un aspect care poate avea repercusiuni directe în privința capacității ofertantului de îndeplinire a contractului și de exercitare a activității profesionale, autoritatea contractantă trebuie să solicite clarificări în baza art. 209 din Legea nr. 98/2016 și apoi să dispună cu privire la această ofertă subsumând desigur această evaluare necesității asigurării că un astfel de ofertant poate executa contractul.

În ceea ce privește critica reclamantei referitoare la prețul neobișnuit de scăzut pretins a fi fost oferat de către „E” SRL, curtea a reținut că din propunerea financiară a acestei societăți prețul oferat a fost de 3.863.275,29 lei fără TVA, mențiunea comisiei raportată la această ofertă fiind aceea că valoarea se încadrează în cea estimată.

Ab initio, curtea de apel a reținut că nu poate achiesa la considerentele de principiu ale CNSC conform cărora „doar autoritatea contractantă poate să aprecieze dacă un preț este sau nu nejustificat și să solicite clarificări. În situația în care aceasta consideră că prețul oferat nu este nejustificat, nimeni nu o poate obliga să solicite justificarea prețului respectiv”.

O astfel de concluzie lipsește de eficacitate orice contestație fie administrativ juridicțională, fie judiciară în cadrul unei proceduri de achiziție și axată pe aspectul legat de prețul oferat. Or, acest element este unul esențial în materia cheltuirii banilor publici și se impune asigurarea unei căi de atac efective care să asigure verificarea sa, a raționamentului autorității care a considerat că el nu se încadrează în prevederile art. 210 din Legea nr. 98/2016, precum și a obligațiilor ce îi revin acesteia în situația incidentă.

Considerentele CNSC instituie pe cale jurisprudențială o limitare a atribuțiilor acestui organ administrativ-juridicțional cu privire la analizarea unui preț oferat ca fiind neobișnuit de scăzut în ciuda faptului că nu există nicio prevedere legală expresă care să justifice o astfel de abordare. Conform art. 26 din Legea nr. 101/2016: „Consiliul examinează din *punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul* atacat și poate: a) pronunța o decizie prin care îl anulează în tot sau în parte; b) obliga autoritatea contractantă să emită un act; c) dispune orice

altă măsură, în afara celor prevăzute la lit. a) și b), necesară pentru remedierea actelor ce afectează procedura de atribuire.”

Cu titlu de principiu, curtea de apel a reținut că aprecierea autorității contractante cu privire la acest element este inclusă într-un act administrativ emis în procedura de achiziție, iar conținutul său poate fi dedus judecății, în substanța sa, în lumina principiilor derivate din art. 126 alin. 6 din Constituție. Stabilirea limitei dintre marja de apreciere a autorității și excesul de putere în emiterea actelor administrative reprezintă indubitabil o prerogativă a instanței de contencios administrativ în contextul în care condiția motivării actului apare ca o condiție de legalitate, în sensul larg al termenului.

Faptul că actualmente nu se mai prevede un criteriu matematic prin raportare la care prețul este calificat drept neobișnuit de scăzut (80% din valoarea estimată a contractului, conform legislației anterioare) nu semnifică instituirea automată în favoarea autorității contractante a unei puteri de apreciere absolute cu privire la calificarea acestuia din moment ce aceasta este ținută să respecte: scopul Legii nr. 98/2016 definit în art. 2 alin. 1, principiul eficienței în cheltuirea fondurilor publice consacrat de Legea nr. 500/2002 și să raporteze suma ofertată la prețul pieței.

Schimbarea opticii legiuitorului în privința calificării prețului ofertat ca fiind neobișnuit de scăzut (din raportarea sa la un prag fix de 80% în raportarea sa la prețul pieței) implică următoarele consecințe: pe de o parte, simpla plasare a unei oferte sub nivelul valorii estimate, chiar și într-o proporție semnificativă, nu declanșează automat o obligație a autorității de solicitare de clarificări, iar pe de altă parte, eventuala contestare a prețului ofertat de alt participant se impune a fi raportată la elemente componente de cost concrete și nu la valoarea total ofertată, eventual prin raportare la propria ofertă.

În prezenta speță, curtea a reținut că reclamanta a formulat doar critici generice cu privire la prețul ofertat de SC „E”, concluzionând că acesta este neobișnuit de mic. Nu au fost indicat și nici probat faptul că anumite elemente din prețul ofertat de această asocieră ar fi neobișnuite față de prețul pieței.

Astfel, în contestația formulată în fața CNSC reclamanta a indicat că autoritatea nu și-a îndeplinit atribuțiile de verificare a prețului ofertat luând în considerare faptul că acesta reprezintă aproximativ 60% din valoarea estimată, fără a arăta însă punctual care elemente din prețul ofertat nu s-ar încadra în prețurile pieței. În plângerea formulată în fața instanței, reclamanta a criticat abordarea CNSC și a arătat că prețul ofertat se încadrează în prevederile art. 210 din Legea nr. 98/2006 având în vedere că el este mult mai redus decât celelalte oferte din procedură, în contextul în care nici acestea din urmă nu pot fi justificate.

Mențiunile incluse de reclamantă în cuprinsul concluziilor scrise și care fac referire la tariful orar pe manoperă și cota de cheltuieli indirecte din oferta SC „E” nu pot face obiectul analizei instanței dat fiind caracterul tardiv al formulării acestora.

Așa cum s-a indicat anterior, simplul fapt că oferta SC „E” se plasează la 60% din valoarea estimată nu prezintă vreo relevanță *per se* în noul cadru legislativ (art. 136 din HG nr. 395/2006) din care reiese că noua abordare legislativă în materia calificării unui preț ca neobișnuit de scăzut este raportarea sa la prețul pieței și nu la valoarea estimată inițial, așa cum figura în vechea reglementare (art. 202 din OUG nr. 34/2006). Mai mult, așa cum a reținut și CNSC, oferta declarată câștigătoare reprezintă 82,9% din media celor opt oferte declarate admisibile, procent care determină caracterul aparent credibil al acesteia, în absența demonstrării punctuale a unor elemente de cost componente nesustenabile.

Credibilitatea prețului ofertat nu se impune a fi raportată la prețul ofertat de ceilalți participanți la licitație, așa cum sugerează reclamanta, ci la elementele componente ale acestuia și costul acestora din piață în contextul activităților impuse de caietul de sarcini. În susținerea acestei abordări, curtea a făcut trimitere la prevederile art. 210 alin. 2 din Legea nr. 98/2016 care indică explicit, dar nelimitativ, elementele la care se raportează analiza autorității contractante în privința prețului aparent neobișnuit de scăzut.

În ceea ce privește susținerea reclamantei referitoare la faptul că prețul ofertat de operatorul economic declarat câștigător nu ar fi rezultatul liberei concurențe, instanța a apreciat că această afirmație rămâne la acest stadiu generic în absența unor critici concrete și a unor dovezi administrate în acest sens.

Mai mult, în conformitate cu prevederile art. 4 alin.(1) din Legea concurenței nr. 21/1996, cu modificările și completările ulterioare „prețurile produselor și tarifele serviciilor și lucrărilor se determină în mod liber prin concurență, pe baza cererii și ofertei”, aspect care este susținut și de diversitatea propunerilor financiare depuse în cadrul procedurii de atribuire în cauză. În acest context, curtea de apel a apreciat că, în absența unor dovezi concrete aduse de reclamantă, propunerea financiară a „E” SRL se prezumă că reflectă eforturile operatorului economic de a depune o ofertă competitivă și preocuparea sa pentru controlul și optimizarea costurilor.

Prin urmare, față de caracterul generic al acestor critici formulate și limitele devolutive ale plângerii, curtea a constatat că, în speță, reclamanta nu a făcut dovada faptului că oferta financiară a societății clasate pe primul loc se încadrează în prevederile art. 210 din Legea nr. 98/2016 pentru a declanșa vreo obligație în sarcina autorității contractante.

În ceea ce privește critica reclamantei referitoare la faptul că Asocieria nu a depus centralizatorul cu lucrările executate de asociați, ca parte a ofertei sale financiare, curtea a reținut că aceasta a fost deja apreciată de către CNSC drept fondată, plângerea reclamantei vizând exclusiv consecințele acestei omisiuni.

În opinia curții de apel, aprecierea CNSC conform căreia această omisiune poate face obiectul unor clarificări și completări în sensul art. 209 din Legea nr. 98/2016 coroborate cu art. 135 din HG nr. 395/2016 este fondată.

În conformitate cu prevederile anterior citate: „În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt *incomplete* sau eronate sau în cazul în care *lipsesc anumite documente*, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, *completări ale documentelor prezentate* de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.”

Totodată, conform art. 135 din HG 395/2016: „În condițiile art. 209 din lege, comisia de evaluare are dreptul de a solicita ofertantului corectarea viciilor de formă cu privire la oferta acestuia...În sensul dispozițiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.”

În principiu, cu privire la sfera de aplicare a procedurii prevăzute de art. 209 citat anterior, curtea a reținut că în jurisprudența sa, CJUE a conturat cerințele și circumstanțele care delimitează posibilitatea autorității de a solicita ofertanților clarificări a ofertelor depuse.

Astfel, potrivit acestei jurisprudențe, principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărui ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, *SAG ELV Slovensko* și alții, C-599/10, punctele 36 și 37). Însă articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente (Hotărârea *SAG ELV Slovensko* și alții, punctul 40).

În cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații 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 cărora le-a fost adresată.

Pentru a se circumscrie principiilor anterior enunțate, curtea a apreciat, în acord cu jurisprudența CJUE, că o cerere de clarificare a unei oferte: poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație, cererea trebuie să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare și ea nu poate conduce sub nicio formă la prezentarea de către ofertant a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă (a se vedea în acest sens Hotărârea *SAG ELV Slovensko* și alții, citată anterior, punctul 40).

Prin urmare, sub aspect formal, textul art. 209 permite inclusiv ca, răspunzând la clarificările solicitate, ofertantul să completeze documentele inițial depuse cu singura condiție ca prin această completare să nu fie modificate elementele esențiale ale ofertei inițiale, respectiv ca aceste completări să își aibă izvorul bine determinat în oferta inițială și acestea să fie menite să clarifice o situație preexistentă.

Or, teoretic, în contextul în care încă de la început a fost indicată asocierea în realizarea contractului, dar și lista completă a lucrărilor ce urmează a fi executate, solicitarea suplimentară a defalcării acestora prin intermediul unui document centralizator, în cadrul propunerii financiare, nu apare ca fiind o modificare a ofertei financiare inițiale, ci doar o detaliere a acesteia, încadrându-se în categoria viciilor de formă. Acest centralizator își are izvorul în actele deja depuse, iar conținutul său nu ar trebui decât să clarifice informațiile deja prezentate, respectiv detalierea asocierii.

Curtea a mai reținut și faptul că depunerea centralizatorului nu a fost prevăzută în fișa de date sub sancțiunea expresă a excluderii.

Astfel, solicitarea reclamantei de obligare a autorității la a declara inadmisibilă oferta „E” SRL exclusiv pe acest considerent, fără a parcurge anterior procedura clarificării ar încălca, în opinia instanței, principiul proporționalității în contextul în care, din perspectivă teoretică, centralizatorul nu reprezintă altceva decât o reluare, din perspectivă financiară a lucrărilor de executat într-o anumită formă defalcată pe fiecare asociat, cu respectarea însă a propunerii tehnice, economice și acordului de asociere inițial.

Desigur, ulterior depunerii acestui centralizator, revine autorității sarcina de a verifica, în concret și cu respectarea considerentelor de principiu anterior expuse, conformitatea sa cu restul elementelor incluse inițial în ofertă, respectiv corespondența sa cu acestea, în scopul verificării dacă actul modifică sau nu oferta inițială și a determinării capacității asocierii de a executa contractul în forma propusă inițial.

Așa cum corect a reținut și CNSC, parcurgerea etapei clarificărilor față de „E” este impusă și de necesitatea respectării principiului tratamentului egal în contextul în care autoritatea contractantă a solicitat acest document (centralizatorul cu lucrările executate de asociați/subcontractanți) tuturor participanților care au depus oferta în asociere sau au declarat subcontractanți, mai puțin asocierii câștigătoare.

3.B. În ceea ce privește oferta depusă de „L”:

Prin decizia CNSC nr. 301/C2/15 din 8 februarie 2017 s-a reținut că, întrucât cei doi furnizori de materiale a acestui ofertant („V Industrie” SRL și „G Serv” SRL) execută în fapt lucrări de instalare și montaj necesare funcționării obiectului contractului, aceștia sunt implicați direct în executarea contractului și, prin urmare, se impune nominalizarea lor ca subcontractanți în cadrul ofertei.

Referitor la critica contestatorului privind tariful net pentru ora de manoperă, CNSC a reținut că evaluarea ofertei nu se face prin raportare la câștigul salarial mediu net pe

economie, ci prin raportare la salariul minim brut pe economie, critica reclamantei nefiind întemeiată.

Totodată, CNSC a apreciat critica contestatorului privind prețul anumitor materiale din lista consumurilor de resurse materiale prezentată de „L” ca fiind întemeiată, raportându-se la: prețul pentru capac fonta B125 necarosabil, prețul pentru reductor de presiune Dn100 mm, prețul pentru SPAU PE DN 1,0 m H = 2,5 m și SPAU PE DN 1,0 m H = 4 m. A reținut CNSC că prețurile indicate de „L” SRL în oferta sa, nu corespund cu prețurile de la furnizori, concluzionând că acest fapt trebuie verificat de comisia de evaluare.

Cu privire la cele patru tipuri de cămin solicitate prin caietul de sarcini și listele de cantități, Consiliul a constatat că ofertantul a respectat tipurile de cămin specificate în caietul de sarcini, conform formularului F3 Liste cuprinzând cantități de lucrări.

Criticile reclamantei din fața instanței cu privire la analiza efectuată de către CNSC, critici formulate în termen, prin plângerea depusă, vizează două elemente, respectiv inadmisibilitatea acestei oferte din perspectiva tarifului net pentru ora de manoperă și a tipurilor de cămine ofertate care nu respectă caietul de sarcini. Aspectele învederate de reclamantă în cuprinsul concluziilor scrise și referitoare la nenominalizarea subcontractanților și nejustificarea prețului pentru anumite materiale, nu pot face obiectul analizei instanței dat fiind momentul formulării acestora care nu permite respectarea principiului contradictorialității și a dreptului la apărare.

În ceea ce privește critica reclamantei referitoare la tariful manoperei, în acord cu organul administrativ-jurisdicțional, curtea a reținut că simpla ofertare a unui tarif al manoperei prin raportare la salariul minim brut pe economie și nu la cel mediu net pe economie nu poate atrage inadmisibilitatea ofertei.

Raportarea efectuată de art. 136 din HG nr. 395/2016 a prețului ofertat la prețurile pieței nu exclude ca acestea să fie chiar și cele minime și nu neapărat cele medii de vreme ce și o lucrare în care prețul manoperei se raportează la salariul minim pe economie face parte din ofertele disponibile pe piață. Ofertarea unui preț minim al manoperei nu semnifică ofertarea unui preț neobișnuit de scăzut sau nelegal atât timp cât pragul salariului minim pe economie este respectat.

Concluzia implicită pe care o trage reclamanta conform căreia ofertarea unui preț minim al manoperei conduce la neîndeplinirea cerințelor calitative ale proiectului este una pur subiectivă și speculativă și nu poate duce sub nicio formă la respingerea unei oferte ca inadmisibile.

În ceea ce privește critica reclamantei referitoare la tipurile de cămine ofertate de către L, Curtea a reținut că în mod corect CNSC a concluzionat că toate cele patru tipuri reies ca fiind ofertate din formularul F3.

Ceea ce invocă de fapt reclamanta este o pretinsă necorelare între formularul F3 care se referă la lista cuprinzând cantitățile de lucrări în care figurează cele patru tipuri de cămine (cu 1 ieșire, 1+1, 1+2, 1+3) și formularul C6 care se referă la consumurile de resurse materiale.

A reținut instanța că Formularul C6 la care face referire reclamanta se referă la prețurile ofertate, iar numărul total de bucăți la care s-a calculat acest preț corespunde celui solicitat de autoritate și ofertat. Simplul fapt că această societate comercială a ofertat un preț global pentru toate tipurile, preț unitar raportat la un cămin cu 1+3 ieșiri, nu implică automat caracterul/unitate egal al acestuia ci pur și simplu atrage obligația ofertantului de a se încadra, pentru toate cele patru tipuri ofertate conform formularului F3, în prețul total menționat în formularul C6.

În lumina acestor considerente, față de limitele investiției sale, curtea a reținut că solicitarea reclamantei de a obliga autoritatea la a declara oferta „L” inadmisibilă nu este fondată.

3.C. În ceea ce privește oferta depusă de SC „A” SRL:

Prin decizia CNSC nr. 301/C2/15 din 8 februarie 2017 s-a reținut că autoritatea contractantă trebuie să clarifice cu acest ofertant graficul de execuție, respectiv dacă acesta intenționa să execute lucrări de arhitectură la camera de vane în perioada de iarnă, precum și ordinea tehnologică firească a acestora. CNSC a mai reținut că din punct de vedere tehnologic, nu se pot executa lucrări de arhitectură (etapa finală) pentru o construcție la care nu s-au executat nici măcar săpăturile (terasamentele), așa cum figurează în această ofertă.

Totodată, s-a remarcat faptul că ofertantul „A” SRL nu oferă informații privind metodologia de execuție pentru o serie de lucrări importante, aspect care, în opinia CNSC, se impune a fi clarificat cu ofertantul respectiv.

S-a mai reținut de către CNSC că ofertantul „A” SRL nu a depus fișele tehnice pentru mai multe echipamente, concluzionând că se impune clarificarea cu ofertantul și a acestui aspect privind fișele tehnice.

Critica contestatorului privind tariful net pentru ora de manoperă a fost respinsă de CNSC pentru aceleași argumente prezentate pentru ofertantul „L” SRL.

Referitor la critica contestatorului privind cota de cheltuieli indirecte și cea de profit, ofertate de „A” SRL, Consiliul a reținut că norma juridică regăsită în Anexa nr. 21 din H.G. nr. 363/2010 instituie o recomandare pentru cele două categorii de deviz, iar nu o obligație de respectare a procentelor.

În fața instanței de judecată, reclamanta a criticat decizia CNSC din perspectiva concluziei la care a ajuns acest organ după constatarea caracterului fondat al obiecțiunilor sale cu privire la oferta tehnică a acestui ofertant precum și din perspectiva evaluării eronate a Consiliului cu privire la propunerea financiară a ofertantului.

În ceea ce privește propunerea tehnică a SC „A” SRL, curtea a reținut că absența unor fișe tehnice pentru șapte echipamente poate face, teoretic, obiectul unor clarificări din partea ofertantului față de prevederile art. 209 din Legea nr. 98/2016 raportat la art. 135 alin. 3 din HG nr. 395/2016 și cu respectarea principiilor derivate din jurisprudența CJUE și expuse anterior.

Din lectura art. 209 precitat reiese că procedura de clarificare poate fi declanșată de autoritate și în cazul în care nu doar informațiile, ci și documentele prezentate de operatorii economici sunt incomplete sau în cazul în care lipsesc anumite documente.

Viciile de formă a căror clarificare este permisă de legiuitor vizează omisiuni din cadrul propunerii tehnice a căror completare este susținută neechivoc de documente deja depuse și care nu sunt de natură a modifica oferta inițială, ci doar de a o detalia.

Prin urmare, în speță, depunerea acestor fișe trebuie făcută sub rezerva preexistenței lor, dar și raportarea lor la echipamente deja menționate în oferta inițială.

Doar în acest fel s-ar respecta scopul legii și s-ar ajunge la o completare în scopul clarificării unor informații preexistente cu privire la modalitatea concretă de realizare a proiectului.

Revine autorității sarcina de a verifica, ulterior depunerii, în concret, dacă fișele tehnice aduse în completarea propunerii tehnice inițiale nu conduc la modificarea acesteia, respectiv dacă acestea își găsesc corespondentul în documentul inițial sau nu. Aceasta întrucât principiul tratamentului egal și al transparenței, detaliate anterior, impun ca aceste lipsuri să poată fi completate doar atunci când ele sunt susținute în mod neechivoc de conținutul altor informații preexistente în alte documente deja prezentate de ofertant.

În speță, teoretic, depunerea unor fișe tehnice care au deja corespondent în echipamentele specificate inițial nu este de natură a afecta principiile anterior indicate. O eventuală respingere ca neconformă a unei oferte pe singurul considerent al absenței unei părți din fișele tehnice aferente echipamentelor utilizate ar putea pune în discuție respectarea de autoritate a principiului proporționalității prevăzut de art. 2 alineat 2 lit. e din Legea nr. 98/2016 în contextul în care există calea pusă la dispoziție de art. 209 din același act normativ.

Totodată, în privința celorlalte deficiențe constatate de către CNSC la această ofertă tehnică, respectiv cele privind ordinea deficitară a lucrărilor în graficul de execuție și absența metodologiei de execuție a unor lucrări esențiale, curtea a reținut că acestea exced obiectului clarificărilor așa cum este acesta reglementat de art. 209 din Legea nr. 98/2016, atrăgând obligația autorității de a acționa în consecință. Prin urmare, concluzia CNSC conform căreia cu privire la aceste două aspecte autoritatea trebuie să solicite clarificări nu este legală, nu se încadrează în liniile directoare dictate de jurisprudența CJUE anterior citată, întrucât conduc în mod clar la deschiderea posibilității pentru acest ofertant de a-și modifica substanțial oferta.

Odată stabilit că graficul de execuție prezentat în cadrul propunerii tehnice nu respectă cerințele caietului de sarcini care, așa cum reiese și din fișa de date pct. IV.4.1.1. lit. c) impunea elaborarea unui program de execuție clar care să illustreze succesiunea tehnologică de realizare a lucrărilor, ordinea și derularea în timp a activităților, eventuala solicitare de clarificare a acestui grafic de execuție nu reprezintă altceva decât acceptarea implicită a prezentării unui nou grafic, respectiv a modificării ofertei tehnice inițiale. Prin permiterea depunerii unui grafic revizuit se creează ofertantului un avantaj evident față de ceilalți ofertanți care au clădit propunerea lor tehnică dar și financiară plecând de la o ordine firească, cronologică a lucrărilor și explicitând metodologia pentru fiecare din activități. Modificarea graficului de execuție inițial propus implică evident și o revizuire a celei financiare, cel puțin din perspectiva cash-flow-ului previzionat și asumat de ofertant *ab initio*.

Prin urmare, obiecțiunile reclamantei cu privire la concluzia CNSC corelată cu aceste ultime aspecte, sunt fondate, autoritatea urmând a da eficiență prezentelor considerente în procedura de reevaluare a acestei oferte și nu celor include în decizia CNSC.

În privința criticilor reclamantei referitoare la propunerea financiară a acestei societăți, curtea a reținut că aspectul referitor la ofertarea tarifului minim pentru ora de manoperă și nu a celui mediu pe ramură a fost deja tranșat anterior (C.2), instanța apreciind că aspectul în sine nu poate determina în mod necesar calificarea prețului ca fiind nejustificat de scăzut.

Nici includerea unui procent de profit de cinci ori mai mic decât procentul stabilit la nivel național nu atrage automat o astfel de consecință, măsura putând fi văzută și drept o opțiune economică a ofertantului.

Ofertarea unei cote de cheltuieli indirecte și de profit sub pragul prevăzut de anexa 2.1 din HG nr. 363/2010, în contextul în care aceste plafoane sunt unele maximale de recomandare și nu fixe, nu determină automat rabatul de la condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire. Marja de apreciere a autorității cu privire la analiza globală a ofertei depuse se impune a fi respectată în privința corelării raportului preț-calitate și ea nu poate fi calificată drept un exces de putere în absența unor probe concrete.

Totuși, constatarea faptului că în oferta financiară a acestui ofertant apar elemente de cost bugetate cu 0 lei, impune cert autorității contractante obligația de a solicita clarificări, iar în analiza acestora este obligată să respecte principiului egalității de tratament din perspectiva imposibilității modificării propunerii financiare inițiale.

CJUE a statuat în hotărârea *SAG ELV Slovensko a.s.*, C 599/10 faptul că: „Potrivit articolului 55 din Directiva 2004/18, în cazul în care, pentru un anumit contract, sunt prezentate oferte care par anormal de scăzute în raport cu bunurile, lucrările sau serviciile prestate, autoritatea contractantă, înainte de a putea respinge respectivele oferte, solicită, în scris, detalii privind elementele ofertei pe care le consideră relevante”.

Rezultă clar din aceste dispoziții, redactate în termeni imperativi, că legiuitorul Uniunii a înțeles să oblige autoritatea contractantă să verifice elementele ofertelor care prezintă un caracter anormal de scăzut impunându-i în acest scop *obligația* de a solicita candidaților să furnizeze dovezile necesare pentru a demonstra că aceste oferte sunt serioase (a se vedea în acest sens Hotărârea din 27 noiembrie 2001, *Lombardini și Mantovani*, C-285/99 și C-286/99, punctele 46-49).

3.D. În ceea ce privește oferta depusă de „CR” SRL:

Prin decizia CNSC nr. 301/C2/15 din 8 februarie 2017 s-a reținut că ofertantul nu a inclus în propunerea tehnică informații privind drumul critic clar identificat în planificarea activităților, deși a existat această solicitare în caietul de sarcini. Afirmația autorității contractante că drumul critic ar fi cuprins în graficul de execuție nu a fost apreciată ca întemeiată, deoarece la subsolul paginilor indicate de către comisia de evaluare se observă legenda graficului, fără însă a fi lizibile activitățile critice, precum și dacă acestea formează un drum critic. Concluzia CNSC a fost în sensul că se impune clarificarea sub acest aspect.

Consiliul a apreciat ca fiind întemeiate și criticile reclamantei cu privire la graficul de execuție deficitar întocmit de acest ofertant, concluzionând că se impune clarificarea și a acestuia.

S-a mai reținut că propunerea tehnică a „CR” SRL nu respectă cerințele prevăzute în memoriul tehnic și specificația tehnică nr. 3 cu privire la încărcarea maximă a acoperișului, în această privință apreciind că se impune clarificarea cu ofertantul.

În privința absenței unor fișe tehnice, Consiliul a făcut trimitere la constatările sale raportate la ofertantul „A” SRL.

S-a mai reținut că ofertantul a omis să includă PCCVI-urile pentru mai multe categorii importante de lucrări iar această deficiență se impune a fi clarificată.

Lipsa de corelare între propunerea tehnică și cea financiară sub aspectul nebugetării organizării de șantier, deși această etapă a fost inclusă în propunerea tehnică, în opinia CNSC nu reprezintă o abatere tehnică minoră, întrucât această abatere conduce la micșorarea artificială a valorii organizării de șantier și, implicit, a valorii ofertei. Totuși, organul administrativ jurisdicțional nu a trasat vreo măsură concretă autorității, sub acest aspect.

Referitor la critica contestatorului privind prețul neobișnuit de scăzut, Consiliul a menținut argumentele sale prezentate pentru ofertantul câștigător.

Critica reclamantei în fața instanței vizează toate aspectele analizate de CNCD și expuse anterior, precum și concluzia eronată a acestui organ în sensul că toate acestea ar conduce la obligarea autorității la a solicita clarificări și nu la declararea ofertei inadmisibile.

Față de conținutul concret al deficiențelor constatate de CNCD cu privire la aspectele tehnice din această ofertă (absența drumului critic, absența unei cronologii firești a activităților din graficul de lucrări, nerespectarea încărcării maxime a acoperișului, neinclusiunea programului de control al calității, verificării și încercării unor categorii de lucrări esențiale), dar și la necorelarea organizării de șantier prevăzută în oferta tehnică cu cea financiară, în contextul în care autoritatea intimată nu a formulat nicio cale de atac împotriva deciziei achiesând prin urmare la aceste constatări, curtea a reținut că singura măsură legală care poate fi luată de autoritate în acest context este reevaluarea acesteia în sensul aplicării prevederilor art. 137 alineat 3 lit. a) și d) din HG nr. 395/2016, respectiv declararea ofertei ca fiind neconformă și nu solicitarea de clarificări.

Îndrumările CNCD în sensul obținerii de clarificări din partea ofertantului cu privire la drumul critic, planul de execuție și bugetarea corespunzătoare a organizării de șantier ar declanșa în mod evident favorizarea acestui ofertant, prin permiterea refacerii unor elemente esențiale ale ofertei sale tehnice și financiare.

Solicitarea autorității de depunere a unui drum critic clar identificat în planificarea activităților nu se suprapune peste solicitarea firească a acesteia de depunere a graficului GANTT. Astfel, a reținut instanța că, față de amploarea lucrărilor oferite, necesitatea întocmirii unui drum critic distinct de graficul GANTT era pe deplin justificată în contextul în care primul document reprezintă nu doar o detaliere a primului, ci el stă la baza optimizării proceselor tehnologice prin prisma asigurării unei conștientizări în timp a activităților ce trebuie îndeplinite, a înțelegerii dinamicii acestora și a prioritizării lor facilitând procesul de identificare a activităților critice de cele secundare.

În cazul deficiențelor constatate în privința acestei oferte nu pot fi incidente prevederile art. 134 alin. 7 din HG nr. 395/2016, întrucât s-ar crea posibilitatea refacerii unor

documente în acord cu fișa de date și nu s-ar viza exclusiv completarea sau explicitarea unora, valabil întocmite inițial.

În ceea ce privește criticile reclamantei referitoare la modul de tratare de către CNSC a obiecțiilor sale axate pe ofertarea unui preț neobișnuit de scăzut, curtea a apreciat că acestea sunt fondate în sensul că organul administrativ jurisdicțional s-a limitat în mod nejustificat la a face referire la constatările sale anterioare în privința unui alt ofertant în contextul în care parte din critici erau diferite.

Astfel, ofertarea de către „CR” a unui preț de benzină auto mai mare decât cel al pieței nu poate atrage, *per se*, caracterul nejustificat al prețului oferit, atitudinea reprezentând pur și simplu o opțiune economică a ofertantului.

Faptul că inclusiv propunerea financiară a acestui ofertant prevede un preț al orei de manoperă sub nivelul mediu net al ramurii sau prețuri mai mici decât cele medii din piață nu este de natură a determina automat calificarea ofertei ca intrând în sfera art. 210 din Legea nr. 98/2016 și declanșarea obligației autorității de a solicita clarificări. Așa cum s-a arătat și anterior, raportarea efectuată de art. 136 din HG nr. 395/2016 a prețului la prețurile pieței nu exclude ca acestea să fie chiar și cele minime și nu neapărat cele medii de vreme ce și o lucrare în care prețul manoperei se raportează la salariul minim pe economie face parte din ofertele disponibile pe piață.

3.E. În ceea ce privește oferta depusă de Asocieria „S”:

Prin decizia CNSC nr. 301/C2/15 din 8 februarie 2017 s-a reținut că, în privința acestui ofertant, criticile reclamantei cu privire la personal și prețul neobișnuit de scăzut se subsumează considerentelor CNSC expuse pentru ofertantul câștigător. S-a mai reținut că ofertantul „S” a prezentat lista de utilaje pentru realizarea lucrărilor, contrar criticilor reclamantei. Referitor la critica privind graficul de execuție și drumul critic, Consiliul a menținut argumentele sale prezentate pentru ofertantul „A” SRL și „CR”. Totodată, referitor la critica privind tariful net pentru ora de manoperă, Consiliul a menținut argumentele prezentate pentru ofertantul „L” SRL.

În fața instanței de judecată, reclamanta a contestat toate aprecierile CNSC expuse anterior.

Față de considerentele CNSC referitoare la conținutul deficitar al propunerii tehnice a acestui ofertant, din perspectiva modului de întocmire a graficului de execuție, considerente necontestate în prezenta procedură de către autoritatea contractantă, curtea a reținut că îndrumarea organismului administrativ jurisdicțional în sensul necesității parcurgerii procedurii de clarificare a acestei oferte este nelegală.

Deficiențele propunerii tehnice sub aspectul graficului de execuție care nu conține o succesiune tehnologică corectă a lucrărilor și absența unui document din care să reiasă activitățile principale, cele critice și cele secundare în logica lor firească, cu prioritizarea lor, în contextul în care în cadrul fișei de date s-a solicitat expres prezentarea unei succesiuni logice a lucrărilor și a unui drum critic clar identificat în planificarea activităților, sunt unele esențiale, fiind previzibil că orice solicitare de clarificări adresată de autoritate acestei asocieri deschide calea modificării ofertei inițiale.

Curtea a reținut că singura măsură legală care poate fi luată de autoritate în acest context este reevaluarea acesteia în sensul aplicării prevederilor art. 137 alin. 3 lit. a) din HG nr. 395/2016, respectiv declararea ofertei ca fiind neconformă și nu solicitarea de clarificări. Desigur, considerentele curții de apel în privința inaplicabilității art. 134 alin. 7 precizat, expuse la pct. 3D din hotărâre rămân valabile și în privința acestui ofertant.

În ceea ce privește critica reclamantei referitoare la absența din cuprinsul ofertei „S” a informațiilor legate de personalul de execuție, curtea a reținut pe de o parte faptul că într-adevăr acest aspect nu a fost deloc analizat de CNSC, iar pe de altă parte, față de prevederile art. 34 alin. 4 din Legea nr. 101/2016 efectuând propriile verificări, o apreciază ca nefondată.

Din cuprinsul filelor 496 și 507-508 din vol. 8 dosar CNSC reiese că acest ofertant a indicat implicit personalul de execuție necesar derulării proiectului.

În ceea ce privește critica reclamantei referitoare la lista de utilaje pentru realizarea lucrărilor, curtea a reținut că în fața CNSC s-a indicat pretinsa imposibilitate a autorității contractante de a verifica dimensionarea corespunzătoare a graficului de execuție cu echipamentele disponibile în contextului absenței informațiilor referitoare la numărul acestora.

Or, în contextul aspectelor anterior reținute cu privire la modalitatea deficitară a întocmirii graficului de execuție, instanța a apreciat că nu se mai impune analizarea distinctă a acestui aspect punctual.

În privința ofertei financiare a acestei societăți, curtea a reținut că obiecțiunile reclamantei axate pe includerea tarifului ofertat la nivelul minim și nu cel mediu pe ramură, au fost deja tranșate anterior, în opinia instanței, acest aspect neputând, *per se* să determine caracterul de preț neobișnuit de scăzut al prețului global ofertat.

În ceea ce privește susținerea reclamantei referitoare la faptul că prețul ofertat de operatorul economic nu ar fi rezultatul liberei concurențe, instanța a apreciat că această afirmație nu este probată în speță, reclamanta limitându-se la a identifica anumite prețuri la materialele ofertate și a le compara cu prețurile pe care ea însăși le apreciază ca fiind cele ale pieței.

În acest context, curtea a apreciat că, în absența unor dovezi concrete aduse de reclamantă că materialele identificate nu ar putea sub nicio formă să fie accesibile operatorului la prețul indicat de acesta, propunerea financiară a asocierii „S” se prezumă că reflectă eforturile operatorului economic de a depune o ofertă competitivă și preocuparea sa pentru controlul și optimizarea costurilor.

3.E. În ceea ce privește oferta depusă de Asocieria „C”:

Prin decizia CNSC nr. 301/C2/15 din 8 februarie 2017 s-a reținut că argumentele prezentate pentru ofertantul „A” SRL și „CR” în privința graficului de execuție și drumului critic, precum și a duratei testelor și fișelor tehnice, își mențin valabilitatea.

În fața instanței de judecată, reclamanta a indicat că achiesează la constatările CNSC cu privire la propunerea tehnică a acestei asocieri, însă apreciază ca fiind nelegală concluzia la care a ajuns organul administrativ jurisdicțional.

Reținând că aspectele reținute de CNSC cu privire la propunerea tehnică a acestei asocieri, respectiv nerespectarea ordinii logice a execuției de lucrări, precum și absența drumului critic, nu au fost contestate pe calea prezentei proceduri judiciare, autoritatea contractantă achiesând la ele, curtea a apreciat că, în acest context, devin aplicabile prevederile art. 137 alin. 3 lit. a) din HG nr. 395/2016 și nu obligația autorității de a mai solicita vreo clarificare.

Deficiențele identificate de către CNSC în cadrul propunerii tehnice a acestei asocieri sunt unele esențiale și, așa cum s-a arătat anterior, o eventuală „clarificare” a lor ar semnifica acceptarea depunerii unui nou grafic de lucrări și a unui drum critic care să confirme deplina înțelegere a proiectului de către ofertant. Rămân desigur valabile și pentru acest ofertant, considerentele expuse anterior referitoare la inaplicabilitatea art. 134 alin. 7 din HG nr. 395/2016.

În privința ofertei financiare a acestei societăți, curtea a reținut că obiecțiunile reclamantei sunt axate pe includerea tarifului ofertat la nivelul minim și nu cel mediu pe ramură. Or, acestea au fost deja tranșate anterior, curtea concluzionând că acest aspect nu poate, *per se* să determine caracterul de preț neobișnuit de scăzut al prețului global ofertat.

În ceea ce privește susținerea reclamantei referitoare la faptul că prețul ofertat de asocierie nu ar fi rezultatul liberei concurențe, instanța a apreciat că această afirmație nu este probată în speță. Astfel, reclamanta s-a limitat la a indica faptul că prețul ofertat la benzină

auto este nejustificat de mare (6 lei/litru în loc de 5 lei/litru) aspect nelegal în sine, ci doar relevă o opțiune a ofertantului.

3.F. În ceea ce privește oferta depusă de Asocieria „M”:

Prin decizia CNSC nr. 301/C2/15 din 8 februarie 2017 s-a reținut că organizarea de șantier nu se impunea a figura în graficul de execuție, așa cum reiese din fișa de date. Contrar celor afirmate de contestator, CNSC a reținut că „M” SA a prezentat în propunerea tehnică „Secvențierea, derularea în timp și durata testelor”, iar referitor la extrasele de materiale și de utilaje, s-a constatat că denumirea resursei se poate identifica cu ușurință în listele de cantități de lucrări la articolul corespunzător, document ce face parte din cadrul ofertei depuse.

Organul administrativ jurisdicțional a reținut implicit caracterul fondat al apărărilor reclamantei în privința caracterului deficitar al graficului de execuție, însă a apreciat că aceste deficiențe pot fi remediate.

Referitor la critica contestatorului privind prețul neobișnuit de scăzut, Consiliul a menținut argumentele sale prezentate pentru ofertantul câștigător.

În fața instanței de judecată, reclamanta a criticat concluzia CNSC conform căreia deficiențele din cadrul propunerii tehnice ar putea fi clarificate, precum și aprecierile CNSC cu privire la organizarea de șantier.

Așa cum s-a indicat anterior, concluzia CNSC conform căreia deficiențele graficului de execuție ar putea fi supuse procedurii clarificărilor nu este fondată, întrucât parcurgerea acesteia ar conduce inevitabil la crearea cadrului pentru depunerea unei noi oferte tehnice, modificată în aspecte esențiale, cum ar fi includerea în grafic a organizării de șantier.

Contrar celor reținute de CNSC, curtea a observat faptul că organizarea de șantier trebuia să apară în graficul de execuție, întrucât ea reprezintă o lucrare temporară ce urmează a fi executată și care antrenează indubitabil resurse de timp, umane și financiare. Identificarea concretă în grafic a acestei etape premergătoare demarării proiectului este esențială și din perspectiva dimensionării cash-flow-ului, autoritatea contractantă urmând a fi înștiințată cu privire la necesarul de resurse pentru a efectua o corectă și promptă bugetare a acestora.

Operarea acestor modificări în cadrul graficului de execuție nu se încadrează nici în noțiunea de „vicii de formă” și nici în cea de „abateri tehnice minore”, întrucât conceperea graficului de execuție în sensul solicitat de autoritate prin fișa de date, respectiv cu respectarea logicii și cronologiei activităților tehnice, reprezintă un aspect esențial al concepării ofertei tehnice.

În ceea ce privește critica reclamantei cu privire la oferta financiară a acestei asocieri, curtea a reținut că aceasta antamează aspectul tarifului orar pe manoperă, aspect care a fost deja tranșat anterior și concluzia conform căreia ofertarea unui preț minim și nu a unui mediu nu determină *per se* calificarea unui preț ca fiind neobișnuit de scăzut, își păstrează valabilitatea.

4. Plângerea reclamantei referitoare la ***nemotivarea de către autoritatea contractantă a caracterului confidențial al propunerilor tehnice și financiare depuse de Asocieria „E” SRL – „GT” SA și „L” SRL*** nu poate fi primită de instanță în contextul în care acest aspect a fost deja tranșat de CNSC prin încheierea nr. 64/C2/2015 la data de 23 februarie 2017, act administrativ-jurisdicțional care nu face obiectul acestei judecăți.

Astfel, instanța a reținut că, prin încheierea anterior menționată, CNSC a respins ca rămas fără obiect capătul de cerere privind obligarea autorității la motivarea caracterului confidențial al propunerilor tehnice și financiare depuse de asocieria „E” SRL și „L” SRL reținând că această motivare a intervenit ulterior, în baza art. 19 din Legea nr. 101/2016.

Aprecierea reclamantei conform căreia chiar și în absența contestării acestui act administrativ instanța de judecată ar putea totuși să se pronunțe asupra acestui capăt de cerere în temeiul art. 34 alin. 4 din Legea nr. 101/2016 nu este fondată, întrucât, în speță, CNSC a analizat motivul invocat și s-a pronunțat asupra sa prin actul anterior indicat.

Față de considerentele de fapt și de drept anterior expuse, curtea de apel a admis în parte plângerea și a anulat în parte decizia CNSC nr. 301/2017, obligând autoritatea contractantă să procedeze la reevaluarea ofertelor clasate pe locurile 1-7, în lumina considerentelor hotărârii instanței.