

# PARTEA I.

## HOTĂRÂRI PRONUNȚATE DE CURȚILE DE APEL

### Capitolul I.

#### Curtea de Apel Alba Iulia,

#### Secția de contencios administrativ și fiscal

- 1. Achiziție directă. Contestație respinsă de Consiliu ca inadmisibilă întrucât achiziția directă nu reprezintă o procedură de atribuire. Decizie nelegală. Contestația trebuia declinată către instanța de judecată, iar nu respinsă ca inadmisibilă**

Curtea, analizând plângerea formulată în cauză, constată următoarele:

Colegiul Tehnic M.C. Hunedoara a organizat procedura atribuirii directe a contractului având ca obiect servicii de organizare de seminarii. Valoarea estimată a contractului este de 14.085 euro, fără TVA, fiind aplicabile prevederile art. 19 din ordonanță, potrivit cărora autoritatea contractantă are dreptul de a achiziționa direct produse, servicii sau lucrări, în măsura în care valoarea achiziției nu depășește echivalentul în lei a 15.000 euro pentru fiecare achiziție de produse, servicii sau lucrări. Achiziția se realizează pe bază de document justificativ, care se consideră a fi contract de achiziție publică<sup>[1]</sup>, iar obligația respectării prevederilor ordonanței se limitează numai la prevederile art. 204 alin. 2.

Potrivit art. 3 lit. ș), procedura de atribuire cuprinde etapele ce trebuie parcurse de autoritatea contractantă și de către candidați/ofertanți pentru ca acordul părților privind angajarea în contractul de achiziție publică să fie considerat valabil; procedurile de atribuire sunt: licitația

---

<sup>[1]</sup> Din senin, la finele anului 2011, grație Legii nr. 279/2011 pentru modificarea și completarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, conținutul art. 19 – „Autoritatea contractantă are dreptul de a achiziționa direct produse, servicii sau lucrări, în măsura în care valoarea achiziției, estimată conform prevederilor secțiunii a 2-a a prezentului capitol, nu depășește echivalentul în lei a 15.000 euro pentru fiecare achiziție de produse, servicii sau lucrări. Achiziția se realizează pe bază de document justificativ, care în acest caz se consideră a fi contract de achiziție publică, iar obligația respectării prevederilor prezentei ordonanțe de urgență se limitează numai la prevederile art. 204 alin. 2” – a devenit: „Autoritatea contractantă achiziționează direct produse, servicii sau lucrări, în măsura în care valoarea achiziției, estimată conform prevederilor secțiunii a 2-a a prezentului capitol, nu depășește echivalentul în lei a 15.000 euro pentru fiecare achiziție de produse, servicii ori lucrări. Achiziția se realizează pe bază de document justificativ”.

Așadar, prin Legea nr. 279/2011, din cuprinsul articolului s-a scos textul care asimila documentul justificativ contractului, ceea ce înseamnă că în continuare este obligatorie existența unui înscris justificativ, dar el nu mai este recunoscut *ope legis* ca reprezentând contract de achiziție publică.

deschisă, licitația restrânsă, dialogul competitiv, negocierea, cererea de oferte, concursul de soluții.

Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept ori într-un interes legitim printr-un act al autorității contractante, prin încălcarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante de a emite un act, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim pe cale administrativ-jurisdicțională sau în justiție, în condițiile ordonanței – art. 255 alin. 1.

În consecință, în temeiul prevederilor menționate anterior și al art. 10 din Legea nr. 554/2004, competența de soluționare a acțiunii în primă instanță aparține secției de contencios administrativ a tribunalului.

Raportat la art. 283 din ordonanță și art. 158 C. proc. civ., se va admite plângerea împotriva deciziei prin care Consiliul a respins contestația petentei ca inadmisibilă, pe considerentul că nu intra în competența sa, procedura de atribuire nefiind una dintre cele șase proceduri de atribuire. Se va desființa decizia atacată și se va trimite acțiunea în contencios formulată de petentă spre competentă soluționare Secției de contencios administrativ și fiscal a Tribunalului Hunedoara<sup>[1]</sup>.

### **Comentariu**

*A se vedea nota aferentă deciziei nr. 2160 din 27 iulie 2011 a Curții de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal, precum și încheierea din 5 octombrie 2011, din dosarul nr. 8958/95/2011 al Tribunalului Gorj, Secția a II-a civilă.*

## **2. Proba cu expertiză este inadmisibilă în calea de atac a plângerii**

Mandatarul petentei solicită instanței admiterea probelor precizate în actele depuse la dosar, în special a raportului de expertiză extrajudiciară.

În deliberare, instanța respinge proba cu expertiză extrajudiciară ca fiind inadmisibilă în soluționarea plângerii, având în vedere că plângerea se soluționează conform recursului<sup>[2]</sup>.

### **Comentariu**

*Decizia nr. 3099 din 19 decembrie 2011 a Curții de Apel Brașov, Secția de contencios administrativ și fiscal, și încheierea din 22 martie 2012 a Curții de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, dosar nr. 2010/2/2012, sunt în același sens.*

## **3. Contestație respinsă de Consiliu ca inadmisibilă întrucât nu intra în competența sa de soluționare. Decizie nelegală. Contestația trebuia declinată către instanța de judecată, iar nu respinsă ca inadmisibilă**

Prin decizia sa, Consiliul a determinat că organizatoarea procedurii nu are calitatea de autoritate contractantă, context în care a declarat contestația inadmisibilă.

Instanța apreciază că în mod temeinic și legal a considerat Consiliul că nu are competență în soluționarea contestației, dar, față de dispozițiile art. 158 și 159 C. proc. civ., pentru a asigura accesul contestatoarei la o instanță competentă, se impune admiterea plângerii, desfiin-

<sup>[1]</sup> Decizia nr. 28 din 12 ianuarie 2011.

<sup>[2]</sup> Decizia nr. 979 din 13 aprilie 2011.

țarea deciziei Consiliului și declinarea competenței soluționării contestației către Tribunalul Alba, Secția comercială<sup>[1]</sup>.

### **Comentariu**

*De ani de zile ne luptăm să convingem atât acele complete refractare ale Consiliului, cât și instanțele de judecată, că unica soluție legală în situații de genul amintit este declinarea contestației, iar nu respingerea ei ca inadmisibilă<sup>[2]</sup>. Țelul nu a fost pe deplin epuizat, persistând și acum păreri în favoarea inadmisibilității contestației. Surprinzător, cel mai mare fan al respingerii contestațiilor ca inadmisibile este Curtea de Apel București, al cărei obicei este de a valida deciziile de acest fel ale Consiliului.*

*Probabil că, în final, cu cât numărul de decizii de respingere desființate de instanțe va fi mai ridicat, cu atât reticența la declinare se va atenua, tinzând spre eliminarea ei completă. Totuși, este de remarcat voința conducerii Consiliului, care în cuprinsul adresei nr. 22673/31.10.2011, a subliniat Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice oportunitatea de a se specifica expres în corpul ordonanței că prevederile sale privind soluționarea contestațiilor de către Consiliu se completează cu cele ale Codului de procedură civilă referitoare la posibilitatea de declinare a cauzelor de către Consiliu către instanțele judecătorești competente, în baza art. 158 din cod.*

*Art. 158 C. proc. civ., raportat la interpretarea ipotezei art. 22 alin. 4 din cod, recunoaște posibilitatea intervenirii unui conflict de competență, pozitiv sau negativ, între Consiliu (organ cu activitate jurisdicțională) și instanțele de judecată și, pe cale de consecință, a posibilității de declinare a cauzei de către Consiliu către instanță. Constatând lipsa sa de competență în soluționarea contestației, apreciem că se impune organului administrativ-jurisdicțional aplicarea art. 158 C. proc. civ. și declinarea contestației către instanța competentă, în concordanță și cu art. 21 alin. 1 din Constituția României, republicată, și art. 6 paragr. 1 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, ratificată prin Legea nr. 30/1994<sup>[3]</sup>, permițând accesul neîngrădit și efectiv al contestatoarei la judecarea cauzei de către instanța judiciară competentă.*

*În sprijinul declinării există deja pronunțate numeroase hotărâri judecătorești, însă așteptarea noastră este ca toate instanțele să ni se alăture.*

*Relativ la abordarea Consiliului, în ultima perioadă ea a devenit una inedită. Astfel, în spețe similare Consiliul:*

*- a solicitat părților litigante punctul de vedere față de excepția inadmisibilității contestației la Consiliu, pentru situația în care acesta nu are competență;*

*- a solicitat părților litigante punctul de vedere față de declinarea competenței de soluționare a contestației către instanța de judecată, respectiv dacă doresc sau nu declinarea cauzei către instanță.*

*Dacă părțile se exprimă în sensul că nu doresc declinarea, iar Consiliul constată lipsa sa de competență în soluționarea contestației, o va respinge ca inadmisibilă. Legat de decli-*

[1] Decizia nr. 2160 din 27 iulie 2011.

[2] D.-D. Șerban, *Opinii asupra practicii jurisdicționale a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor*, în „Dreptul” nr. 6/2007, p. 112-114; *Jurisprudență comentată în materia achizițiilor publice*, Ed. Wolters Kluwer România, București, 2009, *passim*; *Explicații privind admisibilitatea declinării de competență între un organ administrativ-jurisdicțional și o instanță de judecată*, în „Dreptul” nr. 8/2010, p. 203-214; *Jurisprudență comentată în materia achizițiilor publice*, vol. II, Ed. Wolters Kluwer România, București, 2011, *passim*.

[3] Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 135 din 31 mai 1994.

*narea cauzei către instanța de judecată, dacă niciuna dintre părți nu susține și dorește declinarea, Consiliul ia act că aceasta nu se impune, adăugând, însă, că respingerea contestației nu afectează dreptul constituțional al persoanei care se consideră vătămată de a apela la instanțele judecătorești (dar, ce folos, termenul de atac la instanță fiind, probabil, epuizat între timp).*

*A se vedea, exempli gratia, decizia nr. 28 din 12 ianuarie 2011 a Curții de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 1711 din 13 septembrie 2011 a Curții de Apel Bacău, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 5086 din 6 iunie 2012 a Curții de Apel Cluj, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, și decizia nr. 1045 din 2 martie 2012 a Curții de Apel Brașov, Secția de contencios administrativ și fiscal.*

*Totuși, în final, trebuie să admitem că, numeric, deciziile instanțelor de menținere a respingerii contestațiilor ca inadmisibile de către Consiliu le domină detașat pe cele în care s-a procedat la admiterea plângerii și înaintarea cauzei la instanța competentă legal. Numai în prezentul volum există cel puțin opt trimiteri la decizii în care instanța a hotărât că este corectă respingerea contestației ca inadmisibilă (Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 2841 din 11 iulie 2012, Curtea de Apel Cluj, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 3759 din 17 octombrie 2011, Curtea de Apel Constanța, Secția comercială, maritimă și fluvială, de contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 265/CA din 1 septembrie 2011, Curtea de Apel Galați, Secția comercială și de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 1828 din 12 mai 2011, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, deciziile nr. 168 din 17 februarie 2011, 211 din 3 martie 2011 și 835 din 7 noiembrie 2011, precum și Curtea de Apel Târgu Mureș, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 238/R din 31 ianuarie 2012).*

**4. 1. Adresarea unei cereri de clarificare a documentației de atribuire la autoritatea contractantă nu poate avea ca efect prelungirea sau decalarea termenului de contestare a documentației. 2. Autoritatea contractantă nu are nicio obligație legală să modifice, să completeze ori să anuleze documentația conform cererii „de clarificare” a unui operator economic**

1. Solicitarea de clarificări la autoritatea contractantă cu privire la documentația de atribuire nu poate avea ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a contestației sau prelungirea datei de la care începe să curgă acest termen. Dacă s-ar admite o interpretare contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări privind documentația de atribuire duce la prelungirea termenului de atac al documentației, s-ar ajunge la eludarea termenului de contestare a documentației impus de legiuitor (art. 256<sup>2</sup> din ordonanță).

Contestatoarele intimate au luat cunoștință de conținutul documentației de atribuire de la data publicării documentației și invitației de participare (23.07.2011), astfel că puteau să atace în termen legal cerințele în discuție dacă urmăreau schimbarea, completarea sau eliminarea lor. Nu poate fi reținut niciun temei legal pentru depășirea termenului impus de art. 256<sup>2</sup>, în caz contrar termenul legal ar fi golit de orice fel de efect, dacă sub acoperirea unei cereri de solicitare clarificări sau modificări a documentației operatorul economic ar putea să conteste ulterior primirii răspunsului clauzele din documentație, invocând curgerea termenului de la data răspunsului primit la propria adresă de lămuriri.

Ca atare, raportat la art. 137 C. proc. civ. și art. 278 alin. 1 din ordonanță, în cauză cele două contestații care privesc în realitate documentația de atribuire trebuiau respinse sub acest aspect ca tardiv formulate, fără să mai fie examinate aspectele de fond invocate.

2. În ceea ce privește contestația la răspunsul de clarificări din 10.08.2011 se constată că cele două contestații au fost depuse în termenul de 10 zile.

Prin răspunsurile de clarificare din 10.08.2011 și 19.08.2011, solicitate autorității contractante, aceasta a remediat unele aspecte neclare ale documentației, fără să introducă criterii sau cerințe noi de clarificare ori de evaluare.

Articolul 78 din ordonanță prevede că orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări privind documentația de atribuire, iar autoritatea contractantă are obligația de a răspunde cât mai repede posibil la orice clarificări solicitate. În ordonanță și în Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 nu se prevede dreptul operatorilor economici de a solicita sau propune modificarea documentației de atribuire și nici obligația autorității contractante de a modifica sau completa documentația de atribuire după cum se cere de către operatorul economic care susține că este necorespunzător întocmită<sup>[1]</sup>.

Ca urmare, autoritatea contractantă nu are nicio obligație legală să modifice, să completeze ori să anuleze documentația conform cererii operatorului economic contestator. Opțiunea modificării cerințelor impuse prin documentație reprezintă un drept al autorității contractante, și nu o obligație, astfel că nu poate fi sancționată autoritatea pentru exercitarea dreptului său de a nu modifica propria documentație.

Autoritatea are, însă, obligația să răspundă la cererile de clarificări în mod operativ, clar, complet și fără ambiguități, obligație care în speță a fost respectată dând răspuns la toate întrebările formulate de contestatoare, chiar dacă răspunsul nu este în sensul solicitat și așteptat de contestatoare.

Este adevărat că autoritatea contestatoare nu are dreptul de a impune cerințe sau factori care să încalce legislația privind achizițiile publice și, ca urmare, să restricționeze participa-

---

[1] Totuși, recunoaștem că sunt unele voci în Consiliu care, aplicând dreptul într-o manieră proprie, susțin că, dacă o clauză a documentației de atribuire este nelegală, atunci autoritatea contractantă are obligația de a o remedia, pentru a intra în legalitate, cu ocazia primirii unei solicitări de clarificare a documentației. Argumentul lor este că nu pot fi menținute clauzele nelegale de către autoritatea contractantă. În plus, nici Consiliul nu poate ignora respectivele clauze, fiind ținut să dispună remedierea lor.

În ceea ce ne privește, această abordare este una neavenită. Pe de o parte, nu există reglementată obligația în referință, iar pe de altă parte, ea este fundamentată pe o premisă speculativă – caracterul nelegal al clauzei din documentația de atribuire. Trebuie subliniat că acest caracter nu se prezumă și, în plus, el trebuie constatat. Însă, simplul fapt al afirmării lui de către operatorul economic solicitant de clarificări și al negării lui de către autoritatea contractantă nu are valoare de constatare. De asemenea, nu poate avea valoare de constatare nici decizia Consiliului, decât dacă este atacată în termenul legal documentația de atribuire. Dacă documentația este atacată tardiv, cum se întâmplă, de regulă, în situația purtării prealabile a unei corespondențe de clarificare între părți, fiind incidentă excepția tardivității contestării documentației, Consiliul este oprit să se pronunțe asupra caracterului legal sau nelegal al respectivei documentații (art. 278 alin. 1 din ordonanță). Așadar, împărțăm fără rezerve poziția instanței de judecată evocată mai sus. Decizia civilă nr. 663 din 20 aprilie 2012 a Curții de Apel Bacău, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, vine să susțină interpretarea descrisă.

Nu ne rămâne decât să le recomandăm celor rămași în minoritate să recitească art. 78 din ordonanță, pentru a sesiza care sunt obligațiile autorităților contractante în cazul primirii unei solicitări de clarificare.

rea anumitor operatori economici la procedura de atribuire, însă obiecțiunile de nelegalitate în privința acestor cerințe din documentație trebuie sesizate înainte de expirarea termenului legal de contestare, iar nu să se aștepte împlinirea lui<sup>[1]</sup>.

### **Comentariu**

*Referitor la termenul de contestare, a se vedea în aceeași direcție decizia civilă nr. 2133 din 10 octombrie 2011 a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, și decizia nr. 1506 din 13 iunie 2012 a Curții de Apel Pitești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.*

*Încercând să legitimeze această practică statornică a Consiliului și a instanțelor, președintele Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice a emis Ordinul nr. 171/2012 cu privire la clarificările ce vizează conținutul documentației de atribuire<sup>[2]</sup>, care nu numai că stâlcește normele de tehnică legislativă și logica juridică, dar nici măcar nu răspunde direct la întrebare, respectiv nu statuează că termenul de contestare a documentației nu curge de la data clarificărilor, ci de la data postării ei.*

*În art. 1 se arată că răspunsul autorității contractante la solicitarea de clarificări privind documentația de atribuire, precum și clarificarea cu privire la conținutul documentației de atribuire, reprezintă „acte administrative” [ne întrebăm retoric: oare specialiștii care au elaborat ordinul au proprietatea termenilor pe care îi folosesc? Au habar de condițiile pe care trebuie să le îndeplinească un act pentru a fi administrativ?], prin care se aduc lămuriri/explicitări/limpeziri cu privire la conținutul documentației de atribuire, „așa [diferența dintre «așa» și «astfel» este prea fină pentru a avea pretenția ca specialiștii antemenționați să o sesizeze; completarea noastră – D.-D.Ș.] cum a fost publicată în SEAP”, iar nu modificări asupra lui.*

*Dar, surpriză, după ce la art. 1 proclamă interdicția modificării prin clarificări a documentației, aceeași specialiști, sfidând absurdul, consfințesc la art. 2 dreptul autorității de a modifica în conținut documentația de atribuire. Au, totuși, bunul-simț să adauge că, în acest caz, termenele prevăzute la art. 256<sup>2</sup> alin. 1 din ordonanță se raportează la data luării la cunoștință de răspunsul autorității contractante (mai corect era la data postării lui în SEAP), ceea ce, de altminteri, orice neofit putea deduce din ordonanță.*

*Apogeul ineptiei este dat de alin. 2 al art. 2, în care se prevede că, în cazul modificării documentației, „Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor analizează pe fond legalitatea modificării impuse de autoritatea contractantă”. Nu putem decât să deplângem neputința autorilor ordinului, care îi descalifică, mai cu seamă ca juriști. Este jalnic dacă președintele Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice a ajuns să dicteze Consiliului cum să soluționeze contestațiile. Cum își permite un astfel de președinte numit politic să impună Consiliului să analizeze pe fond legalitatea modificării impuse de autoritatea contractantă? Ce se întâmplă atunci când contestația împotriva actului de modificare este tardivă sau când este incidentă o altă excepție, cum rămâne cu analiza pe fond? Are habar respectivul președinte de dispozițiile art. 278 alin. 1 din ordonanță sau măcar de cele ale art. 137 C. proc. civ.?*

[1] Decizia nr. 2562 din 10 octombrie 2011.

[2] Publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 328 din 15 mai 2012.

**5. 1. Câtă vreme în documentația de atribuire nu se prevede posibilitatea de ajustare a prețului, petenta nu poate emite propuneri de modificare unilaterală a tarifelor și redevențelor. 2. Dispozițiile ordonanței nu interzic formularea cererilor de intervenție în cursul procedurii desfășurate în fața Consiliului, art. 49-55 C. proc. civ. fiind aplicabile și în această procedură**

1. Contract de delegare a gestiunii serviciului public de salubritate a municipiului Sebeș.

Contrar susținerilor petentei din motivarea plângerii, autoritatea contractantă a înlăturat doar o parte dintre motivele de neconformitate a ofertei reținute inițial, menținând argumentele referitoare la declararea neconformității ofertei pentru:

- precizări inacceptabile legate de tariful și redevența propuse în oferta financiară, respectiv „ne rezervăm dreptul de a modifica atât tarifele, cât și procentul redevenței, direct proporțional cu numărul de contracte încheiate cu utilizatorii de pe raza municipiului Sebeș. Redevența va fi achitată proporțional cu valoarea încasărilor efectiv realizate”;

- neprezentarea tarifelor TA 1.2 și TA 2.2 pentru colectarea deșeurilor sortate de la persoane fizice și juridice, afirmând, în clarificarea transmisă, că „nu sortează deșeurile produse de utilizatori, ci realizează colectarea deșeurilor sortate”, fără a justifica motivația tarifului „0”; comisia a considerat că, prin aceasta, s-a încercat influențarea calculului punctajului, pentru că tariful se referă la colectarea deșeurilor sortate de către utilizatori.

Petenta susține că a înțeles să facă propunerile de modificare unilaterală a tarifelor și a procentului redevenței doar pentru cazul în care „diferențele raportate la numărul de beneficiari sunt exagerat de mari, raportat la numărul dat de către autoritatea contractantă”, invocând prevederile art. 97 alin. 2 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006. Potrivit textului legal invocat, „Pe parcursul îndeplinirii contractului, prețul poate fi ajustat în următoarele situații:

a) au avut loc modificări legislative, modificări ale normelor tehnice sau au fost emise de către autoritățile locale acte administrative care au ca obiect instituirea, modificarea sau renunțarea la anumite taxe/impozite locale, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului;

b) pe piață au apărut anumite condiții, în urma cărora s-a constatat creșterea/diminuarea indicilor de preț pentru elemente constitutive ale ofertei, al căror efect se reflectă în creșterea/diminuarea costurilor pe baza cărora s-a fundamentat prețul contractului”.

Aceste prevederi legale nu sunt în măsură a legitima oferta petentei, în condițiile în care nu sunt îndeplinite cerințele alin. 3 al aceluiași articol: „Pentru a se respecta principiul transparenței, posibilitatea de ajustare a prețului trebuie să fie precizată atât în documentația de atribuire, cât și în contractul care urmează să fie încheiat, prin clauze speciale în acest sens. În cazul prevăzut la alin. 2 lit. b), autoritatea contractantă are obligația de a preciza totodată și modul concret de ajustare a prețului, indicii care vor fi utilizați, precum și sursa informațiilor cu privire la evoluția acestora, cum ar fi buletine statistice sau cotații ale burselor de mărfuri. Lipsa, modificarea sau completarea respectivelor informații/clauze determină inaplicabilitatea prevederilor referitoare la posibilitatea de ajustare a prețului contractului de achiziție publică”.

Câtă vreme în documentația de atribuire nu se prevede posibilitatea de ajustare a prețului, cu respectarea cerințelor prescrise de textul legal mai sus citat, petenta nu putea emite propuneri de modificare unilaterală a tarifelor și redevențelor.

La alin. 4 sunt prevăzute cazurile de excepție în care este posibilă ajustarea prețului fără a fi îndeplinite condițiile prevăzute la alin. 3, respectiv:

„a) atunci când survin circumstanțe imprevizibile și independente de voința părților, altele decât cele prevăzute la alin. 2 lit. a) și b); sau

b) atunci când durata de aplicare a procedurii de atribuire se prelungește, în mod neprevăzut, peste perioada preconizată inițial și din motive care exclud orice culpă a ofertantului/contractantului”;

Însă motivele invocate de către petentă nu se circumscriu niciunuia dintre acestea. Astfel, apărarea petentei în sensul arătat este neîntemeiată.

Dreptul la informare invocat de către petentă prin raportare la prevederile art. 36 alin. 2 lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 nu este incident în cauză, întrucât textul legal are în vedere propunerile de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, ceea ce nu se impută petentei în cauză.

În condițiile în care tarifele oferite și redevența propusă sunt factori de evaluare utilizați în algoritmul de calcul prevăzut în fișa de date a achiziției pentru stabilirea ofertei câștigătoare, în mod corect a stabilit Consiliul că, pentru respectarea principiilor nediscriminării și tratamentului egal, îi era interzis autorității să accepte propunerea ofertantei petente de a-și rezerva dreptul de a modifica, pe parcursul derulării contractului, atât tarifele, cât și procentul redevenței, și, în consecință, oferta depusă de petentă, în mod corect a fost respinsă ca neconformă de către autoritatea contractantă.

Totodată, Curtea reține că în mod judicios a apreciat Consiliul că, deși în punctul său de vedere autoritatea contractantă a înlăturat o parte din motivele de neconformitate a ofertei petentei, având în vedere caracterul neconform al ofertei stabilit pentru motivul reținut anterior, nu era necesară refacerea documentelor procedurii în sensul reținerii în mod corect a considerentelor pentru care oferta contestatoarei este declarată neconformă.

2. Neîntemeiate sunt și criticile petentei referitoare la admiterea cererii de intervenție. Potrivit art. 297 din ordonanță, normele acesteia se completează cu normele dreptului comun, în măsura în care ordonanța nu prevede altfel. Cum normele Codului de procedură civilă reprezintă dreptul comun procesual și având în vedere că dispozițiile ordonanței nu interzic formularea cererilor de intervenție în cursul procedurii desfășurate în fața Consiliului, dispozițiile art. 49-55 C. proc. civ. sunt aplicabile și în această procedură<sup>[1]</sup>.

## **6. Faptul că prețul ofertei era aparent neobișnuit de scăzut nu poate duce automat la respingerea ei ca inacceptabilă, ci doar în măsura în care justificările primite de la ofertant sunt considerate nerelevante, fiind înlăturate motivat de către comisia de evaluare**

Potrivit art. 202 alin. 1<sup>1</sup> din ordonanță, oferta prezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat, executat sau prestat, atunci când prețul oferit, fără TVA, reprezintă mai puțin de 85% din valoarea estimată a contractului respectiv [...]. Același articol prevede că, în astfel de situații, autoritatea contractantă are obligația de a solicita ofertantului, în scris și înainte de a lua o decizie de respingere a acelei oferte, detalii și precizări pe care le consideră semnificative cu privire la ofertă, precum și de a verifica răspunsurile care justifică prețul respectiv, cu luarea în considerare a justificărilor primite de la ofertant, îndeosebi cele care se referă la:

<sup>[1]</sup> Decizia nr. 2615 din 11 octombrie 2011.



- fundamentarea economică a modului de formare a prețului, aferent metodelor de execuție utilizate, procesului de producție sau serviciilor prestate;
- soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru executarea lucrărilor, pentru furnizarea produselor sau prestarea serviciilor;
- originalitatea ofertei din punct de vedere al îndeplinirii tuturor cerințelor prevăzute în caietul de sarcini;
- respectarea dispozițiilor privind protecția muncii și condițiile de lucru aplicabile pentru executarea lucrării, prestarea serviciului sau furnizarea produselor;
- posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat.

În speță, deși autoritatea contractată a respectat prevederile art. 202 alin. 1 teza I, în sensul că a solicitat ofertantului a cărei ofertă prezenta un preț neobișnuit de scăzut detalii și precizări cu privire la ofertă, aceasta nu a respectat decât formal prevederile tezei a II-a a alin. 1 și alin. 2 ale articolului menționat anterior, astfel cum corect a reținut și Consiliul. Deși în procesul-verbal se face mențiune despre faptul că documentele transmise de către ofertantă au fost analizate de comisia de evaluare, nu sunt prezentate motivele pentru care acestea nu au fost luate în considerare, în condițiile în care se refereau la fundamentarea economică a modului de formare a prețului, aferent metodelor de execuție utilizate, procesului de producție sau serviciilor prestate și la soluțiile tehnice adoptate pentru executarea și furnizarea produselor.

Așadar, faptul că prețul era aparent neobișnuit de scăzut prin raportare la valoarea estimată a contractului nu poate duce automat la respingerea ofertei ca inacceptabilă, ci doar, în măsura în care justificările primite de la ofertant nu sunt considerate relevante, fiind înlăturate motivat de către comisia de evaluare.

Instanța mai reține că s-a apreciat corect de către Consiliu că motivele invocate de autoritatea contractantă în punctul de vedere exprimat față de contestație, reiterate în plângere, nu pot fi luate în considerare, deoarece nu au fost consemnate în comunicarea rezultatului procedurii.

În consecință, pentru considerentele expuse, Curtea a constatat că plângerea formulată este neîntemeiată, urmând a fi respinsă<sup>[1]</sup>.

## **7. Întocmirea documentației de atribuire de către o persoană fizică sau juridică nu duce automat la imposibilitatea acelei persoane de a participa la procedura de atribuire**

Societatea contestatoare apreciază că au fost încălcate prevederile art. 67 din ordonanță, potrivit căroră „persoana fizică sau juridică care a participat la întocmirea documentației de atribuire are dreptul, în calitate de operator economic, de a fi ofertant, ofertant asociat sau subcontractant, dar numai în cazul în care implicarea sa în elaborarea documentației de atribuire nu este de natură să distorsioneze concurența”.

Analizând textul articolului menționat anterior, Curtea reține că întocmirea documentației de atribuire de către o persoană fizică sau juridică nu duce automat la imposibilitatea acelei persoane de a participa la procedură, ci doar în măsura în care se dovedește că implicarea sa în elaborarea documentației de atribuire este de natură a distorsiona concurența. Or, în speță, astfel cum a reținut și Consiliul, contestatoarea nu a dovedit faptul că implicarea SC A.R.

[1] Decizia nr. 2753 din 24 octombrie 2011.

SRL în elaborarea documentației de atribuire a fost de natură a distorsiona concurența, simpla afirmație a acesteia nefiind suficientă.

După cum rezultă din documentația de atribuire, aceasta cuprinde o listă de cantități obligatoriu de respectat, atât din punct de vedere cantitativ, cât și din punct de vedere al operațiilor ce trebuie executate, astfel încât ofertantul nu are posibilitatea de a le modifica, ci doar de a le cota din punct de vedere valoric (așadar, nu prezintă relevanță faptul că societatea contestatoare nu a putut efectua măsurători, în condițiile în care documentația de atribuire cuprindea o listă cu cantitățile de materiale necesare efectuării lucrării, ofertanții având doar posibilitatea de a stabili prețul; de asemenea, instanța mai reține că eventualele nemulțumiri legate de documentația de atribuire nu mai pot fi analizate în acest moment al procedurii, contestatoarea neînțelegând să formuleze contestație cu privire la documentația de atribuire)<sup>[1]</sup>.

### **Comentariu**

*Prin prisma legislației de la data judecării cauzei, dar și de la această dată, vizavi de aspectul că ar exista o distorsionare a concurenței prin participarea la procedură cu ofertă a operatorului care a întocmit studiul de fezabilitate, proiectul tehnic și caietul de sarcini utilizate la procedură, simplul fapt al întocmirii respectivelor documente nu este de natură a provoca o distorsionare a concurenței, după cum nu este de natură să îi îngreuneze dreptul operatorului de a avea calitatea de ofertant la procedură.*

*Într-adevăr, art. 67 din ordonanță dispune că persoana fizică sau juridică care a participat la întocmirea documentației de atribuire are dreptul, în calitate de operator economic, de a fi ofertant, ofertant asociat sau subcontractant, dar numai în cazul în care implicarea sa în elaborarea documentației de atribuire nu este de natură să distorsioneze concurența. Implicarea de natură să distorsioneze concurența reprezintă o chestiune de fapt, care se determină în funcție de circumstanțele concrete ale fiecărui caz în parte, pe baza unor probe pertinente și concludente. Cade în sarcina celui care susține distorsionarea să producă dovezi pertinente și concludente în sensul afectării liberei concurențe în procedură. Elaborarea documentației de atribuire nu atrage implicit un avantaj informațional pentru ofertantul care a întocmit respectiva documentație, întrucât atât el, cât și ceilalți ofertanți, sunt obligați să respecte aceeași documentație.*

*Relevante pe această temă sunt și decizia nr. 687 din 6 august 2009 a Curții de Apel Bacău, Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, deciziile civile nr. 189 din 21 ianuarie 2010 și nr. 1534 din 6 iulie 2011 ale Curții de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, hotărârea Curții de Justiție a Comunităților Europene din 3 martie 2005, Fabricom, C-21/03 și C-34/03, hotărârea aceleiași Curți din 16 decembrie 2008, Michaniki, C-213/07, precum și hotărârea Tribunalului de Primă Instanță din 12 martie 2008, cauza T-345/03, Evropaiki Dynamiki.*

## **8. Neanunțarea în cadrul ședinței de deschidere a ofertelor a tuturor elementelor acestora pe baza cărora se vor aplica factorii de evaluare constituie o încălcare a normelor legale care nu poate fi remediată. În mod corect Consiliul a anulat procedura de atribuire din această cauză**

Potrivit documentației de atribuire, criteriul de atribuire ales este „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic”, având factorii de evaluare „prețul total”, cu o pondere

[1] Decizia nr. 3314 din 5 decembrie 2011.

de 45%, „costuri de mentenanță pe perioada exploatării tehnologiei propuse”, cu o pondere de 5%, „costuri de exploatare pe perioada exploatării tehnologiei propuse”, cu o pondere de 35%, și „termenul de realizare a proiectului tehnic”, cu o pondere de 15%.

La 05.10.2011 a avut loc ședința de deschidere a ofertelor, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr. 47371/05.10.2011.

Potrivit art. 33 alin. 4 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, „ședința de deschidere se finalizează printr-un proces-verbal semnat de membrii comisiei de evaluare și de reprezentanți ai operatorilor economici prezenți la ședință, în care se consemnează modul de desfășurare a ședinței respective, aspectele formale constatate la deschiderea ofertelor, elementele principale ale fiecărei oferte, consemnându-se totodată lista documentelor depuse de fiecare operator economic în parte [...]”.

Întrucât în cauză elementele de evaluare ale fiecărei oferte sunt prețul, costurile de mentenanță, costurile de exploatare și termenul de realizare, în funcție de acestea urmând a se realiza stabilirea ofertei celei mai avantajoase, este temeinică aprecierea Consiliului în sensul că cele patru elemente reprezintă elementele principale ale ofertelor depuse în procedură.

Cum din conținutul procesului-verbal încheiat cu prilejul deschiderii ofertelor se observă că nu au fost inserate decât mențiuni referitoare la prețul ofertelor și având în vedere că autoritatea contractantă, deși a luat cunoștință de obiecțiunile contestatoarei cu privire la nemenționarea celorlalte elemente principale ale ofertei, în afară de preț, obiecțiunile înscrise în finalul procesului-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 47371/05.10.2011, nu s-a conformat obligațiilor legale ce-i revin în acest sens, în mod corect a reținut Consiliul încălcarea de către autoritatea contractantă a dispozițiilor art. 33 alin. 4 evocate și a principiului transparenței prevăzut la art. 2 alin. 2 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

Comunicarea ulterioară către toți ofertanții, de către autoritate, a elementelor principale ale fiecăreia dintre oferte, prin documentul intitulat anexă la procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, care nu a fost emis în prezența părților interesate, nu acoperă lipsa de transparență a desfășurării ședinței de deschidere a ofertelor.

Apărarea autorității în sensul că elementele ofertei privind costurile de mentenanță și de exploatare pe perioada exploatării tehnologiei propuse pentru soluțiile cuprinse în caietul de sarcini, ca și termenul de realizare a proiectului tehnic, nu au fost prezentate odată cu enunțarea prețului total datorită împrejurării că a fost necesară verificarea documentației tehnice depuse de ofertanți, față de faptul că formularul de ofertă nu cuprindea acele criterii, în totalitatea lor, astfel ca să poată fi imediat verificate și făcute publice, nu poate fi primită.

Corect a reținut Consiliul că întocmirea documentației de atribuire este în responsabilitatea exclusivă a autorității contractante, potrivit art. 33 din ordonanță, motiv pentru care ea nu poate invoca propria culpă în ceea ce privește modalitatea de prezentare a informațiilor ce trebuiau cuprinse în formularul de ofertă. Participanții la procedură erau obligați a-și întocmi ofertele conform documentației de atribuire, dispoziție expresă a art. 170 din ordonanță, astfel că neîndeplinirea obligației legale a autorității contractante de consemnare a elementelor principale a ofertelor în procesul-verbal încheiat cu prilejul deschiderii ofertelor, în prezența reprezentanților participanților, nu poate fi justificată de procedeu anevoios de determinare a acestor elemente.

Critica petentei în sensul că, prin soluția dată contestației, Consiliul a apreciat disproporționat aplicarea principiului transparenței, în condițiile ignorării celorlalte principii prevăzute la art. 2 alin. 2 din ordonanță, respectiv cele privind nediscriminarea, tratamentul egal, recunoașterea reciprocă, proporționalitatea și eficiența utilizării fondurilor publice, este lipsită

de temeii. Stabilind că s-au încălcat dispozițiile art. 33 alin. 4 și principiul transparenței și constatând – corect – imposibilitatea dispunerii de măsuri de remediere a modului în care s-a desfășurat ședința de deschidere a ofertelor, în mod judicios a decis Consiliul anularea procedurii de atribuire.

Față de cele ce preced, neexistând motive de nelegalitate sau netemeinicie a deciziei atacate, Curtea a apreciat că plângerea este nefondată<sup>[1]</sup>.

### **Comentariu**

*Anularea procedurii de atribuire pentru omisiunea reținută mai sus o considerăm a fi atât disproporționată, cât și dincolo de idealul legii.*

*Prin decizia civilă nr. 1637 din 5 septembrie 2011, Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a salvat o procedură de atribuire în care abaterea era una similară, dacă nu chiar mai gravă – comisia de evaluare consemnase în procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, în mod eronat, lipsa din oferta contestatoarei a propunerii tehnice.*

*În ambele spețe s-a adus atingere principiului transparenței, prevăzut la art. 2 alin. 2 lit. d) din ordonanța privind achizițiile, scopul desfășurării ședinței de deschidere și consemnării corecte a elementelor principale într-o ședință publică (în prezența comisiei de evaluare și a reprezentanților ofertanților) fiind acela de a se asigura transparența desfășurării procedurii și a procesului decizional în cadrul acesteia.*

*Problema ce trebuie tranșată este aceea a posibilității remedierii și continuării procedurii atunci când autoritatea, în mod nelegal, consemnează date nereale în procesul-verbal al ședinței de deschidere sau omite să consemneze elementele principale ale ofertelor. Înclinăm înspre o soluție flexibilă, în favoarea autorității contractante și a ofertanților care nu au nicio culpă pentru greșeala comisă de autoritate, care să răspundă finalității urmărite de ele și care, totodată, să dea valoare rolului primordial al Consiliului, de remediere, de salvare a unei proceduri de atribuire, iar nu de anulare, de distrugere a ei. Pentru a ne susține această orientare, care totuși rămâne una greu de acceptat dacă ne cantonăm static în litera legii, afirmăm că anularea unei proceduri, conform art. 209 alin. 1 din ordonanță, intervine dacă, între altele, abateri grave de la prevederile legislative afectează procedura de atribuire sau este imposibilă încheierea contractului. Procedura de atribuire se consideră afectată în cazul în care în cursul derulării procedurii de atribuire se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. 2 din ordonanță.*

*Drept urmare, anularea procedurii reprezintă o măsură extremă care intervine doar dacă în derularea procedurii se constată încălcări ale normelor legale care lezează principiile antemenționate, încălcări iremediabile. Suplimentar, și din aplicarea prin analogie, pentru identitate de rațiune, a normei art. 105 alin. 2 C. proc. civ. („actele îndeplinite cu neobservarea formelor legale [...] se vor declara nule numai dacă prin aceasta s-a pricinuit părții o vătămare ce nu se poate înlătura decât prin anularea lor”), se desprinde concluzia că anularea intervine doar în situațiile în care încălcările săvârșite nu pot fi acoperite prin măsuri de remediere.*

*Luând în considerare situația faptică evocată de părți și susținerile acestora, ipoteza legală nu era incidentă în caz, autoritatea fiind în măsură să remedieze actele procedurii, prin completarea procesului-verbal cu elementele care lipseau, ceea ce, de altfel, s-a și întâmplat.*

[1] Decizia nr. 3446 din 13 decembrie 2011.

*Anularea întregii licitații constituie o măsură excesivă și vătămătoare pentru autoritate și pentru toți ofertanții.*

*Este de netăgăduit că au existat încălcări la ședința de deschidere, care afectează principiul transparenței, însă aceste încălcări au fost ușor remediate prin informarea ulterioară a ofertanților. Singura argumentație pe care s-ar putea baza o eventuală măsură severă de anulare a procedurii de atribuire ar fi aceea că unii ofertanți și-ar putea modifica elementele principale ale propriilor oferte, în complicitate cu autoritatea contractantă, astfel încât să obțină contractul de achiziție publică. Însă, un astfel de argument nu poate fi primit, fiind pur speculativ și, în puls, pornește de la prezumția încălcării legii (inclusiv penale) de către ofertant și autoritatea contractantă, iar nu de la premisa bunei-credințe a părților implicate. Cu alte cuvinte, se consideră că aceștia vor profita de șansa remedierii procedurii de licitație într-un mod contrar legii, prin schimbarea ilegală a conținutului ofertei, opinie la care nu achiesăm, întrucât transformă prezumția de bună-credință a ofertanților și a autorității contractante într-una de rea-credință, iar pe cea de nevinovăție într-una de vinovăție.*

*În plus, nu de puține ori Consiliul a făcut distincție între nulitățile exprese și cele virtuale. De pildă, în decizia sa nr. 3699 din 31 august 2011 a statuat:*

*„Asupra aspectelor sesizate de petentă, Consiliul reține că, într-adevăr, în cuprinsul procesului-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 3708/01.08.2011, comisia de evaluare a consemnat în mod eronat că petenta nu a precizat în ofertă perioada de garanție. De asemenea, nu a consemnat nici că petenta a depus o declarație de îndeplinire a condițiilor de calificare. Însă, respectivele neconcordanțe nu sunt de natură să atragă nulitatea procesului-verbal sau, mai mult, a întregii proceduri de atribuire. Legiuitorul nu a prevăzut expres sancțiunea nulității absolute a actului în cazul deficiențelor expuse, drept pentru care suntem în prezența unei nulități virtuale. În speță, ea nu poate opera și lipsi de efecte actul criticat, întrucât deficiențele expuse nu atrag niciun prejudiciu pentru contestatoarele [...]”.*

## **9. Autoritatea contractantă are obligația de a solicita clarificări ofertantului pentru a determina dacă modificarea propunerii tehnice reprezintă corectarea unor abateri tehnice minore**

Contestatorul a criticat respingerea ofertei sale ca neconforme, susținând că ofertarea articolului pavele cu grosimea de 8 cm, în loc de 10 cm, constituie o abatere tehnică minoră.

Consiliul a analizat această apărare numai prin prisma prevederilor art. 80 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, concluzionând că oferta nu conține o eroare aritmetică față de faptul că prețul de achiziție de la furnizor și cel din ofertă este același. Or, față de obiectul contestației, Consiliul avea obligația de a analiza dacă autoritatea contractantă trebuia să solicite clarificări ofertantei, în condițiile art. 79 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006.

Prevederile acestui art. 79 reglementează, de principiu, obligativitatea menținerii ofertei, respectiv a nemodificării propunerilor tehnice și financiare, sub sancțiunea declarării ca neconforme a ofertei. Totuși, de la această regulă se instituie anumite excepții. Astfel, prin răspunsul la cererea de clarificări propunerea tehnică poate fi modificată, fără a atrage declararea neconformă a ofertei, în măsura în care aceste modificări pot fi încadrate în categoria viciilor de formă sau a erorii aritmetice ori reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a prețului indusă de aceste corectări nu ar conduce la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire și nu se modifică propunerea financiară decât ca urmare a unor erori aritmetice.

Instanța apreciază că, prin prisma prevederilor art. 79, autoritatea contractantă trebuia să solicite clarificări, anterior declarării ofertei neconformă, căci numai în funcție de răspunsul la clarificări poate analiza dacă se modifică propunerea tehnică a ofertantei mai mult decât pentru corectarea unei abateri tehnice minore, respectiv dacă prin aceste corectări se modifică clasamentul și propunerea financiară.

Raționamentul Consiliului ar fi valabil numai dacă legislația n-ar permite corectarea propunerii tehnice, or, așa cum s-a arătat mai sus, există această posibilitate în anumite condiții. Solicitarea de către autoritate de clarificări, în sensul art. 78 și art. 79 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, se impune și pentru a respecta egalitatea de tratament a tuturor participanților la procedura de achiziție.

Prin urmare, instanța a admis plângerea, a anulat raportul procedurii și a dispus reluarea procedurii, prin obligarea autorității contractante să solicite clarificări, pentru a analiza conformitatea ofertei petentei, atât în sensul celor dispuse de Consiliu pentru primele două argumente ale contestației, cât și a celor dispuse de instanță<sup>[1]</sup>.

### **Comentariu**

*Instituția juridică a abaterilor tehnice minore suferă din cauza caracterului ei eminemente subiectiv, fiind lăsată la libera apreciere a celui care interpretează textul legal determinarea dacă abaterea este minoră sau nu. Nu este exclusă apariția unei divergențe între autoritatea contractantă care evaluează ofertele și cel care a depus oferta, în privința stabilirii dacă abaterea constituie sau nu una minoră. Totuși, este cert că legislația în vigoare în prezent acceptă existența și corectarea așa-numitelor abateri tehnice minore, în care se pot încadra și diminuările sau excedentul de cantități.*

*În general, am remarcat o reticență atât din partea autorităților contractante, cât și a Consiliului, în a accepta ca o ofertă cu mici neconformități să fie declarată admisibilă. Primul impuls, care după cum se cunoaște este și cel mai puternic, este de a respinge oferta ca neconformă.*

## **10. Autoritatea contractantă nu are dreptul să solicite ofertanților prezentarea unor documente care exced documentației de atribuire, de natură să le creeze o situație dezavantajoasă în raport cu ceilalți participanți**

Corect a reținut Consiliul că, din cuprinsul documentelor anexate ofertei, nu rezultă că nu s-ar fi finalizat cu succes contractul, că ar fi fost erori de execuție grave care ar pune în discuție siguranța obiectivului, că ar fi existat litigii legate de întârzieri sau alte incidente, astfel încât probatoriul solicitat în acest sens ofertantului de către autoritatea contractantă excede cadrulul stabilit de Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

Este adevărat că, potrivit art. 201 din ordonanță, autoritatea are dreptul de a solicita clarificări sau completări ale cerințelor stabilite prin criteriile de calificare și selecție sau pentru a demonstra conformitatea ofertei cu cerințele solicitate, însă, astfel cum a reținut și Consiliul, acest articol nu îi dă dreptul să solicite participanților la procedură prezentarea unor documente care exced documentației de atribuire, în măsură să le creeze acestora o situație dezavantajoasă în raport cu ceilalți participanți. Or, procedând astfel, autoritatea contractantă a încălcat principiul egalității de tratament<sup>[2]</sup>.

[1] Decizia nr. 547 din 8 februarie 2012.

[2] Decizia nr. 668 din 13 februarie 2012.

### **Comentariu**

*Este subînțeles că autoritatea contractantă nu își poate întemeia decizia de respingere a unei oferte pe eventuala lipsă a unor documente de calificare care nu au fost cerute ori pe neîndeplinirea unor cerințe neprevăzute în documentație.*

*În baza art. 34 alin. 1, art. 37 alin. 2, art. 72 alin. 2 lit. b) și art. 82 alin. 2 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006:*

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

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

*- comisia de evaluare are obligația de a verifica îndeplinirea criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați, în cazul în care acestea au fost solicitate prin documentația de atribuire;*

*- comisia de evaluare are obligația de a aplica criteriul de atribuire, astfel cum a fost prevăzut în documentația de atribuire, și stabili oferta câștigătoare.*

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

*Din cele evocate este evident că evaluarea fiecărei oferte se raportează numai la cerințele de calificare din documentația de atribuire, nu la altele (sau la aceleași, însă diminuate ori majorate).*

*O situație aparte este aceea în care autoritatea cere ceva imposibil de îndeplinit, situație în care rezultatul nu poate fi decât, în concordanță cu principiul asumării răspunderii, consacrat la art. 2 alin. 2 lit. g) din ordonanță, recunoașterea greșelii și anularea din oficiu a procedurii de atribuire aflată în fază incipientă sau, dacă a avut loc etapa de ofertare, descalficarea tuturor ofertanților și anularea procedurii.*

### **11. Contestație formulată de o societate care nu a fost identificată în Registrul societăților comerciale. Anularea contestației**

Instanța a efectuat cercetări, prin emiterea de adrese către Oficiul Național al Registrului Comerțului, în ceea ce privește datele de identificare ale B.I. SRL, iar din adresa Oficiului reiese că societatea este înregistrată în registru sub nr. J[...] /2005, având codul unic de înregistrare [...], iar administrator este domnul B.N. Sediul social este situat administrativ în București, str. [...] nr. 1. În ceea ce privește societatea B. SRL, înregistrată sub nr. [...], cu adresa în Galați, figurează ca fiind radiată din data de 10.04.2006. Față de aceste considerente, se apreciază că B. SRL, în calitate de contestatoare, cu adresa în București, str. [...], reprezentată prin P.D., nu a fost identificată în Registrul societăților comerciale, ci dimpotrivă, datele de identificare aparțin unei alte societăți comerciale. Față de aceste împrejurări, se apreciază că această contestatoare nu are capacitatea procesuală activă de a formula contestație în fața Consiliului și în fața instanței, fiind o persoană juridică ce nu a putut fi identificată cu datele de înregistrare menționate. În consecință, excepțiile invocate de petentă față de contestația intimată, fără capacitate procesuală, nu vor mai fi analizate, întrucât excepția lipsei capacității procesuale pasive primează în soluționarea cauzei.

În condițiile în care societatea B. SRL nu are capacitate procesuală activă, s-a admis plângerea autorității, s-a modificat în parte decizia Consiliului și s-a anulat contestația formulată de B. SRL. S-a menținut, în rest, decizia atacată<sup>[1]</sup>.

**12. 1. Nu este permis operatorului economic să depună o ofertă individuală/comună și, totodată, să fie nominalizat ca subcontractant în cadrul altei oferte la aceeași procedură de atribuire. 2. Autoritatea contractantă are dreptul, nu obligația, de a solicita clarificări**

1. Analizând plângerea în raport de criticile formulate și conform prevederilor legale, Curtea a constatat că aceasta este nefondată, având în vedere următoarele considerente:

Articolul 46 alin. 1 din ordonanță stabilește că, fără a afecta posibilitatea operatorilor economici de a depune ofertă alternativă sau de a oferta pe mai multe loturi diferite, candidatul/ofertantul nu are dreptul ca, în cadrul aceleiași proceduri: a) să depună două sau mai multe candidaturi/oferte individuale și/sau comune, sub sancțiunea excluderii din competiție a tuturor candidaturilor/ofertelor în cauză; b) să depună ofertă individuală/comună și să fie nominalizat ca subcontractant în cadrul unei alte oferte, sub sancțiunea excluderii ofertei individuale sau, după caz, a celei în care este ofertant asociat.

În speță se constată că SC E.C. SA a depus o ofertă comună, în asociere cu JV P.B. Gmbh - T. - A.A. și SC T.C. SRL, fiind totodată nominalizată și ca subcontractant în cadrul ofertei depuse de către SC M.I.G. SRL, astfel cum rezultă din înscrisurile de la dosar. În aceste condiții, în mod corect autoritatea contractantă a procedat la excluderea de la procedură a ofertei depuse de către asocierea SC E.C. SA cu JV P.B. Gmbh - T. - A.A. și SC T.C. SRL, dispozițiile art. 46 alin. 1 lit. b) sancționând cu excluderea ofertei nerespectarea interdicției de a depune o ofertă individuală/comună și de a fi nominalizat ca subcontractant în cadrul unei alte oferte.

2. Cât privește criticile petentei referitoare la faptul că, înainte de a o exclude din procedură, autoritatea contractantă nu a transmis petentei ori SC M.I.G. SRL o solicitare de clarificare, instanța reține că, potrivit art. 201 din ordonanță, autoritatea contractantă, pe de o parte, are dreptul, nu obligația, de a solicita clarificări, iar pe de altă parte, nu are dreptul ca, prin clarificările solicitate, să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant, astfel că nesolicitarea de clarificări cu privire la calitatea în care SC E.C. SA participă la procedură nu îi poate fi reproșată, cu atât mai mult cu cât documentele anexate ofertelor erau suficient de clare<sup>[2]</sup>.

### **Comentariu**

*Potrivit art. 201 alin. 1 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de ofertanți/candidați pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor stabilite prin criteriile de calificare și selecție sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate. Din redactarea acestui text se observă că autoritatea are un drept de a solicita clarificări asupra ofertei, iar faptul că autoritatea a înțeles să nu își exercite acest drept nu poate fi sancționat de Consiliu. În*

[1] Decizia nr. 890 din 22 februarie 2012.

[2] Decizia nr. 891 din 22 februarie 2012.



*sensul existenței unui drept al autorității, iar nu a unei obligații, sunt și normele de la art. 35 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006: pe parcursul analizării și verificării documentelor prezentate de ofertanți, comisia de evaluare are dreptul de a solicita oricând clarificări sau completări ale documentelor prezentate de aceștia pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare, astfel cum sunt acestea prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate.*

*De altminteri, clarificările (bazate sau nu pe art. 78 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006) își au rostul atunci când documentele ofertei relevă un caz de îndoială, o situație ambiguă, echivocă, ce împiedică realizarea evaluării ofertei, iar nu atunci când documentele ofertei sunt clare – de pildă, în sensul că nu acoperă cerințele descrise de autoritate în documentația de atribuire – și nu împiedică evaluarea ofertei.*

*A se vedea și deciziile civile nr. 1567 din 18 iulie 2011, 2249 din 17 octombrie 2011 și 2164 din 24 mai 2012 ale Curții de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 1201/2012-RCA din 15 martie 2012 a Curții de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, precum și decizia nr. 2546 din 27 septembrie 2011 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal.*

### **13. Intervenientul accesoriu trebuie să suporte întotdeauna cheltuielile proprii cereri**

Cererea de acordare a cheltuielilor de judecată formulată de intervenient va fi respinsă, întrucât intervenientul accesoriu trebuie să suporte întotdeauna cheltuielile propriei cereri, indiferent dacă hotărârea s-a pronunțat ori nu în favoarea părții pentru care a intervenit, această soluție fiind argumentată pe faptul că intervenția voluntară accesorie nu trebuie să aibă drept consecință sporirea cheltuielilor de judecată pe care le va suporta partea care a căzut în pretenții<sup>[1]</sup>.

### **14. Raportul de comunicare a rezultatului procedurii prin fax face proba acestei comunicări în absența unei probe contrare. Termenul de contestare se calculează în funcție de data primirii pe fax a comunicării, nu de la data primirii prin poștă**

Petenta susține că a luat cunoștință despre comunicarea rezultatului procedurii la data de 24.03.2012, conform avizelor poștale anexate plângerii, iar de conținutul efectiv al acestei comunicări a luat cunoștință abia la data de 30.03.2012, dată la care a ridicat actul de la oficiul poștal, în timp ce autoritatea contractantă susține că, potrivit raportului de confirmare a faxului transmis la numărul aparținând petentei, despre comunicarea rezultatului procedurii petenta a luat cunoștință la data de 21.03.2012, ora 10:53, dată de la care începe să curgă termenul de formulare a contestației.

În ceea ce privește data la care petenta a luat cunoștință de rezultatul procedurii de atribuire, în primul rând, se impune a se observa că autoritatea contractantă a comunicat rezultatul procedurii de atribuire atât prin fax, modalitate de comunicare prevăzută de art. 60 alin. 1 lit. b) din ordonanță, cât și prin poștă.

<sup>[1]</sup> Decizia nr. 1098 din 1 martie 2012.

Întrucât comunicarea documentelor prin fax este prevăzută de lege, iar potrivit raportului de confirmare emis de faxul autorității contractante către numărul care aparține petentei autoritatea contractantă i-a comunicat adresa conținând rezultatul procedurii la 21.03.2012, având confirmarea „result ok”, aceasta este data la care se raportează dispozițiile art. 256<sup>2</sup> alin. 1 lit. a) din ordonanță, care prevede termenul de 10 zile pentru depunerea contestației.

Faptul că autoritatea contractantă a utilizat și modalitatea de comunicare a rezultatului procedurii și prin poștă nu duce la crearea unui nou termen de 10 zile de la data primirii trimiterii poștale sau la prorogarea momentului de început al termenului de depunere a contestației.

În condițiile în care modalitatea de expediere a documentelor prin fax este prevăzută de art. 60 lit. b) din ordonanță, iar raportul emis de faxul autorității contractante confirmă primirea la numărul indicat de către petentă a documentelor comunicate, instanța constată că, în lipsa unor probe care să demonstreze contrariul, susținerile petentei în sensul că expedierea documentului prin intermediul faxului nu are relevanță și că, prin fax, nu a primit deloc comunicarea la care face referire autoritatea contractantă, sunt lipsite de orice relevanță juridică.

Prin urmare, având în vedere că petenta a luat cunoștință despre conținutul adresei reprezentând comunicarea rezultatului procedurii de atribuire la 21.03.2012, ultima zi pentru depunerea contestației era 02.04.2012, astfel că, prin decizia criticată, în mod corect s-a apreciat de către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor că formularea contestației la 03.04.2012 este tardivă<sup>[1]</sup>.

#### **15. Formularea de critici noi după expirarea termenului de contestare, prin intermediul concluziilor scrise, este tardivă, iar analizarea lor de către Consiliu este inadmisibilă**

Prin contestația depusă la Consiliu la 13.04.2012, petenta s-a plâns în termenul legal, formulând critici în sensul că ofertanta concurentă n-ar fi făcut dovada îndeplinirii cerinței experienței similare, pentru ca, prin concluziile scrise din data de 27.04.2012, în afara termenului legal, să-și schimbe criticile, susținând că această ofertantă concurentă nu a făcut dovada capacității tehnice, profesionale și financiare de executare a contractului.

În atare condiții, formularea de critici noi după expirarea termenului de contestare era tardivă, iar analizarea acestora de către Consiliu era inadmisibilă. De asemenea, reiterarea acestor critici tardive pe calea plângerii este inadmisibilă, urmând a fi respinse în consecință<sup>[2]</sup>.

#### **Comentariu**

*Pentru dezvoltări legate de această soluție a instanței, judicioasă în opinia noastră, a se vedea comentariul ce însoțește decizia civilă nr. 2103 din 21 mai 2012 a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal.*

[1] Decizia nr. 3226 din 23 mai 2012.

[2] Decizia nr. 4874 din 3 iulie 2012.

**16. Și oferta furnizorilor ofertanților poate fi supusă corectării viciilor de formă**

În legătură cu articolul „boiler de 500 litri”, pentru care petenta invocă existența unei greșeli materiale în cuprinsul ofertei de la furnizorul său SC L. SRL, din oferta aflată la fila 35 reiese, într-adevăr, că la nr. crt. 2 apare menționată „pompa recirculară agent termic cazan”, însă specificațiile tehnice și funcționale sunt cele ale unui boiler pentru preparare apă caldă menajeră cu capacitatea de 500 litri, astfel că este evident că în acest caz se poate reține existența unei erori materiale, ce nu poate influența valabilitatea ofertei.

Prin urmare, în raport de aceste aspecte, nu poate fi primită afirmația Consiliului în sensul că oferta furnizorilor ofertanților nu poate fi supusă corectării viciilor de formă, astfel cum aceasta este reglementată de art. 79 și art. 80 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006<sup>[1]</sup>.

**17. 1. Cererea de suspendare a executării contractului de achiziție publică este lipsită de obiect atât timp cât nu s-a făcut dovada încheierii unui astfel de contract. 2. Cererea de suspendare a deciziei adoptată de Consiliu este lipsită de temei legal**

1. În ceea ce privește cererea de suspendare a executării contractelor de achiziție publică, Curtea a reținut că o astfel de cerere este lipsită de obiect atât timp cât nu s-a făcut dovada încheierii unor astfel de contracte.

2. În ceea ce privește cererea de suspendare a deciziei adoptată de Consiliu, ea este lipsită de temei legal, întrucât sediul materiei îl reprezintă art. 284 alin. 1 din ordonanță, text care avea următorul cuprins „La cerere, instanța poate dispune suspendarea procedurii de atribuire și/sau a deciziei Consiliului, până la soluționarea plângerii formulate împotriva deciziei Consiliului”. Acest text a fost, însă, abrogat prin pct. 56 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 19/2009, la 12.03.2009, astfel că la momentul formulării cererii textul nu mai exista, iar textele indicate de petentă – art. 283<sup>1</sup>, coroborat cu art. 287<sup>7</sup> din ordonanță – vizează alte aspecte<sup>[2]</sup>.

---

<sup>[1]</sup> Decizia nr. 4899 din 3 august 2012.

<sup>[2]</sup> Decizia nr. 4903 din 22 august 2012.

## **Capitolul al II-lea. Curtea de Apel Bacău,** Secția comercială, de contencios administrativ și fiscal/ Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal

### **18. Cererea de lămurire a dispozitivului hotărârii judecătorești nu este supusă unui termen**

În ce privește excepția de tardivitate a cererii de față, Curtea a constatat că ea este nefondată. Cererea petentei se întemeiază pe art. 281<sup>1</sup> C. proc. civ., care nu prevede un termen în care părțile să aibă posibilitatea de a solicita lămurirea dispozitivului. Nu poate fi reținut termenul prescris de art. 281<sup>2</sup> alin. 2 C. proc. civ., întrucât acesta se aplică cererii de completare a dispozitivului, or, în speță, nu s-a formulat o astfel de cerere, petenta precizând că solicită lămurirea dispozitivului și indicând expres ca temei juridic al cererii art. 281<sup>1</sup> C. proc. civ.<sup>[1]</sup>

#### **Comentariu**

*Cererea de lămurire a dispozitivului se poate formula și în privința deciziilor Consiliului, utilizând același temei legal.*

### **19. Odată impusă cerința de calificare a prezentării certificatelor de atestare fiscală, autoritatea are obligația de a respinge ofertanții care, potrivit certificatelor prezentate, înregistrează datoriile la buget. Este obligatorie aducerea de către ofertanți a certificatelor de atestare fiscală pentru toate punctele lor de lucru**

Primul motiv invocat de petentă se referă la faptul că ofertanții de pe locurile I și II nu au prezentat certificate de atestare fiscală pentru toate imobilele deținute în proprietate, motiv față de care instanța reține că, în fișa de date a achiziției întocmită de autoritatea contractantă, la cap. IV – „Criterii de calificare și/sau selecție”, se prevede, drept cerință obligatorie, certificatul fiscal privind situația taxelor și impozitelor locale, valabil la data deschiderii ofertelor, fără datorii. Se face mențiunea că „în situația în care din documentele solicitate reiese că ofertantul se află într-una din situațiile prevăzute de art. 180 și 181 din ordonanță, acesta va fi exclus de la procedura pentru atribuirea contractului de lucrări”.

Din actele dosarului rezultă că ofertantul SC D.A. SRL are punct de lucru în comuna Ștefan cel Mare (certificatul constatator nr. 48011/15.09.2010) și deține proprietăți în localitățile Ștefan cel Mare și Cașin (adresa Oficiului de Cadastru și Publicitate Imobiliară nr. 9391/18.10.2010).

SC R. SA are puncte de lucru în localitățile Buhuși și Sascut (potrivit certificatului constatator nr. 45682/25.08.2010) și deține proprietăți în aceste localități (adresa Oficiului de Cadastru și Publicitate Imobiliară nr. 9389/18.10.2010), pentru care datorează taxe și impozite locale.

---

[1] Încheierea din 11 martie 2010, dosar nr. 630/32/2009.