

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Prin contestația nr. 397/02.08.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 40075/02.08.2021, formulată de SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. J24/562/2001, având CUI RO 14176938, împotriva comunicării rezultatului procedurii nr.AP497/26.07.2021, a proceselor-verbale și a raportului procedurii nr.AP 477/22.07.2021, emise de SA, cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect **„Reabilitarea rețelelor Electrice de medie tensiune, trecerea de la 6kv la 20kv pentru frontul de captare și Uzina de apă Mărtinești”**, s-a solicitat anularea înscrisurilor susmenționate precum și a tuturor actelor subsecvente, precum și reluarea procedurii de atribuire cu reevaluarea ofertei depusă de SRL în conformitate cu cele dispuse prin decizia Consiliului.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR, asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația înregistrată la CNSC sub numărul de mai sus, ... SR.L. critică rezultatul procedurii de atribuire comunicat cu adresa nr.AP497/26.07.2021, procesele-verbale și raportul procedurii nr.AP 477/22.07.2021, emise de S.A., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire menționată, solicitând cele precizate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ... SRL arată că, potrivit comunicării rezultatului procedurii nr. AP 497/26.07.2021, oferta sa a fost respinsă, ca inacceptabilă, raportat la prevederile art.140 alin.4 din H.G. nr. 394/2016, deoarece răspunsul nr. 276/20.05.2021 față de solicitarea de clarificări nr.AP2877/17.05.2021, a fost considerat neconcludent, oferta declarată câștigătoare fiind cea depusă de S.R.L., cu o valoare de 16.762.880,08 lei.

Contestatorul justifică interesul său legitim în formularea contestației raportat la prevederile art.6 alin.1 și art.3 alin.1 lit.f din Legea nr.101/2016, coroborat cu prevederile cu art.32 alin.1 și art.33 din Codul de procedură civilă, formulând, totodată, precizări cu privire la termenul de exercitare al contestației și la constituirea cauțiunii.

Față de motivele declarării ofertei sale, ca inacceptabilă, contestatorul arată următoarele:

1. Răspunsul la solicitarea de clarificări este concludent, furnizând întocmai clarificările privind modalitățile de complinire a cerinței documentației de atribuire cuprinsă în fișa de date cap.III.1.2) – „*Capacitatea economică și financiară*” - privind Cifra de afaceri anuală generală, respectiv obligația ca, odată cu oferta, să se prezinte Angajamentul ferm al terțului susținător, completat, respectând Formularul nr.7.

2. Oferta depusă de SRL este conformă, terțul susținător depunând Declarația pe proprie răspundere din care rezultă modul efectiv în care va pune la dispoziția ofertantului cele declarate în Angajamentul ferm, conform bilanțurilor anexate angajamentului ferm, astfel cum prescrie fișa de date, la rubrica „*Modalitatea de îndeplinire:*” cap. III.1.2) – „*Capacitatea economică și financiară*” - privind Cifra de afaceri anuală.

3. Cerința cuprinsă în fișa de date, la cap. III. 1.2) – „*Capacitatea economică și financiară*” privind disponibilitățile bănești este îndeplinită, în nume propriu, de către SRL și nu prin terțul susținător.

În continuare, în susținerea criticilor formulate, ... SRL invocă prevederile art.196, art.197, art.198 din Legea nr.99/2016, precizând, în plus, că entitatea contractantă a considerat că terțul susținător, ... SRL, nu a demonstrat modul efectiv în care acesta va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, în cazul în care ofertantul va întâmpina dificultăți în derularea contractului, motiv pentru care a respins oferta, ca inacceptabilă, în temeiul prevederilor art.140 alin.(4) din H.G. nr. 394/2016.

Raportat la acest motiv de respingere, contestatorul subliniază că cifra de afaceri nu este o resursă transferabilă, astfel încât ofertanții să poată face dovada transferului efectiv, la fel ca în situația experienței similare.

Se arată că cifra de afaceri nu constă în punerea la dispoziție a unei sume efective sau a unor resurse materiale, ea fiind un indicator care reflectă forța economică a unui operator economic, respectiv venituri din activitatea de bază.

Prin urmare, într-o astfel de situație, susținerea tertului se limitează la prevederea generală de la art. 198 din lege, respectiv obligația terțului susținător de a răspunde solidar cu ofertantul pentru realizarea lucrărilor.

Se învederează că indicatorul economic, cifra de afaceri, este o resursă economică anterioară, neputând fi pusă la dispoziție în prezent, singura modalitate de dovedire este depunerea bilanțurilor din care să rezulte acest indicator, lucru care s-a și întâmplat în speță, tipul de document ce urmează a fi depus fiind determinat de obligațiile asumate de terțul susținător prin angajamentul ferm.

În legătură cu posibilitatea dovedirii de către terțul susținător a cifrei de afaceri prin bilanțurile contabile aferente perioadei în referință, s-a pronunțat și Curtea de Apel București - Secția a VIII a Contencios Administrativ și Fiscal (decizia nr. 2019/ 11.11.2020), astfel că, în opinia contestatorului, societatea sa a îndeplinit cerința prevăzută la cap. III.1.2) din fișa de date prin susținerea acordată de terțul susținător SRL.

Referitor la susținerea autorității contractante potrivit căreia din declarația terțului susținător nu rezultă modul efectiv în care acesta va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, în cazul în care ofertantul va întâmpina dificultăți în derularea contractului, contestatorul apreciază că această susținere este neîntemeiată, raportat la cerințele cuprinse în anunțul de participare și în fișa de date.

Se învederează faptul că terțul susținător a adăugat și în textul declarației transmise odată cu răspunsul ce se constituie în anexă la angajamentul de susținere (angajament care respectă întru-totul forma și fondul impuse de legislația în vigoare și de fișa de date a achiziției) o asumare a obligației de a pune la dispoziția ofertantului (în caz că este nevoie pentru îndeplinirea contractului) a cifrei de afaceri în sumă de 76.578.170 lei, dar această asumare este incidentă calității și implicării terțului în procedura pendinte, respectiv pentru îndeplinirea cerinței 1 din cuprinsul cap. III.1.2) – *„Capacitatea economică și financiară”* privind cifra de afaceri.

În opinia contestatorului, entitatea contractantă confundă, în evaluare, incidența cerințelor 1 și 2 prevăzute la cap. III.1.2) – *„Capacitatea economică și financiară”*, în condițiile în care deținerea unei anumite sume (cash-flow) necesare pentru îndeplinirea contractului, respectiv suma de 3.672.000 lei conform cerinței 2 de la pct. III. 1.2) din fișa de date, este îndeplinită de către societatea sa potrivit înscrisurilor depuse odată cu oferta (declarație bancară și declarație autentică), iar nu prin terțul susținător.

Față de cele menționate, contestatorul apreciază ca neîntemeiat motivul de respingere invocat de către entitatea contractantă.

În drept, se invocă prevederile art.8 și urm. din Legea nr.101/2016 și celelalte dispoziții legale invocate în cuprinsul contestației.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr.12885/05.08.2021, înregistrat la CNSC sub nr. 40850/05.08.2021, ...SA a solicitat respingerea contestației depusă de SRL, ca nefondată, pentru următoarele considerente:

.... SRL a participat la procedură în calitate de ofertant unic, dar neavând cifra de afaceri minimă, de 29.300.000 lei, solicitată în fișa de date, a apelat la un terț susținător pentru complinirea cerinței minime, astfel că, potrivit DUAЕ, a indicat operatorul economic SRL drept terț susținător, având o cifră de afaceri în cuantum de 76.578.170 lei (20.557.421 lei - pt. anul 2017, 22.271.749 pt. anul 2018 și 33.749.000 pt. anul 2019).

Cu ocazia verificării îndeplinirii condițiilor de participare și a cerințelor minime de calificare, după cum se arată, oferta contestatorului a fost declarată inacceptabilă și respinsă în conformitate cu prevederile art. 143, alin. (1) din H.G. nr. 394/2016, motivat, în concret, de faptul că, deși i-au fost solicitate clarificări, ofertantul a dat un răspuns neconcludent, în sensul că din acesta ori din documentele depuse în procedură nu a reieșit modul efectiv prin care terțul susținător, ... SRL, se obliga, în mod ferm, necondiționat și irevocabil, să răspundă față de entitatea contractantă, în legătură cu susținerea cifrei de afaceri a ofertantului.

În opinia entității contractante, susținerea ofertantului de către terț s-a făcut pur formal, prin prezentarea unei declarații a terțului și a bilanțurilor anuale, fără să demonstreze modul efectiv în care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, respectiv cum se va implica susținătorul în perioada de implementare ori să dovedească cu documente ce ar fi constituit anexe la respectivul angajament, scopul fiind de a da certitudinea că terțul își asumă să intervină ori de câte ori ofertantul întâmpină dificultăți.

Întrucât, ... SRL nu a îndeplinit cerința de calificare, comisia de evaluare nu a evaluat, după cum se arată, propunerea tehnică și financiară a ofertantului, astfel că susținerea potrivit căreia oferta sa ar fi mai mică cu aproximativ 40.000 lei raportat la oferta câștigătoare de 16.762.880,08 lei (cu aprox. 0,23%) nu poate influența nicio decizie a comisiei de evaluare ori a organului administrativ jurisdicțional, contestatorul neavând o ofertă admisibilă care să poată figura în clasament cu punctaj.

Raportat la criticile formulate de contestator, autoritatea contractantă precizează, în plus, că în exercitarea atribuțiilor sale, comisia de evaluare a apreciat că sunt necesare clarificări astfel că, a solicitat ofertantului prin adresa nr.AP277/17.05.2021, publicată în SEAP, transmiterea documentelor de către terțul susținător, solicitare la care SRL a răspuns, în termenul legal, prin adresa nr.276/20.05.2021.

Așa cum a menționat și contestatorul, precizează entitatea contractantă, cifra de afaceri nu este o resursă transferabilă, fiind o resursă economică anterioară, neputând fi pusă la dispoziție, în prezent, motiv pentru care nu poate fi acceptată Declarația terțului susținător ca fiind corespunzătoare.

Cifra de afaceri reflectă doar potențialul de a acționa, însă modul efectiv în care terțul susținător acționează/sprijină, presupune, în opinia entității contractante, punerea la dispoziție a unor sume, resurse umane, resurse materiale, furnizare materiale sau echipamente de care dispune sau orice altă resursă de care acesta dispune, ori Declarația terțului susținător nu conține astfel de acțiuni efective.

Având în vedere solicitarea comisiei de evaluare, comparativ cu informațiile transmise de către ofertant din care nu a rezultat modul efectiv prin care terțul va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, entitatea contractantă apreciază că, în mod legal, în temeiul art. 140 alin. (4) din H.G. nr. 394/2016, comisia de evaluare a respins oferta depusă de către SRL, ca inacceptabilă.

Alegațiile contestatorului cu privire la faptul că, prin dovedirea cifrei de afaceri a terțului susținător, respectiv prin prezentarea bilanțurilor contabile anuale, s-a dovedit, în mod automat, modul de susținere a ofertantului, sunt prezumții care, în opinia entității contractante, nu poate fi primite.

Entitatea contractantă subliniază că nu a pus la îndoială realitatea cifrei de afaceri anuală a tertului sustinător, în evaluarea ofertei depusă de SRL având nevoie doar de documentele emise de către terțul susținător, ... SRL, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul va susține ofertantul, în cazul în care acesta va întâmpina dificultăți în derularea contractului.

Referitor la susținerea contestatorului potrivit căreia se confundă, în evaluare, incidența cerințelor 1 și 2 prevăzute la cap. III.1.2) – „*Capacitatea economică și financiară*”, entitatea contractantă precizează că cele 2 cerințe nu sunt confundabile, fiind evident că cerința nr. 2 referitoare la existența disponibilităților bănești este pentru un termen limitat, de 3 luni de la data semnării contractului, iar cerința nr. 1 este pentru întreaga durată de execuție a contractului.

În concluzie, se apreciază că simpla prezentare a Formularului nr. 7 (Angajament ferm privind susținerea economică și financiară a ofertantului SRL), a bilanțurilor fiscale și a indicării cifrei de afaceri cu care terțul susținător SRL susține ofertantul SRL, nu suplinește obligația ofertantului de a prezenta, în format electronic, documente emise de către terțul susținător din care să rezulte modul efectiv prin care terțul va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente ce se puteau constitui anexe la angajamentul prezentat.

În probațiune, entitatea contractantă a depus, în copie, documentele aflate la dosarul achiziției publice.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

....SA, în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect **„Reabilitarea rețelelor Electrice de medie**

tensiune, trecerea de la 6kv la 20kv pentru frontul de captare și Uzina de apă Mărtinești”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr.C.../09.02.2021.

Valoarea estimată a contractului este de 29.378.459,00 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „*cel mai bun raport calitate-preț*”.

Au fost depuse 10 oferte în cadrul procedurii, printre care se regăsește și cea a contestatorului, oferte care au fost vizualizate în SEAP la data de 29.04.2021, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr.AP239.

Prin raportul procedurii de atribuire nr.AP 477/22.07.2021, entitatea contractantă a desemnat câștigătoare oferta depusă de SRL, cu punctajul maxim de 100 de puncte, în timp ce oferta depusă de contestatorul SRL a fost respinsă, ca inacceptabilă, în temeiul art.140 alin.4 din H.G. nr.394/2016, deoarece clarificările oferite cu privire la terțul susținător au fost considerate neconcludente.

Nemulțumit de decizia de respingere a ofertei sale, ... SRL a depus contestația de față, constituind cauțiunea în cuantumul stabilit de lege.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Potrivit raportului procedurii nr. AP 477/22.07.2021, oferta depusă de SRL a fost respinsă, ca inacceptabilă, în temeiul art.140 alin.4 din H.G. nr.394/2016, cu următoarea motivare:

„- Comisia de evaluare a solicitat ofertantului prin adresa AP 277/17.05.2021, transmiterea documentelor de către terțul susținător SRL, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul va susține ofertantul, care să fie completat/detaliat astfel încât din acesta să rezulte modul efectiv prin care terțul va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere în cazul în care ofertantul va întâmpina dificultăți în derularea contractului, respectiv resursele financiare concrete (suma) pe care acesta le va pune la dispoziția ofertantului pentru îndeplinirea obligațiilor asumate prin Angajamentul ferm, document care va constitui anexa la respectivul angajament, așa cum se prevede în DA și la art.196 alin.4 din Legea 99/2016 (exemplu: Declarație pe proprie răspundere, sub sancțiunile aplicabile faptei de fals în acte publice, din care să rezulte modul efectiv în care terțul susținător va pune la dispoziția ofertantului declarate în Angajamentul ferm etc)

Prin răspunsul nr.267/20.05.2021, ofertantul transmite Declarație pe propria răspundere, sub sancțiunile aplicabile faptei de fals în Acte publice, a terțului susținător SRL, în care declară că «Pentru îndeplinirea cerinței de calificare prevăzută la secțiunea III.1.2) – Capacitatea economică și financiară – Cerința nr.1 – Cifra de afaceri anuală generală din Fișa de date, vom răspunde față de autoritatea contractantă, în legătură cu susținerea ofertantului SRL și declarăm pe proprie răspundere că punem la dispoziția acestuia cifra de afaceri a SC SRL în sumă de 76.578.170 lei, conform bilanțurilor anexate la angajamentul ferm, în cazul în care ofertantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului.»

- Din Declarația depusă de terțul susținător SRL, nu reiese modul efectiv prin care terțul se obligă în mod ferm, necondiționat și

irevocabil să răspundă față de autoritatea contractantă, în legătură cu susținerea Cifrei de afaceri, după cum urmează: se angajează să răspundă față de autoritatea contractantă, în legătură cu susținerea Cifrei de afaceri a ofertantului SRL, pentru îndeplinirea cerinței de calificare prevăzută la secțiunea III.1.2) – Capacitatea economică și financiară din Fișa de date.

- Clarificările/completările transmise de ofertant nu sunt concludente.”

În analiza legalității deciziei de respingere a ofertei contestatorului, Consiliul reține, ca având relevanță, următoarele prescripții ale fișei de date a achiziției:

„III.1.2) Capacitatea economică și financiară Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Cifra de afaceri anuală generală

Cifra de afaceri anuală minimă, realizată în fiecare din ultimii trei ani (2017, 2018, 2019) trebuie să fie mai mare sau egală cu 29.300.000 lei.

(...)

In cazul în care ofertantul își demonstrează situația economică și financiară invocând și susținerea acordată de către unul sau mai mulți terți se vor respecta prevederile art. 196 ÷ 199 din Legea nr.99/2016 și prevederile art. 55 ÷ 57 din HG nr.394/2016.

Modalitatea de îndeplinire:

Pentru îndeplinirea cerinței se va prezenta, ca dovadă preliminară, DUAЕ completat de ofertant (ofertant unic/ofertant asociat) și terț susținător, după caz, cu informații relevante, conform art.202-204 din Legea nr.99/2016.

La nivelul DUAЕ se va indica Cifra de afaceri anuală, realizată în fiecare din ultimii trei ani (2017, 2018, 2019).

In cazul în care ofertantul își demonstrează situația economică și financiară invocând și susținerea acordată de către unul sau mai mulți terți, atunci ofertantul are obligația ca odată cu oferta să prezinte: Angajamentul ferm al terțului susținător, completat respectând Formularul nr.7 din secțiunea Formulare și Documente transmise acestuia de către terțul susținător, din care să rezulte modul efectiv în care terțul va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament, așa cum se prevede la art.196, alin.(4) din Legea nr.99/2016 (exemplu: Declarație pe propria răspundere, sub sancțiunile aplicabile faptei de fals în acte publice, din care să rezulte modul efectiv în care terțul susținător va pune la dispoziția ofertantului declarate în Angajamentul ferm, etc.).

Documentele justificative care probează îndeplinirea informațiilor completate în DUAЕ, și care urmează să fie prezentate, la solicitarea entității contractante, doar de către ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire asupra ofertelor admisibile, sunt:

- Extrase din Situațiile financiare anuale validate (Formularul – Contul de Profit si Pierdere, cod 20), din care rezultă informația solicitată. (...)

Așadar, în cazul invocării susținerii acordată de un terț susținător, ofertantul avea obligația de a prezenta, odată cu oferta:

- Angajamentul ferm al terțului susținător, completat cu respectarea Formularului nr.7 aflat în secțiunea Formulare a documentației de atribuire și

- documente transmise de terțul susținător din care să rezulte modul efectiv în care terțul va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, fiind indicată cu titlu exemplificativ Declarația pe proprie răspundere.

Documente justificative care probează cele declarate în DUAE, respectiv „**Extrase din Situațiile financiare anuale validate (Formularul – Contul de Profit si Pierdere, cod 20), din care rezultă informația solicitată**”, conform prevederilor enunțate, aveau a fi depuse la solicitarea entității contractante doar de ofertantul clasat pe primul loc.

Relevanță în soluționare prezintă și dispozițiile legale indicate de entitatea contractantă în conținutul prevederilor de mai sus, respectiv art.196 - 199 din Legea nr.99/2016, având conținutul:

„Art. 196. - (1) Operatorul economic are dreptul, dacă este cazul și în legătură cu un anumit contract sectorial/acord-cadru, să recurgă la susținerea unui/unor terț/terți în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau a criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, indiferent de natura relațiilor juridice existente între operatorul economic și terțul/terții respectiv/respectivi.

(2) În ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la calificările educaționale și profesionale prevăzute la art. 192 [lit. g\)](#) sau la experiența profesională relevantă, operatorul economic poate să se bazeze pe capacitatea terțului susținător doar atunci când acesta va desfășura efectiv lucrările sau serviciile în legătură cu care sunt necesare respectivele calificări.

(3) În cazul în care operatorul economic își demonstrează situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și/sau profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile [alin. \(1\)](#) și [\(2\)](#), de către unul sau mai mulți terți, atunci operatorul economic are obligația de a dovedi entității contractante că a luat toate măsurile necesare pentru a avea acces în orice moment la resursele necesare, prezentând un angajament în acest sens din partea terțului/terților.

(4) Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terț/terții susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător(i) va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament.

Art. 197. - (1) Entitatea contractantă verifică dacă terțul/terții care asigură susținerea în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și/sau

profesională îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea, și nu se încadrează în motivele de excludere prevăzute la [art. 177](#), [178](#) și [180](#).

(2) Dacă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la [art. 177](#), [178](#) și [180](#), entitatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători, fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) [lit. b](#)).

Art. 198. - În cazul în care un operator economic demonstrează îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară invocând susținerea unui/unor terț/terți, entitatea contractantă poate solicita ca operatorul economic și terțul/terții susținător/susținători să răspundă în mod solidar pentru executarea contractului sectorial/acordului-cadru.

Art. 199. - (1) În cazul în care mai mulți operatori economici participă în comun la procedura de atribuire, îndeplinirea criteriilor privind capacitatea tehnică și profesională, precum și cele privind situația economică și financiară, se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului, iar entitatea contractantă poate solicita ca aceștia să răspundă în mod solidar pentru executarea contractului sectorial/acordului-cadru.

(2) În cazul în care mai mulți operatori economici participă în comun la procedura de atribuire, aceștia pot beneficia de susținerea unui terț în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională, în condițiile prezentei legi.” ; dar și art. 55 - 57 din H.G. nr.394/2016, având conținutul:

„Art. 55. - (1) În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară, respectiv capacitatea tehnică și profesională invocând suportul unui/unor terț/terți, în condițiile Legii, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, de regulă, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care se confirmă faptul că acesta va pune la dispoziția ofertantului/candidatului resursele invocate. Subcontractanții pe a căror capacitate ofertantul/candidatul se bazează pentru demonstrarea îndeplinirii anumitor criterii de calificare și selecție sunt considerați și terți susținători, caz în care acordul de subcontractare reprezintă, în același timp, și angajamentul ferm.

(2) Entitatea contractantă are obligația de a lua în considerare această susținere, ca probă a îndeplinirii criteriilor minime impuse în cadrul documentației de atribuire, dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:

a) terțul/terții susținător(i) pot dovedi că dețin resursele invocate ca element de susținere a ofertantului/candidatului;

b) ofertantul/candidatul poate demonstra că va dispune efectiv de resursele entităților ce acordă susținerea, necesare pentru realizarea contractului, în cazul în care terțul susținător nu este declarat subcontractant.

Art. 56. - În scopul verificării îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție de către terțul/terții care acordă susținere, în condițiile art. 197 [alin. \(1\)](#) din Lege, entitatea contractantă poate solicita terțului/terților susținător/susținători, oricând pe parcursul procesului de evaluare, documente și informații suplimentare în legătură cu angajamentul dat sau cu documentele

prezentate, în situația în care există rezerve în ceea ce privește corectitudinea informațiilor sau documentelor prezentate sau cu privire la posibilitatea de executare a obligațiilor asumate prin respectivul angajament.

Art. 57. - (1) În cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul executării contractului sectorial/acordului- cadru, iar susținerea acordată de unul sau mai mulți terți vizează îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și profesională, entitatea contractantă va solicita ofertantului/candidatului ca, prin actul încheiat cu terțul/terții susținător/susținători să garanteze materializarea aspectelor ce fac obiectul respectivului angajament ferm. Prevederile contractuale dintre entitatea contractantă și contractantul principal vor asigura că entitatea contractantă poate aplica această obligație.

(2) Entitatea contractantă va trebui, de asemenea, să includă în contract clauze specifice care să permită entității contractante să urmărească orice pretenție la daune pe care contractantul ar putea să o aibă împotriva terțului/terților susținător/susținători pentru nerespectarea obligațiilor asumate prin angajamentul ferm, cum ar fi, dar fără a se limita la, printr-o cesiune a drepturilor contractantului către entitatea contractantă, cu titlu de garanție.”

Din verificarea documentelor de la dosarul cauzei, Consiliul reține că, în ceea ce-l privește pe terțul susținător, contestatorul a prezentat Formularul nr.7 - Angajament ferm din partea SRL în calitate de terț susținător (pag.199 din dosarul achiziției), din care rezultă că acesta din urmă acordă susținere economică și financiară în ceea ce privește cifra de afaceri, pentru îndeplinirea cerinței de calificare prevăzută la cap.III.1.2) – „Capacitatea economică și financiară” din fișa de date.

Entitatea contractantă nu a considerat îndeplinit criteriul de calificare în discuție, astfel că, prin solicitarea de clarificări nr.AP277/17.05.2021, a cerut contestatorului:

„Transmiterea documentelor de către terțul susținător SRL, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul va susține ofertantul, care să fie completat/detaliat astfel încât din acesta să rezulte modul efectiv prin care terțul va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere în cazul în care ofertantul va întâmpina dificultăți în derularea contractului, respectiv resursele financiare concrete (suma) pe care acesta le va pune la dispoziția ofertantului pentru îndeplinirea obligațiilor asumate prin Angajamentul ferm, document care va constitui anexa la respectivul angajament, așa cum se prevede în DA și la art. 196 alin. (4) din Legea nr.99/2016 (exemplu: Declarație pe propria răspundere, sub sancțiunile aplicabile faptei de fals în acte publice, din care să rezulte modul efectiv în care terțul susținător va pune la dispoziția ofertantului declarate în Angajamentul ferm etc).

Contestatorul a răspuns prin adresa nr.267/20.05.2021, la care a anexat înscrisul „Declarația pe proprie răspundere privind modul efectiv în care terțul susținător va pune la dispoziția ofertantului resursele financiare concrete pentru îndeplinirea contractului”.

În cadrul înscrisului arătat, terțul susținător a declarat pe proprie răspundere că pune la dispoziția SRL „cifra de afaceri a SC SRL în

sumă de 76.578.170 lei, conform bilanțurilor anexate la angajamentul ferm, în cazul în care ofertantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului.”

Răspunsul contestatorului nu a fost considerat concludent, motiv pentru care entitatea contractantă a înțeles să facă aplicarea art.140 alin.4 din H.G. nr.394/2016 și să respingă oferta, ca inacceptabilă.

Analizând documentele menționate, în raport cu prevederile documentației de atribuire și cele legale mai sus enunțate, Consiliul nu achiesează opiniei entității contractante.

Astfel, după cum corect arată și contestatorul, cifra de afaceri nu este o resursă transferabilă, astfel încât ofertanții să poată face dovada transferului efectiv, așa cum aștepta entitatea contractantă. Cifra de afaceri nu constă în punerea la dispoziție a unei sume efective sau a unor resurse materiale/umane, ea reprezintă un indicator financiar care reflectă forța economică a unui operator economic, respectiv venituri realizate de acesta într-o anumită perioadă de timp, din activitatea de bază.

Într-o astfel de situație, susținerea terțului se limitează la prevederea generală de la art. 198 din Legea nr. 99/2016, respectiv obligația terțului susținător de a răspunde solidar cu ofertantul pentru realizarea lucrărilor. Indicatorul economic cifra de afaceri este o resursă economică anterioară, neputând fi pusă la dispoziție în prezent.

În opinia Consiliului, singura modalitate de dovadă este depunerea bilanțurilor din care să rezulte acest indicator, lucru care s-a și întâmplat în speță, **tipul de document ce urmează a fi depus fiind determinat de obligațiile asumate de terțul susținător prin angajamentul ferm.**

Referitor la depunerea bilanțurilor contabile ale terțului susținător SRL anexat Angajamentului ferm prezentat împreună cu DUAЕ la data limită de depunere a ofertelor, Consiliul reține că lucrurile s-au întâmplat așa în raport cu cele declarate în Angajamentul ferm (*„Anexăm angajamentului documente din care rezultă modul efectiv prin care vom pune la dispoziția ofertantului SC SRL resursele indicate mai sus”*) și Declarația pe proprie răspundere depusă urmare a solicitării de clarificări (*„... declarăm pe proprie răspundere că punem la dispoziția acestuia cifra de afaceri ..., conform bilanțurilor anexate la angajamentul ferm, ...”*).

Chiar dacă nu s-ar fi procedat la depunerea bilanțurilor contabile anexat Angajamentului ferm prezentat de terțul susținător, precum susține entitatea contractantă prin adresa nr.AP548/18.08.2021 că s-ar fi întâmplat, aceasta nu este de natură a valida nicidecum concluzia entității contractante, câtă vreme, conform fișei de date, documentele justificative constând în Situațiile financiare anuale validate, aveau a fi depuse doar de ofertantul clasat pe primul loc în clasamentul intermediar, ceea ce nu este cazul contestatorului.

În legătură cu posibilitatea dovedirii de către terțul susținător a cifrei de afaceri prin bilanțurile contabile aferente perioadei în referință,

s-a pronunțat și practica judiciară, relevantă fiind Decizia nr. 1064/05.05.2021, pronunțată de Curtea de Apel București – Secția a VIII a Contencios Administrativ și Fiscal, în care s-a reținut:

„În esență, petenta consideră că și în cazul cifrei de afaceri era necesar ca din documentele depuse să rezulte modalitatea concretă în care terțul susținător va pune la dispoziție ofertantului resursele economice și financiare invocate ca element de susținere în situația în care ofertantul va întâmpina dificultăți pe parcursul derulării contractului sau se va afla în imposibilitatea derulării contractului.

În considerentele deciziei contestate, CNSC a reținut că cifra de afaceri nu este o resursă transferabilă și că, în această situație, susținerea terțului se limitează la obligația de a răspunde solidar cu ofertantul pentru realizarea lucrărilor.

Curtea apreciază criticile peteneti Ictas ca fiind neîntemeiate întrucât la stabilirea modalității în care terțul susținător va pune la dispoziție resursele sale pentru îndeplinirea contractului trebuie se ne raportăm la cerințe din documentația de atribuire pentru îndeplinirea căreia ofertantul a apelat la sprijinul terțului.

În cazul de față, cerința dovedită de asocierea câștigătoare prin sprijinul terțului susținător Mithras Build SRL este cifra de afaceri, element care nu poate fi transferat, astfel cum susține corect CNSC, întrucât cifra de afaceri reprezintă veniturile obținute de o societate din desfășurarea activității comerciale.

Întrucât cifra de afaceri exprimă capacitatea unui operator economic de a obține venituri din derularea unor activități comerciale, punerea la dispoziție a acesteia de către un terț susținător în favoarea unui ofertant nu înseamnă că el va executa contractul sau părți din contract în locul ofertantului, ci doar că îl va sprijini prin resursele sale financiare să execute contractul și că va răspunde împreună cu ofertantul pentru modul în care acesta din urmă va executa contractul.

În condițiile în care terțul susținător nu va executa el însuși contractul sau părți din contract, Curtea apreciază că terțul susținător nu poate în mod obiectiv să precizeze o modalitate concretă în care va pune la dispoziția ofertantului cofra sa de afaceri, cum invocă petenta Ictas, ci doar, astfel cum reține corect CNSC, să-și asume la modul general obligația de a răspunde solidar cu ofertantul pentru executarea contractului.

Prin urmare, Curtea apreciază că depunerea din partea terțului susținător Mithras Build SRL a unui angajament ferm privind susținerea economică și financiară a asocierii câștigătoare însoțită de dovada realizării în anii 2016, 017 și 2018 a unei cifre de afaceri conform cerinței din documentația de atribuire erau suficiente pentru ca asocierea câștigătoare să poată apela la cifra de afaceri a terțului susținător.”

Se reține, în același sens, și Decizia nr. 2019/11.11.2020, pronunțată de Curtea de Apel București – Secția a VIII a Contencios Administrativ și Fiscal, invocată și de contestator.

Interpretarea de mai sus se subsumează dispozițiilor comunitare, în speță Directivei 2015/25 privind achizițiile efectuate de entitățile care își

desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale și de abrogare a Directivei 2004/17/CE, transpusă la nivel național prin Legea nr.99/2016, directivă care, la art.79 – „Utilizarea capacităților altor entități”, statuează că:

„(1) În cazul în care normele și criteriile obiective de excludere și selectare a operatorilor economici care au solicitat calificarea într-un sistem de calificare includ cerințe privind capacitatea economică și financiară a operatorului economic sau capacitățile sale tehnice și profesionale, operatorul economic se poate baza, acolo unde este necesar, pe capacitatea altor entități, indiferent de natura juridică a legăturii dintre el și entitățile respective. **În ceea ce privește criteriile referitoare la calificările educaționale și profesionale ale prestatorului de servicii sau ale contractantului sau ale personalului de conducere al întreprinderii, sau la experiența profesională relevantă, operatorii economici pot, cu toate acestea, să se bazeze doar pe capacitățile altor entități atunci când acestea din urmă vor desfășura lucrările sau serviciile pentru îndeplinirea cărora sunt necesare respectivele capacități.** În cazul în care un operator economic dorește să se bazeze pe capacitățile altor entități, acesta dovedește entității contractante că va dispune de resursele respective pe întreaga perioadă de valabilitate a sistemului de calificare, de exemplu prin prezentarea unui angajament din partea respectivelor entități în acest sens. ”

Situația ar fi fost cu totul alta, într-adevăr, dacă în discuție s-ar fi aflat, spre pildă, îndeplinirea criteriului de calificare privind experiența similară, practica judiciară, bazată pe directive și legislația națională, fiind în sensul interpretării la care s-a oprit autoritatea contractantă (notabilă este Decizia nr.353/17.03.2021, pronunțată de Curtea de Apel București). Cu alte cuvinte, în cazul arătat ofertantul trebuia să dovedească că terțul, prin susținerea experienței similare, se obligă să execute părți din contract.

Revenind la speța de față, Consiliul reține că documentele depuse de contestator odată cu oferta și răspunsul acestuia la clarificări fac dovada deplină a îndeplinirii cerințelor documentației de atribuire, concluzia entității contractante conform căreia răspunsul contestatorului nu a fost unul concludent fiind, pe cale de consecință, una greșită, iar decizia de respingere a ofertei acestuia nelegală, rezultat al unei interpretări eronate a prevederilor incidente din materia achizițiilor publice.

Luând în considerare cele anterior expuse, în temeiul art.26 alin.2 și 5 din Legea nr.101/2016, Consiliul va admite contestația și va anula raportul procedurii nr.AP 477/22.07.2021, în ceea ce privește evaluarea ofertei depusă de SRL, precum și actele subsecvente corespunzătoare părții anulate, entitatea contractantă urmând să reevalueze oferta menționată, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art.28 alin.1 din același act normativ.

Pentru aceste motive,

În baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de SRL, în contradictoriu cu SA, anulează raportul procedurii nr.AP 477/22.07.2021, în ceea ce privește evaluarea ofertei depusă de SRL, precum și actele subsecvente corespunzătoare părții anulate.

Obligă entitatea contractantă să reevalueze oferta menționată, în considerarea celor arătate în motivare, în termen de 10 zile de la primirea prezentei.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.