C. N.S.C.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

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 şi funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestaţia nr. ...../....., înregistrate la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., înaintată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin ..... – Administrator, formulată împotriva rezultatului procedurii aferent lotului 12, comunicat în cadrul procedurii, licitație deschisă, organizată de autoritatea contractantă ....., cu sediul în ....., în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Servicii de pază a obiectivelor din cadrul Agenției Naționale de Îmbunătățiri Funciare, Filialele Teritoriale de Îmbunătățiri Funciare și Sediul Centralei ... – Anul 2017”, cu anunț de participare nr. ....., publicat în SEAP la data de ....., s-a solicitat Consiliului .....

Prin adresa nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., reprezentată legal prin ..... - Administrator, a formulat o cerere de intervenție voluntră, solicitând respingerea contestației înaintată de SC ..... SRL, ca nefondată și menținerea rezultatului procedurii, precum și obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor ocazionate cu demersul său juridic.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (2) și (3) din Legea nr. 101/2016.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,

asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestaţia nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., SC ..... SRL atacă rezultatul analizei ofertelor aferente lotului 12, ce a fost publicat de autoritate contractantă în SEAP la data de 13.12.2017, prin adresa nr. 23121/13.12.2017, potrivit căruia oferta sa a fost declarată admisibilă, dar nu a fost declarată câștigătoare (clasată pe locul II), oferta câștigătoare fiind cea depusă de SC ..... SRL, cu un preț de 12,42 lei/oră/post, 25,00 lei/oră/post patrulă și abonament 70,00 lei/lună, valoare ofertată 5.800.340,00 lei fără TVA, cu un punctaj de 100 de puncte.

Contestatoarea consideră că evaluarea ofertei SC ..... SRL nu s-a realizat cu respectarea prevederilor legale, susținând că, comisia de evaluare avea obligația legală de a o respinge ca fiind inacceptabilă în conformitate cu prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, coroborate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, deoarece oferta nu îndeplinește cerințele de calificare.

În primul rând, contestatoarea arată că, chiar dacă Consiliul a statuat, în prima Decizie CNSC nr. 2216/...../2532-2560-2563-2566-2573-2681/25.08.2017, că autoritatea contractantă, în prima etapă de evaluare, în mod eronat a declarat oferta SC ..... SRL câștigătoare, în ceea ce privește terțul susținător din punct de vedere financiar (cifra de afaceri), totuși, în procesul de evaluare ulterior, aceasta a declarat câștigătoare tot această ofertă, deși nu au fost depuse documente doveditoare.

De asemenea, contestatoarea precizează că, prin a doua Decizie CNSC nr. 3019/15.11.2017, Consiliul a stabilit că autoritatea contractantă are obligația de a reevalua oferta aparținând SC ..... SRL pornind de la absența dovezilor că îndeplinește cerința de calificare privind media cifrei de afaceri, stabilită prin fișa de date a achiziției.

În consecință, așa cum rezultă din Legea nr. 98/2016, art. 182 alin. (4), odată cu angajamentul de susținere, ofertantul SC ..... SRL avea obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul susținător din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament, susține contestatoarea.

De asemenea, în ceea ce privește susținerea financiară, contestatoarea precizează că, așa cum rezultă din prevederile HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă are obligația de a lua în considerare susținerea unui terț, doar dacă ofertantul SC ..... SRL putea demostra că dispune efectiv de resursele entității terțe (în acest caz, SC ... SA), conform art. 48 și art. 49, pe care le citează.

În consecință, având în vedere prevederile legale în vigoare, precum și motivarea CNSC din a doua decizie pronunțată, contestatoarea susține că autoritatea contractantă avea obligația de a continua procesul de evaluare plecând de la faptul că nu există dovezi că îndeplinește

cerința de calificare privind media cifrei de afaceri, stabilită prin fișa de date a achiziției.

Deși autoritatea contractantă a procedat la solicitarea clarificărilor și transmiterea unor documente suplimentare, în temeiul art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, totuși ofertantul SC ..... SRL, prin documentele depuse, nu a dovedit că îndeplinește cerința de calificare privind cifra de afaceri, deoarece acesta nu a depus documente doveditoare, relevante din partea terțului susținător, ... SA.

Astfel, contestatoarea menționează că, așa cum rezultă din raportul procedurii (ședința de evaluare nr. 14 a ofertelor), autoritatea contractantă a solicitat ofertantului SC ..... SRL documente relevante, din care să rezulte modul efectiv în care se va materializa susținerea terțului.

De asemenea, autoritatea contractantă a informat ofertantul SC ..... SRL că poate înlocui terțul susținător SC ... SA, așa cum rezultă și din prevederile art. 183 din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere documentele depuse de către SC ..... SRL, precum Protocol autentificat, Scrisoare de bonitate bancară, extrase de cont și Anexa nr. 1 la Angajament, contestatoarea afirmă că, în conformitate cu prevederile legale în vigoare, acestea nu reprezintă documente doveditoare din care să rezulte modul efectiv în care terțul susținător nu își poate respecta obligațiile de susținere, pentru îndeplinirea cerinței de calificare privind cifra de afaceri.

În acest sens, contestatoarea menționează că Protocolul autentificat, nu îndeplinește toate cerințele, așa cum rezultă din prevederile legale în vigoare în materia achizițiilor publice, deoarece SC ..... SRL nu justifică cu ce titlu îi va pune la dispoziție SC ... SA sumele necesare pentru îndeplinirea contractului.

Contestatoarea arată că, așa cum se menționează în Protocolul autentificat, SC ... SA va pune la dispoziția SC ..... SRL sumele necesare pentru îndeplinirea contractului, dar nu se precizează cu ce titlu îi va pune aceste sume la dispoziție, astfel, potrivit legislației în vigoare, în prezent doar instituțiile de credit pot acorda împrumuturi, fiind autorizate în acest sens.

În consecință, având în vedere legislația în vigoare, contestatoarea susține că o societate nu poate acorda un împrumut unei alte societăți, fără a avea obiect de activitate autorizat în acest sens, cu alte cuvinte SC ... SA nu poate pune la dispoziție SC ..... SRL sume de bani, deoarece această societate nu este autorizată ca instituție de credit, astfel încât să acorde împrumuturi.

Având în vedere legislația în vigoare, contestatoarea menționează că Protocolul de colaborare nu reprezintă un document relevant care să ateste îndeplinirea criteriului de calificare privind capacitatea economică și financiară.

De asemenea, așa cum rezultă din Codul de procedură civilă în vigoare, art. 269, un înscris autentic atestă doar identitatea părților care

se prezintă în fața notarului public, exprimarea consimțământului părților cu privire la conținut, semnătura părților și data înscrisului nu și îndeplinirea conținutului respectivului document.

În consecință, chiar dacă acest protocol a fost autentificat, nu denotă faptul că acesta are o putere doveditoare mai mare decât angajamentul depus inițial în cadrul procedurii.

De asemenea, în ceea ce privește cifra de afaceri, contestatoarea menționează că aceasta este o resursă netransferabilă, care nu contribuie efectiv la îndeplinirea obligațiilor contractuale și, în consecință, bilanțurile nu pot fi considerate documente care să ateste în ce constă efectiv susținerea necesară pentru îndeplinirea contractului, deoarece cifra de afaceri fiind o resursă netransferabilă, nu poate contribui la îndeplinirea obligațiilor contractuale.

În ceea ce privește Scrisoarea de bonitate bancară, contestatoarea precizează că aceasta reprezintă doar o intenție a băncii de a dezvolta relații de afaceri, în anumite condiții, cu persoana care o solicită, fără a implica vreun angajament sau vreo obligație de natură legală din partea băncii și, în consecință, acest document nu poate fi considerat relevant pentru îndeplinirea cerinței.

De asemenea, în ceea ce privește extrasul de cont, contestatoarea arată că nici acest document nu este relevant și justificativ pentru îndeplinirea cerinței privind capacitatea economică și financiară deoarece, chiar dacă ar avea suma declarată disponibilă, SC ... SA nu este o instituție de credit autorizată să acorde împrumuturi.

Așa cum rezultă din prevederile legale și fișa de date, angajamentul de terț susținător, trebuia prezentat împreună cu documente anexe la angajament, din care să rezulte modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia.

Totodată, contestatoarea menționează că, potrivit fișei de date, cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, documentele justificative care probează cele asumate în angajamente/acorduri vor fi solicitate doar ofertantului declarat câștigător de către autoritatea contractantă.

Or, autoritatea contractantă însăși a trecut aceste mențiuni în cadrul fișei de date, astfel că avea obligația de a solicita ofertantului declarat câștigător să probeze clar, și în conformitate cu prevederile legale în vigoare, modul de susținere a ofertantului.

Mai menționează contestatoarea că însuși CNSC a statut că, prin punerea la dispoziție a cifrei de afaceri a terțului nu se consideră îndeplinită cerința privind susținerea financiară, deoarece terțul susținător, pentru a asigura susținerea, trebuie să dovedească modalitatea efectivă prin care acesta contribuie la îndeplinirea concretă a obligațiilor contractuale, prin implicarea sa directă.

Prin urmare, contestatoarea susține că ofertantul nu îndeplinește cerința privind cifra de afaceri, deoarece documentele depuse nu sunt relevante și nu atestă îndeplinirea cerinței de calificare privind capacitatea economică și financiară.

De asemenea, așa cum a stabilit și CNSC, autoritatea contractantă avea obligația de a evalua ofertele pornind de la absența dovezilor privind îndeplinirea cerinței privind capacitatea economică și financiară.

Contestatoarea arată că, în cazul în care un ofertant îndeplinește un criteriu de calificare invocând susținerea unui terț, așa cum rezultă din prevederile art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă avea obligația legală de a solicita o singură dată clarificări ofertantului să înlocuiască terțul, așa cum rezultă din prevederile legale în vigoare, și, deși autoritatea contractantă a solicitat de mai multe ori clarificări, solicitând chiar și înlocuirea terțului, ofertantul SC ..... SRL nu a depus documente justificative care să ateste îndeplinirea cerinței privind capacitatea economică și financiară și nici nu a optat pentru schimbarea terțului.

În consecință, având în vedere că ofertantul SC ..... SRL nu îndeplinește criteriul privind cifra de afaceri și că deja i s-a solicitat înlocuirea terțului, așa acum prevede art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare avea obligația legală de a respinge oferta, ca inacceptabilă, în conformitate cu prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, coroborate cu prevederile art. 137 din HG nr. 395/2016, consideră contestatoarea. Oferta acestuia nu îndeplinește cerințele de calificare, iar clarificări la ofertă nu mai pot fi solicitate, deoarece înlocuirea terțului se solicită, de către autoritatea contractantă, o singură dată.

De asemenea, menționează contestatoarea că formularea notificării suspendă dreptul de a încheia contractul, astfel, în situația în care autoritatea contractantă încalcă prevederile art. 7 din Legea nr. 101/2016, solicită, în temeiul art. 7 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, anularea contractului încheiat cu ofertantul SC ..... SRL.

Pentru motivarea în drept a contestației, autoarea acesteia invocă dispozițiile din Legea nr. 101/2016, pe cele ale Legii nr. 98/2016 și ale HG nr. 395/2016.

Prin adresa nr. 443/11.01....., înregistrată la CNSC sub nr. 1502/11.01....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestația înaintată de SC ..... SRL, solicitând respingerea ei, ca nefondată.

Autoritatea contractantă susține că valoarea estimată a lotului 12 este de 5.956.274,72 lei, fără TVA, iar oferta financiară a contestatoarei s-a clasat pe locul al 2-lea cu un preț de 12.57 lei/ora, patrula 25,14 lei/ora, respectiv 100,00 lei/abonament/lună pentru monitorizare și intervenție post cu o valoare totală de 5.880.616,40 lei, (fără TVA) - punctaj pe oferta tehnică 20 puncte + punctaj ofertă preț 79 puncte, având un punctaj total de 99 puncte, iar ofertantul SC ... SRL a avut un preț de 12,42 lei/ora/post, 25 lei/ora/ post patrulă și abonament 70,00 lei/lună, valoare ofertată 5.800.340,00 lei, fără TVA cu un punctaj pe

oferta tehnică 20 puncte + punctaj ofertă preț 80 puncte având un punctaj total de 100 de puncte.

Referitor la critica contestatoarei potrivit căreia SC ..... SRL a prezentat ca și experiență similară o recomandare a unui contract de servicii în perioada 01.05.2014-31.03.2017, contract de servicii care este încheiat cu terțul susținător, invocând încălcarea de către comisia de evaluare a cerințelor fișei de date, deoarece aceasta nu a solicitat contractul în discuție, însoțit de certificate/documente (copii după contracte similare), dovada că serviciile au fost prestate, solicitarea de facturi și dovada achitării acestora, autoritatea contractantă arată că SC ..... SRL a depus un act adițional II la contractul de servicii nr. 53/79875/11.08.2015 cu suma de 1.602.028,80 lei, fără TVA, o recomandare din 11.03.2016, de la ..., cu valoarea de 3.072.058 lei, fără TVA și un document cu caracter de recomandare cu nr. de înregistrare 1298/22.06.2017, în valoare de 6.339.656,72 lei, fără TVA.

Cu privire la aceste critici, autoritatea contractantă susține că nu e prevăzut în legislația privind achizițiile publice, respectiv în cerințele documentației de atribuire o incompatibilitate între calitatea de beneficiar a unui ofertant și calitatea de terț susținător, astfel încât "suspiciunile" invocate de contestatoare nu au niciun fel de temei legal.

De asemenea, autoritatea contractantă menționează că, ulterior stabilirii clasamentului privind acest lot, conform Deciziei CNSC nr. 3019/15.11.2017, Consiliul a stabilit că autoritatea contractanta are obligația de a reevalua oferta aparținând SC ... SRL și comisia de evaluare a făcut aplicabilitatea art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 solicitând ofertantului SC ..... SRL documente suplimentare din care să rezulte cerința din fișa de date a achiziției, Cap III .2.2. privitor la media cifrei de afaceri globale din ultimii 3 ani, având în vedere că documentele transmise până în prezent nu satisfac cerințele referitoare la modul efectiv în care se va materializa susținerea terțului susținător, în cazul în care contractantul întâmpină dificultăți în derularea contractului.

Ulterior acestor solicitări, autoritatea contractantă precizează că ofertantul ..... SRL a prezentat toate documentele solicitate, acestea fiind înaintate prin adresa nr. 5385/29.11.2017, motiv pentru care comisia de evaluare a apreciat oferta ca fiind admisibilă.

De asemenea, autoritatea contractantă susține că membrii comisiei de evaluare au solicitat acestui ofertant documentele doveditoare ale îndeplinirii cerințelor menționate în DUAE, astfel cum au fost impuse prin documentația de atribuire, fișa de date, conform adresei nr. 22.578/05.12.2017, iar ofertantul SC ... SRL a depus în SEAP documentele DUAE cu adresa nr. 5635/11.12.2017.

Autoritatea contractantă precizează că, comisia de evaluare a observat că au fost depuse documente care nu corespund cu loturile pentru care au fost solicitate și drept urmare a cerut o clarificare prin adresa nr. 22.990/12.12.2017 pentru a primi confirmarea pentru ce loturi sunt documentele atașate asumate prin DUAE.

Cu privire la terțul susținător, autoritatea contractantă susține că SC ..... SRL a înaintat, astfel cum impun cerințele documentației de atribuire, II. 2.3.a), DUAE completat în acest sens, prezentând angajamentul expres al acestuia, bilanțurile atașate, prezentand anexele la angajament, inclusiv protocol privind susținerea financiară autentificată la notar, scrisoare de bonitate bancară pentru SC ... SA emisă la Unicredit Bank, extrase conturi bancare SC ... SA (cont curent și linia de credit).

Autoritatea contractantă precizează că, cel mai frecvent, societățile apelează la împrumuturi de la alte societăți afiliate, din același grup, în principal pentru finanțare, deoarece un astfel de împrumut reprezintă un instrument mult mai practic și mai facil de obținut în comparație cu un credit bancar ce implică, pe lângă costuri suplimentare, și o anumită birocrație din partea băncilor care, de cele mai multe ori, este excesivă. Autoritatea contractantă menționează că *nu există o limitare de nicio natură cu privire la tipul de societăți care pot acorda împrumuturi ori primi împrumuturi, astfel încât orice societate, cu răspundere limitată, pe acțiuni etc., este în măsură a fi parte la o astfel de operațiune, atâta vreme cât este legal constituită*, legislația în vigoare nu impune condiții speciale pentru ca o societate să acorde ocazional împrumuturi către alte societăți și, prin urmare, nu va fi necesară în astfel de situații ca, în prealabil, împrumutătoarea să își înscrie ca obiect de activitate, separat, creditarea.

Autoritatea contractantă susține că acordarea de împrumuturi în afara creditului bancar între persoane fizice și juridice, respectiv între societăți comerciale, este posibilă și are ca temei prevederile art. 2158 din noul Cod civil fiind precizat la alin. (2) al aceluiași articol faptul că atunci când o persoană acordă un împrumut fără a o face cu titlu profesional, nu îi sunt aplicabile dispozițiile legale privind instituțiile de credit și instituțiile financiare nebancare.

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că această soluție este prevăzută și de legea bancară care nu instituie restricții exprese în ceea ce privește acordarea de împrumuturi, ci doar interzice activitatea de atragere de depozite, menționând în acest sens și art. 5 alin. (1) din OUG nr. 99/2006.

Totodată, autoritatea contractantă arată că împrumutarea societății de către o altă societate comercială sau asociat, fie că este persoană juridică sau fizică, este posibilă din perspectiva argumentelor prezentate și în contextul reglementărilor privind desfășurarea activității de creditare cu titlu profesional.

Pentru aceste considerente, autoritatea contractantă apreciază contestația ca fiind netemeinică, deoarece în cadrul procedurii de atribuire, a asigurat cadrul legal necesar pentru achiziționarea serviciilor de pază în condiții economico-financiare eficiente și avantajoase cu respectarea prevederilor Legii nr. 98/2016, inclusiv a principiilor instituite de către acest act normativ (art. 2 alin. (2)).

Având în vedere cele stipulate de către contestatoare, faptul că doar instituțiile de credit pot acorda împrumuturi, autoritatea contractantă consideră că această mențiune ar îngrădi participarea la licitațiile de achiziții publice a operatorilor economici care au terț susținător pe partea financiară și ar fi în dezacord cu prevederile art. 48 din HG nr. 395/2016, pe care îl citează.

Prin adresa nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., SC ..... SRL a formulat o cerere de intervenție voluntară, solicitând respingerea contestației formulate de SC ..... SRL, ca nefondată și menținerea rezultatului procedurii, precum și obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor ocazionate cu demersul său juridic.

Într-un prim aspect, intervenienta invocă excepția inadmisibilității capătului de cerere 4 din contestație, respectiv "Obligarea autorității contractante la declararea ofertei depuse de SC ..... SRL ca fiind inacceptabilă", având în vedere că această solicitare excede atribuțiilor Consiliului, astfel cum acestea sunt prevăzute de art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, atribuțiile exclusive ale Consiliului fiind de a examina din punct de vedere al legalității și temeiniciei actului atacat, în speță rezultatul procedurii, Consiliul neputându-se subroga în drepturile comisiei de evaluare.

Pe fond, intervenienta susține că, în urma evaluării, pentru lotul 12, autoritatea contractantă a stabilit oferta sa câștigătoare, dar rezultatul procedurii a fost contestat de către SC ..... SRL, de două ori, iar Consiliul a dispus reevaluarea ofertei sale, cu privire la terțul susținător din punct de vedere financiar, cifra de afaceri.

Astfel, intervenienta arată că, ulterior ultimei decizii CNSC nr. 3019/...../3456-...../15.11.2017, conform căreia Consiliul a apreciat că nu a fost finalizată evaluarea ofertei sale, în lipsa unui instrument juridic care să garanteze modul efectiv de implicare în executarea viitorului contract, la nivelul cifrei de afaceri pe care a declarat inițial că o susține, autoritatea contractantă i-a solicitat noi clarificări (adresa nr. 22023/24.11.2017), în sensul de a se preciza modul efectiv în care se va materializa susținerea terțului susținător, în cazul în care întâmpină dificultăți în derularea contractului.

Intervenienta susține că, în termen legal, a răspuns solicitării de clarificări, prezentând protocolul privind susținerea financiară încheiat cu terțul susținător, autentificat, scrisoare de bonitate bancară, cât și extras de cont, aferente terțului susținător.

Intervenienta arată că, prin protocolul menționat se prevede, în mod expres, faptul că terțul susținător se angajează ca în cazul în care societatea sa întâmpină dificultăți de natură economică și financiară pe parcursul derulării contractului (incapacitate de plată, insolvență și orice alte dificultăți de ordin economico-financiar) să îi asigure suma de bani necesară îndeplinirii integrale, reglementară și la termen a contractului

de achiziție publică conform ofertei prezentate și a obligațiilor asumate de acesta.

Intervenienta menționează că în acesta se prevede inclusiv obligația utilizării sumelor de bani provenite de la terțul susținător pentru angajare de personal, pregătire profesională angajați, plăți către furnizori (telefonie mobilă, echipament, sisteme de comunicații, achiziții autovehicule, cheltuieli cu autovehiculele, taxe licențiere, atestare, etc.) ce implică îndeplinirea contractului.

De asemenea, acest protocol recunoaște dreptul autorității contractante de a solicita direct terțului susținător asigurarea resurselor necesare executării contractului, cât și acțiunea directă a autorității contractante împotriva acestuia în caz de neîndeplinire a obligațiilor.

Intervenienta susține că prin protocolul înaintat a făcut dovada modalității efective de susținere a societății sale, în cazul dificultăților apărute ca urmare a derulării contractului, iar prin scrisoarea de bonitate bancară, respectiv extras de cont a făcut dovada deținerii resurselor necesare de către terțul susținător.

Intervenienta arată că scopul prevăzut de legiuitor cu privire la susținerea de către terț este asigurarea autorității contractante că indiferent de dificultățile ivite în ceea ce îl privește pe contractant, acesta să respecte și să finalizeze în integralitate contractul, ori prin prezentarea documentelor menționate a dovedit întru-totul susținerea terțului. Sumele puse la dispoziție de către terțul susținător în cazul întâmpinării dificultăților în executarea contractului, reprezintă strict relațiile comerciale derulate între societatea sa și acesta, nefiind obligați în niciun fel la justificarea acestora.

Intervenienta consideră că, în mod eronat, contestatoarea apreciază că protocolul încheiat între societatea sa și terțul susținător reprezintă un contract de împrumut, menționând că societatea sa are relații comerciale cu terțul susținător, acesta având obligații pecuniare față de ea, atât prezente, cât și viitoare astfel încât sumele datorate și care vor fi datorate de către aceasta putând fi puse la dispoziție în avans.

Critica referitoare la faptul că în protocolul încheiat nu se menționează cu ce titlu se vor pune la dispoziție sumele necesare, în cazul în care societatea sa întâmpină dificultăți în executarea contractului nu are niciun temei legal, legislația în materie neimpunând o astfel de cerință.

Intervenienta susține că, în cazul în care va întâmpina dificultăți în executarea contractului, sumele necesare înaintate pentru executarea acestuia de către terțul susținător, în mod lesne de înțeles nu vor avea caracter de împrumut, atâta timp cât terțul susținător se află în relații comerciale cu ea.

Mai arată intervenienta că, în mod eronat, contestatoarea precizează că autoritatea contractantă ar fi solicitat înlocuirea terțului, susținând că, potrivit mențiunilor din solicitarea de clarificări, autoritatea

contractantă a precizat că în cazul în care terțul susținător nu îndeplinește criteriile privind capacitatea poate solicita înlocuirea acestuia. Or, autoritatea contractantă a apreciat că acest terț susținător îndeplinește prevederile legale, motiv pentru care nici nu a solicitat această înlocuire.

În drept, intervenienta invocă prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și toate dispozițiile legale invocate în prezenta.

Prin adresa nr. 10855/19.01....., înregistrată la CNSC sub nr. 2767/19.01....., ... SRL a transmis Consiliului un răspuns la punctul de vedere înaintat de autoritatea contractantă, precum și față de cererea de intervenție voluntară, solicitând respingerea cererii de intervenție, ca nefondată, precum și a punctului de vedere al autorității contractante.

În ceea ce privește excepția inadmisibilității capătului de cerere prin care a solicitat Consiliului să oblige autoritatea contractantă să declare oferta SC ..... SRL ca fiind inacceptabilă, contestatoarea susține că acesta a fost formulat în conformitate cu art. 26 din Legea nr. 101/2016.

Astfel, contestatoarea arată că, în temeiul art. 26 alin. (10) din Legea nr. 101/2016, Consiliul nu poate decide atribuirea contractului către un anumit operator economic, însă poate dispune luarea măsurilor de remediere de către autoritatea contractantă, așa cum prevede art. 26 alin. (5) din Lege.

În continuare, contestatoarea susține că, așa cum rezultă din raportul procedurii, pagina 66, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului SC ..... SRL ca, în situația în care terțul susținător nu își poate respecta obligațiile de susținere, să înlocuiască terțul SC ... SA, solicitare făcută în temeiul art. 183 din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, contestatoarea precizează că, în mod eronat, ofertantul SC ..... SRL a menționat în cuprinsul Cererii de interventie că prin Decizia nr. 3019/15.11.2017 Consiliul a apreciat că procesul de evaluare nu a fost finalizat, deoarece Consiliul a stabilit că autoritatea contractantă are obligația de a reevalua oferta aparținând SC ..... SRL, pornind de la absența dovezilor că îndeplinește cerința de calificare privind media cifrei de afaceri, stabilită prin fișa de date a achiziției.

În continuare, contestatoarea reiterează susținerile din contestația inițială.

Cu privire la plata cheltuielilor avansate de către SC ..... SRL, contestatoarea susține că intervenienta nu face dovada costurilor și nici nu a dovedit că acestea reprezintă cheltuieli efectuate cu onorariu avocat, așa cum este reglementat de Legea nr. 51/1995 republicată și nici nu reprezintă onorarii ale experților și a altor specialiști.

Faţă de susţinerile părţilor şi de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reţine cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Servicii de pază a obiectivelor din cadrul Agenției Naționale de Îmbunătățiri Funciare, Filialele Teritoriale de Îmbunătățiri Funciare și Sediul Centralei ... – Anul 2017”, defalcate pe loturi, ... (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura, licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ....., publicat în SEAP la data de .....

Nemulțumită de rezultatul reevaluării ofertelor pentru lotul 12, consemnat în adresa nr. 23121/13.12.2017, SC ..... SRL a înaintat Consiliului prezenta contestație, solicitând anularea deciziei de desemnare a ofertei câștigătoare.

De asemenea, Consiliul reține că, în cauza prezentă, întemeindu-și demersul pe dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, SC ..... SRL a formulat o cerere de intervenție voluntară, în calitate de ofertant declarat câștigător pentru lotul 12, în contradictoriu cu contestatoarea SC ..... SRL, demers ce a fost încunoștiințat părților interesate, conform dovezilor înaintate de intervenientă. Verificând, preliminar, admisibilitatea de principiu a cererii de intervenție, Consiliul constată că autoarea ei are interes în a promova un astfel de demers, fiind ofertantul desemnat câștigător al lotului în discuție, motiv pentru care va face analiza ei pe fond odată cu cauza.

Consiliul are în vedere și faptul că în procedura în dispută au mai fost emise 2 rezultate similare, invalidate prin Decizii ale CNSC.

Astfel, a fost emisă și Decizia CNSC nr. 2216/...../2532-2560-2563-2566-2573-2681 din 25.08.2017, prin care s-au admis contestațiile depuse de SC ..... SRL, pentru lotul 12 și de SC ...SRL, pentru lotul 10, anulându-se raportul procedurii nr. 12741/11.07.2017, în partea dedicată ofertelor SC ..... SRL și SC ...SRL, precum și adresele de comunicare a rezultatului procedurii, pentru loturile în discuție, ca acte subsecvente.

De asemenea, în procedură a fost emisă și decizia CNSC nr. 3019/...../3456-..... din 15.11.2017, potrivit căreia s-au admis contestațiile depuse de SC ..... SRL, pentru lotul 10 și de SC ..... SRL, pentru lotul 12, obligând autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor depuse de SC ...SRL, pentru Lotul 10 și de SC ..... SRL, pentru lotul 12.

După punerea în aplicare a ultimei decizii CNSC, autoritatea contractantă a desemnat câștigătoare a lotului 12 oferta aceluiași operator economic – intervenienta din cauză - SC ..... SRL.

Considerând că autoritatea contractantă a acceptat eronat oferta intervenientei, SC ..... SRL solicită invalidarea rezultatului, pentru Lotul 12, în sensul anulării deciziei de desemnare a câștigătorului, consemnată în documentele atacate, dar și obligarea autorității contractante la declararea inacceptabilă a ofertei SC ..... SRL.

Având a analiza excepția inadmisibilității acestui din urmă capăt de cerere (prin care s-a solicitat Consiliului să oblige autoritatea

contractantă să declare oferta depusă de către SC ..... SRL ca fiind inacceptabilă), invocată de intervenientă, Consiliul constată netemeinicia ei.

În fapt, din modul de prezentare a cerinței și a motivelor de fapt și de drept, Consiliul înțelege că autoarea contestației solicită să se constate că autoritatea contractantă a evaluat incorect oferta intervenientei, sub aspectul acceptabilității ei, în privința demonstrării modului de îndeplinire a criteriului privind cifra de afaceri, iar în mod implicit, că se impune, ca măsură de remediere a procedurii, respingerea ofertei în cauză.

Or, o astfel de cerință nu excede competenței materiale a Consiliului, stabilită la art. 26 alin. (2) literele b)-c) și articolele următoare din Legea nr. 101/2016.

Astfel, în temeiul dispozițiilor de la alin. (1) al aceluiași art. 26 din Lege, Consiliul respinge excepția în cauză și analizează cauza pe fond.

Consiliul constată că disputa părților s-a reluat, având în vedere modalitatea de reevaluare a ofertei intervenientei, adică, pretinsa lipsă de relevanță a documentelor privitoare la modalitatea efectivă de susținere a cifrei medii de afaceri, parte a capacității financiare a ofertantului.

Conform deciziei precedente a Consiliului, nr. 3019/...../3456-..... din data de 15.11.2017 (pag. 10-11), din oferta SC ..... SRL lipsesc documente/informații care să releve modul efectiv de susținere de către terț a cifrei medii de afaceri:

”Astfel, lipsește modul efectiv de punere în practică a angajamentului de susținere, iar autoritatea contractantă nu a sesizat neîndeplinirea cerinței de calificare privitoare la cifra de afaceri, pentru Lotul 12, de către ofertant. Consiliul constată, de altfel, din conținutul punctului de vedere la contestație, că autoritatea contractantă nu a înțeles nevoia de a solicita și verifica dovezi ale modalității efective de susținere, întrucât pretinde, din nou, că cerința de calificare privind cifra de afaceri rezultă, cu suficiență, din angajamentul de susținere și bilanțurile contabile depuse de terț, dar și din contractele similare și recomandările contrasemnate de terț.

Or, aceste ultime documente privesc capacitatea tehnică de execuție a viitorului contract, sub aspectul experienței similare a ofertantului, iar documentele emise de terț probează deținerea de către acesta a unor capacități proprii, nu modalitatea efectivă de punere la dispoziția viitorului contract, prin implicarea sa directă sau nu, raportat la cifra de afaceri, pretins a fi susținută.

Tocmai aceste tipuri de pretinsă implicare în procedură, prin susținerea unor resurse de care nu dispune direct ofertantul, au impus regulile din Legea nr. 98/2016, ce au fost avute în vedere și de Consiliu, la emiterea deciziei anterioare, preluate fiind din legislația comunitară și practica instanței comunitare. Spre pildă, în cauzele C-134/01 și C-176/98, Curtea de Justiție a Comunității Europene a statuat că se impune ca ofertantul să probeze că deține efectiv resursele pe care

susținătorul său declară că le pune la dispoziție, nefiind suficient doar un angajament din partea acestuia din urmă în același sens”.

La reluarea procesului de evaluare a ofertei, autoritatea contractantă a solicitat SC ..... SRL (adresa nr. 22023/24.11.2017) documente din care să rezulte modul efectiv în care se va materializa susținerea terțului SC ... SA, precum și, după caz, înlocuirea acestuia, conform prevederilor art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Or, raportat la tipul documentelor depuse de către SC ..... SRL (protocol autentificat, Scrisoare de bonitate bancară, extrase de cont și Anexa nr. 1 la Angajament), Consiliul consideră că acestea ar putea fi relevante în analiza asupra solvabilității terțului sau a deținerii de către acesta a unor resurse financiare – cash-flow, ce nu probează modul în care se susține cifra de afaceri medie a ofertantului.

Consiliul reține că autoritatea contractantă, nici la acest moment, nu a evaluat corect modalitatea de îndeplinire a cerinței specifice privind cifra de afaceri, care reprezintă, în fapt, indicatorul financiar ce relevă capacitatea operatorului economic de a rula/manageria sume/bugete la un anumit nivel valoric, indicator ce rezultă din bilanțul contabil.

Astfel, dacă în etapa precedentă de evaluare a cerinței privind cifra de afaceri, autoritatea contractantă a considerat relevante documente care priveau experiența similară, în etapa de reevaluare a cerinței a apreciat că sunt relevante documente care privesc disponibilitatea unor resurse financiare. Or, în niciuna dintre situații nu s-a probat capacitatea de susținere a cerinței privind cifra de afaceri a ofertantului, adică modul în care ar interveni efectiv terțul pentru a susține această cifră de afaceri, conform angajamentului de susținere emis.

Prin urmare, Consiliul consideră că oferta SC ..... SRL nu îndeplinește cerința de calificare privind cifra de afaceri, iar autoritatea contractantă a desemnat-o eronat câștigătoare a procedurii, pentru lotul 12.

Mai mult, ofertantul în cauză nici nu a înțeles să schimbe terțul susținător, așa cum a solicitat autoritatea contractantă, astfel că este lipsit de posibilitatea de a mai apela la prevederile art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

De altfel, orice altă solicitare de completare a ofertei, cu alte documente decât cele deja înaintate ar fi contrară dispozițiilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016: *Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.*

Această regulă este concordantă și cu practica judiciară națională, dar și a Curții de Justiție a Uniunii Europene, ce a statuat că solicitarea în mod repetat a unor clarificări poate fi considerate drept o negociere de modificare a ofertei, conduită incorectă. Spre exemplificare, în cauza instanței comunitare cu numărul C336/12, la punctul 31, s-a reținut că: *Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul*

unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărui ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C599/10, punctele 36 și 37).

În consecință, raportat la prevederile art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația, va anula decizia de stabilire a câștigătorului pentru Lotul 12 și va obliga autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în maxim 15 zile de la primirea deciziei, pornind de la constatarea că ofertantul SC ..... SRL (intervenienta) nu îndeplinește cerința de calificare privind cifra de afaceri.

În mod implicit, Consiliul va respinge cererea de intervenție, ca nefondată.

Pentru aceste motive,
în baza legii şi a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Constată admisibilitatea în principiu a cererii de intervenție aparținând SC ..... SRL.

Respinge excepția de inadmisibilitate a capătului de cerere 4, invocată de intervenientă, ca nefondată.

Admite contestația SC ..... SRL împotriva rezultatului procedurii aferent lotului 12, în contradictoriu cu ..... și cu intervenienta SC ..... SRL, formulată în procedura inițiată cu anunț de participare nr. ....., publicat în SEAP la data de .....

Anulează decizia de stabilire a ofertei câștigătoare, privind Lotul 12, consemnată în raportul procedurii de atribuire nr. 23117/13.12.2017 și în actele subsecvente lui (adresele de comunicare a rezultatului).

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în maxim 15 zile de la primirea deciziei, prin evaluarea ofertelor în raport cu documentația de atribuire și legislația aplicabilă, pornind de la constatarea că ofertantul SC ..... SRL (intervenienta) nu îndeplinește cerința de calificare privind cifra de afaceri.

Respinge cererea de intervenție înaintată de SC ..... SRL, ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREŞEDINTE,	MEMBRU,	MEMBRU,
....	.....	....

.....