

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. / C.... /

Data:

Prin contestația nr. 2762/11.05.2016, transmisă prin mijloace electronice, înregistrată la Consiliu sub nr. 14448/12.05.2016 și în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 14620/13.05.2016, S.C. ...S.A., cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin ... și convențional prin Cabinet de avocat ..., a contestat actul administrativ nr. 101/06.05.2016 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii de atribuire prin „cerere de oferte”, online, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizare drumuri comunale în comuna ..., județul Dolj” în cadrul proiectului «Modernizare drumuri comunale, înființare grădiniță cu două Săli de clase, protejarea unor elemente ale patrimoniului cultural - fântâna în comuna ..., județul Dolj», cod CPV 45233120-6 (Rev.2), organizată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în comuna ... și a solicitat anularea adresei nr. 101/06.05.2016, anularea raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestuia, precum și obligarea autorității contractante la reluarea „procedurii de la etapa evaluării ofertelor cu respectarea prevederilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice în aplicarea criteriului stabilit în fișa de date, respectiv stabilirea ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile și respectând criteriul de atribuire «oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic»”.

S.C. ...S.R.L., cu sediul în municipiul ..., având adresa de corespondență în localitatea ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CIF RO ..., în calitate de ofertant declarat câștigător în procedura de atribuire ce face obiectul cauzei, a depus cererea de intervenție accesorie nr. 623/17.05.2016, transmisă prin fax, înregistrată la Consiliu sub nr. 15076/17.05.2016 și în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 15366/19.05.2016, prin care a solicitat respingerea contestației formulată de S.C. ...S.A., cu consecința menținerii ca legal și temeinic a rezultatului evaluării ofertelor depuse în

cadrul procedurii și, pe cale de consecință, menținerea în totalitate a raportului procedurii încheiat în acest sens de către autoritatea contractantă, precum și a actelor subsecvente.

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de S.C. ...S.A., cu sediul în municipiul ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în comuna ..., str.

Dispune continuarea procedurii de atribuire.

Admite cererea de intervenție formulată de S.C. ...S.R.L., cu sediul în municipiul București, str. ..., având adresa de corespondență în localitatea

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

MOTIVARE

Prin contestația nr. 2762/11.05.2016, transmisă prin mijloace electronice, înregistrată la Consiliu sub nr. 14448/12.05.2016 și în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 14620/13.05.2016, formulată de S.C. ...S.A., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., în calitate de autoritate contractantă, împotriva actului administrativ nr. 101/06.05.2016 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii de atribuire prin „cerere de oferte”, online, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizare drumuri comunale în comuna ..., județul Dolj” în cadrul proiectului «Modernizare drumuri comunale, înființare grădiniță cu două Săli de clase, protejarea unor elemente ale patrimoniului cultural - fântâna în comuna ..., județul Dolj», cod CPV 45233120-6 (Rev.2), s-a solicitat anularea adresei nr. 101/06.05.2016, anularea raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestuia, precum și obligarea autorității contractante la reluarea „procedurii de la etapa evaluării ofertelor cu respectarea prevederilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice în aplicarea criteriului stabilit în fișa de date, respectiv stabilirea ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile și respectând criteriul de atribuire «oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic»”.

Contestatoarea menționează că a formulat contestație împotriva primului rezultat al procedurii din data de 09.03.2016, prin care oferta sa a fost declarată necâștigătoare, contestația fiind soluționată de Consiliu prin Decizia nr. 591 din data de 13.04.2016, prin care aceasta a fost admisă.

După reluarea evaluării, contestatoarea arată că, prin adresa nr. 101/06.05.2016, i s-a comunicat cel de-al doilea rezultat al procedurii,

prin care a fost înștiințată că oferta sa a fost declarată necâștigătoare, cu un punctaj de 95,89 puncte, în timp ce oferta câștigătoare a fost cea depusă de S.C. ...S.R.L.

În ceea ce privește comunicarea rezultatului procedurii, contestatoarea consideră că acesta nu respectă prevederile art. 207 alin (1) lit. c) din OUG nr. 34/2006, întrucât este precizat termenul pentru depunerea unei contestații ca fiind de „6 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință /.../”, ceea ce, în opinia contestatoarei, ar reprezenta intenția autorității contractante de a induce în eroare ofertanții participanți la procedură.

Ca urmare a studierii dosarului achiziției publice la sediul autorității contractante, contestatoarea aduce critici ofertei declarată câștigătoare, susținând că aceasta nu respectă prevederile art. 34 alin. (1) din HG nr. 925/2006.

Astfel, contestatoarea arată că S.C. ...S.R.L. nu a prezentat declarația conform art. 11 alin. (4) din HG nr. 925/2006, respectiv Formular 23 și anexa acesteia. În anexă, ofertantul criticat nu a declarat că va depune toate certificatele privind plata taxelor și impozitelor pentru toate punctele de lucru care se regăsesc în certificatul constatator depus la licitație.

Contestatoarea susține că, deși Consiliul a precizat că autoritatea contractantă trebuia să solicite clarificări pentru elucidarea aspectelor legate de nedepunerea certificatelor privind plata taxelor și impozitelor locale pentru toate punctele de lucru secundare care se regăsesc în cadrul Certificatului Constatator, nu înseamnă că a permis autorității contractante să accepte documente care au termen de emitere după data depunerii ofertei, în felul acesta fiind avantajat un ofertat față de ceilalți participanți la procedură.

Astfel, contestatoarea observă că, prin adresa nr. 77/21.04.2016, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului declarat câștigător prezentarea certificatelor constatatoare privind plata impozitelor și taxelor locale pentru toate sediile și punctele de lucru ce se regăsesc în cadrul certificatului constatator emis de ONRC, iar S.C. ...S.R.L., prin răspunsul nr. 79/26.04.2016, a susținut că din conținutul certificatului nr. 2594/14.01.2016 reiese că societatea sa nu are datorii la sediile secundare. Contestatoarea consideră că certificatul în cauză face referire la taxele la bugetul consolidat și nu include taxele locale pentru sediile secundare și punctele de lucru, aceste impozite plătindu-se la autoritățile locale de pe raza cărora își desfășoară activitatea.

Contestatoarea apreciază ca fiind eronat răspunsul S.C. ...S.R.L., arătând în acest sens că la bugetul consolidat nu se regăsesc datoriile ce fac obiectul impozitelor la bugetele locale, acest aspect fiind susținut și de depunerea certificatului nr. 11311/12.01.2016 privind impozitele și taxele locale și alte venituri ale bugetului local.

Ca urmare a analizării documentelor depuse de ofertantul declarat câștigător pentru dovedirea faptului că la data anterioară depunerii ofertelor nu a avut datorii la bugetul local pentru sediile secundare și punctele de lucru din cadrul certificatului constatator, (Certificat de atestare fiscală nr. 2016/22.04.2016, adresele nr. 201/22.04.2015 și nr. 201/22.04.2015 emise de comuna ..., Certificatul nr. 2134/06.04.2016,

Certificatul nr. 187/14.01.2016, Certificatul nr. 96/25.04.2016, adresa nr. 1845/25.04.2016 eliberată de comuna ..., Certificatul nr. 1770/22.04.2016, adresa nr. 1762/22.04.2016 eliberată de comuna Prunișor, Certificatul nr. 3214/22.04.2016, adresa nr. 3215/22.04.2016 eliberată de Primăria ..., Certificat de atestare fiscală nr. 52733/25.04.2016 și Certificatul nr. 52736/25.04.2016), contestatoarea observă că S.C. ...S.R.L. dovedește numai că la data eliberării certificatelor nu avea datorii la data de 31.12.2015. În acest sens, contestatoarea invocă jurisprudența Curților de Apel, solicitând revizualizarea întregului dosar al achiziției publice.

O altă critică a S.C. ...S.A. vizează neprezentarea, de către ofertantul câștigător, a cash-flow-ului, așa cum a fost solicitat prin documentația de atribuire, pentru îndeplinirea acestei cerințe fiind depusă susținerea terțului susținător S.C. ...S.A., Scrisoarea de confort emisă de ...Bank - Agenția Drobeta Turnu Severin precizând că „în situația în care S.C. ...va fi desemnată câștigătoare a licitației, va avea acces la resurse financiare suficiente”. Față de acest document, contestatoarea menționează că la data depunerii ofertei, S.C. ...S.R.L. avea cunoștință despre faptul că oferta trebuie întocmită cu respectarea legislației în vigoare, adăugând că Addendumul depus ca urmare a solicitării de clarificări a fost obținut după data depunerii ofertelor, acesta având rolul de a modifica fondul acestuia.

Astfel, contestatoarea apreciază că prin acceptarea, de către autoritatea contractantă, fără a elucida data la care a fost emis addendumul, printr-o solicitare de clarificări adresată băncii, creează un avantaj ofertantului declarat câștigător față de ceilalți participanți la procedură. Contestatoarea invocă dispozițiile art. 3 alin. (1) din Instrucțiunea nr. 1 din 25 august 2015 emisă în aplicarea prevederilor art. 186 și art. 190 din OUG nr. 34/2006, concluzionând că un contract de prestări servicii nu poate avea drept efect alocarea necondiționată din partea Beneficiarului, în speță S.C. ...S.A., a resurselor financiare necesare complinirii cash-flow-ului de execuție a lucrării în sumă de 2.128.088,25 lei.

Contestatoarea observă că autoritatea contractantă, prin adresa nr. 77/21.04.2015, a solicitat ofertantului să facă dovada modului cum poate fi făcut transferul dintre cele două firme. S.C. ...S.R.L. a depus Hotărârea AGA, în care terțul susținător afirmă că nu reprezintă o disponibilizare necondiționată, ci, dimpotrivă, este condiționată de existența unei datorii către operator, derivată dintr-un raport comercial anume. În legătură cu acesta s-au emis facturi, dar nu rezultă că a avut loc contraprestația (livrarea), termenul de plată a fost depășit, fiind de presupus că sunt probleme în legătură cu raporturile dintre părți. Mai mult, acesta depune un bilet la ordin emis în data de 26.04.2016, adică după termenul limită pentru depunerea ofertelor și după termenul scadent prevăzut în contractul depus. Biletul la Ordin, având data după termenul de depunere al ofertelor, nu poate fi luat în considerare, în opinia contestatoarei, încălcându-se principiile prevăzute în OUG nr. 34/2006.

În consecință, S.C. ...S.A. face precizarea că în cazul în care S.C. ...S.A. nu își plătește datoriile pe care le are la S.C. ...S.R.L., nimeni

nu poate garanta, nici măcar autoritatea contractantă, că la data semnării contractului ofertantul declarat câștigător poate face dovada că resursele pot fi disponibilizate.

Față de cele mai sus menționate, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă trebuia să respingă ofertele inacceptabile și neconforme și să stabilească oferta câștigătoare dintre ofertele admisibile.

În dovedirea contestației sale, S.C. ...S.A. a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 14669/1011 C5/13.05.2016, Consiliul a solicitat autorității contractante COMUNA ..., între altele, înaintarea documentelor întocmite/primate ulterior deciziei Consiliului nr. 591/C9/482/13.04.2016.

De asemenea, în vederea soluționării contestației formulate de S.C. ...S.A., în temeiul art. 270 alin. (2) și 275 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, Consiliul, prin adresa nr. 14670/1011 C5/13.05.2016, a solicitat contestatoarei, între altele, comunicarea, în termen de cel mult 3 (trei) zile de la primirea adresei, a motivării complete a contestației și eventualele mijloace de probă noi pe care se sprijină contestația, precum și alte înscrisuri și informații pe care le apreciază necesare pentru soluționarea contestației.

Referitor la solicitarea de a i se permite accesul la dosarul achiziției publice, Consiliul a înștiințat contestatoarea că ordonanța prevede calea de atac a contestației pentru motive de nelegalitate și netemeinicie care derivă din actul atacat și sunt cunoscute persoanei vătămate la momentul formulării ei, iar nu pentru motive necunoscute. Pe de altă parte, conform dispozițiilor art. 270 alin. (1) lit. e) din ordonanță, contestația trebuie să cuprindă motivarea atât în fapt cât și în drept, singura ipoteză în care se admite completarea motivării fiind aceea de la art. 270 alin. (2) – când Consiliul apreciază că în contestație nu se regăsește motivarea ei, ocazie cu care pune în vedere autoarei să își completeze contestația în termen de 3 zile.

De asemenea, Consiliul i-a adus la cunoștință contestatoarei că ulterior primirii copiei dosarului achiziției publice de la autoritatea contractantă, va fi informată asupra termenului la care poate consulta documentele din respectivul dosar, precum și depune eventualele concluzii scrise reieșite din consultarea dosarului, concluzii care nu pot avea ca obiect completarea contestației cu alte motive sau capete de cerere.

Contestatoarea S.C. ...S.A., prin Cabinetul de avocat ..., a comunicat adresa intitulată „Note scrise” la contestație, înregistrată la Consiliu sub nr. 14795/16.05.2016, prin care a încunoștințat că urmare a adresei de clarificări a autorității contractante, S.C. ...S.R.L. răspunde că la semnarea contractului de achiziție publică, banca va debloca suma de 2.500.000 lei în favoarea societății sale, în susținerea acestei ipoteze, terțul susținător depunând un bilet la ordin avizat în favoarea acesteia, document ulterior formulării ofertei și datat la 26.04.2016.

Astfel, contestatoarea apreciază că scrisoarea de confort nu poate fi calificată drept un simplu angajament de onoare, emitentul unei scrisori de confort putând fi obligat la însuși executarea obligației asumate de debitor numai de către acesta din urma, iar creditorul în favoarea căruia

emitentul scrisorii de confort va executa această scrisoare poate cere de la emitent numai daune-interese, nu și executarea obligației de a face/a nu face. Mai mult, se arată că biletul la ordin nu prezintă garanția necesară, întrucât aceasta generează o serie de riscuri majore, și anume refuzul de decontare din partea băncii din diverse cauze precum și retragerea acestuia de către emitent. Astfel, contestatoarea precizează că ofertantul trebuia să demonstreze că la momentul semnării contractului va avea acces la resurse reale sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii și nicidecum, resurse condiționate de către presupuși „terți susținători”.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire s-a depus cererea de intervenție nr. 623/17.05.2016, transmisă prin fax, înregistrată la Consiliu sub nr. 15076/17.05.2016 și în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 15366/19.05.2016, formulată de S.C. ...S.R.L., în calitate de ofertant declarat câștigător în procedura de atribuire ce face obiectul cauzei, prin care s-a solicitat respingerea contestației formulată de S.C. ...S.A., cu consecința menținerii ca legal și temeinic a rezultatului evaluării ofertelor depuse în cadrul procedurii și, pe cale de consecință, menținerea în totalitate a raportului procedurii încheiat în acest sens de către autoritatea contractantă, precum și a actelor subsecvente.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la declarația conform art. 11 alin. (4) din HG nr. 925/2006 și anexa acesteia, intervenienta susține că aceasta a mai fost formulată și în precedentă contestație, ce a fost soluționată de către Consiliul prin Decizia nr. 591/C9/482 din data 13.04.2016, considerând astfel că aceasta se bucură de lucru judecat.

În ceea ce privește solicitarea certificatelor pentru toate punctele de lucru, intervenienta susține că autoritatea contractantă a pus în aplicare decizia Consiliului nr. 591/C9/482 din data 13.04.2016, prin care acesta din urmă i-a impus autorității contractante solicitarea certificatelor, fapt pentru care, prin adresa nr. 77/21.04.2016, autoritatea a formulat o solicitare de clarificări sub acest aspect, răspunsul fiind comunicat prin adresa nr. 532/26.04.2016. Prin intermediul răspunsului au fost depuse atât certificatele fiscale privind plata impozitelor și taxelor locale pentru toate sediile secundare și punctele de lucru, eliberate în data de 22.04.2016 și în data 25.04.2016 (fără datorii), cât și dovezi ale situației obligațiilor de plată care atestă lipsa datoriilor către bugetele locale la data de 31.12.2015, cu precizarea că din motive tehnice unitățile administrativ teritoriale nu pot elibera certificate retroactiv.

Intervenienta face precizarea că din certificatul constatator nr. 451706 din 19.12.2015 se constată că 9 (nouă) dintre cele 10 (zece) sedii secundare/puncte de lucru, se găsesc pe teritoriul județului Mehedinți și, pentru toate acestea, obligațiile de plată sunt 0 (zero), la data de 31.12.2015. Având în vedere data emiterii deciziei Consiliului nr. 591/C9/482 din 13.04.2016 și ținând cont și de data transmiterii, de către autoritatea contractantă, a solicitării prezentării certificatelor fiscale, respectiv 21.04.2016, intervenienta consideră că, la verificarea îndeplinirii cerinței privind inexistența datoriilor la bugetul general

consolidat, trebuie avute în vedere și prevederile art. 9 alin. (3) din Ordinul nr. 509/2011.

S.C. ...S.R.L. face precizarea că autoarea contestației putea formula plângere împotriva deciziei Consiliului.

În ceea ce privește critica referitoare la neprezentarea dovezii privind asigurarea cash-flow-ului de execuție a lucrării în sumă de 2.128.088,25 lei, intervenienta menționează că, potrivit deciziei anterioare, autoritatea contractantă trebuia să continue cu clarificarea ofertei în sensul de a obține contractul la care se face referire și documente în justificarea respectării prevederilor din domeniul financiar-bancar și contabil, acest aspect fiind solicitat prin adresa de clarificări nr. 77/21.04.2016, la care societatea sa a răspuns prin adresa nr. 532/26.04.2016, răspuns ce a fost considerat edificator.

În concluzie, intervenienta consideră că autoritatea contractantă a procedat în mod corect, în conformitate cu decizia Consiliului nr. 591/C9/482 din data 13.04.2016, cu prevederile documentației de atribuire și dispozițiile legale în materia achizițiilor publice, iar criticile contestatoarei S.C. ...S.A. sunt netemeinice și trebuie respinse.

Prin adresa nr. 125/17.05.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 15364/19.05.2016, autoritatea contractantă COMUNA ... a comunicat punctul de vedere nr. 119/16.05.2016 referitor la contestație, însoțit de o parte din documentele solicitate de Consiliu prin adresa nr. 14669/1011 C5/13.05.2016.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă face precizarea că, dintr-o eroare de dactilografiere, a fost trecut greșit numărul de zile în care se poate depune contestația, respectiv 6 zile în loc de 5 zile, adăugând faptul că s-a făcut referire, în comunicare, la temeiul legal privind data depunerii acesteia, și anume art. 256² alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

În ceea ce privește solicitarea de clarificări adresată ofertantului declarat câștigător S.C. ...S.R.L., autoritatea contractantă arată că în vederea dovedirii îndeplinirii criteriilor de calificare prevăzute, ofertantul a prezentat inițial doar o declarație pe propria răspundere, însoțită de anexă, prin care confirmă că îndeplinește cerințele de calificare. Deși în declarație nu au fost precizate punctele de lucru și sediile secundare, întrucât nu a fost solicitat explicit acest lucru în fișa de date a achiziției, autoritatea contractantă susține că a ținut seama de această declarație, iar în baza prevederilor art. 9 alin. (3) din Ordinul nr. 509/2011 al ANRMAP, a luat în considerare, la verificarea îndeplinirii cerinței de calificare privind plata de către ofertant a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale, atât declarația pe propria răspundere, cât și acele certificate de atestare fiscală prezentate de ofertant în urma solicitării, chiar dacă acestea sunt emise de autoritățile competente ulterior datei de deschidere a ofertelor și, eventual, atestă lipsa datoriilor ulterior respectivei date.

Referitor la cea de-a doua critică a contestatoarei privind cash-flow-ul de execuție a lucrării, autoritatea contractantă menționează că ofertantul a depus angajament de susținere financiară acordată de către S.C. ...S.A., prin care se obligă în mod ferm, necondiționat și irevocabil să pună la dispoziția ofertantului suma de 2.128.088,25 lei cu titlul de

sustinere financiară pentru executarea lucrărilor pentru o perioadă de 3 luni de la data semnării contractului. De asemenea, s-a depus o Scrisoare de confort FN/FD emisă de ...Bank pentru S.C. ...S.A. în care se precizează că în situația în care va fi desemnată câștigătoare a licitației, va avea acces la resurse financiare suficiente pentru a susține fluxul de numerar pentru execuția lucrărilor în suma de 2.128.088,25 lei pentru o perioadă de minim 3 luni de la data semnării contractului.

Față de acest aspect, autoritatea contractantă învederează că a solicitat clarificări prin adresa nr. 21/14.01.2016, ofertantul depunând Addendum-ul nr. 1 la Scrisoarea de confort, în care se precizează că în situația în care S.C. ...S.R.L., ce beneficiază de susținere financiară din partea S.C. ...S.A., va fi desemnată câștigătoare a licitației, va avea acces la resurse financiare suficiente pentru a susține fluxul de numerar pentru execuția lucrărilor în suma de 2.128.088,25 pentru o perioadă de minim 3 luni, resurse puse la dispoziție de către S.C. ...S.A. Astfel, comisia de evaluare a constatat că terțul susținător nu dispune de resurse financiare, conform art. 186 din OUG nr. 34/2006, fapt pentru care au fost solicitate clarificări prin adresa nr. 29/28.01.2016.

În urma clarificărilor, ofertantul a depus documentul emis de ...Bank, nr. 28207/29.01.2016, în care se precizează că „Vă confirmăm prin prezenta, faptul că ...SA dispune de depozite bancare la termen, negrevate de sarcini, printre care două depozite - unul în valoare de 2.000.000 lei și unul în valoare de 500.000 lei”. Având în vedere faptul că nu s-a precizat cum se realizează transferul acestora către ofertant, prin adresa nr. 1485/09.02.2016, au mai fost solicitate clarificări, în urma cărora ofertantul a răspuns că „/.../ între cele două firme există un contract comercial aflat în derulare cu termen de plată de 120 zile de la facturare. În orice moment în care ofertantul S.C. ...S.R.L. va avea nevoie de resurse financiare, terțul susținător ...SA va efectua un transfer bancar de îndată ce va fi necesar /.../”.

De asemenea, autoritatea contractantă învederează că prin solicitarea de clarificări nr. 77/21.04.2016, i s-a pus în vedere ofertantului să depună contractul la care face referire și documente în justificarea respectării prevederilor din domeniul financiar bancar și contabil și cum anume va fi asigurat transferul sumei de 2.128.088,55 lei pe o perioadă de 3 luni. Ca urmare a solicitării de clarificări, ofertantul a depus un set de documente, din analiza cărora rezultă că în baza contractului de furnizare de mixturi asfaltice din 12.10.2015, S.C. ...S.R.L. are de încasat de la ...SA sume mai mari decât cea de 2.500.000 lei, exemplificând astfel acest aspect.

Totodată, autoritatea contractantă învederează că prin răspuns, ofertantul în discuție a precizat că, pentru clarificarea modalității de transfer a sumelor la data semnării contractului, ...Bank va proceda la deblocarea sumei de 2.500.000 lei și la transferarea acesteia în contul curent ale S.C. ...S.R.L., ...SA emițând un bilet la ordin avalizat în favoarea S.C. ...S.R.L., în sumă totală de 2.500.000 lei, încunoscându-se banca cu privire la acest fapt, suma de 2.500.000 lei urmând să fie plătită doar în baza comunicării rezultatului procedurii. În consecință, autoritatea contractantă consideră că prin depunerea acestor documente, S.C. ...S.R.L. a îndeplinit cerința referitoare la cash-flow.

Față de cele mai sus prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată.

Prin adresa nr. 15285/1011 C5/18.05.2016, Consiliul a solicitat părților comunicarea susținerilor față de cererea de intervenție formulată de S.C. ...S.R.L.

Autoritatea contractantă COMUNA ... a răspuns prin adresa nr. 136/19.05.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 15417/19.05.2016, prin care a precizat că susține cererea de intervenție.

Contestatoarea S.C. ...S.A. a răspuns prin adresa nr. 2958/19.05.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 15413/19.05.2016, arătând că din interpretarea dispozițiilor art. 430 alin. (3) și (4) din Codul de procedură civilă, rezultă că Decizia nr. 591/C9/482/13.04.2016 nu are autoritate de lucru judecat asupra fondului, autoritatea de lucru judecat care operează „fiind cel mult doar una de natură provizorie în înțelesul legiuitorului, fie că subscrisa sa ar făcut uzanță de dispozițiile art. 281 și urm. din OUG nr. 34/2006”.

Pe fondul cauzei, referitor la critica privind cash-flow, contestatoarea reiterează susținerile din cererea sa introductivă.

Având în vedere cererea contestatoarei privind accesul la dosarul achiziției publice, Consiliul, prin adresa nr. 15452/1011 C5/19.05.2016, a invitat-o în acest sens la data de 23.05.2016.

Contestatoarea S.C. ...S.A. a comunicat prin adresa nr. 3071/24.05.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 15889/24.05.2016, „Concluzii scrise” ca urmare a studierii dosarului achiziției publice.

Contestatoarea reamintește că în urma analizei Addendum-ului nr. 1 al Scrisorii de Confort emis de către ...Bank Sucursala Drobeta Turnu - Severin, s-a constatat că acesta nu prezintă data la care a fost emis și nici numărul de înregistrare din registrul de evidență al băncii emitente, fapt pentru care a formulat către BNR o solicitare sub acest aspect, iar răspunsul BNR nr. XX/2/3710/19.05.2016 a arătat că „este necesar să vă adresați Direcției Generale de Poliție a Municipiului Drobeta Turnu Severin în vederea efectuării de cercetări pentru a constata dacă faptele săvârșite de ...Bank SA prin Agenția Drobeta Turnu Severin și ...S.R.L. întrunesc elementele constitutive ale unor infracțiuni prevăzute de Codul Penal”, precum și Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, în calitatea sa de instituție abilitată să realizeze activități de control ex-post privind atribuirea contractelor de achiziție publică.

Chiar și sub rezerva faptului că înscrisurile prezentate ar fi veridice, contestatoarea apreciază că ...S.R.L. nu a făcut dovada resurselor financiare pentru că toate înscrisurile depuse evidențiază că sumele de încasat sunt condiționate de semnarea contractului de achiziție publică, fapt nepermis de către legislația incidentă.

De asemenea, contestatoarea arată că în dosarul achiziției publice a observat un înscris emis de către ...Bank S.A. și datat la 19.01.2016, ulterior datei limită de depunere a ofertelor care nu ar fi trebuit inclus în rândul documentelor analizate de către comisia de evaluare, considerând că autoritatea contractantă, prin analiza superficială a ofertei depuse de către ...S.R.L., aduce atingere nu doar intereselor proprii ale S.C. ...S.A., ci și principiului eficienței utilizării a fondurilor.

Restul susținerilor contestatoarei reprezintă reiterări ale considerentelor din cadrul contestației.

Prin adresa nr. 146/30.05.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 16313/30.05.2016, autoritatea contractantă a răspuns solicitării adresată de Consiliu prin adresa nr. 16270/1011 C5/27.05.2016, în sensul că a completat dosarul achiziției publice cu documente emise ulterior Deciziei 591/C9/482/13.04.2016, cu solicitarea de clarificări adresată lui SC ...SRL și răspunsul acestui ofertant.

Cu privire la cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, depusă de SC ...S.R.L., având în vedere dispozițiile art. 297 din OUG nr. 34/2006, art. 61 alin. (3), art. 63, art. 65 și art. 67 din Codul de procedură civilă dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză SC ...S.R.L. are calitatea de ofertant câștigător, iar cererea sa privește respingerea contestației, deci implicit menținerea acestei decizii a autorității contractante, Consiliul admite în principiu cererea de intervenție.

Pentru soluționarea cauzei, la prezentul dosar a fost atașat Dosarul Consiliului nr. 482/2016.

Ultimul document înregistrat la dosarul cauzei este corespondența nr. 146/30.05.2016, transmisă prin e-mail și depusă în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 16313/30.05.2016 și respectiv nr. 17373/08.06.2016, reprezentând completarea de către autoritatea contractantă a dosarului achiziției.

Din documentele depuse la dosarul cauzei Consiliul reține următoarele:

Autoritatea contractantă, a inițiat procedura de atribuire prin „cerere de oferte”, online, fără fază finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizare drumuri comunale în comuna ..., județul Dolj” în cadrul proiectului «Modernizare drumuri comunale, înființare grădiniță cu două Săli de clase, protejarea unor elemente ale patrimoniului cultural - fântâna în comuna ..., județul Dolj», cod CPV 45233120-6 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. 383514/17.12.2015, stabilind limită de depunere a ofertelor la 06.01.2016, criteriul de atribuire „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic” și valoarea estimată, fără TVA, de 8.931.681 lei.

În cadrul procedurii de atribuire au depus oferte 4 operatori economici, printre care și contestatoarea din prezenta cauză, așa cum rezultă din procesul verbal al ședinței de evaluare documente calificare, înregistrat sub nr. 18/14.01.2016.

După evaluarea ofertelor autoritatea contractantă a stabilit rezultatul procedurii, consemnat în raportul procedurii înregistrat sub nr. 53/04.03.2016, potrivit căruia oferta câștigătoare a fost cea depusă de SC ...SRL, pe locul 2 situându-se SC ...SRL, iar pe locul 3 SC ...SA.

Împotriva acestui rezultat al procedurii de atribuire a depus contestație SC ...SRL, constituindu-se, la Consiliu, dosarul nr. 482/2016, contestația fiind soluționată prin Decizia nr. 591/C9/482 din 13.04.2016. Prin această decizie Consiliul a dispus următoarele:

„(...) pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația formulată de SC ...SA, în contradictoriu cu Comuna ...

(Consiliul Local), și anulează raportul procedurii de atribuire nr. 53/04.03.2016 și comunicările privind rezultatul procedurii subsecvente acestuia. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor SC ...SRL și SC ...SRL și stabilirea rezultatului procedurii, în termen de 15 zile de la primirea deciziei, cu respectarea celor din motivare, a documentației de atribuire și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice. Rezultatul procedurii va fi comunicat ofertanților în termenul legal.

În temeiul art. 278 alin. (6) din ordonanță, dispune continuarea procedurii.

În conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de SC ...SRL și, în temeiul art. 278 alin. (5) din ordonanță, o respinge.

Respinge excepția tardivității contestației ridicată de intervenientă”.

Împotriva acestei decizii a formulat plângere SC ...SRL, sens în care, la Curtea de Apel Craiova s-a constituit dosarul nr. 817/54/2016, instanța, prin Decizia nr. 4/2016 din 27.05.2016, anulând plângerea, așa cum rezultă din informațiile publicate pe portalul instanței în legătură cu acest dosar.

Autoritatea contractantă a pus în aplicare decizia Consiliului, a reevaluat ofertele depuse de SC ...SRL și SC ...SRL și a stabilit un nou rezultat al procedurii, consemnat în raportul procedurii înregistrat sub nr. 87/03.05.2016, potrivit căruia câștigătoare a fost declarată oferta depusă de SC ...SRL în timp ce oferta depusă de SC ...SA a fost clasată pe locul 2.

Nemulțumită de acest rezultat al procedurii, ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 101/06.05.2016, SC ...SA a depus contestația care face obiectul prezentei cauze.

Consiliul reține că prezenta procedură de atribuire a fost inițiată la data de 17.12.2015, contestația fiind înregistrată la Consiliu la data de 11.05.2016, anterior intrării în vigoare a Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, potrivit căreia, „La data intrării în vigoare a prezentei legi se abrogă: a) Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 418 din 15 mai 2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare” și a Legii 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. Cele două acte normative au intrat în vigoare la data de 26.05.2016, dată la care prezenta contestație se afla pe rolul Consiliului.

Rezultă că, în speță, sunt incidente prevederile art. 69 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform cărora „Contestațiile/Cererile/Plângerile aflate în curs de soluționare la Consiliu/instanța de judecată la data intrării în vigoare a prezentei legi continuă să fie soluționate în condițiile și cu procedura prevăzute de legea în vigoare la data la care au fost depuse”, astfel că soluționarea prezentei contestații urmează să se facă

în baza prevederilor OUG nr. 34/2006, în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire în cadrul căreia s-a depus prezenta contestație.

Din conținutul contestației rezultă că autoarea acesteia critică, pe de o parte, conținutul comunicării rezultatului procedurii, respectiv al actul atacat, iar, pe de altă parte, modul în care autoritatea contractantă a verificat îndeplinirea, de către ofertantul SC ...SRL, a cerințelor de calificare privind dovedirea lipsei datoriilor la bugetul local și asigurarea cash-flow-ului.

Relevante în analizarea prezentei contestații sunt următoarele considerente ale Deciziei nr. 591/C9/482 din 13.04.2016:

„Trecând la soluționarea fondului contestației, Consiliul constată că, prin comunicarea din 09.03.2016, s-a adus la cunoștința contestatoarei (n.n. SC ...SA) că oferta sa nu a fost declarată câștigătoare pe baza criteriului de atribuire «prețul cel mai scăzut», deoarece avea prețul mai mare.

Sub aspectul termenului de 6 zile pentru depunerea contestației, eronat prevăzut în comunicare, Consiliul reține că, într-adevăr, autoritatea contractantă a indicat termenul de 6 zile, în loc de 5 zile, prevăzut la art. 256² alin. (1) lit. b) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, însă această eroare nu a produs vreun prejudiciu petentei, contestația fiind formulată în termenul legal.

(...)

Cu toate acestea, întrucât clasamentul ofertelor a fost determinat de prețul ofertat, pentru factorul de evaluare «perioada de garanție acordată lucrării» toți ofertanții primind punctaj egal, pentru aceeași perioadă de 60 zile, nu se impune anularea comunicării, mențiunile eronate neîmpiedicând contestatoarea să își motiveze contestația.

(...)

Consiliul constată că, în fișa de date a achiziției, cap. III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, s-a solicitat ca ofertanții să depună certificate fiscale în original/copie legalizată/simplă certificată «conform cu originalul» care să ateste că ofertantul nu are datorii la bugetul general consolidat scadente la nivelul lunii anterioare celei în care este prevăzut termenul limită pentru depunerea ofertelor.

Pentru îndeplinirea cerinței, societatea (n.n. SC ...SRL) a depus declarație pe proprie răspundere privind îndeplinirea cerințelor de calificarea, referitoare la situația personală, declarație dată în temeiul art. 11 alin. (4) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006.

Prin adresa nr. 21/14.01.2016, autoritatea contractantă a solicitat ofertantei depunerea certificatelor fiscale.

Ofertanta a răspuns cu adresa 141/03.02.2016, la care a anexat certificatul de atestare fiscală nr. 2594/14.01.2016 și certificatul de atestare fiscală privind impozitele și taxele locale nr. 11311/12.01.2016, eliberat de Direcția generală de impozite și taxe locale Sectorul 4 al Municipiului București.

Într-adevăr, astfel cum a arătat și contestatoarea, deși autoritatea contractantă nu a prevăzut în fișa de date a achiziției că trebuie prezentate certificatele de atestare fiscală și pentru sediile secundare, acestea trebuiau prezentate. Demonstrarea lipsei datoriilor către bugetul

general consolidat nu poate fi realizată decât prin lipsa datoriilor la sediul principal și sediile secundare/puncte de lucru.

Astfel fiind, achizițarea, având în vedere depunerea declarației pe propria răspundere prezentată de ofertantă trebuia să-i solicite prezentarea certificatelor pentru toate punctele de lucru, chiar dacă în declarație se făcea referire doar la certificatul eliberat de Direcția generală de impozite și taxe locale Sectorul 4.

Contrar celor susținute de reclamantă, ținând seama de aspectul că, prin fișa de date a achiziției, nu s-a solicitat expres depunerea certificatelor și pentru sediile secundare/puncte de lucru, iar prin declarația privind neîncadrarea în dispozițiile art. 181 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, ofertanta a declarat că și-a îndeplinit obligațiile de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale până la data solicitată, 31.12.2015, autoritatea contractantă era obligată să solicite respectivele certificate, nu să respingă în mod automat oferta ca inacceptabilă.

Față de cele constatate, măsura respingerii ar fi fost disproporționată.

Vizavi de cerința privind cash-flow-ul de execuție, Consiliul constată că, pentru îndeplinirea cerinței, SC ...SRL a depus angajamentul de susținere din partea SC ...SA și scrisoarea de confort din partea ...Bank, Agenția Drobeta Turnu Severin, în care se arată că, în situația în care va fi desemnată câștigătoare oferta SC ...SA va avea acces la resurse financiare suficiente pentru a susține fluxul de numerar pentru execuția lucrărilor în sumă de 2.128.088,25 lei, pentru o perioadă de 3 luni de la data semnării contractului.

Prin adresa nr. 21/14.01.2016, autoritatea contractantă a solicitat ofertantei să clarifice referirea din scrisoare la SC ...SA având în vedere că acesta este terț susținător, și nu ofertant.

Ofertanta a răspuns cu adresa nr. 98/20.01.2016, la care a atașat addendumul nr. 1 la scrisoarea de confort din partea ...Bank, Agenția Drobeta Turnu Severin, în care se menționează că: «În situația în care ...SRL ce beneficiază de susținere din partea ...SA va fi desemnată câștigătoare a licitației va avea acces la resurse financiare suficiente pentru a susține fluxul de numerar pentru execuția lucrărilor, în sumă de 2.128.088,25 lei pe o perioadă de minim 3 luni de la data semnării contractului, resurse financiare puse la dispoziție de ...SA».

Prin adresa nr. 29/28.01.2016, autoritatea contractantă a solicitat să se prezinte documente emise de bancă în care să se precizeze că terțul susținător SC ...SA dispune de respectivele resurse financiare, iar în situația în care se menționează că dispune de linie de credit să se precizeze care este valoarea neconsumată din respectivul instrument de creditare conform solicitării din fișa de date a achiziției și Instrucțiunii ANRMAP nr. 1/2015.

Ofertanta a răspuns cu adresa nr. 141/03.02.2016, la care s-a atașat adresa nr. 28207/29.01.2016, emisă de ...Bank, Agenția Drobeta Turnu Severin, în care se menționează că SC ...SA dispune de depozite bancare la termen, negrevate de sarcinii, printre care două depozite, unul în valoare de 2.000.000 lei și unul în valoare de 500.000 lei.

Prin adresa nr. 1485/09.02.2016, autoritatea contractantă transmite o nouă solicitare de clarificări, cu privire la cum se va asigura accesul de la terțul susținător, având în vedere că, în documentele prezentate, nu se precizează cum se realizează transferul acestora către ofertant.

Ofertanta a răspuns cu adresa nr. 175/12.02.2016, în care a precizat că, în orice moment în care ofertantul SC ...SRL va avea nevoie de resurse financiare, terțul susținător va efectua un transfer bancar de îndată ce va fi necesar. A adăugat că, între cele două firme, există un contract comercial aflat în derulare cu termen de plată de 120 zile de la facturare. În concret, SC ...SA deține depozite bancare negrevate de sarcini și se angajează că va plăti suma de 2.128.088,25 lei, pe o perioadă de 3 luni.

Prin raportul procedurii de atribuire, în urma analizării clarificărilor, s-a considerat cerința îndeplinită.

Vizavi de criticile contestatoarei că au fost solicitate în mod repetat clarificări, încălcându-se principiile proporționalității și tratamentului egal, Consiliul reține că întrebările de clarificări au fost necesare pentru lămurirea situației privind, pe de o parte, resursele financiare deținute de terțul susținător, iar pe de altă parte, modul în care se va efectua transferul efectiv al sumei de 2.128.088,25 lei de la terț la ofertant.

Faptul că scrisoarea de confort depusă inițial cuprindea o eroare, în sensul că era menționată asigurarea accesului la resurse în situația în care SC ...SA va fi declarată câștigătoare, deși era terț susținător, nu înseamnă că autoritatea contractantă trebuia să respingă oferta, fără a clarifica acest aspect.

În addendumul la scrisoarea de confort, depus urmare solicitărilor de clarificări, s-a menționat că, în situația în care SC ...SRL va fi desemnată câștigătoare va avea acces la resurse în valoarea amintită, asigurate de terțul susținător. Eroarea fiind înlăturată, autoritatea contractantă nu avea motive pentru a nu lua în considerare noul document depus.

În ce privește cea de-a doua solicitare, legată de prezentarea unor documente emise de bancă în care să se precizeze că terțul susținător, SC ...SA, dispune de respectivele resurse financiare, Consiliul constată că și aceasta a fost transmisă în mod corect, având în vedere că, din adresa băncii, nu rezulta cum anume va fi asigurat accesul la resurse.

Nefiind nici în situația de a fi prevăzut în scrisoare că accesul la resurse este condiționat de o analiză pentru a se putea stabili dacă sunt respectate normele bancare pentru acordarea unui credit, caz în care scrisoarea nu ar fi fost conformă, pentru motivele arătate în motivarea referitoare a oferta SC ...SRL, în mod corect, autoritatea contractantă a cerut să se indice respectivele resurse financiare la care va avea acces terțul susținător.

De asemenea, nefiind menționat modul în care se va realiza transferul efectiv al sumelor necesare între cele două societăți, în mod corect au fost solicitate clarificări în acest sens.

În lipsa obținerii informațiilor legate de modul de transfer, oferta nu putea fi respinsă.

Cu toate că au fost efectuate mai multe solicitări de clarificări, Consiliul constată că, din documentele prezentate de ofertantă, nu rezultă, în concret, cum anume se va efectua transferul, în sensul de a fi respectate prevederile din domeniul financiar-bancar și contabil, cum prevede Instrucțiunea nr. 1/2015.

Faptul că ofertanta a precizat că «între cele două firme, există un contract comercial aflat în derulare cu termen de plată de 120 zile de la facturare» nu înseamnă că a fost făcută dovada solicitată. Autoritatea contractantă trebuia să continue cu clarificarea ofertei, în sensul de a obține contractul la care se face referire și documente în justificarea respectării prevederilor din domeniul financiar-bancar și contabil.

Câtă vreme ofertanta a indicat existența unui contract între cele două părți, anterior clarificării situației legate de modul în care se va face transferul pe baza respectivului contract, oferta nu putea fi respinsă.

Într-adevăr, cerința în discuție a necesitat transmiterea mai multor solicitări de clarificări, însă, atât timp cât informațiile din clarificări trebuiau lămurite, achizițarea nu putea proceda la luarea unei decizii de admitere sau respingere a ofertei.

Așadar, cu respectarea art. 78 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, comisia de evaluare trebuia să solicite clarificări cu privire la contractul existent între cele două firme și cum anume va fi asigurat transferul sumei de 2.128.088,25 lei, pe o perioadă de 3 luni”.

Analizând critica autoarei contestației referitoare la conținutul comunicării rezultatului procedurii, act atacat în prezenta cauză, respectiv faptul că autoritatea contractantă nu a detaliat motivele și modul de stabilire a ofertei câștigătoare, punctajul obținut de oferta declarată câștigătoare și punctajul obținut de oferta sa, precum și faptul că în mod eronat a indicat că termenul de contestare a rezultatului procedurii este de 6 zile în loc de 5 zile cum prevede art. 256¹ alin. (1) din OUG nr. 34/2006, Consiliul constată următoarele:

Potrivit art. 207 alin. (1) și (2) lit. c) și d) din OUG nr. 34/2006, „(1) În cadrul comunicării prevăzute la art. 206 alin. (2), autoritatea contractantă are obligația de a informa ofertantul/ofertanții câștigător/câștigători cu privire la acceptarea ofertei/ofertelor prezentate. (2) În cadrul comunicării prevăzute la art. 206 alin. (2), autoritatea contractantă are obligația de a informa ofertanții/candidații care au fost respinși sau a căror ofertă nu a fost declarată câștigătoare asupra motivelor care au stat la baza deciziei respective, după cum urmează: (...) c) fiecărui ofertant care a prezentat o ofertă acceptabilă și conformă, prin urmare admisibilă, dar care nu a fost declarată câștigătoare, caracteristicile și avantajele relative ale ofertei/ofertelor câștigătoare în raport cu oferta sa, numele ofertantului căruia urmează să i se atribuie contractul de achiziție publică sau, după caz, ale ofertanților cu care urmează să se încheie un acord-cadru; d) fiecărui operator economic dintre cei prevăzuți la lit. a)-c), data-limită până la care au dreptul de a depune contestație, avându-se în vedere prevederile art. 256² alin. (1)”.

Având în vedere faptul că oferta autoarei contestației a fost declarată admisibilă dar necâștigătoare, fiind clasată pe locul 2, conform normei anterior citate, comunicarea rezultatului procedurii trebuia să

conțină „caracteristicile și avantajele relative ale ofertei/ofertelor câștigătoare în raport cu oferta sa, numele ofertantului căruia urmează să i se atribuie contractul de achiziție publică sau, după caz, ale ofertanților cu care urmează să se încheie un acord-cadru” precum și „data-limită până la care au dreptul de a depune contestație”.

Din conținutul comunicării rezultatului procedurii transmise contestatoarei, rezultă că autoritatea contractantă a transmis contestatoarei informații referitoare la punctajul obținut de oferta depusă de contestatoare (respectiv 95,89 puncte), numele, punctajul și prețul ofertat de operatorul economic declarat câștigător după aplicarea criteriului de atribuire precum și termenul limită până la care poate fi depusă contestație.

Analizând conținutul actului atacat prin raportare la prevederile legale incidente în speță, citate în paragrafele anterioare și la faptul că oferta contestatoarei a fost declarată admisibilă dar necâștigătoare, Consiliul constată că, autoritatea contractantă nu a precizat durata garanției acordată lucrării (factor de evaluare), în condițiile în care criteriul de atribuire este „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic” iar, pe de altă parte, a indicat eronat termenul de depunere a contestației, 6 zile în loc de 5, conform art. 256² alin. (1) lit. b) din OUG nr. 34/2006.

Aceste aspecte nu sunt, însă, de natură să conducă la sancționarea autorității contractante în condițiile în care, pe de o parte, contestatoarea a depus prezenta contestație în termenul legal, indicarea greșită a termenului legal de contestare neîmpiedicând-o să-și exercite în timp util acest drept, iar pe de altă parte, autoarea contestației a luat cunoștință despre toate avantajele ofertei declarată câștigătoare, respectiv despre garanția propusă de acesta (aceeași cu cea propusă de autoarea contestației, aspect cunoscut și din conținutul Deciziei nr. 591/C5/482 din 13.04.2016), atunci când a studiat dosarul cauzei atât la autoritatea contractantă (potrivit propriilor susțineri la data de 11.05.2016, deci anterior depunerii prezentei contestații) cât și la Consiliu (23.05.2016). O eventuală obligare a autorității contractante de recomunicare a rezultatului procedurii nu ar fi de natură să modifice starea de fapt în care se află contestatoarea, ci ar însemna dovada unui formalism excesiv.

În aceste condiții, critica autoarei contestației referitoare la conținutul comunicării rezultatului procedurii este neîntemeiată.

În ceea ce privește critica referitoare la faptul că în etapa de reevaluare a ofertei depusă de SC ...SRL, autoritatea contractantă nu a respectat art. 34 alin. (1) din HG nr. 925/2006 în ceea ce privește verificarea îndeplinirii de către ofertantul nominalizat a cerinței de calificare privind plata impozitelor și taxelor locale pentru toate sediile și punctele de lucru, în condițiile în care, susține contestatoarea, „nu a prezentat declarația conform art. 11 alin. (4) din HG nr. 925/2006 și anexa acesteia în conformitate cu cerințele din fișa de date”, Consiliul constată că aceasta este neîntemeiată având în vedere considerentele prezentate în continuare.

Din conținutul documentelor de calificare depuse de ofertantul declarat câștigător, rezultă că acesta a depus, la fila 256 din biblioraftul

4/5 aparținând Dosarului Consiliului nr. 482/2016 (respectiv paginile 3-4 din documentele de calificare), biblioraft studiat de contestatoare la Consiliu, la data de 23.05.2016, așa cum rezultă din mențiunile olografe ale acesteia existente la dosarul cauzei, Declarația pe propria răspundere privind îndeplinirea cerințelor de calificare, în conformitate cu prevederile art. 11 alin. (4) din HG nr. 925/2006, în cadrul căreia a declarat că îndeplinește cerințele de calificare, astfel cum au fost solicitate în documentația de atribuire, „referitoare la situația personală a ofertantului”. În cadrul anexei la această declarație, ofertantul a menționat succint modul concret de îndeplinire a acestei cerințe de calificare, indicând două documente, respectiv „certificat de atestare fiscală privind îndeplinirea obligațiilor de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale la bugetul general consolidat, emitent Agenția Națională de Administrare Fiscală – Direcția Generală de Administrare a Marilor Contribuabili” și „certificat de atestare fiscală pentru persoanele juridice privind impozitele și taxele locale, emitent Direcția Generală de Impozite și Taxe Locale București sector 4”, care dovedesc îndeplinirea cerinței, respectiv „fără datorii la 31.12.2015”. Aceste documente au fost avute în vedere de către Consiliu cu ocazia soluționării contestației care a constituit obiectul dosarului cu nr. 482/2016 în cadrul căruia s-a pronunțat Decizia nr. 591/C9/482 din 13.04.2016, decizie care a avut în vedere și aceste documente, așa cum rezultă din considerentele acesteia.

În aceste condiții, susținerea contestatoarei referitoare la faptul că declarația conform art. 11 alin. (4) din HG nr. 925/2006 și anexa acesteia nu sunt prezentate în conformitate cu cerințele din fișa de date a achiziției, nu poate fi reținută de Consiliu, aspectul în discuție făcând obiectul cenzurii Consiliului, în cadrul Deciziei nr. 591/C9/482 din 13.04.2016. Ori, având în vedere faptul că decizia în discuție este definitivă (plângerea formulată împotriva acesteia fiind respinsă de către instanța competentă), considerentele acesteia, potrivit art. 430 alin. (2) din Codul de procedură civilă, se bucură de autoritate de lucru judecat.

Punând în aplicare această decizie autoritatea contractantă a solicitat, prin adresa nr. 77/21.04.2016, următoarele:

„(...) prezentarea certificatelor de atestare fiscală privind plata taxelor și impozitelor locale pentru toate sediile secundare și punctele de lucru (cele precizate în Certificatul constatator emis de ORC) din care să rezulte că ofertantul nu are datorii scadente la nivelul lunii anterioare celei în care este prevăzut termenul limită pentru depunerea ofertelor” (deci lipsa datoriilor la 31.12.2015 în condițiile în care termenul limită de depunere a ofertelor a fost stabilit pentru 06.01.2016).

Prin adresa nr. 531/26.04.2016, ofertantul a răspuns acestei solicitări precizând, pe de o parte, că în cadrul certificatului de atestare fiscală nr. 2594/14.01.2016 eliberat de ANAF Direcția Generală Administrare a Marilor Contribuabili, se menționează că „pentru sediile secundare/punctele de lucru din județul Mehedinți, obligațiile de plată ale societății sunt 0 (zero)”, 9 dintre cele 10 sedii secundare/puncte de lucru fiind în județul Mehedinți, iar pe de altă parte, anexând mai multe certificate de atestare fiscală pentru sedii secundare/puncte de lucru, emise la date ulterioare deschiderii ofertelor, care atestă inexistența, la

diverse date, a datoriilor la punctele de lucru precum și adeverințe eliberate de entitățile locale care colectează taxele locale privind inexistența datoriilor la bugetul local.

Atașat acestui răspuns, ofertantul a depus următoarele documente:

- pentru punctul de lucru ..., sat ..., comuna ...: Certificat de atestare fiscală nr. 2016/22.04.2016 care atestă inexistența datoriilor la bugetul local al Comunei ... la data de întâi a lunii următoare eliberării prezentului certificat de atestare fiscală; Adeverință nr. 2017/22.04.2016, care atestă inexistența datoriilor la bugetul local al Comunei ..., la data 31.12.2015;

- Pentru punctele de lucru din sat ..., comuna ..., nr. 1, ... și sat ..., comuna ..., nr. cadastral 50089 județul Mehedinți: Certificat de atestare fiscală nr. 2134 din 06.04.2016, care atestă inexistența datoriilor la bugetul local al Comunei ... la data de întâi a lunii următoare eliberării prezentului certificat de atestare fiscală; Certificat de atestare fiscală nr. 187 din 14.01.2016, care atestă inexistența datoriilor la bugetul local al Comunei ... la data eliberării certificatului de atestare fiscală; Certificat de atestare fiscală nr. 7559 din 08.12.2015, care atestă inexistența datoriilor la bugetul local al Comunei ... la data eliberării prezentului certificat;

- Pentru spațiile deținute în municipiul Drobeta - Turnu Severin, respectiv Punct de lucru în extravilanul localității, nr. cadastral 54856, Atelier de reparații - strada ..., Punct de lucru strada ..., CAMERA 1, etaj 1: Certificat de atestare fiscală nr. MHDTS 225124 din 22.04.2016, care atestă inexistența, la data de întâi a lunii următoare eliberării prezentului certificat de atestare fiscală, a datoriilor la bugetul local al Municipiului Drobeta-Turnu Severin; Adresă f.n. din 22.04.2016, însoțită de contul fiscal la data 31.12.2015, care atestă inexistența datoriilor la bugetul local al Municipiului Drobeta-Turnu Severin, la 31.12.2015;

- Pentru „Alte categorii”, Sat ..., comuna ..., nr. cadastral 50119, 50139, 50140, județul Mehedinți: Certificat de atestare fiscală nr. 96 din 25.04.2016, care atestă inexistența datoriilor la bugetul local al Comunei ... la data de întâi a lunii următoare eliberării prezentului certificat de atestare fiscală; Adeverință nr. 1895/25.04.2016, care atestă inexistența datoriilor la bugetul local al Comunei ..., la data 31.12.2015;

- Pentru punctul de lucru sat ..., nr. cadastral ..., județul ...: Certificat de atestare fiscală nr. 1770 eliberat la data de 22.04.2016, care atestă inexistența datoriilor la bugetul local al Comunei ..., la data de întâi a lunii următoare eliberării prezentului certificat de atestare fiscală; Adeverință nr. 1762/22.04.2016, care atestă inexistența datoriilor la bugetul local al Comunei Prunișor, la data 31.12.2015;

- Pentru punctul de lucru - Municipiul ..., str. ..., **județul ...: Certificat de atestare fiscală nr. 3214 din 22.04.2016**, care atestă inexistența datoriilor la bugetul local al Municipiului ... **la data de întâi a lunii următoare** eliberării prezentului certificat de atestare fiscală; **Adeverință nr. 3215/22.04.2016**, care atestă inexistența datoriilor la bugetul local al Municipiului ..., la data 31.12.2015;

- Pentru punctul de lucru - Municipiul Timișoara, str.: Certificat de atestare fiscală nr. IF2016-052733 din 25.04.2016, **care atestă inexistența datoriilor la bugetul local al Municipiului Timișoara la**

data de întâi a lunii următoare eliberării prezentului certificat de atestare fiscală; **Certificat de atestare fiscală nr. IF2016-052736 din 25.04.2016**, care atestă inexistența datoriilor la bugetul local al Municipiului Timișoara, la data 31.12.2015;

- pentru sediul social – municipiul București, sectorul 4, ...: **Certificat de atestare fiscală nr. 350504 din 08.04.2016**, care atestă inexistența datoriilor la bugetul local al Sectorului 4 al Municipiului București **la data de întâi a lunii următoare** eliberării prezentului certificat de atestare fiscală; Certificat de atestare fiscală nr. 11311 din 12.01.2016, **care atestă inexistența datoriilor la bugetul local al Sectorului 4 al Municipiului București la data de întâi a lunii următoare** eliberării prezentului certificat de atestare fiscală; **Certificat de atestare fiscală nr. 955534/10.12.2015**, care atestă inexistența datoriilor la bugetul local al Sectorului 4 al Municipiului București **la data de întâi a lunii următoare** eliberării prezentului certificat de atestare fiscală.

Analizând critica potrivit căreia, prin acceptarea documentelor depuse de ofertantul declarat câștigător cu termen de emitere după data limită de depunere a ofertelor, autoritatea contractantă ar fi încălcat principiile prevăzute de art. 2 „alin. (1) lit. a), b), c)” și alin. (2) lit. a, b) și e) din OUG nr. 34/2006, Consiliul constată că aceasta este neîntemeiată, așa cum rezultă din considerentele următoare:

În cadrul fișei de date a achiziției, autoritatea contractantă a solicitat, la cap. III.2.1.a) - Situația personală a candidatului sau ofertantului, depunerea de către ofertanți de „*certificate fiscale în original/copie legalizată/simplă certificată «conform cu originalul» care să ateste că ofertantul nu are datorii la bugetul general consolidat scadente la nivelul lunii anterioare celei în care este prevăzut termenul limită pentru depunerea ofertelor*”, termenul limită de depunere a ofertelor fiind stabilit pentru data de 06.01.2015.

În cadrul Deciziei nr. 591/C9/482 din 13.04.2016, obligatorie pentru părți ca urmare a respingerii de către Curtea de apel Craiova a plângerii formulată împotriva acesteia (Decizia nr. 4/2016 din 27.05.2016, definitivă), Consiliul a reținut, cu autoritate de lucru judecat, faptul că, în legătură cu modalitatea de îndeplinire de către ofertantul declarat câștigător a cerinței de calificare privind plata impozitelor și taxelor locale pentru toate sediile și punctele de lucru, că „*deși autoritatea contractantă nu a prevăzut în fișa de date a achiziției că trebuie prezentate certificatele de atestare fiscală și pentru sediile secundare, acestea trebuiau prezentate. Demonstrarea lipsei datoriilor către bugetul general consolidat nu poate fi realizată decât prin lipsa datoriilor la sediul principal și sediile secundare/puncte de lucru. (...) achizitoarea, având în vedere depunerea declarației pe propria răspundere prezentată de ofertantă trebuia să-i solicite prezentarea certificatelor pentru toate punctele de lucru, chiar dacă în declarație se făcea referire doar la certificatul eliberat de Direcția generală de impozite și taxe locale Sectorul 4. Contrar celor susținute de reclamantă, ținând seama de aspectul că, prin fișa de date a achiziției, nu s-a solicitat expres depunerea certificatelor și pentru sediile secundare/puncte de lucru, iar prin declarația privind neîncadrarea în dispozițiile art. 181 din*

Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, ofertanta a declarat că și-a îndeplinit obligațiile de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale până la data solicitată, 31.12.2015, autoritatea contractantă era obligată să solicite respectivele certificate, nu să respingă în mod automat oferta ca inacceptabilă”.

Potrivit Ordinului nr. 509/2011 emis de președintele ANRMAP (actuală ANAP), art. 9 alin. (3), *„În situațiile de la art. 11 alin. (4) și (5) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 pentru aprobarea normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de achiziție publică din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, autoritatea contractantă va lua în considerare, la verificarea îndeplinirii cerinței de calificare privind plata de către ofertant a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale, atât declarația pe propria răspundere prin care se confirmă îndeplinirea cerinței, cât și acele certificate de atestare fiscală prezentate de ofertant în urma solicitării primite din partea autorității contractante, chiar dacă acestea sunt emise de autoritățile competente ulterior datei de deschidere a ofertelor și, eventual, atestă lipsa datoriilor ulterior respectivei date”.*

Potrivit informațiilor existente în Certificatul constatator nr. 451706/09.12.2015, emis de Oficiul Registrului Comerțului, depus în cadrul documentelor de calificare, operatorul economic SC ...SRL, deține 10 sedii secundare/puncte de lucru.

Analizând răspunsul ofertantului SC ...SRL, respectiv certificatele de atestare fiscală privind creanțele la bugetele locale pentru sediile secundare/punctele de lucru și adeverințele emise de autoritățile locale atașate răspunsului la solicitarea autorității contractante, prin raportare la considerentele Deciziei nr. 591/C5/482 din 13.04.2016, emisă de Consiliu, și la prevederile legale citate anterior, Consiliul constată că documentele depuse de ofertantul criticat dovedesc îndeplinirea cerinței de calificare în discuție, făcând dovada lipsei datoriilor la bugetele locale, la data de 31.12.2015, pentru sediile secundare/punctele de lucru pe care le administrează.

Este adevărat că aceste dovezi au fost emise de autoritățile competente după data limită de depunere a ofertelor, însă, în speță, sunt incidente prevederile Ordinului nr. 509/2011, art. 9 alin. (3), citate anterior, care stabilesc că *„autoritatea contractantă va lua în considerare (...) atât declarația pe propria răspundere prin care se confirmă îndeplinirea cerinței, cât și acele certificate de atestare fiscală prezentate de ofertant în urma solicitării primite din partea autorității contractante, chiar dacă acestea sunt emise de autoritățile competente ulterior datei de deschidere a ofertelor și, eventual, atestă lipsa datoriilor ulterior respectivei date”*, în condițiile în care, soluția Consiliului, pronunțată în Decizia nr. 591/C9/482 din 13.04.2016, a avut în vedere declarația pe proprie răspundere depusă de ofertant [„Pentru îndeplinirea cerinței, societatea (n.n. SC ...SRL) a depus declarație pe proprie răspundere privind îndeplinirea cerințelor de calificare, referitoare la situația personală, declarație dată în temeiul art. 11 alin. (4) din Hotărârea

Guvernului nr. 925/2006. Achizitoarea, având în vedere depunerea declarației pe propria răspundere prezentată de ofertantă trebuia să-i solicite prezentarea certificatelor pentru toate punctele de lucru, chiar dacă în declarație se făcea referire doar la certificatul eliberat de Direcția generală de impozite și taxe locale Sectorul 4. Contrar celor susținute de reclamantă, ținând seama de aspectul că, prin fișa de date a achiziției, nu s-a solicitat expres depunerea certificatelor și pentru sediile secundare/puncte de lucru, iar prin declarația privind neîncadrarea în dispozițiile art. 181 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, ofertanta a declarat că și-a îndeplinit obligațiile de plată a impozitelor, taxelor și contribuțiilor de asigurări sociale până la data solicitată, 31.12.2015, autoritatea contractantă era obligată să solicite respectivele certificate, nu să respingă în mod automat oferta ca inacceptabilă”, susținerile contestatoarei privind acest aspect fiind neîntemeiate.

Referirile contestatoarei la jurisprudența curților de apel, la care contestatoarea consideră că ar fi trebuit Consiliul să se alăture atunci când a analizat precedentă contestație, nu pot fi reținute având în vedere, pe de o parte, faptul că fiecare speță în parte are specificul său și un anumit probatoriu administrat în cauză de părți, iar pe de altă parte, de faptul că, în dreptul românesc, precedentul judiciar nu constituie izvor de drept. De altfel, potrivit art. 281 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, autoarea contestației avea posibilitatea să atace cu plângere la instanța competentă Decizia nr. 591/C9/482 din 13.04.2016 în cazul în care era nemulțumită, însă SC ...SA nu a uzat de acest drept.

În aceste condiții, critica autoarei contestației referitoare la nedovedirea de către ofertantul declarat câștigător a cerinței de calificare privind inexistența obligațiilor fiscale către bugetele locale, este neîntemeiată.

Analizând critica autoarei contestației referitoare la faptul că ofertantul criticat nu a prezentat cash-flow așa cum a fost solicitat prin fișa de date a achiziției, Consiliul constată următoarele:

În cadrul documentației de atribuire, respectiv pct. III.2.2 Capacitatea economică și financiară, din fișa de date a achiziției, s-a impus ca „Ofertantul trebuie să demonstreze că, la momentul semnării contractului, va avea acces la sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci ori alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow de execuție a lucrării pentru o perioadă de 3 luni în suma de 2.128.088,25 lei, (8512353lei/12 luni x 3 luni). Situația economică și financiară a operatorului economic poate fi susținută în conformitate cu art. 186 din OUG nr. 34/2006 și Instrucțiunea ANRMAP nr. 1/2015. În cazul în care ofertantul demonstrează îndeplinirea cerinței invocând susținerea acordată de către un terț, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care aceasta confirmă faptul ca va pune la dispoziție ofertantului resursele invocate.”

Pentru îndeplinirea acestei cerințe ofertantul SC ...SRL a depus angajamentul privind susținerea financiară de către SC ...SA și scrisoarea de confort emisă de ...Bank, Agenția Drobeta Turnu Severin, în care se confirmă că SC ...SA, „în situația în care va fi desemnată

câștigătoare (...) va avea acces la resurse financiare suficiente pentru a susține fluxul de numerar pentru execuția lucrărilor în sumă de 2.128.088,25 lei, pentru o perioadă de 3 luni de la data semnării contractului”.

Autoritatea contractantă a solicitat ofertantului să clarifice referirea din scrisoarea de confort la SC ...SA având în vedere că acesta este terț susținător, și nu ofertant, solicitarea la care ofertantul a răspuns prin adresa nr. 98/20.01.2016 la care a anexat Addendum-ul nr. 1 la Scrisoarea de confort din partea ...Bank, Agenția Drobeta Turnu Severin, în care se menționează următoarele: „În situația în care ...SRL ce beneficiază de susținere din partea ...SA va fi desemnată câștigătoare a licitației (...) va avea acces la resurse financiare suficiente pentru a susține fluxul de numerar pentru execuția lucrărilor, în sumă de 2.128.088,25 lei pe o perioadă de minim 3 luni de la data semnării contractului, resurse financiare puse la dispoziție de ...SA”.

Prin adresa nr. 29/28.01.2016, autoritatea contractantă a solicitat contestatoarei să prezinte documente emise de bancă „în care să se precizeze că terțul susținător SC ...SA dispune de respectivele resurse financiare, iar în situația în care se menționează că dispune de linie de credit să se precizeze care este valoarea neconsumată din respectivul instrument de creditare conform solicitării din fișa de date a achiziției și Instrucțiunii ANRMAP nr. 1/2015”. Ofertantul a răspuns acestei solicitări prin adresa nr. 141/03.02.2016, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 31/03.02.2016, în sensul că a depus adresa nr. 28207/29.01.2016, emisă de ...Bank, Agenția Drobeta Turnu Severin, (înscris inserat printre documentele de calificare ale ofertantului criticat, la pagina nr. 304 din biblioraftul 4/5 aparținând Dosarului Consiliului nr. 482/2016) în care se confirmă că SC ...SA dispune de depozite bancare la termen, negrevate de sarcini, printre care două depozite, unul în valoare de 2.000.000 lei și unul în valoare de 500.000 lei.

Autoritatea contractantă și-a continuat verificările și, prin adresa nr. 1485/09.02.2016, a solicitat contestatoarei să precizeze cum va avea acces la resursele deținute de terțul susținător, având în vedere că, în documentele prezentate, nu se precizează cum se realizează transferul acestora către ofertant, iar ofertantul a răspuns prin adresa nr. 175/12.02.2016, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 44/12.02.2016 în care a precizat că, „în orice moment în care ofertantul SC ...SRL va avea nevoie de resurse financiare, terțul susținător (..) va efectua un transfer bancar de îndată ce va fi necesar. De asemenea, ofertantul a adăugat că, între cele două firme, există un contract comercial aflat în derulare cu termen de plată de 120 zile de la facturare, iar SC ...SA deține depozite bancare negrevate de sarcini și se angajează că va plăti suma de 2.128.088,25 lei, pe o perioadă de 3 luni.

Aceste documente au fost, anterior, analizate de Consiliul, în legătură cu aceste aspecte, prin Decizia nr. 591/C9/482 din 13.04.2016, reținându-se că „*Vizavi de criticile contestatoarei că au fost solicitate în mod repetat clarificări, încălcându-se principiile proporționalității și tratamentului egal, Consiliul reține că întrebările de clarificări au fost necesare pentru lămurirea situației privind, pe de o parte, resursele financiare deținute de terțul susținător, iar pe de altă parte, modul în*

care se va efectua transferul efectiv al sumei de 2.128.088,25 lei de la terț la ofertant.

Faptul că scrisoarea de confort depusă inițial cuprindea o eroare, în sensul că era menționată asigurarea accesului la resurse în situația în care SC ...SA va fi declarată câștigătoare, deși era terț susținător, nu înseamnă că autoritatea contractantă trebuia să respingă oferta, fără a clarifica acest aspect.

În addendumul la scrisoarea de confort, depus urmare solicitărilor de clarificări, s-a menționat că, în situația în care SC ...SRL va fi desemnată câștigătoare va avea acces la resurse în valoarea amintită, asigurate de terțul susținător. Eroarea fiind înlăturată, autoritatea contractantă nu avea motive pentru a nu lua în considerare noul document depus.

În ce privește cea de-a doua solicitare, legată de prezentarea unor documente emise de bancă în care să se precizeze că terțul susținător, SC ...SA, dispune de respectivele resurse financiare, Consiliul constată că și aceasta a fost transmisă în mod corect, având în vedere că, din adresa băncii, nu rezulta cum anume va fi asigurat accesul la resurse.

Nefiind nici în situația de a fi prevăzut în scrisoare că accesul la resurse este condiționat de o analiză pentru a se putea stabili dacă sunt respectate normele bancare pentru acordarea unui credit, caz în care scrisoarea nu ar fi fost conformă, pentru motivele arătate în motivarea referitoare a oferta SC ...SRL, în mod corect, autoritatea contractantă a cerut să se indice respectivele resurse financiare la care va avea acces terțul susținător.

De asemenea, nefiind menționat modul în care se va realiza transferul efectiv al sumelor necesare între cele două societăți, în mod corect au fost solicitate clarificări în acest sens.

În lipsa obținerii informațiilor legate de modul de transfer, oferta nu putea fi respinsă.

Cu toate că au fost efectuate mai multe solicitări de clarificări, Consiliul constată că, din documentele prezentate de ofertantă, nu rezultă, în concret, cum anume se va efectua transferul, în sensul de a fi respectate prevederile din domeniul financiar-bancar și contabil, cum prevede Instrucțiunea nr. 1/2015.

Faptul că ofertanta a precizat că «între cele două firme, există un contract comercial aflat în derulare cu termen de plată de 120 zile de la facturare» nu înseamnă că a fost făcută dovada solicitată. Autoritatea contractantă trebuia să continue cu clarificarea ofertei, în sensul de a obține contractul la care se face referire și documente în justificarea respectării prevederilor din domeniul financiar-bancar și contabil.

Câtă vreme ofertanta a indicat existența unui contract între cele două părți, anterior clarificării situației legate de modul în care se va face transferul pe baza respectivului contract, oferta nu putea fi respinsă.

Într-adevăr, cerința în discuție a necesitat transmiterea mai multor solicitări de clarificări, însă, atât timp cât informațiile din clarificări trebuiau lămurite, achizitoarea nu putea proceda la luarea unei decizii de admitere sau respingere a ofertei.

Așadar, cu respectarea art. 78 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, comisia de evaluare trebuia să solicite clarificări cu privire la

contractul existent între cele două firme și cum anume va fi asigurat transferul sumei de 2.128.088,25 lei, pe o perioadă de 3 luni”.

Instrucțiunea nr. 1 din 25.08.2015 emisă de președintele ANRMAP (actual ANAP), art. 3, prevede că „În cazul în care se susține îndeplinirea cerinței de calificare referitoare la demonstrarea posibilității de acces la resurse financiare necesare derulării contractului pe perioada de timp cuprinsă între începerea execuției și decontarea de către autoritatea contractantă a primelor activități realizate în cadrul respectivului contract, iar ofertantul/candidatul invocă susținerea acordată de un alt operator economic, ce nu are în obiectul de activitate oferirea de servicii de creditare, trebuie să se arate, în primul rând, că terțul susținător dispune de respectivele resurse, prezentându-se dovezi concludente în acest sens, iar în al doilea rând că transferul acestora de la terț către respectivul ofertant/candidat se va face cu respectarea prevederilor legale din domeniul financiar-bancar și contabil. În raport cu această ultimă cerință, o dovadă concludentă ar fi faptul că ofertantul/candidatul și terțul susținător sunt întreprinderi afiliate sau fac parte din același grup de firme”.

Rezultă, așadar, că, prin considerentele prezentate anterior, Consiliul a reținut cu autoritate de lucru judecat, ca fiind îndeplinită condiția prevăzută de instrucțiunea citată anterior, referitoare la faptul că „terțul susținător dispune de respectivele resurse”, reținând necesitatea verificării de către autoritatea contractantă doar a modului în care se face transferul resurselor financiare de la terț către respectivul ofertant/candidat se va face cu respectarea prevederilor legale din domeniul financiar-bancar și contabil.

În aceste condiții, susținerile contestatoarei referitoare la faptul că ofertantul SC ...SRL, la data depunerii ofertelor, nu a depus un document care să îndeplinească cerințele din fișa de date a achiziției privind asigurarea cash-flow-ului, susțineri bazate pe documente analizate deja de Consiliu și la care s-a făcut referire în considerentele deciziei nr. 591/C9/482 din 13.04.2016, citate anterior, vor fi respinse, în condițiile în care această decizie este obligatorie pentru părți, considerentele acesteia bucurându-se, în temeiul art. 430 alin. (2) din Codul de procedură civilă, de autoritate de lucru judecat.

Autoritatea contractantă a pus în aplicare decizia Consiliului și, prin adresa nr. 77/21.04.2016, reținând că „din documentele depuse prezentate (...) nu rezultă, în concret cum anume se va efectua transferul, în sensul de a fi respectate prevederile din domeniul financiar-bancar și contabil, cum prevede instrucțiunea nr. 1 din 2015”, precum și faptul că „ofertantul precizează că «între cele două firme există un contract comercial aflat în derulare cu termen de plată de 120 de zile de la facturare»” a solicitat „contractul la care face referire și documente în justificarea respectării prevederilor din domeniul financiar bancar și contabil și cum anume va fi asigurat transferul sumei de 2.128.088,55 lei pe o perioadă de 3 luni”.

S.C. ...S.R.L. a răspuns acestei solicitări prin adresa nr. 531/26.04.2016, precizând că „are în derulare contracte de furnizare de produse cu ...SA, cu termen de scadență la plată a facturilor de 120 zile de la data înregistrării facturilor în evidențele contabile și, în baza

acestor contracte și a datoriilor acumulate de către ...SA către S.C. ...S.R.L.” și descriind etapele care au condus la încheierea angajamentului de susținere în favoarea sa de către ...SA. Răspunsul a fost însoțit de următoarele documente: contractul de furnizare de mixturi asfaltice nr. 1356 din 12.10.2015; factura fiscală seria RCM nr. 3230 din 30.11.2015, total de plată 1.154.529,78 lei; factura fiscală seria RCM nr. 3456 din 31.12.2015, total de plată 2.225.383,31 lei; adresa nr. 1696/31.12.2015 transmisă de către S.C. ...S.R.L. către ...SA - solicitare susținere financiară; proces verbal al ședinței extraordinare a AGA din 04.01.2016, respectiv hotărârea AGA nr. 5/04.01.2016; solicitarea adresată ...BANK - Agenția Drobeta-Turnu Severin de emitere a unei Scrisori de confort pentru susținerea financiară a S.C. ...S.R.L., la prezenta procedură de atribuire.

În finalul răspunsul, ofertantul a menționat că la data semnării contractului, ...BANK – Agenția Drobeta - Turnu Severin va proceda la deblocarea sumei de 2.500.000 lei și la transferarea acestei sume în contul curent al S.C. ...S.R.L., transferul realizându-se în baza dispoziției ...SA conform contractului comercial existent și a facturilor înregistrate între S.C. ...S.R.L. și ...SA, sens în care ...SA a emis un bilet la ordin avalizat în favoarea S.C. ...S.R.L. în sumă totală de 2.500.000 lei.

În dovedirea respectării prevederilor din domeniul financiar bancar și contabil, privind asigurarea transferului sumei în discuție, ofertantul a depus: Jurnal pentru vânzări - luna noiembrie 2015, în cuprinsul căruia, la poziția 438, este înregistrată factura fiscală seria RCM nr. 3230 din 30.11.2015, total de plată 1.154.529,78 lei; Jurnal pentru vânzări - luna decembrie 2015, în cuprinsul căruia, la poziția 336, este înregistrată factura fiscală seria RCM nr. 3456 din 31.12.2015, total de plată 2.225.383,31 lei; Declarația D394- luna noiembrie 2015, depusă la ANAF în data 18.12.2015, în cuprinsul căreia, la poziția 68, este înregistrată societatea ...SA (baza impozabilă/total lună); Declarația D394 - luna decembrie 2015, depusă la ANAF în data 23.01.2016, în cuprinsul căreia, la poziția 59, este înregistrată societatea ...SA (baza impozabilă/total lună); Fișă client ...SA, de la data 01.11.2015 până în prezent, la poziția 22 fiind înregistrată factura fiscală seria RCM nr. 3230 din 30.11.2015, total de plată 1.154.529,78 lei, iar la poziția 58 fiind înregistrată factura fiscală seria RCM nr. 3456 din 31.12.2015, total de plată 2.225.383,31 lei; bilet la ordin UGBI3BB 0756319 din 26.04.2016.

Din documentele depuse de ofertant rezultă că acesta a solicitat societății ...SA susținerea financiară a S.C. ...S.R.L. la procedura de achiziție mai sus menționată iar, în urma ședinței de analiză a Adunării Generale a Acționarilor, ...SA, a hotărât acordarea susținerii financiare a S.C. ...S.R.L., acest demers fiind urmat de solicitarea adresată ...BANK - Agenția Drobeta-Turnu Severin de emitere a unei Scrisori de confort pentru susținerea financiară a S.C. ...S.R.L., la prezenta procedură de atribuire, pentru garantarea acestei scrisori solicitând băncii „să blocați la dispoziția d-voastră suma de 2.500.000 lei, conform proces verbal al ședinței extraordinare al AGA (...) nr. 1 din 04.01.2016”.

În temeiul acestei ultime solicitări, ...BANK - Agenția Drobeta-Turnu Severin a emis Scrisoarea de confort, înscris depus în cadrul

documentelor de calificare, iar ulterior a fost emis „Angajament privind susținerea financiară a ofertantului S.C. ...S.R.L.”.

Având în vedere cele reținute, Consiliul apreciază că documentele depuse de ofertantul S.C. ...S.R.L. ca răspuns la solicitarea autorității contractante ulterior primirii Deciziei nr. 591/C9/482 din 13.04.2016, coroborate cu cele depuse anterior în dovedirea îndeplinirii cerinței de calificare privind asigurarea cash-flow-ului, fac dovada că transferul sumei necesare cash-flow-ului se va face cu respectarea prevederilor legale în domeniul financiar-bancar și contabil, în condițiile în care acest transfer, care are la bază atât scrisoarea de confort și adenddum-ul nr. 1 la aceasta, emise de ...BANK - Agenția Drobeta-Turnu Severin, cât și biletul la ordin UGBI3BB 0756319 din 26.04.2016, prin care terțul susținător se obligă să plătească lui S.C. ...S.R.L. suma de 2.500.000 lei, urmează să fie efectuat prin intermediul unei unități bancare.

În sensul celor reținute anterior sunt atât prevederile art. 2.322 alin. (1) din Codul civil, potrivit cărora *„Scrisoarea de confort este acel angajament irevocabil și autonom prin care emitentul își asumă o obligație de a face sau de a nu face, în scopul susținerii unei alte persoane, denumită debitor, în vederea executării obligațiilor acesteia față de un creditor al său. Emitentul nu va putea opune creditorului nicio apărare sau excepție derivând din raportul obligațional dintre creditor și debitor”*, cât și definiția dată de literatura de specialitate instrumentului „bilet la ordin”, respectiv *„este un efect comercial, înscris prin care o persoană, numită emitent ori subscriitor, se obligă să plătească o sumă de bani la scadență unei alte persoane numită beneficiar, sau la ordinul acesteia”*.

Faptul că biletul la ordin este emis ulterior datei limită de depunere a ofertelor este nerelevant speței, în condițiile în care acesta confirmă efectuarea transferului sumei necesar asigurării cash-flow-ului necesar de la terțul susținător către ofertant.

Susținerea referitoare la faptul că un contract de prestări servicii nu poate avea drept efect alocarea necondiționată din partea beneficiarului a resurselor financiare necesare complinirii cash-flow-ului de execuție a lucrării, nu poate fi reținută de Consiliul, în condițiile în care, în fapt, din documentele aflate la dosarul cauzei rezultă că în baza derulării contractului nr. 1356 din 12.10.2015, ofertantul declarat câștigător S.C. ...S.R.L. are de încasat de la terțul susținător ...SA, o sumă de bani mai mare decât cash-flow-ul solicitat prin documentația de atribuire pentru execuția lucrării pentru o perioadă de 3 luni. Efectele contractului în discuție (raporturile juridice civile născute din acel contract, respectiv drepturile și obligațiile aflate în conținutul acestor raporturi) au constituit temei al demersurilor obținerii din partea băncii ...BANK - Agenția Drobeta-Turnu Severin a scrisorii de confort emisă de aceasta și depusă în documentele de calificare. În aceste condiții, banca emitentă a scrisorii de confort este cea prin intermediul căreia, se realizează achitarea datoriei de către ...SA lui S.C. ...S.R.L., biletul la ordin emis la data de 26.04.2016 nefăcând altceva decât să confirme că suma de 2.500.000 lei aparține terțului susținător din depozitele acestuia așa cum rezultă din adresa nr. 28.207/29.01.2016.

Nici susținerea referitoare la faptul că înscrisurile depuse de ofertantul criticat „evidențiază neechivoc că sumele de încasat sunt condiționate de semnarea contractului de achiziție publică” nu poate fi reținută de Consiliu, având în vedere faptul că cerința de calificare impunea dovedirea asigurării cash-flow-ului „la momentul semnării contractului”, iar documentele depuse de ofertantul, respectiv scrisoarea de confort și addendumul nr. 1 la aceasta criticat fac referire la accesul ofertantului la resursele financiare dacă „va fi desemnată câștigătoare”, deci la un moment chiar anterior încheierii contractului.

Consiliul nu poate reține nici critica referitoare la faptul că în speță terțul susținător nu are resurse proprii ci apelează el însuși la bancă, motivat de faptul că, așa cum rezultă din adresa nr. 28207/29.01.2016, emisă de ...BANK - Agenția Drobeta-Turnu Severin, transmisă autorității contractante ca urmare a solicitării autorității contractante, SC ...SA dispune de depozite bancare la termen, negrevate de sarcini, printre care două depozite, unul în valoare de 2.000.000 lei și unul în valoare de 500.000 lei.

Consiliul nu poate reține nici susținerile contestatoarei referitoare la faptul că deși există facturi nu rezultă că a avut loc contraprestația (livrarea), respectiv presupunerile referitoare la existența unor probleme în legătură cu raporturile dintre părți, acestea fiind simple speculații, nedovedite cu probe conform, art. 249 din Codul de procedură civilă (*„Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”*), și contrazise de înscrisurile aflate la dosarul cauzei.

În ceea ce privește criticile formulate în precizarea la contestație, referitoare la faptul că scrisoarea de confort și addendumul nr. 1 la aceasta „nu sunt conforme cu normele și standardele bancare, iar organele abilitate trebuiesc sesizate în acest sens”, Consiliul constată că, în conformitate cu dispozițiile art. 278 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 (*„Consiliul examinează din punctul de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat și poate pronunța o decizie prin care îl anulează în parte sau în tot, obligă autoritatea contractantă să emită un act sau dispune orice altă măsură necesară pentru remedierea actelor ce afectează procedura de atribuire. În cazul în care Consiliul dispune modificarea/eliminarea oricăror specificații tehnice din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire, autoritatea contractantă are dreptul de a anula aplicarea procedurii de atribuire”*), se poate pronunța cu privire la actul atacat iar examinarea înscrisurilor din punct de vedere al respectării standardelor bancare aparține altor organe ale statului pe care contestatoarea, dacă apreciază necesar, le poate sesiza, acestea fiind inadmisibile.

În aceste condiții, Consiliul apreciază ca fiind neîntemeiată și critica autoarei contestației referitoare la neîndeplinirea de către ofertantul declarat câștigător a cerinței de calificare privind cash-flow-ul de execuție a lucrării pentru o perioadă de 3 luni.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 278 alin. (5) și (6) din OUG nr. 34/2006, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ...SA și va dispune continuarea procedurii de atribuire.

Față de soluția pronunțată, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de S.C. ...S.R.L.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

Redactată în 5 exemplare originale, conține 29 pagini.