



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. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 2153C/31.10.2016, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 33120/31.10.2016 și depusă în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 33208/01.11.2016, S.C. ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii S.C. ... S.R.L. – S.C. ... S.R.L., cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin administrator ..., a contestat solicitările de clarificări nr. VI/14619 și VI/14619/1 din 06.10.2016, emise în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă” offline, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizare DJ 172D Mureșenii Bârgăului (DN 17) - Lac Colibița – Colibița - Bistrița Bârgăului (DN 17) - (DN 17) Josenii Bârgăului - Strâmba - Ilva Mică (DN 17D) - Poiana Ilvei - Măgura Ilvei - Ilva Mare - Lunca Ilvei - limita jud. Suceava, jud. Bistrița-Năsăud”, **Lotul 4** – „Km 56+556-75+353, Ilva Mică (DN 17D) – Poiana Ilvei – Măgura Ilvei”, coduri CPV 45233120-6, 71322500-6 (Rev.2), inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în municipiul ..., ... și a solicitat anularea/eliminarea pct. 2 din actele contestate, precum și obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire.

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

Prin contestația nr. 2153C/31.10.2016, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 33120/31.10.2016 și depusă în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 33208/01.11.2016, formulată de S.C. ... S.R.L., în calitate de lider al asocierii S.C. ... S.R.L. – S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate

contractantă, împotriva solicitărilor de clarificări nr. VI/14619 și nr. VI/14619/ din 06.10.2016, emise în cadrul procedurii de atribuire, prin „licitație deschisă” offline, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizare DJ 172D Mureșenii Bârgăului (DN 17) - Lac Colibița – Colibița - Bistrița Bârgăului (DN 17) - (DN 17) Josenii Bârgăului - Strâmba - Ilva Mică (DN 17D) - Poiana Ilvei - Măgura Ilvei - Ilva Mare - Lunca Ilvei - limita jud. Suceava, jud. Bistrița-Năsăud”, **Lotul 4** – „Km 56+556-75+353, Ilva Mică (DN 17D) – Poiana Ilvei – Măgura Ilvei”, s-a solicitat anularea/eliminarea pct. 2 din actele contestate, precum și obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire.

În susținerea contestației sale, S.C. ... S.R.L. face trimitere la cerința de la cap. III.2.2) „Capacitatea economică și financiară”, din fișa de date a achiziției, prin care s-a solicitat o singură cerință, respectiv media cifrei de afaceri globale pe ultimii 3 ani, resursă netransferabilă, în sensul dat de art. 11¹ alin. (4) din HG nr. 925/2006, coroborat cu art. 3 alin. (2) din Instrucțiunea ANRMAP nr. 1/2015, arătând că nu s-a solicitat dovedirea deținerii de resurse financiare necesare pentru execuția parțială sau integrală a contractului, resursă transferabilă.

Se mai arată că, în cazul în care ofertantul beneficiază de susținere privind capacitatea economică și financiară, prin fișa de date s-a solicitat depunerea limitativă, nu exemplificativă, a următoarelor documente: prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective și Formular 7 - Angajament privind susținerea financiară a cifrei de afaceri; Anexa nr. 1 - Declarație privind cifra de afaceri. În acest sens, contestatoarea invocă art. 3 alin. (3) și (4) din Instrucțiunea ANRMAP nr. 1/2015.

Totodată, contestatoarea consideră că dovedirea disponibilității acestor resurse financiare „până la primele plăți ale autorității contractante”, în lipsa unei cerințe de calificare în documentația de atribuire, se poate realiza la orice moment, inclusiv ulterior semnării contractului de execuție, prin depunerea acestuia la o instituție bancară ca și garanție pentru acordarea unui credit cu această destinație sau din cash-flow-ul de la acel moment al ofertantului/terțului susținător.

În final, contestatoarea apreciază că dovedirea disponibilității resurselor financiare „până la primele plăți ale autorității contractante” este o imposibilitate absolută la acest moment pentru orice ofertant, întrucât autoritatea contractantă a nominalizat, ca sursă unică de finanțare, POR 2014-2020 Axa Prioritară 6 - Îmbunătățirea infrastructurii rutiere de importanță regională, în condițiile în care nu avea aprobată această cerere de finanțare și nici semnat contractul de finanțare, prin urmare, primele plăți ale autorității contractante fiind incerte.

Raportat la cele de mai sus, contestatoarea consideră solicitările de clarificări ca fiind abuzive, în sensul că se instituie o cerință de calificare suplimentară, deținerea de resurse financiare, cerință nementionată în documentația de atribuire și anunțul de participare.

În dovedirea contestației sale, S.C. ... S.R.L. a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înregistrări.

Prin adresa nr. VI/16572/07.11.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 34199/09.11.2016, autoritatea contractantă ... a comunicat punctul de vedere referitor la contestație, însoțit de documentele necesare soluționării acesteia.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă indicând cerința de la cap. III.2.2) din fișa de date a achiziției, arată că, la cap. VI.3), s-a stabilit că: „/.../ ofertantul are dreptul de a prezenta inițial o declarație pe propria răspundere semnată de reprezentantul său legal, prin care să confirme că îndeplinește criteriile de calificare, astfel cum au fost solicitate în documentația de atribuire, declarație care va fi însoțită de o anexă /.../. OBLIGATORIU”.

Întrucât, S.C. ... S.R.L. - lider de asociere, asociat cu S.C. ... S.R.L., având ca terț susținător privind cifra de afaceri pe SC ... SRL, a depus Declarația inițială privind îndeplinirea cerințelor minime de calificare, însoțită de Anexă pentru fiecare asociat în parte, în conținutul acestor înscrisuri neregăsindu-se informații referitoare la nominalizarea terților susținători și partea pentru care aceștia îi oferă susținere, respectiv nominalizarea documentelor relevante pentru îndeplinirea cerințelor, autoritatea contractantă precizează că a formulat o solicitare de clarificare prin adresa nr. VI/13.824/21.09.2016.

Autoritatea contractantă face precizarea că, urmare a răspunsului nr. VI/14104/26.09.2016, comisia de evaluare a constatat următoarele:

- terț susținător privind cifra de afaceri este S.C. ... S.R.L.;
- terț susținător privind experiența similară lucrări este S.C. ... S.R.L.;
- terț susținător privind experiența similară proiectare este S.C.

Prin adresa nr. VI/14619/06.10.2016, autoritatea contractantă a continuat să solicite clarificări referitoare la modalitatea de punere la dispoziție a resurselor financiare și documentele care confirmă existența acestora, însă răspunsul primit a fost considerat neconcludent, iar oferta acesteia „este respinsă ca neconformă, în conformitate cu prevederile art. 79 alin. (1) di HG nr. 925/2006”.

Față de acest aspect, autoritatea contractantă aduce la cunoștință că autoarea contestației a formulat notificare prealabilă, în urma căreia nu au fost adoptate măsuri de remediere, având în vedere următoarele:

- legislația aplicabilă procedurii este OUG nr. 34/2006, HG nr. 925/2006, Ordinul nr. 509/2011, Ordinul nr. 302/2011, Ordinul nr. 314/2012;

- potrivit art. 3 alin. (5) din Instrucțiunea nr. 1/2015, autoritatea contractantă poate solicita terțului susținător documente suplimentare /.../;

- având în vedere că S.C. ... S.R.L. a prezentat în susținerea cifrei de afaceri, angajamentul de susținere din partea S.C. ... S.R.L., care nu are în obiectul de activitate oferirea de servicii de creditare, trebuie să se arate că acesta dispune de respectivele resurse, prezentându-se dovezi concludente în acest sens, respectiv că transferul acestora de la terț către ofertant se va face cu respectarea prevederilor legale din domeniul financiar-bancar și contabil.

Astfel, autoritatea contractantă consideră că solicitarea sa de a se prezenta modalitatea concretă de punere la dispoziție a resurselor financiare și documentele care confirmă existența acestora, apare ca temeinică și legală, chiar dacă nu a fost cuprinsă în mod explicit în documentația de atribuire, fiind prevăzută în mod expres într-un act normativ aplicabil procedurii.

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

Prin adresa nr. 2237C/10.11.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 34462/10.11.2016, contestatoarea S.C. ... S.R.L. a comunicat „concluzii scrise” ca urmare a punctului de vedere formulat de autoritatea contractantă.

Contestatoarea subliniază că nici în anunțul de participare și nici în documentația de atribuire nu se regăsește criteriul de calificare „disponibilități bănești”, singurul criteriu de calificare fiind „cifra de afaceri”, Instrucțiunea ANRMAP nr. 1/2015, pe care o invocă autoritatea contractantă nedându-i dreptul să inventeze noi criterii de calificare în etapa de evaluare a ofertelor, doar dreptul de a clarifica îndeplinirea cerințelor de calificare prin intermediul terților susținători astfel:

- pentru resurse transferabile, se cumulează resursele terților susținători cu cele ale ofertantului;

- pentru resursa netransferabilă experiență similară se pot cere terților susținători informații suplimentare privind resursele umane și tehnice ce pot fi disponibilizate în cazul în care ofertantul întâmpină dificultăți, așa cum este stipulat la art. 3 alin. (3);

- pentru resursa netransferabilă cifră de afaceri, Instrucțiunea ANRMAP nr. 1/2015 nu permite solicitarea niciunei alte informații/dovezi suplimentare terțului susținător, cu atât mai mult nu permite instituirea unei cerințe de calificare suplimentare, disponibilitățile bănești, așa cum abuziv a solicitat autoritatea contractantă.

Contestatoarea face trimitere la OUG nr. 66/2011 și la HG nr. 519/2016, potrivit cărora „evaluarea ofertelor prin raportare la criterii de calificare neprevăzute cumulativ în anunțul de participare și documentația de atribuire (deținerea de «disponibilități bănești») atrage aplicarea de corecții financiare de 25% din valoarea contractului de finanțare din fonduri europene nerambursabile”, iar raportat la valoarea estimată a contractului (54.260.447,63 lei fără TVA) este vorba de o corecție financiară de 13.565.111,91 lei fără TVA, pe care autoritatea contractantă o riscă direct, și indirect, o riscă și contribuabilii români pentru simplul motiv că „inventează” noi criterii de calificare, neprevăzute în documentația de atribuire, cu scopul de a respinge abuziv ofertele depuse.

Contestatoarea consideră că autoritatea contractantă a creat prezenta situație de criză de timp prin propriile tergiversări ale procedurii de atribuire. Astfel, se arată că anunțul de participare aferent procedurii de atribuire, nr. 165516/16.01.2016, a fost publicat în SEAP în data de 16.01.2016 deși Ghidul solicitantului era disponibil în formă finală de la data de 04.11.2015, termenul limită de depunere a ofertelor fiind stabilit

inițial pentru 15.03.2016, ulterior decalat pentru 30.03.2016, în condițiile în care art. 75 din OUG nr. 34/2006 permitea autorității contractante să stabilească un interval de depunerea a ofertelor de doar 24 de zile de la publicarea anunțului de participare.

Mai departe, contestatoarea aduce la cunoștință că a primit prima solicitare de clarificări din partea autorității contractante la data de 21.09.2016, la 175 de zile de la deschiderea ofertelor, deși termenul legal de finalizare a evaluării este de 25 de zile, conform art. 200 alin. (1) din OUG nr. 34/2006.

Contestatoarea observă, accesând site-ul finanțatorului, că termenul limită de depunere a cererilor de finanțare este 16.11.2016, nu 16.12.2016 și concluzionează următoarele:

- autoritatea contractantă nu cunoaște care sunt condițiile de depunere a cererii de finanțare cu care motivează presiunea injustă la care supune CNSC;

- este de rea-credință, prezentând în fals argumentele cu care motivează presiunea injustă la care supune CNSC.

Mai mult decât atât, contestatoarea observă că răspunsurile sale și de terțul susținător S.C. ... S.R.L. la pct. 2 din solicitarea de clarificări nr. VI/14619/06.10.2016 și respectiv, la pct. 2 din solicitarea de clarificări nr. VI/14619/1/06.10.2016, au fost evaluate ca fiind neconcludente și, în consecință, oferta sa a fost respinsă ca neconformă. În acest sens, contestatoarea susține că respingerea ofertei ca neconformă i-a fost comunicată și motivată printr-un document distinct emis de autoritatea contractantă, dar pentru a nu permite autorității contractante să uzeze de acest tertip pentru a invoca tardivitatea notificării sale prealabilă și/sau a contestației la momentul comunicării rezultatului procedurii, face precizarea că va promova, printr-un document distinct, notificare prealabilă împotriva evaluării abuzive, în interiorul termenului legal.

Prin adresa nr. VI/16951/11.11.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 34602/11.11.2016, autoritatea contractantă a formulat „note scrise”, prin care consideră că se impun „câteva clarificări”.

Astfel, referitor la critica autoarei contestației privind perioada mare de evaluare, autoritatea contractantă invocă volumul și complexitatea evaluării precum și faptul că în cadrul procedurii contestată mai sunt încă „2 loturi în evaluare”.

Autoritatea contractantă consideră că nu are temei invocarea de către contestatoare a OUG nr. 66/2011 în cadrul prezentei procedurii, având ca obiect eliminarea/anularea pct. 2 a solicitării de clarificări adresată contestatoarei prin adresele nr. VI/14619/06.10.2016 și nr. VI/14619/1/06.10.2016 și precizează că nu se află în eroare, așa cum susține contestatoarea, cu privire la termenele și condițiile în care se depun cererile de finanțare în cadrul programului, cunoscând faptul că perioada maximă de evaluare a ofertelor este 16.12.2016, dată limită la care ar trebui să finalizeze procedura.

Referitor la cele precizate de contestatoare la punctul 20 din cuprinsul concluziilor scrise, autoritatea contractantă reamintește că evaluarea procedurii nu s-a finalizat, nefiind comunicat rezultatul

procedurii de atribuire, act al autorității contractante, conform art. 3 din Legea nr. 101/2016, față de care, în condițiile art. 6 din același act normativ, „să se demareze procedura contestației”. În aceste condiții, autoritatea contractantă susține că nu are cum „să uzeze de niciun tertip” pentru a invoca tardivitatea notificării prealabile pe care contestatoarea ar putea să o formuleze la primirea comunicării rezultatului procedurii de atribuire, întrucât termenele de contestare prevăzute de Legea nr. 101/2016 curg de la data comunicării unui act al său, ceea ce nu este cazul în acest moment.

Autoritatea contractantă solicită Consiliului limitarea cadrului procesual la obiectul contestației în discuție, respectiv pronunțarea unei soluții față de temeinicia menținerii sau dimpotrivă anulării/eliminării pct. 2 din solicitarea de clarificări adresată contestatoarei prin adresele VI/14619 și nr. VI/14619/1 din 06.10.2016.

De asemenea, autoritatea contractantă subliniază că solicitarea de clarificări în discuție este temeinică și legală chiar dacă nu a fost cuprinsă în mod explicit în documentația de atribuire, fiind prevăzută în mod expres, într-un act normativ aplicabil procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 2256C/14.11.2016, înregistrată la CNSC sub nr. 34768/14.11.2016, SC ... SRL a formulat concluzii scrise ca urmare a notelor scrise ale autorității contractante nr. VI/16951/11.11.2016.

Astfel, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă își invocă propria culpă în trăgănarea evaluării ofertelor venind cu varii argumente circumstanțiale pentru a explica de ce nu a reușit să finalizeze evaluarea în 8 luni de la depunerea acestora, exprimându-și nedumerirea că au avut loc doar 3 ședințe de evaluare a ofertelor, în condițiile în care autoritatea contractantă afirmă că procedura este una urgentă.

Contestatoarea arată că, în speță, este vorba de un contract de lucrări pentru care se încearcă accesarea de fonduri europene nerambursabile, iar invocarea OUG nr. 66/2011 este esențială pentru a se înțelege că modul de evaluare abuziv promovat de autoritatea contractantă este sancționat de către finanțator cu corecții financiare de 25% din valoarea contractului de finanțare din fonduri europene nerambursabile.

Contestatoarea consideră că termenul pentru finalizarea procedurii de atribuire, autoimpus și neprobat, 16.12.2016, nu este susținut în probațiune cu niciun fel de documente și arată că din punctul de vedere al autorității contractante nr. VI/16572/07.11.2016, societatea sa a aflat că oferta i-a fost respinsă, în temeiul art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006, pe motiv de răspuns neconcludent la pct. 2 din Solicitățile de clarificări nr. VI/14619 și respectiv nr. VI/14619/1, ambele din data de 06.10.2016.

Un alt aspect învederat de contestatoare se referă la implicarea observatorilor ANAP în procesul de evaluare a ofertelor, care, în opinia sa, nu instituie nici măcar o prezumție de legalitate a evaluării autorității contractante, ci din contră.

La data de 14.11.2016, SC ... SRL a transmis, spre știință Consiliului, adresa nr. 2255C/14.11.2016, adresată autorității contractante. Corespondența a fost înregistrată la Consiliu sub nr. 34770/14.11.2016.

Prin adresa nr. VI/17253/16.11.2016, transmisă prin fax, înregistrată la Consiliu sub nr. 35010/16.11.2016, autoritatea contractantă a reiterat susținerile din punctul de vedere exprimat anterior, referitoare la modul de depunere a ofertei, în sensul că aceasta a fost prezentată „în conformitate cu art. 11¹ din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare fără a depune Formular 7 – Angajament privind susținerea financiară a cifrei de afaceri Anexa nr. 1 – Declarație privind cifra de afaceri asumat de către ... SRL”. În dovedire autoritatea contractantă a anexat corespondența sa nr. VI/17198/16.11.2016 adresată SC ... SRL, reprezentând răspuns la adresa nr. 2255/C/14.11.2016.

Având în vedere susținerile contradictorii ale autorității contractante, existente, pe de o parte, în cuprinsul punctului de vedere nr. VI/16572/07.11.2016 (pag. 4 ultimul aliniat) iar, pe de altă parte, în cuprinsul adresei nr. VI/17253/16.11.2016, referitoare la existența/inexistența Angajamentului privind susținerea financiară a cifrei de afaceri de către S.C. ... S.R.L., în calitate de terț susținător al asocierii S.C. ... S.R.L. - S.C. ... S.R.L., Consiliul, în temeiul dispozițiilor art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, prin adresa nr. 35074/2383 C5/16.11.2016, i-a solicitat autorității contractante să precizeze, în mod clar, dacă a solicitat contestatoarei, conform dispozițiilor art. 11 alin. (5) din HG nr. 925/2006, depunerea documentelor „(...) certificate/documente edificatoare care probează/ confirmă îndeplinirea cerințelor de calificare (...)”, respectiv dacă în prezent, este sau nu în posesia Angajamentului ferm de susținere financiară a cifrei de afaceri, a S.C. ... S.R.L., asumat de către S.C. ... S.R.L.

..., prin adresa de răspuns nr. VI/17350/17.11.2016, transmisă prin fax, înregistrată la Consiliu sub nr. 35212/17.11.2016, a precizat faptul că nu a solicitat contestatoarei depunerea documentelor conform art. 11 alin. (5) din HG nr. 925/2006. Totodată, autoritatea contractantă a menționat că în Anexa la declarația privind îndeplinirea criteriilor de calificare (anexată răspunsului), la litera C. Situația economico-financiară, pct. 2, este precizat: Formular 7 – Angajament privind susținerea financiară a cifrei de afaceri-terț susținător, astfel că, din analiza acestui document, nu reiese cine este terțul susținător, iar odată cu oferta, autoritatea contractantă precizează că SC ... SRL a depus, conform solicitării din fișa de date, Formularul B - Centralizator cu asociații/subcontractanții/terții susținători, în care este nominalizat, la rubrica Date terți susținători, SC ... SRL, în calitate de susținător pentru cifra de afaceri și experiența similară. De asemenea, autoritatea contractantă, mai învederează că nu a solicitat ofertantului să depună documentele nominalizate în Anexa la Declarația privind îndeplinirea criteriilor de calificare.

În final, autoritatea contractantă precizează că „la data prezentei nu suntem în posesia Formularului 7 – Angajament privind susținerea financiară a cifrei de afaceri asumat de către SC ... SRL”.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire prin „licitație deschisă”, offline, fără etapă finală de licitație electronică a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizare DJ 172D Mureșenii Bârgăului (DN 17) - Lac Colibița - Colibița - Bistrița Bârgăului (DN 17) - (DN 17) Josenii Bârgăului - Strâmba - Ilva Mică (DN 17D) - Poiana Ilvei - Măgura Ilvei - Ilva Mare - Lunca Ilvei - limita jud. Suceava, jud. Bistrița - Năsăud”, coduri CPV 45233120-6, 71322500-6 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. 165516/16.01.2016, stabilind data deschiderii ofertelor la 15.03.2016, decalată ulterior, prin anunțul de tip erată nr. 86384/10.03.2016, pentru 30.03.2016, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și valoarea estimată, fără TVA, de 154.347.615,55 lei.

Procedura de atribuire ce face obiectul cauzei este divizată pe trei loturi, prezenta contestație vizând **Lotul 4** – „Km 56+556-75+353, Ilva Mică (DN 17D) - Poiana Ilvei - Măgura Ilvei”, a cărei valoare estimată, fără TVA, este de 54.550.579,32 lei.

Consiliul reține că prezenta procedură de atribuire a fost inițiată la data de 16.01.2016, contestația fiind înregistrată la Consiliu la data de 31.10.2016, ulterior 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”* [(art. 238 lit. a)] 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 National de Soluționare a Contestațiilor. Cele două acte normative au intrat în vigoare la data de 26.05.2016, deci anterior formulării prezentei contestații.

În aceste condiții, rezultă că, în prezenta cauză sunt incidente prevederile art. 69 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, conform cărora *„Dispozițiile prezentei legi se aplică numai contestațiilor/cererilor/plângerilor formulate după intrarea ei în vigoare”*, astfel că soluționarea contestației urmează să se facă în baza prevederilor 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 National de Soluționare a Contestațiilor, în vigoare la data depunerii prezentei contestații.

Pe de altă parte, conform dispozițiilor art. 236 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, procedurii de atribuire în cauză [astfel cum este acesta definită de art. 3 lit. ș) din OUG nr. 34/2006] îi sunt aplicabile dispozițiile OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006.

În cadrul aceleași proceduri de atribuire au mai fost formulate, de către S.C. M.I.S. GRUP S.R.L., 2 contestații care vizau loturile 3 și 4, prin Decizia nr. 1656/C5/2035/2036 din 26.09.2016, Consiliul dispunând următoarele: *„Admite excepția de necompetență materială a CNSC, invocată din oficiu, și declină competența de soluționare a contestațiilor formulate de contestatoarea S.C. M.I.S. GRUP S.R.L., în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă, în favoarea Tribunalului Bistrița Năsăud - Secția a II-a Civilă de Contencios Administrativ și Fiscal. Dispune trimiterea de îndată a dosarelor către Tribunalul Bistrița Năsăud - Secția a II-a Civilă de Contencios Administrativ și Fiscal”*.

În cadrul procedurii de atribuire au depus oferte, pentru lotul 4, 18 asocierii de operatori economici, printre care și asocierea din care face parte contestatoarea, așa cum rezultă din procesul verbal al ședinței de deschidere a ofertelor înregistrat sub nr. VI/4902/30.03.2016.

Prin intermediul Notei justificative nr. VI/6119 din 22.04.2016, pentru prelungirea perioadei de evaluare a ofertelor depuse la procedura de atribuire a contractului ce face obiectul prezentei proceduri de atribuire, autoritatea contractantă a prelungit perioada de evaluare a ofertelor cu „240 de zile”, măsură publicată în SEAP la data de 25.04.2016.

Din conținutul contestației rezultă nemulțumirea contestatoarei referitoare la pct. 2 din solicitările de clarificări înregistrate la autoritatea contractantă sub nr. VI/14619/06.10.2016 și nr. VI/14619/1/06.10.2016, solicitări care vizează modalitatea concretă de punere la dispoziție a resurselor financiare, de către SC ... SRL, terțul susținător al contestatoarei privind cifra de afaceri.

Atașat contestației, autoarea acesteia a depus atât Notificarea prealabilă nr. 2058 C/17.10.2016 adresată autorității contractante în legătură cu acest aspect, în temeiul art. 6 din Legea nr. 101/2016, cât și răspunsul la aceasta, respectiv adresa nr. VI/15525/19.10.2016, prin care autoritatea contractantă a precizat că nu vor fi dispuse măsuri de remediere.

Din conținutul documentației de atribuire, rezultă că autoritatea contractantă a impus, la pct. III.2.2) Capacitatea economică și financiară, din fișa de date a achiziției, o singură cerință, respectiv:

- *„Cifra de afaceri. Ofertantul trebuie să demonstreze că media cifrei globale de afaceri în ultimii trei ani (2012, 2013, 2014) este în valoare de minim: (...) Lot 4 – 80.000.000 lei. Ofertantul va prezenta copie «conform cu originalul» de pe certificate/documente edificatoare care probează/confirmă îndeplinirea cerinței de calificare (Bilanțurile contabile pentru ultimii 3 ani, respectiv 2012, 2013, 2014 sau documente echivalente)”. Ca modalitate de îndeplinire a acestei cerințe, autoritatea contractantă a indicat „Fișă informații generale-Formularul 6. (...) Notă: Dacă un grup de operatori economici depun o ofertă*

comună cerința se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului”;

- în legătură cu aceeași cerință de calificare, autoritatea contractantă a precizat, la același punct al fișei de date a achiziției, următoarele: *„Terț susținător – cifră de afaceri – Capacitatea economică și financiară a ofertantului poate fi susținută, pentru îndeplinirea cerinței, și de o altă persoană, indiferent de natura relațiilor juridice existente între ofertant și persoana respectivă. [art. 186 din OUG nr. 34/2006 (...) și respectiv art. 11¹ din HG nr. 925/2006 (...)]. În cazul în care ofertantul își demonstrează situația economică și financiară invocând și susținerea acordată, de către o altă persoană, atunci aceasta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective”. Ca modalitate de îndeplinire a acestei cerințe, autoritatea contractantă a indicat „Formular 7 – Angajament privind susținerea financiară a cifrei de afaceri, Anexa nr. 1 – Declarație privind cifra de afaceri”.*

În acest context, Consiliul reține că Formularul 7 - Angajament privind susținerea financiară a cifrei de afaceri și Anexa nr. 1 – Declarație privind cifra de afaceri, au fost publicate în SEAP la data de 14.01.2016, în secțiunea „Formulare DJ 172D, lot 2, 3, 4”.

În legătură cu îndeplinirea acestei cerințe de calificare, Asocierea S.C. ... S.R.L. – S.C. ... S.R.L. a depus, inițial, odată cu oferta, următoarele documente:

- Formularul B, atașat adresei de înaintare a ofertei, reprezentând Centralizatorul cu asociații/subcontractanții/terții susținători, în cadrul căruia a nominalizat ca terț susținător, privind cifra de afaceri și experiența similară, pe SC ... SRL;

- Declarație privind îndeplinirea cerințelor de calificare conform art. 11 alin. (4) din HG nr. 925/2006, în Anexa la această declarație, ofertantul menționând, așa cum însuși ofertantul precizează, „succint modul concret de îndeplinire a documentelor așa cum au fost solicitate în documentația de atribuire de către autoritatea contractantă”. Astfel, în legătură cu situația economico-financiară, a fost indicat, pe de o parte, Formularul 6 – Informații generale – Media cifrei globale de afaceri în ultimii trei ani (2012, 2013 și 2014) este în valoare de 34.731.468,33 lei și bilanțurile contabile aferente anilor 2012, 2013 și 2014, iar pe de altă parte, Formularul 7 – Angajament privind susținerea financiară a cifrei de afaceri, - „terț susținător”, Anexa nr. 1 – Declarație privind cifra de afaceri - terț susținător [media cifrei globale de afaceri, a terțului susținător, în ultimii 3 ani (2012, 2013 și 2014) este în valoare de 348.670.452,33 lei]”.

Din conținutul procesului verbal intermediar nr. 2, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 13758/20.09.2016, membrii comisiei de evaluare au reținut faptul că „Din documentele depuse nu reiese partea pentru care terții susținători oferă susținere. Ei sunt nominalizați doar în Centralizatorul anexă la Scrisoarea de înaintare și nu în declarație. Comisia de evaluare va solicita clarificări”.

Analizând lucrările membrilor comisiei de evaluare, Consiliul constată că, în faza de verificare a îndeplinirii de către ofertanți a cerințelor de calificare, aceștia au considerat necesar să solicite clarificări.

Astfel, prin adresa nr. VI/13824/21.09.2016, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului SC ... SRL – lider asociere, printre altele, clarificări după cum urmează:

„În ofertă ați depus Declarație inițială privind îndeplinirea cerințelor minime de calificare cu Anexa pentru fiecare asociat în parte, în conținutul căroră nu se regăsesc următoarele: nu ați nominalizat terții susținători și partea pentru care terții susținători vă oferă susținere, respectiv nominalizarea documentelor relevante pentru îndeplinirea cerințelor [cifră de afaceri, (...)]. (...)”.

Prin adresa nr. 1883=2C/26.09.2016, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. VI/14104/26.09.2016, SC ... SRL a răspuns acestei solicitări, înaintând adresa nr. 1883C/26.09.2016, în cadrul căreia a precizat că „la momentul depunerii ofertei, am depus Formularul B – centralizator cu asociații/subcontractanții/terții susținătorii, (...). În formularul B, la secțiunea Date terți susținători, sunt nominalizați terții susținători, astfel, la prima poziție din tabel, aferentă Execuției lucrărilor, este nominalizat terțul susținător SC ... SRL, care oferă: susținere – cifra de afaceri și susținere – experiența similară (pentru executantul lucrărilor – SC ... SRL) (...)”.

Acest răspuns a fost analizat de către membrii comisiei de evaluare, care, în cadrul procesului verbal intermediar nr. 3, înregistrat sub nr. 14617/06.10.2016, au reținut necesitatea transmiterii unei noi solicitări de clarificări, în temeiul prevederilor art. 201 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 și ale art. 11¹ din HG nr. 925/2006.

În acest sens, prin adresa nr. VI/14619/06.10.2016, pct. 2, autoritatea contractantă a informat contestatoarea despre faptul că va solicita „ofertantului – terțului susținător privind cifra de afaceri nominalizat în ofertă – SC ... SRL să prezinte modalitatea concretă de punere la dispoziție a resurselor financiare (lichidități și quantumul acestora până la primele plăți ale autorității contractante sau acordarea accesului la stocuri de materii prime, materiale și quantumul acestora inclusiv perioada de timp pentru care se acordă oricare dintre ele sau toate) și documentele care confirmă existența acestor resurse, necesare în situația în care ofertantul întâmpină dificultăți de natură financiară în derularea contractului”.

De asemenea, prin adresa nr. VI/14619/1/ din 06.10.2016, autoritatea contractantă a solicitat terțului susținător SC ... SRL, la pct. 2 al solicitării, următoarele: „Având în vedere prevederile art. 201 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, prevederile art. 11¹ alin. (3) din HG nr. 925/2006 și întrucât aveți calitatea de terț susținător privind cifra de afaceri nominalizat în oferta depusă de Asocieria SC ... SRL – SC ... SRL, vă solicităm să prezentați modalitatea concretă de punere la dispoziție a resurselor financiare (lichidități și quantumul acestora până la primele plăți ale autorității contractante sau acordarea accesului la stocuri de

materii prime, materiale și quantumul acestora inclusiv perioada de timp pentru care se acordă oricare dintre ele sau toate) și documentele care confirmă existența acestor resurse, necesare în situația în care ofertantul întâmpină dificultăți de natură financiară în derularea contractului”.

Analizând critica autoarei contestației privind această ultimă solicitare de clarificări, contestată în prezenta cauză, Consiliul constată că, într-adevăr, aceasta excede cerințelor stabilite în cadrul fișei de date a achiziției, așa cum rezultă din considerentele care urmează.

Astfel, potrivit literaturii de specialitate, „cifra de afaceri” cuprinde suma totală a veniturilor din operațiunile comerciale efectuate de o firmă, într-o anumită perioadă de timp, în timp ce „lichiditatea” reprezintă totalitatea banilor de care dispune o societate pentru a face plățile la termen. Rezultă astfel, că cei doi indicatori reflectă capacitatea economică și financiară a unui operator economic la momente de timp diferite, în sensul că „cifra de afaceri” reflectă o stare care a existat în trecut, în timp ce „lichiditatea” reflectă o stare actuală a capacității economico-financiare. De altfel, faptul că cei doi indicatori sunt diferiți, rezultă și din prevederile art. 9 lit. b), c) și d) din HG nr. 925/2006, care stabilesc, în mod individual, limitele ce pot fi impuse pentru acești indicatori.

Așa cum s-a reținut într-unul din paragrafele anterioare, autoritatea contractantă nu a stabilit în sarcina ofertanților demonstrarea îndeplinirii vreunei cerințe de calificare referitoare la deținerea de lichidități, singura cerință de calificare privind capacitatea economică și financiară a ofertanților, fiind cea referitoare la cifra de afaceri. În speță, autoritatea contractantă a stabilit cerința ca acest indicator să se raporteze, ca medie, la anii 2012, 2013 și 2014. Rezultă astfel, că prin stabilirea cerinței de calificare referitoare doar la „cifra de afaceri”, autoritatea contractantă a dorit să cunoască situația economică și financiară a ofertantului, existentă la nivelul anilor 2012, 2013 și 2014 și nu demonstrarea de către ofertanți a posibilității de acces la resurse financiare necesare derulării contractului pe o anumită perioadă de timp.

În aceste condiții, rezultă, în mod evident, că solicitarea autorității contractante adresată terțului susținător al contestației privind cifra de afaceri, de a dovedi punerea la dispoziție a unor *„lichidități și quantumul acestora până la primele plăți ale autorității contractante sau acordarea accesului la stocuri de materii prime, materiale și quantumul acestora inclusiv perioada de timp pentru care se acordă oricare dintre ele sau toate”*, are caracterul unei cerințe care vizează posibilitatea de acces la resurse financiare, adică îndeplinirea unei cerințe de calificare care nu a fost solicitată prin fișa de date a achiziției, și care excede cerințelor documentației de atribuire.

În aplicarea prevederilor art. 3 alin. (5) din Instrucțiunea nr. 1 a ANRMAP (actual ANAP) (*„Autoritatea contractantă poate solicita terțului susținător, oricând pe parcursul procesului de evaluare, documente suplimentare care să susțină demonstrarea îndeplinirii cerințelor de calificare prevăzute și asumate prin angajamentul ferm, în situația în care există rezerve în ceea ce privește corectitudinea informațiilor sau*

posibilitatea de punere în practică a celor cuprinse în respectivul angajament ferm”), invocate ca temei legal al solicitării de clarificări criticate, autoritatea contractantă trebuia să se raporteze la singura cerință de calificare privind capacitatea economică și financiară stabilită în fișa de date a achiziției, respectiv la modalitățile de îndeplinire a acestei cerințe stabilite în sarcina ofertanților (certificate/documente edificatoare care probează/confirmă îndeplinirea cerinței de calificare (Bilanțurile contabile pentru ultimii 3 ani, respectiv 2012, 2013, 2014 sau documente echivalente)”.

Documentația de atribuire, așa cum a fost aceasta publicată în SEAP, completată cu clarificările ulterioare publicării acesteia, nu a fost contestată de către niciun ofertant. În aceste condiții, documentația de atribuire și-a dobândit caracterul obligatoriu atât pentru ofertați, care trebuiau să-și elaboreze oferta cu respectarea întocmai a cerințelor acesteia, cât și pentru autoritatea contractantă, care are obligația verificării și evaluării ofertelor pe baza celor stabilite în cadrul documentației de atribuire. Verificarea respectării unor cerințe de calificare ce nu au fost incluse în documentația de atribuire ar reprezenta verificarea și evaluarea ofertelor după alte reguli decât cele stabilite inițial și ar conduce la încălcarea principiului transparenței prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016.

În aceste condiții, Consiliul constată că este necesară eliminarea pct. 2 al solicitărilor de clarificări nr. VI/14619/06.10.2016 și nr. VI/14619/1/06.10.2016, emise de autoritatea contractantă.

De altfel, în verificarea și evaluarea ofertelor, autoritatea contractantă va trebui să aplice și dispozițiile art. 11 alin. (5) din HG nr. 925/2006, aceste prevederi nefiind aplicate, potrivit susținerilor autorității contractante.

Față de cele constatate anterior, susținerile părților referitoare la modalitatea de finanțare nu vor fi reținute de Consiliu, acestea nefiind relevante speței.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de S.C. ... S.R.L., în contradictoriu ..., în calitate de autoritate contractantă, va anula pct. 2 al solicitărilor de clarificări nr. VI/14619/06.10.2016 și nr. VI/14619/1/06.10.2016 și va obliga autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să reevalueze oferta contestatoarei conform prevederilor documentației de atribuire și a celor reținute în motivare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de S.C. ... S.R.L., în contradictoriu ..., în calitate de autoritate contractantă, anulează pct. 2 al solicitărilor de clarificări nr. VI/14619/06.10.2016 și nr. VI/14619/1/06.10.2016 și obligă autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să reevalueze oferta contestatoarei conform prevederilor documentației de atribuire și a celor reținute în motivare.

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

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

Redactat în 4 exemplare originale, conține 14 pagini.