



În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 2007/C11/2211

Data: 28.08.2023

Prin contestația nr. 806/04.08.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 43070/07.08.2023, formulată de SRL, cu sediul social în orașul, județul, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată legal, împotriva rezultatului procedurii stabilit prin raportul procedurii nr. 13671 L/28.07.2023, respectiv comunicarea rezultatului procedurii nr. 46304/28.07.2023, emise de SA, cu sediul central în municipiul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire prin licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect «Procurarea, furnizarea și montajul dotărilor necesare pentru finalizarea obiectivului de investiții: „Dotare, extindere spații spitalizare - Spitalul Municipal de Urgență Moinești, str. Zorilor, Municipiul Moinești, Jud. Bacău», s-a solicitat luarea de măsuri de remediere după cum urmează:

i. anularea documentului intitulat „Comunicare rezultat procedură” nr. 46304/28.07.2023, a raportului procedurii nr. 13671 L/28.07.2023, precum și a tuturor actelor anterioare și/sau subsecvente acestora care privesc modalitatea de evaluare a ofertei depuse de către SRL;

ii. obligarea autorității contractante să adopte măsurile necesare restabilirii legalității procedurii de atribuire, cu consecința stabilirii caracterului acceptabil al ofertei SRL și continuarea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de

față, prin care SRL solicită cele menționate în partea introductivă a deciziei, precizând următoarele motive:

Prin raportul procedurii nr. 3270 L/22.02.2023, încheiat ca urmare a evaluării ofertelor, autoritatea contractantă a desemnat oferta sa drept admisibilă dar necâștigătoare, în urma aplicării criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate – preț”, fiind clasată pe locul 2 având un total de 73,31 puncte, oferta câștigătoare fiind cea depusă de către SRL.

Rezultatul procedurii de atribuire i-a fost comunicat adresa nr. 10005/22.02.2023.

Nemulțumită de rezultatul procedurii de atribuire, ... SRL a formulat contestația ce a format dosarul nr. 546/C11/2023, fiind admisă de CNSC prin Decizia nr. 749/C11/546 din 03.04.2023.

În data de 28.07.2023, autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la secțiunea COMUNICĂRI, documentul intitulat „COMUNICAREA REZULTATULUI PROCEDURII” nr. 46304, prin care a fost informată că oferta sa a fost respinsă pentru că nu a îndeplinit cerința privind capacitatea economică și financiară, solicitată prin fișa de date cap. 11.1.2, iar oferta depusă de SRL a fost respinsă ca fiind inacceptabilă și neconformă.

Contestatoarea susține că nu poate fi de acord cu decizia respingerii ofertei sale, deoarece a îndeplinit cerința privind Capacitatea economică și financiară, solicitată prin fișa de date - cap. III.1.2.

Având în vedere că obiectul contractului ce urmează a fi încheiat în urma finalizării procedurii presupune și montajul, punerea în funcțiune a echipamentelor și instruirea personalului de specialitate al beneficiarului final cu privire la utilizarea acestora, petenta precizează că la această procedură a numit subcontractați pe:

A) SRL pentru:

Instalare, instruire și service pentru:

Poz. 8 ECOGRAF buc. 3

Poz. 17 RADIOCAUTER buc. 1,

procentul aferent părții din contract ce urmează a fi executat de către subcontractant fiind de 5,00 %.

B) SRL pentru:

Instalare, instruire și service pentru:

Poz. 2 INJECTOMAT buc. 12

Poz. 3 INFUZOMAT buc. 7,

procentul aferent părții din contract ce urmează a fi executat de către subcontractant fiind de 5,00 %.

Totodată, menționează că atașat la documentele ofertei, a depus și documente pentru subcontractanții mai sus precizați.

Prin solicitarea de clarificări nr. 8598 L/09.05.2023, autoritatea contractantă i-a solicitat prezentarea documentelor justificative

actualizate, prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAЕ.

Contestatoarea arată că a răspuns solicitării autorității contractante în data de 15.05.2023, încărcând în SEAP toate documentele în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAЕ, atât pentru SRL, cât și pentru subcontractanții SRL și SRL.

Ulterior, autoritatea contractantă a transmis în data de 14.06.2023, solicitarea de clarificări nr. 10867, iar în data de 19.06.2023, petenta a răspuns prin adresa nr. 612.

Prin comunicarea rezultatului procedurii nr. 46304/28.07.2023, contestatoarea punctează faptul că, autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință că oferta sa a fost respinsă pentru că nu îndeplinește cerința privind Capacitatea economică și financiară, solicitată prin fișa de date cap. 11.1.2.

Astfel, aduce la cunoștință Consiliului că cerința privind Capacitatea economică și financiară se referă la media cifrei de afaceri globală pe ultimii 3 trei ani (2018, 2019, 2020). Atât societatea sa cât și subcontractantul SRL au completat în DUAЕ media cifrei de afaceri pe ultimii ani, definiția pentru ultimii ani fiind cei mai recentți ani, și anume pentru anii 2019, 2020, 2021, fără a lua în considerare exemplificarea penultimilor ani din paranteză: 2018, 2019, 2020. În urma prezentării documentelor în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAЕ, autoritatea contractantă a făcut media cifrei de afaceri din bilanțurile depuse pentru anii 2018, 2019, 2020, nicidecum pentru ultimii ani: 2019, 2020, 2021:

- Bilanț 2018 - cifra afaceri neta 4.640.676 lei;
 - Bilanț 2019 - cifra afaceri neta 7.263.804 lei
 - Bilanț 2020 - cifra afaceri neta 4.926.287 lei,
- rezultând o medie a cifrei de afaceri de 5.610.255.66 lei.

În cazul în care autoritatea contractantă respecta cerința privind media cifrei de afaceri pentru ultimii ani, și nu pentru penultimii, ar fi avut:

- Bilanț 2019 - cifra afaceri neta 7.263.804,00
- Bilanț 2020 - cifra afaceri neta 4.926.287,00
- Bilanț 2021 - cifra afaceri neta 31.330.868,00 rezultând o medie a cifrei de afaceri de 14.506.986.33 lei.

De asemenea, petenta arată că, pentru dovedirea capacității tehnice și/sau profesionale, „Lista principalelor echipamente furnizate, instalate și puse în funcțiune în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 3 ani, cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publici sau privați, însoțită de certificări/documente constatatoare sau echivalent”, autoritatea contractantă a acceptat contracte din anul 2021, așa cum reiese din DUAЕ completat de SRL, precum și documentele transmise pentru a dovedi cele declarate (Contract de furnizare nr. 3325 din 27.01.2021, Contract de furnizare nr. 10551 din 01.07.2021), ceea ce rezultă că ultimii 3 ani sunt 2019, 2020, 2021.

Procedura de atribuire în cauză, a fost publicată la data de 06.08.2022, iar termenul limită pentru depunerea situațiilor financiare pentru anul 2021 a fost 30 mai 2022, potrivit Ordinului Ministrului Finanțelor nr. 4268/ 15.12.2022, Anexa nr. 3, termen care se împlinește la

30 mai 2022, ceea ce rezultă că 2021 trebuia luat în calcul ca fiind ultimul an de la care ar fi trebuit să se calculeze cei 3 ani.

Așa cum prevede art. 177 din Legea nr. 98/2016, având în vedere că informațiile referitoare la anul financiar încheiat sunt disponibile, contestatoarea a procedat la respectarea cerinței „Media cifrei de afaceri globală pe ultimii 3 trei ani”.

Având în vedere cele de mai sus, ... SRL a depus autorității contractante bilanțurile pentru 2018, 2019, 2020, 2021, pentru a aduce la cunoștință autorității contractante atât media cifrei de afaceri pentru ultimii ani, cât și pentru penultimii ani, atât pentru SRL cât și pentru subcontractantul SRL.

În consecință, contestatoarea consideră că îndeplinește cerința privind Capacitatea economică și financiară, iar prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 10867 L/14.06.2023, a adus la cunoștință autorității contractante faptul că a avut, printre subcontractanții declarați, și operatorul economic SRL, cu care se află în relație contractuală conform Acordului de subcontractare nr. 1110/14.09.2022.

Totuși, autoritatea contractantă i-a respins oferta sub pretextul că subcontractantul SRL nu a avut și calitatea de terț susținător, însă nu a luat act de faptul că, prin completarea DUAЕ cu informații privind cifra de afaceri, face dovada că e un subcontractant pe care se bazează SRL, din punct de vedere al capacității economice și financiare, subcontractantul respectând întocmai cerința din documentația de atribuire „va completa DUAЕ - Partea IV "Criteriile de selecție" - Secțiunea B "Capacitatea economică și financiară”.

În susținerea argumentelor sale, contestatoarea a invocat prevederile art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

De altfel, susține că Acordul de subcontractare reprezintă, în același timp, și angajament ferm, iar subcontractantul pe a cărui cifră de afaceri ofertantul se bazează pentru îndeplinirea cerinței de calificare este considerat și terț susținător. În acest sens, relevante sunt dispozițiile art. 48 alin. (1) din HG nr. 395/2016, îndrumarea ANAP privind instituția „terț susținător” așa cum este aceasta reglementată în art. 182 din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă avea obligația, cel puțin, să ia în considerare cifra de afaceri a subcontractantului SRL, pentru partea din contract ce urmează a fi executată de către acesta, și anume 5,00 %.

Așa cum rezultă din bilanțurile depuse, media cifrei de afaceri a SRL, pe anii 2018, 2019, 2020 este 5.610.255,66 lei, iar media cifrei de afaceri a subcontractului pe anii 2018, 2019, 2020 este 143.446.517,66 Lei. Procentul 5% (conform părții din contract ce urmează a fi executată) din cifra de afaceri a subcontractului reprezintă

7.172.325,88 Lei. Însușind cifra de afaceri a SRL și 5% din cifra de afaceri a subcontractantului, rezultă 12.782.581,5 Lei, valoare care depășește cu mult 8.000.000 lei, pragul impus de către autoritatea contractantă pentru cifra de afaceri.

Având în vedere faptul că acordul de subcontractare, încheiat între ofertant și subcontractant (în cadrul căruia este indicată partea din contract pe care urmează să o execute/realizeze subcontractantul), devine un angajament ferm, care conține, potrivit dispozițiilor legale anterior citate, în mod explicit resursele puse la dispoziție de către terțul susținător, este evident faptul că informațiile din acordul de subcontractare referitoare la capacitățile pe care se bazează ofertantul trebuie interpretate în strânsă corelare cu cele prevăzute într-un angajament de susținere. Această interpretare rezultă și din prevederile legale stabilite de legiuitor a fi respectate pe perioada derulării contractului, care condiționează înlocuirea unui subcontractant, pe parcursul derulării contractului, de îndeplinirea de către noul subcontractant a resurselor corespunzătoare părților de implicare în contractul de achiziție publică.

Așa cum între SRL și SRL există o relație juridică materializată în acordul de subcontractare, așa cum impune art. 182 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, completarea DUAЕ cu informații privind cifra de afaceri face dovada că e un subcontractant pe care se bazează ofertantul, din punct de vedere al cifrei de afaceri, respectând, astfel, prevederile art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă trebuia să ia act de faptul că SRL este un subcontractant a cărui cifră de afaceri poate fi luată în considerare, pentru îndeplinirea cerinței Media cifrei de afaceri globala pe ultimii 3 ani (2018, 2019, 2020] să fie cel puțin egală cu 8.000.000 lei.

Această interpretare își are temeiul în art. 63 Utilizarea capacităților altor entități, din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE.

Totodată, contestatoarea precizează că, prin comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 46304/28.07.2023, autoritatea contractantă face referire la *„modul în care vor interveni în situația în care ofertantul nu își poate îndeplini obligațiile contractuale. În acest sens se va prezenta un plan de mobilizare detaliat care să cuprindă resursele umane, materiale și utilajele alocate, cu precizarea intervalului de timp în care va interveni în caz de necesitate (după caz). În detalierea planului de mobilizare se va ține cont de complexitatea lucrărilor, așa cum au fost descrise în documentația de atribuire, precum și de termenul cerut de autoritatea contractantă pentru finalizarea proiectului. Toate aceste documente se vor prezenta odată cu angajamentul de susținere”*.

Autoritatea contractantă nu înțelege propria cerință care nu se aplică în cazul de față, deoarece nu este cazul de resurse umane, materiale, utilaje, această solicitare aplicându-se pentru susținerea tehnică și profesională. Cifra de afaceri, nu este o resursă transferabilă, astfel încât ofertanții să poată face dovada transferului efectiv. La fel ca și în situația experienței similare, ea nu poate fi transferată efectiv. Cifra de afaceri nu constă în punerea la dispoziție a unei sume efective sau a unor resurse materiale, ea fiind un indicator care reflectă forța economică a unui operator economic, respectiv venituri din activitatea de bază. Indicatorul

economic cifra de afaceri este o resursă economică anterioară, neputând fi pusă la dispoziție în prezent. Singura modalitate de dovedire este depunerea bilanțurilor din care să rezulte acest indicator, lucru care s-a și întâmplat în speță.

De asemenea, prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă a pus la dispoziție ofertanților formularul nr. 3 ANGAJAMENT FERM privind susținerea tehnică și profesională.

Contestatoarea menționează că nu putea depune un astfel de document, deoarece se aplică doar pentru susținere tehnică și profesională, așa cum reiese și din denumirea formularului, însă chiar dacă autoritatea contractantă nu a făcut referire în documentație la ANGAJAMENT FERM privind susținerea financiară a ofertantului, a depus autorității contractante DECLARAȚIE PE PROPRIE RĂSPUNDERE și ANGAJAMENT privind susținerea financiară a cifrei de afaceri a ofertantului, emise de către SRL unde este specificat clar: ne obligăm ca, în situația în care contractantul S.C. S.R.L. întâmpină dificultăți de natură financiară, pe parcursul derulării contractului, să garantăm, necondiționat și irevocabil, autorității contractante achizitoare susținerea financiară pentru îndeplinirea contractului conform ofertei prezentate și a contractului de achiziție publică ce urmează a fi încheiat între ofertant și autoritatea contractantă.

Față de cele de mai sus, rezultă clar că autoritatea contractantă a ignorat însă situația de fapt din speță, cât și cadrul legal în vigoare, alegând să respingă oferta SRL pe motive artificiale și pur formale. În realitate, intenția autorității contractante a fost în mod evident aceea de a respinge oferta SRL.

Prin urmare, contestatoarea solicită Consiliului să observe că documentele sale, respectiv oferta și răspunsul la solicitarea de clarificări, fac dovada deplină a îndeplinirii cerințelor documentației de atribuire, concluzia autorității contractante conform căreia nu îndeplinește criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire fiind una greșită, iar decizia de respingere a ofertei ca inacceptabilă este rezultatul unei interpretări eronate a prevederilor incidente din materia achizițiilor publice.

Mai mult, principiul proporționalității care guvernează întreaga procedură de atribuire impune cu necesitate ca actele autorității contractante să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite. Acest principiu impune autorității contractante, atunci când aceasta se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul

ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod, precum respingerea imediată a ofertei în cauză, să solicite precizări ofertantului vizat mai degrabă decât să opteze pentru respingerea pură și simplă a ofertei acestuia.

Față de cele precizate mai sus, contestatoarea susține că respingerea ofertei sale s-a făcut cu încălcarea prevederilor art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, pretinsa neconformitate a ofertei putând fi ușor înlăturată dacă autoritatea contractantă și-ar fi îndeplinit obligațiile legale.

Decizia autorității contractante de a anula procedura, dar și de a reține neconformitatea ofertei sale este nelegală, întrucât acesta a depus toate documentele solicitate prin fișa de date cu privire la cifra de afaceri.

Pe cale de consecință, ... SRL solicită Consiliului să constate că, în mod eronat autoritatea contractantă a respins oferta SRL ca inacceptabilă, în contextul în care există și dovezi suficiente că îndeplinește cerința privind Capacitatea economică și financiară, solicitată prin fișa de date cap. III.1.2.

În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

..... SA a transmis punctul de vedere nr. 50171/16.08.2023, fiind înregistrat la CNSC cu nr. 44561/ 17.08.2023, iar dosarul achiziției a fost comunicat cu adresa nr. 48343/ 08.08.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 43634/09.08.2023.

Prin punctul de vedere, autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației formulată de SRL, ca nefondată, precizând în preambul o scurtă expunere a situației de fapt.

Totodată, argumentează criticile contestatoarei, astfel:

I. Referitor la critica privind anii în raport de care se determină media cifrei de afaceri globale (2018, 2019, 2020), consideră că este neîntemeiată, deoarece, prin documentația de atribuire (cap. III.1.2), s-a solicitat ofertanților ca, pentru dovedirea capacității economice și financiare, să facă dovada că *„Media cifrei de afaceri globală pe ultimii 3 trei ani (2018, 2019, 2020) să fie cel puțin egală cu 8.000.000 lei”*.

Documentația de atribuire, astfel cum a rămas publicată prin necontestare, este obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedură, care sunt ținuti să elaboreze ofertele în conformitate cu prevederile acesteia, cât și pentru autoritatea contractantă, care este obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, precum și prevederile propriei documentații de atribuire. Cerințele din documentație cu privire la modul de elaborare a propunerii tehnice și financiare sunt obligatorii, și nu formale, iar riscul întocmirii ofertei cade în sarcina operatorului economic, autoritatea contractantă menționând, în mod expres, în cadrul documentației de atribuire care înscrisuri trebuie depuse în cadrul propunerii tehnice și financiare și ce trebuie să conțină aceste înscrisuri.

Față de această prevederile art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, contestatoarea avea posibilitatea să solicite clarificări cu privire la documentația de atribuire, iar dacă prin răspunsul autorității contractante s-ar fi considerat vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim, în temeiul art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ... SRL ar fi avut posibilitatea să formuleze contestație împotriva documentației de atribuire.

Așadar, ofertantul avea dreptul de a formula solicitări de clarificări până la data limită de depunere a ofertelor și, implicit, de a formula contestație împotriva documentației de atribuire, potrivit Legii nr. 101/2016, în cazul în care răspunsul consolidat al autorității contractante nu ar fi fost satisfăcător, însă ofertantul nu și-a exercitat acest drept, motiv pentru care și-a însușit, în mod implicit și în totalitate, cerințele documentației de atribuire.

Întrucât, contestatoarea din prezenta cauză a rămas în pasivitate și nu a întreprins niciun demers referitor la documentația de atribuire, autoritatea contractantă apreciază că la acest moment nu mai pot fi aduse critici referitoare la cerința privind capacitatea economică și financiară.

În susținerea caracterului nefondat al contestației, în ceea ce privește cerința vizând media cifrei de afaceri globală pe ultimii 3 trei ani (2018, 2019, 2020), autoritatea contractantă consideră că relevante sunt și prevederile legale în vigoare în domeniul achizițiilor publice, respectiv art. 3 lit. y), z) și hh) din Legea nr. 98/2016, precum și art. 123 din HG nr. 395/2016. În acest context, trebuie avute în vedere și dispozițiile art. 154 din Legea nr. 98/2016 și cele ale art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Din interpretarea acestor texte de lege rezultă că autoritatea contractantă are obligația să evalueze ofertele raportându-se strict la documentația de atribuire care guvernează procedura de atribuire, care, prin neatacare, și-a consolidat forța obligatorie.

II. Referitor la critica privind respingerea ofertei SRL ca inacceptabilă în baza art. 134 alin. (5) coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, deoarece a fost „depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire”, respectiv cerința privind capacitatea economică și financiară, răspunsul la solicitarea de clarificări fiind neconcludent.

Față de această critică, autoritatea contractantă consideră că este neîntemeiată, precizând că, prin documentația de atribuire (cap. III.1.2), s-a solicitat ofertanților, ca, pentru dovedirea capacității economice și financiare, să prezinte „Media cifrei de afaceri globală pe ultimii 3 trei ani (2018, 2019, 2020) să fie cel puțin egală cu 8.000.000 lei.”

Ulterior aplicării criteriului de atribuire „cel mai bun raport calitate - preț”, în baza prevederilor art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare a solicitat, prin adresa nr. 8598L/09.05.2023, ofertantului clasat pe primul loc, respectiv SRL, să prezinte documente justificative actualizate, prin care să demonstreze îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție.

Ofertantul a răspuns în termen, prin intermediul SEAP, la această solicitare în data de 15.05.2023.

Din analiza documentelor prezentate a rezultat că media cifrei de afaceri a ofertantului SRL, aferentă anilor 2018, 2019, 2020 este de 5.610.255,66 lei, deși în formularul DUAЕ, acesta a completat valoarea de 14.506.986,33 lei. Întrucât, prin documentația de atribuire s-a solicitat ca media cifrei de afaceri să fie de 8.000.000 lei, prin adresa 10867L/14.06.2023, ofertantului i s-au solicitat clarificări, pentru a prezenta modalitatea în care îndeplinește cerința din documentația de atribuire.

Ofertantul a transmis, prin adresa nr. 612/19.06.2023, înregistrată la CNI SA nr. 11243 L/20.06.2023, în termenul precizat de către comisia de evaluare, răspunsul semnat cu semnătură electronică extinsă. Totodată, acesta a atașat răspunsului, pentru subcontractantul SRL:

- Angajamentul privind susținerea financiară a cifrei de afaceri a ofertantului;
- Declarație privind cifra de afaceri;
- Informații generale despre firmă;
- Bilanțurile 2019, 2020, 2021, 2022.

Analizând, atât răspunsul ofertantului cât și documentele depuse inițial în secțiunea „Documente de calificare”, comisia de evaluare a constatat că, în cadrul documentelor de calificare, au fost depuse următoarele documente pentru subcontractantul SRL:

- Acord de subcontractare nr. 1110/14.09.2022 - încheiat între SRL și SRL - activități ce se vor subcontracta: Instalare, instruire și service pentru: Ecograf, Radiocauter în quantum de 5 %;
- Împuternicire;
- Informații generale;
- DECLARAȚIE PRIVIND CONFLICTUL DE INTERESE conform art. 59 -60 din Legea nr. 98/2016;
- DECLARAȚIE privind neîncadrarea în prevederile art. 164 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice;
- DECLARAȚIE privind neîncadrarea în prevederile art. 165 și 167 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice;
- Aviz de funcționare nr. 5775 din 20.12.2021 emis de către Ministerul Sănătății;
- Certificat ISO 9001;
- Certificat ISO 13485;
- Formular DUAЕ - conform căruia calitatea operatorului economic SRL este doar aceea de subcontractant.

Totodată, acesta a înscris în secțiunea dedicată și valoarea cifrei de afaceri aferentă unei perioade de 3 ani.

Urmare analizării documentelor prezentate de către ofertantul SRL, comisia de evaluare a constatat că acesta nu a făcut dovada îndeplinirii cerinței privind realizarea unei medii a cifrei de afaceri aferentă anilor 2018, 2019 și 2020 de minimum 8.000.0000 lei. Invocarea tardivă, abia la momentul prezentării documentelor justificative DUAЕ, a eventualei susțineri din partea subcontractantului SRL, nu putea fi acceptată de către comisia de evaluare.

Pentru a fi acceptată o eventuală susținere privind îndeplinirea capacității economice și financiare, ofertantul avea obligația ca, în

conformitate cu prevederile art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, să prezinte documente din care să rezulte modul efectiv prin care, subcontractantul care devine automat și terț susținător, va interveni în cazul în care ofertantul nu ar fi putut să îndeplinească obligațiile care îi revin din contract.

Astfel, autoritatea contractantă consideră că în mod corect, comisia de evaluare a decis respingerea ofertei ca inacceptabilă în baza art. 134 alin. (5) coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, deoarece a fost *„depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire”* (respectiv cerința privind capacitatea economică și financiară), răspunsul la solicitarea de clarificări fiind neconcludent.

Relevante, în demonstrarea temeiniciei deciziei de respingere a ofertei depuse de către SRL, sunt prevederile legale și cerințele documentației de atribuire, respectiv art. 48 din HG nr. 395/2016, art. 182 alin. (4), art. 215 din Legea nr. 98/2016.

Contrar celor susținute de către contestatoare și în situația descrisă la art. 48 alin. (1) din HG nr. 395/2016, respectiv atunci când subcontractanții sunt considerați terți susținători, iar acordul de subcontractare reprezintă automat și angajament ferm, ofertanții au obligația de a prezenta, până la data limită de depunere a ofertelor, documente justificative prin care acești operatori economici să dovedească modul în care vor interveni în situația în care ofertantul nu își poate îndeplini obligațiile contractuale.

Față de acest aspect, ... SA a invocat hotărârea Curții de Apel, fiind parte în aceea cauză, precum și dosarul nr. 7062/2/2021, unde Curtea de Apel a considerat că acceptarea prezentării ulterioare, la solicitarea autorității contractante, a documentelor suport pentru demonstrarea angajamentului ferm al terțului susținător (care fusese nominalizat și ca subcontractant) și nu odată cu depunerea ofertei, reprezintă o încălcare a dispozițiilor art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Pentru o evaluare unitară a ofertelor depuse în cadrul procedurilor de achiziție publică, ... SA, în calitate de autoritate contractantă, în temeiul art. 3. lit. c) din OUG nr. 13/2015, a solicitat Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, consiliere metodologică privind interpretarea prevederilor art. 48 din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016 și a prevederilor art. 182 din Legea nr. 98/2016, respectiv dacă, în situația în care terțul susținător are și calitate de subcontractant, ofertantul are obligația să depună și documente din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament.

Prin adresa nr. 18586 emisă în data de 30.09.2022 de către ANAP (răspuns consiliere metodologică privind instituția „terțului susținător” așa cum este aceasta reglementată în art. 182 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare) i-a transmis interpretarea solicitată, precizând în mod clar faptul că „subcontractanții pe a căror capacitate ofertantul/candidatul se bazează pentru demonstrarea îndeplinirii anumitor criterii de calificare și selecție sunt considerați terți susținători, caz în care acordul de subcontractare reprezintă, în același timp, și angajamentul ferm”, au aceeași obligație de a prezenta până la data limită de depunere a ofertelor, documentele necesare prin care să dovedească modul efectiv în care, terțul care devine și subcontractant, asigură îndeplinirea propriului angajament de susținere.

Astfel, într-o altă procedură de atribuire, derulată de către SA și contestată la CNSC, prin decizia nr. 1327/C8/994 din 14.06.2023, acesta a reținut faptul că, în mod corect, a fost respinsă oferta contestatoarei, întrucât aceasta, alăturat acordului de subcontractare nu a depus niciun document, din care să reiasă modul în care subcontractantul va interveni în caz de necesitate.

În concluzie, autoritatea contractantă precizează că decizia de respingere a ofertei depuse de către SRL, nu s-a întemeiat pe faptul că acordul de subcontractare nu reprezintă și angajament de susținere. Această decizie s-a întemeiat pe faptul că pentru subcontractantul, pe a cărui capacitate se bazează ofertantul, considerat în baza prevederilor legale, terț susținător, nu au fost prezentate documente din care să reiasă cum va interveni în caz de necesitate, respectiv modul concret în care acest operator economic, va îndeplini partea din contract care nu este acoperită de acordul de subcontractare.

Având în vedere aspectele menționate mai sus, consideră că decizia de respingere a ofertei depuse de către SRL, ca inacceptabilă, în baza art. 134 alin. (5) coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 este corectă, deoarece clarificările transmise nu au fost concludente iar oferta a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire, motiv pentru care solicită respingerea contestației ca nefondată.

..... SA apreciază contestația ca fiind formulată cu rea credință, încălcând prevederile materiale și procesuale referitoare la buna-credință și abuzul de drept.

Față de punctul de vedere al autorității contractante, ... SRL a transmis concluzii scrise prin adresa nr. 840/17.08.2023, înregistrată la Consiliu cu nr. 45282/21.08.2023, solicitând respingerea apărărilor formulate de aceasta, aducând în susținerea lor următoarele argumente:

Cu titlu preliminar, notează că autoritatea contractantă nu a fost în măsură să răspundă direct criticilor care i-au fost adresate (neexistând argumente pertinente care să îndepărteze caracterul inacceptabil), ci a înțeles să extragă din context anumite pasaje din contestație, față de care a dat răspunsuri parțiale, care nu adresează esența criticilor, probabil într-o încercare de a disimula caracterul acceptabil al ofertei SRL.

Consideră apărările expuse de către SA, nefondate și neîntemeiate.

În acest context, răspunde punctual, cu privire la fiecare punct expus de către autoritatea contractantă:

I. „Referitor la critica contestatoarei SRL, privind anii în raport de care se determină media cifrei de afaceri globale (2018,2019, 2020)”, contestatoarea precizează că nu a criticat documentația de atribuire, ci a adus la cunoștința Consiliului că cerința a avut două înțelesuri, iar SRL a oferit bilanțurile pentru anii 2018, 2019, 2020, 2021. Susține că procedat în această manieră, întocmai pentru că a respectat documentația de atribuire. SRL, fiind de bună credință, a oferit toate informațiile pentru ca autoritatea contractantă să poate evalua capacitatea sa financiară și a subcontractantului SRL, aceasta având la dispoziție documente din care reiese atât media cifrei de afaceri globale pe ultimii 3 ani, cât și documente din care reiese media cifrei de afaceri globală pe exemplificarea penultimilor ani din paranteză: 2018, 2019, 2020.

Petenta consideră că buna sa conduită de a oferi informații în plus, nu înseamnă criticarea documentației de atribuire. Informațiile cu privire la cifra de afaceri au fost inserate cu scopul de a preciza ce informații a oferit pentru 4 ani, în vederea verificării capacității financiare.

Susține că a criticat faptul că autoritatea contractantă a omis inclusiv să ia în considerare cifra de afaceri a subcontractantului SRL, pentru partea din contract ce urmează a fi executată de către acesta, și anume 5,00 %, conform Acord de subcontractare nr. 1110/14.09.2022, motiv invocat în contestație, autoritatea contractantă nefăcând nicio mențiune cu privire la acest aspect, în „Punctul de vedere” nr. 50171/16.08.2023. Astfel, este neîndreptățită cu privire la faptul că autoritatea contractantă, în evaluarea capacității financiare, nu a luat în calcul partea din contract ce urmează a fi executată de subcontractant. Pe lângă partea din contract îndeplinită de către subcontractant, a depus documente din care reiese faptul că acesta susține SRL cu întreaga cifră de afaceri.

Încă o dată, contestatoarea aduce la cunoștința Consiliului că cifra de afaceri depășește cu mult pragul impus de către autoritatea contractantă, respectiv 8.000.000 lei. Raportând calculul la anii 2018, 2019, 2020, media cifrei de afaceri este 5.610.255,66 lei, iar media cifrei de afaceri a subcontractului pe anii 2018, 2019, 2020 este 143.446.517,66 lei. Procentul 5% (conform părții din contract ce urmează a fi executată) din cifra de afaceri a subcontractului reprezintă 7.172.325,88 Lei. Însușind cifra de afaceri a subscisei și 5% din cifra de afaceri a subcontractantului, rezultă 12.782.581,5 Lei.

Astfel, în conformitate cu prevederile acordului de subcontractare încheiat între SRL și SRL prezentat în cadrul ofertei, se evidențiază cota de implicare în viitorul contract ca fiind 5 %. Prin urmare,

se poate ușor determina proporția aferentă cotei de implicare în executarea viitorului contract considerând inadmisibil cum autoritatea contractantă a omis să ia în calcul cumulul capacității financiare.

Apărări aduse de autoritatea contractantă, potrivit cărora cerințele din documentație cu privire la modul de elaborare a propunerii tehnice și financiare sunt obligatorii și nu formale, iar riscul întocmirii ofertei cade în sarcina operatorului economic, autoritatea contractantă menționând în mod expres, în cadrul documentației de atribuire, care înscrisuri trebuie depuse în cadrul propunerii tehnice și financiare și ce trebuie să conțină aceste înscrisuri, consideră contestatoarea, nu au nicio legătură cu obiectul contestației, aceasta vizând capacitatea economică și financiară a SRL și a subcontractantului SRL, nicidecum propunerea tehnică sau financiară.

II. „Referitor la critica privind respingerea ofertei SRL ca inacceptabilă în baza art. 134 alin. 5 coroborat cu art. 137 alin. 2 lit. b) din Normele Metodologice aprobate prin H.G. nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, deoarece a fost „depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire” (respectiv cerința privind capacitatea economică și financiară), răspunsul la solicitarea de clarificări fiind neconcludent.) [....]

Față de apărărilor invocate de către autoritatea contractantă, contestatoarea aduce la cunoștință faptul că nu este vorba despre nicio „invocare tardivă abia la momentul prezentării documentelor justificative DUAE” privind capacitatea economică și financiară a subcontractului, având în vedere că autoritatea contractantă avea la dispoziție DUAE completat conform cerinței din documentația de atribuire „va completa DUAE - Partea IV "Criteriile de selecție" - Secțiunea B "Capacitatea economică și financiară".

De asemenea, autoritatea contractantă greșit afirmă faptul că trebuiau prezentate documente din care să rezulte modul în care va interveni subcontractantul în cazul în care ofertantul nu ar fi putut să îndeplinească obligațiile care îi revin din contract, uitând cu desăvârșire și ignorând faptul că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, i-a reamintit de relația contractuală conform Acord de subcontractare nr. 1110/14.09.2022, cu subcontractantul SRL, cota de implicare a acestuia în viitorul contract fiind 5 %, cotă parte ce-i revine doar subcontractantului.

Totodată, în legătură cu susținerea autorității contractante potrivit căreia „pentru a fi acceptată o eventuală susținere privind îndeplinirea capacității economice și financiare, ofertantul avea obligația ca, în conformitate cu prevederile art. 182 alin. 4 din Legea nr. 98/2016, să prezinte documente din care să rezulte modul efectiv prin care, subcontractantul care devine automat și terț susținător, va interveni în cazul în care ofertantul nu ar fi putut să îndeplinească obligațiile care îi revin din contract.”, iar în Comunicarea nr. 46304/28.07.2023 afirmă că "Deși în formularul DUAE completat de către operatorul economic SRL, declarat subcontractant în cadrul procedurii, a fost menționată cifra de afaceri pe ultimi 3 ani (2018, 2019, 2020) ca fiind de 170.987.136,06 ron, comisia de evaluare nu a luat în calcul aceasta cifra, având în vedere ca acesta a avut calitatea doar de subcontractant”, contestatoarea susține că sunt două opinii contrare din moment ce, prin punctul de vedere este

de acord că subcontractantul devine automat și terț susținător, iar prin comunicarea nr. 46304/28.07.2023, comisia de evaluare nu a luat în calcul aceasta cifră, având în vedere că acesta a avut calitatea doar de subcontractant.

De asemenea, contestatoarea susține că a depus inclusiv angajamentul privind susținerea financiară a cifrei de afaceri a ofertantului.

Având în vedere Notificarea ANAP nr. 258/2017 cu privire la fișa de date, legat de prevederile cap. III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, a prevăzut, pe de o parte, că informațiile pe care operatorii economici trebuie să le prezinte în DUAЕ trebuie să fie clar precizate în prealabil de către autoritățile contractante la nivelul fișei de date, iar pe de altă parte, a atenționat în mod special că se vor depune, odată cu DUAЕ, următoarele documente: angajamentul ferm al terțului susținător din care rezultă modul efectiv în care se va materializa susținerea acestuia, a acordului de subcontractare și/sau a acordului de asociere, după caz. Nedepunerea acestora odată cu DUAЕ, constituie temei pentru solicitarea de clarificări pentru eventualele inadvertențe de formă ale informațiilor cuprinse în secțiunile DUAЕ, atât ale ofertantului/candidatului, cât și ale subcontractantului/terțului susținător, acest lucru fiind necesar pentru a asigura desfășurarea corespunzătoare a procedurii de atribuire. Această interpretare a ANAP arată tocmai faptul că respingerea unei oferte nu trebuie să fie determinată de o lipsă care este suplinită de celelalte documente depuse odată cu oferta (DUAЕ, declarații privind conflictul de interese).

Autoritatea contractantă, prin punctul de vedere, enumeră anumite spețe care nu au legătură cu obiectul contestației, acestea referindu-se la capacitatea privind experiența similară, nefiind detaliate resursele de care dispune subcontractantul devenit terț.

În cazul de față, contestatoarea precizează că este vorba despre capacitatea economică și financiară, iar singura modalitate de a detalia resursele privind cifra de afaceri, nefiind o resursă transferabilă, este depunerea bilanțurilor din care să rezulte acest indicator, lucru care s-a și întâmplat. Ba mai mult, a fost depus și angajamentul privind susținerea financiară din partea subcontractului unde este menționat clar „ne obligăm ca, în situația în care contractantul S.C..... S.R.L. întâmpină dificultăți de natură financiară, pe parcursul derulării contractului, să garantăm, necondiționat și irevocabil, autorității contractante achiziitoare susținerea financiară pentru îndeplinirea contractului conform ofertei prezentate și a contractului de achiziție publică ce urmează a fi încheiat între ofertant și autoritatea contractantă.”

III. Cu privire la susținerea autorității contractante potrivit căreia „Decizia de respingere a ofertei depuse de către SRL, nu s-a întemeiat pe

faptul că acordul de subcontractare nu reprezintă și angajament de susținere. Această decizie s-a întemeiat pe faptul că pentru subcontractantul, pe a cărui capacitate se bazează ofertantul, considerat în baza prevederilor legale, terț susținător, nu au fost prezentate documente din care să reiasă cum va interveni în caz de necesitate, respectiv modul concret în care acest operator economic, va îndeplini partea din contract care nu este acoperită de acordul de subcontractare.", contestatoarea consideră că nu poate „ghici” ce documente ar fi satisfăcătoare pentru autoritatea contractantă, depuse pentru subcontractant „din care să reiasă cum va interveni în caz de necesitate”, din moment ce a dat dovadă de toată diligența și a depus document din care reiese clar angajamentul acestuia: „ să garantăm, necondiționat și irevocabil, autorității contractante achiziitoare susținerea financiară pentru îndeplinirea contractului”.

De această dată, autoritatea contractantă face referire la *„partea din contract care nu este acoperită de acordul de subcontractare”*, neoferind niciun punct de vedere cu privire la cumularea cifrei de afaceri pentru partea din contract acoperită de acordul de subcontractare, aspect criticat prin contestația depusă.

Contestatoarea susține că, în cazul în care considera că nu au fost prezentate documente din care să reiasă cum va interveni în caz de necesitate subcontractantul devenit terț, că este inadmisibil ca aceasta să nu ia în calcul partea din contract executată de către subcontractant, pentru partea lui de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit. Relevant în acest sens sunt prevederile art. 193 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la afirmația autorității contractante potrivit căreia SRL a formulat cu rea credință contestația, petenta consideră că a acționat conform art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Pentru toate argumentele expuse în contestație, ... SRL solicită să se rețină temeinicia criticilor sale și admiterea lor, astfel cum au fost formulate.

..... SRL, a constituit cauțiunea în sumă de 89.894,00 lei, conform art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 209383270/1 din data de 07.08.2023, eliberată de CEC BANK SA – Sucursala Pitești.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Procurarea, furnizarea și montajul dotărilor necesare pentru finalizarea obiectivului de investiții: «Dotare, extindere spații spitalizare - Spitalul Municipal de Urgență Moinești, str. Zorilor, Municipiul Moinești, Jud. Bacău»” cod CPV 33100000-1, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1045767/06.08.2022,

stabilind termenul limită de depunere a ofertelor pentru 14.09.2022, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate preț” și valoarea estimată, fără TVA, de 4.494.670,53 lei.

În cadrul procedurii de atribuire au depus oferte 2 operatori economici printre care și contestatoarea din prezenta cauză, aspect consemnat în procesul verbal nr. 18198L/23.09.2022. După evaluarea ofertelor, autoritatea contractantă a stabilit rezultatul procedurii, consemnat în raportul procedurii nr. 3270L/22.02.2023, potrivit căruia a fost declarată câștigătoare oferta depusă de SRL, în timp ce oferta depusă de SRL a fost poziționată pe locul 2 în clasamentul final.

Nemulțumit de acest rezultat, comunicat prin adresa nr. 10005/22.02.2023, ofertantul SRL a depus contestația care a făcut obiectul dosarului nr. 546/2023, contestația fiind soluționată de Consiliu, prin Decizia nr. 749/C11/546/03.04.2023, după cum urmează:

„Admite contestația depusă de SRL, în contradictoriu cu SA.

Anulează actele autorității contractante privind decizia de declarare câștigătoare a ofertei depusă de SRL, precum și comunicările privind rezultatul procedurii.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea prevederilor legale, să facă aplicarea aspectelor de fapt și de drept, stabilite de Consiliu prin motivarea sa, în ceea ce privește reevaluarea ofertei SRL.

Încuviințează, în principiu, și respinge cererea de intervenție formulată de SRL, inclusiv capătul de cerere cu privire la obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor ocazionate de intentarea contestației.”

Această decizie este definitivă întrucât nu a fost atacată cu plângere la instanța competentă.

Ulterior primirii deciziei Consiliului și punerii acesteia în aplicare, autoritatea contractantă a stabilit un nou rezultat al procedurii, consemnat în raportul procedurii nr. 13671 L/28.07.2023, respingând oferta depusă de SRL, declarând admisibilă și poziționată pe locul 1 în clasament oferta depusă de SRL dar respingând-o ca inacceptabilă, motivat de faptul că, urmare a analizării documentelor suport DUAE, a constatat că nu sunt îndeplinite cerințele de calificare referitoare la capacitatea economică a ofertantului.

Împotriva acestei decizii a formulat contestație SRL, această contestație făcând obiectul prezentei cauze, contestatoarea solicitând următoarele:

i. anularea documentului intitulat „Comunicare rezultat procedură” nr. 46304/28.07.2023, a raportului procedurii nr. 13671 L/28.07.2023, precum și a tuturor actelor anterioare și/sau subsecvente acestora care privesc modalitatea de evaluare a ofertei depuse de către SRL;

ii. obligarea autorității contractante să adopte măsurile necesare restabilirii legalității procedurii de atribuire, cu consecința stabilirii caracterului acceptabil al ofertei SRL și continuarea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică.

Procedând la analizarea contestației, Consiliul apreciază ca fiind relevante următoarele prevederi ale fișei de date a achiziției:

- pct. III.1.2) Capacitatea economică și financiară:

„Specificați cifra de afaceri medie anuală

Media cifrei de afaceri globală pe ultimii 3 trei ani (2018, 2019, 2020) să fie cel puțin egală cu 8.000.000 lei.

În vederea îndeplinirii cerinței, ofertantul/ofertantul asociat/terțul susținător va completa DUAE - Partea IV "Criteriile de selecție" - Secțiunea B "Capacitatea economică și financiară". Ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire va prezenta, la solicitarea Autorității Contractante, situațiile financiare (bilanț contabil). Aceste documente vor fi prezentate și de către ofertantul asociat, în situația în care resursele acestuia au fost luate în considerare pentru îndeplinirea cerinței.

(...)

Nota 2: Dacă un grup de operatori economici depune o ofertă comună, cerința se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului. În aceasta situație, și ofertantul asociat va completa DUAE - Partea IV "Criteriile de selecție" - Secțiunea B "Capacitatea economica și financiară".

(...)

Nota 4: În vederea îndeplinirii cerinței, ofertantul poate beneficia de susținerea unui/unor tert/terți. În acest sens vor fi respectate prevederile art. 182 din Legea nr. 98/2016 și ale art. 48 din HG nr. 395/2016.

Nota 5: În cazul în care ofertantul beneficiază de susținere din partea unui tert, terțul susținător va completa DUAE - Partea IV "Criteriile de selecție"- Secțiunea B "Capacitatea economică și financiară". Autoritatea contractantă va respinge terțul susținător propus dacă acesta nu îndeplinește cerințele de calificare privind capacitatea, sau se încadrează printre motivele de excludere.

Modalitatea de îndeplinire:

Se va completa DUAE de către toți ofertanții. Documentele justificative, care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE urmează a fi prezentate, la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe primul loc în urma aplicării criteriului de atribuire.»

- pct. IV.4.3 Modul de prezentare al ofertei, din fișa de date a achiziției:

«Prezentarea ofertei se va face în următoarele condiții:

1. INFORMAȚII PRIVIND TERTII SUSTINATORI

Dacă ofertantul beneficiază de susținere din partea unui/unor tert/terți în vederea îndeplinirii unui/unor criteriu/ii de calificare, ofertantul are obligația de a completa DUAE, partea II "Informații referitoare la operatorul economic", secțiunea C "Informații privind utilizarea capacităților altor entități".

De asemenea, fiecare tert susținător va completa un formular DUAE separat care să cuprindă informațiile solicitate în: - partea II "Informații referitoare la operatorul economic" - secțiunea A "Informații privind operatorul economic" și B "Informații privind reprezentanții operatorului economic", - partea III "Motive de excludere" - partea IV "Criteriile de

selecție" - Secțiunea C "Capacitatea tehnică și profesională" - în situația în care susținerea acordată se referă la îndeplinirea criteriilor referitoare la capacitatea tehnică și sau profesională.

Operatorul economic va depune o dată cu oferta și DUAE, Formularul nr. - „Angajament ferm privind susținerea tehnică și profesională a ofertantului”.

„În baza prevederile art. 182 alin. 4 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, terții susținători vor prezenta documente justificative din care să rezulte modul efectiv prin care vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, respectiv modul în care vor interveni în situația în care ofertantul nu își poate îndeplini obligațiile contractuale. În acest sens se va prezenta un plan de mobilizare detaliat care să cuprindă resursele umane, materiale și utilajele alocate, cu precizarea intervalului de timp în care va interveni în caz de necesitate (după caz). În detalierea planului de mobilizare se va ține cont de complexitatea lucrărilor, așa cum au fost descrise în documentația de atribuire, precum și de termenul cerut de autoritatea contractantă pentru finalizarea proiectului. Toate aceste documente se vor prezenta odată cu angajamentul de susținere”;

2. INFORMATII PRIVIND SUBCONTRACTANTII

În cazul în care ofertantul va subcontracta o parte din contract, ofertantul are obligația de a completa DUAE, partea II "Informații referitoare la operatorul economic", secțiunea D "Informații privind subcontractanții pe ale căror capacități operatorul economic nu se bazează", și partea IV "Criteriile de selecție" - Secțiunea C "Capacitatea tehnică și profesională" .

De asemenea, fiecare subcontractant va completa un formular DUAE separat care să cuprindă informațiile solicitate în: - partea II "Informații referitoare la operatorul economic" - secțiunea A "Informații privind operatorul economic" și B "Informații privind reprezentanții operatorului economic", - partea III "Motive de excludere".

Operatorul economic va depune o dată cu oferta și DUAE și Acordul de subcontractare (care să conțină cel puțin următoarele:

- Denumire subcontractant
- Date de identificare subcontractant.
- Denumirea și procentul părților ce vor fi îndeplinite de către subcontractant.”

Contestatoarea a depus ofertă în nume propriu, subcontractând o parte din obiectul contractului către 2 subcontractanți, respectiv MEDIST IMAGING&POC SRL (instalare, instruire și service pentru ecograf și radiocauter) și SRL (instalare, instruire și service pentru injectomat și infuzomat), pentru fiecare dintre subcontractanți depunând documentele aferente acestora.

În analizarea contestației, Consiliul reține relevant faptul că, în cadrul DUAЕ-ului aparținând SRL, s-au menționat cei doi subcontractanți, iar la Partea IV: Criterii de selecție, lit. B Situația economică și financiară, aferent cifrei de afaceri medie anuală, a fost indicată valoarea 14.506.986,33 lei.

De asemenea, ofertantul a depus pentru subcontractantul MEDIST IMAGING&POC SRL un DUAЕ, în cadrul căruia, la secțiunea indicată anterior, aferent cifrei de afaceri medie anuală, ofertantul a indicat valoarea 170.987.136,06 lei.

Ulterior stabilirii clasamentului intermediar, prin adresa nr. 8598L/09.05.2023, autoritatea contractantă a solicitat contestatoarei, în baza art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, prezentarea documentelor justificative actualizate, prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAЕ.

După analizarea documentelor transmise de ofertant, autoritatea contractantă a solicitat contestatoarei, prin adresa nr. 10867 L/14.06.2023, clarificarea îndeplinirii cerinței de calificare privind cifra de afaceri, având în vedere documentele depuse de ofertant „(Bilanț: 2018, 2019, 2020, 2021), din care reies următoarele sume:

- bilanț 2018 – cifra de afaceri netă 4.640.646 lei
 - bilanț 2019 – cifra de afaceri netă 7.263.804 lei
 - bilanț 2020 – cifra de afaceri netă 4.926.287 lei
- rezultând o medie a cifrei de afaceri de 5.610.255,66 lei”.

Răspunzând acestei solicitări, ... SRL a precizat că printre subcontractanții nominalizați se regăsește și MEDIST IMAGING&POC SRL, cu care are încheiat acordul de subcontractare nr. 1110/14.09.2023 și, invocând art. 48 alin. (1) din „Legea nr. 98/2016”, a precizat că „angajamentul ferm privind susținerea financiară a cifrei de afaceri a ofertantului SRL a fost luat în considerare încă de la momentul ofertării având în vedere completarea DUAЕ de către MEDIST IMAGING&POC SRL cu informațiile privind cifra de afaceri, în acest sens fiind prezentate autorității contractante INFORMAȚII GENERALE operator economic din data de 15.09.2022, document depus și în prezenta procedură, precum și INFORMAȚII GENERALE operator economic din data de 15.05.2023, însoțite de documente suport, respectiv Bilanț 2018, 2019 și 2020 depuse la solicitarea documentelor suport DUAЕ. De asemenea, anexăm prezentei adrese Declarație pe proprie răspundere a operatorului economic MEDIST IMAGING&POC SRL și angajament privind susținerea financiară a cifrei de afaceri a ofertantului care confirmă cele menționate mai sus, (...)”.

Comisia de evaluare a considerat că acest răspuns nu este concludent și a respins oferta ca inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin. (5) coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2019, motivat de faptul că «- Deși în formularul DUAЕ completat de către operatorul economic SRL, declarat subcontractant în cadrul procedurii, a fost menționată cifra de afaceri pe ultimi 3 ani (2018, 2019, 2020) ca fiind de 170.987.136,06 ron, comisia de evaluare nu a luat în calcul această cifră, având în vedere că acesta a avut calitatea doar de subcontractant;

- Comisia de evaluare a avut în vedere la îndeplinirea cerinței privind cifra de afaceri, cele declarate de către operatorul economic SRL, respectiv:

cifra de afaceri pe ultimi 3 ani (2018, 2019, 2020) ca fiind de 14.506.986,33 Ron;

- Având în vedere Articolul 48 (1) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, la care se face referire în cadrul răspunsului, putea fi considerată îndeplinită, dacă ați fi declarat în cadrul procedurii, respectiv în formularul DUAЕ ca Terț susținător, ceea ce conform formularului completat acesta a avut calitatea de subcontractant. Mai mult de atât, odată cu Acordul de subcontractare ce ar fi putut ține locul Angajamentului ferm, acesta ar fi avut obligația potrivit art. 182 alin. (4) din Legea 98/2016, cu modificările și completările ulterioare: „Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul/terții susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament”, să depună documente, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care ce ar fi trebuit să constituie anexe la respectivul angajament”».

Rezultă că motivul pentru care autoritatea contractantă nu a luat în considerare cifra de afaceri a subcontractului SRL a fost determinată de nedeclararea acestuia, în cadrul DUAЕ-ului SRL, ca terț susținător, respectiv nedepunerea, odată cu acordul de subcontractare, de documente, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care ar fi trebuit să constituie anexe la respectivul angajament.

În analizarea corectitudinii deciziei comisiei de evaluare, Consiliul apreciază ca fiind relevante următoarele dispoziții legale:

- art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016:

„Autoritatea contractantă nu poate stabili cerințe de participare pentru subcontractanții propuși de ofertant/candidat în ofertă sau solicitarea de participare, **dar ia în considerare capacitatea tehnică și profesională** a subcontractanților propuși pentru partea lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit, dacă documentele prezentate sunt relevante în acest sens”;

- art. 182 alin. (3) și (4) din Legea nr. 98/2016:

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

(4) Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul/candidatul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul/terții susținător/susținători, din care să rezulte modul efectiv prin care

terțul/terții susținător/susținători va/vor asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament.”;

- art. 193 alin. (3) din același act normativ:

„În cazul în care ofertantul/candidatul intenționează să subcontracteze o parte/părți din contract, DUAЕ include și informații privind partea din contract care urmează a fi eventual subcontractată și va avea anexat acordul de subcontractare. Subcontractanții pe a căror capacitate se bazează ofertantul/candidatul trebuie să completeze, la rândul lor, DUAЕ separat, incluzând toate informațiile menționate la alin. (1) lit. a), precum și cele de la alin. (1) lit. b) și c) care prezintă relevanță din perspectiva capacităților subcontractanților pe care se bazează ofertantul/candidatul în cadrul procedurii de atribuire respective. În cazul subcontractanților pe a căror capacitate ofertantul/candidatul nu se bazează, DUAЕ va conține numai informațiile menționate la alin. (1) lit. a)”.

- art. 48 alin. (1) teza finală (a II-a) din HG nr. 395/2016:

„Subcontractanții pe a căror capacitate ofertantul/candidatul se bazează pentru demonstrarea îndeplinirii anumitor criterii de calificare și selecție sunt considerați și terți susținători, caz în care acordul de subcontractare reprezintă, în același timp, și angajamentul ferm”.

Din conținutul acestor norme, rezultă că legiuitorul a stabilit că ofertantul poate decide să subcontracteze o parte din contract, putându-se baza pe capacitățile subcontractantului/subcontractanților propus/propuși, doar în ceea ce privește capacitatea tehnică și profesională, așa cum prevede în mod expres art. 172 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, anterior citat. În situația în care un ofertant intenționează să se bazeze, în îndeplinirea cerințelor de calificare care vizează capacitatea economică și financiară, pe capacitatea unui subcontractant, acesta trebuie să fie declarat terț susținător.

Ori, în speță, din conținutul DUAЕ-ului depus de contestatoare, rezultă că SRL a indicat că participă individual la procedura de atribuire, precum și faptul că are 2 subcontractanți, la secțiunea C: „Informații privind utilizarea capacităților altor entități”, indicând „NU”.

Astfel, contestatoarea nu a invocat odată cu depunerea ofertei, în dovedirea îndeplinirii cerinței de calificare privind cifra de afaceri, susținerea unui terț, așa cum este aceasta prevăzută de art. 182 din Legea nr. 98/2016, astfel că, în mod corect autoritatea contractantă a luat în considerare, în verificarea îndeplinirii cerinței, doar informațiile care vizau cifra de afaceri a SRL, fără a lua în considerare cifra de afaceri a subcontractantului SRL.

În situația în care contestatoarea intenționa să se bazeze pe cifra de afaceri a subcontractului SRL, criteriu de calificare care vizează capacitatea economică și financiară, avea obligația de a furniza această informație în DUAЕ, respectiv de a indica în DUAЕ-ul depus, că SRL este terț susținător pe cifra de afaceri, de a depune angajament de susținere cu privire la acest aspect și de a depune documente din care să rezulte modul efectiv prin care terțul va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere.

Nefiind indicat, în cadrul DUAE, operatorul economic SRL ca terț susținător a capacității economice și financiare, așa cum ar fi trebuit potrivit dispozițiilor legale anterior citate, dar și potrivit prevederilor obligatorii ale documentației de atribuire (pct. IV.4.3 Modul de prezentare al ofertei, din fișa de date a achiziției - Informații privind terții susținători), în mod corect autoritatea contractantă nu a luat în considerare răspunsul contestatoarei, acceptarea angajamentului terțului susținător atașat răspunsului transmis autorității contractante fiind de natură să creeze un avantaj nepermis ofertantului, deci o încălcare a principiului transparenței.

Față de cele reținute anterior, Consiliul apreciază ca lipsită de relevanță trimiterea contestatoarei la Îndrumarea publicată de ANAP, publicată la data de 25.01.2022, privind instituția "terțului susținător".

Sușținerile contestatoarei referitoare la faptul că, în situația în care autoritatea contractantă ar fi luat în considerare, la calcularea mediei cifrei de afaceri globale pe ultimii trei ani, cifrele de afaceri din anii 2019, 2020 și 2021, valoarea obținută ar fi depăși minimul stabilit prin documentația de atribuire, nu poate fi reținută de Consiliu, în condițiile în care cerința din fișa de date cu privire la acest indicator economic a fost clară în acest sens, făcând referire în mod concret la anii care vor fi luați în considerare la verificarea îndeplinirii acestei cerințe, respectiv 2018, 2019 și 2020. Contestatoarea nu a criticat în termen legal cerința de calificare cu privire la cifra de afaceri, aceasta fiind obligatorie pentru ofertanți și autoritatea contractantă, orice abatere de la aceste cerințe însemnând încălcarea principiului transparenței, stipulat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În aceste condiții, critica autoarei contestației sub acest aspect, este neîntemeiată.

Luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) 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 urmează să respingă, ca nefondată, contestația formulată de SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația depusă de SRL, în contradictoriu cu SA.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE

.....

MEMBRU

.....

MEMBRU

.....

Redactată în 4 exemplare, conține 21 pagini.
Redactată practica deciziei