



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnscl.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. 451/C5/278

Data: 03.03.2021

Prin contestația neînregistrată și nedată la emitentă, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și în original, prin poșta rapidă, înregistrată la Consiliu sub nr. 6916/11.02.2021 și, respectiv, sub nr. 7097/12.02.2021, asocieria ... SRL, prin ...SRL, în calitate de asociat, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin ..., în calitate de Administrator și convențional, prin Cabinet de Avocat ..., având sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la Cabinet de Avocat ... în municipiul ..., a contestat adresa nr. 596/09.02.2021 și Procesul-verbal nr. 396/29.01.2021, documente emise în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Proiectare și execuție «Modernizarea Portului Sulina, Perimetrul I – Zona Liberă»”, cod CPV 45241000-8 (Rev.2), organizată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în localitatea ... și a solicitat anularea actelor atacate, a măsurii de anulare a procedurii de atribuire, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei sale de la etapa verificării admisibilității/conformității acesteia, precum și anularea tuturor actelor premergătoare și subsecvente Procesului-verbal nr. 396/29.01.2021.

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

În susținerea contestației, autoarea acesteia învederează că, prin Procesul-verbal nr. 396/29.01.2021 al ședinței de evaluare a răspunsului la solicitarea de clarificare nr. 201/19.01.2021, autoritatea contractantă a reținut incidența, în speță, a prevederilor art. 215 alin. (5) coroborate cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, comunicându-i-se și rezultatul procedurii de atribuire, prin care s-au

reținut următoarele: „Având în vedere faptul că în oferta depusă de către Asocierie nu este precizată prin niciun document, susținerea economică de către un eventual terț susținător, în vederea aplicării prevederilor art. 183 alin. (2) - privind înlocuirea o singură dată a unui terț susținător ce nu îndeplinește unul dintre criterii, trebuia să existe un terț susținător, dovedit prin documente la depunerea ofertei. În consecință, oferta este inacceptabilă, în baza prevederilor art. 215 alin. (4)”.

Sub acest aspect, contestatoarea susține că a depus în cadrul ofertei documente din care rezultă că operatorul economic și-a exercitat dreptul prevăzut la art. 182 din Legea nr. 98/2016 de a invoca susținerea unui terț în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară. Astfel, se arată că, în susținerea cerințelor privind capacitatea economică și financiară, a completat DUAЕ, pentru fiecare membru al asocierii, în care s-a menționat cifra de afaceri medie anuală aferentă anilor 2017, 2018 și 2019. De asemenea, pentru îndeplinirea cerințelor privind capacitatea economică și financiară, a invocat susținerea unui terț, depunând în acest sens DUAЕ completat de terțul susținător ...SA.

Contestatoarea învederează că, din cuprinsul documentului DUAЕ, rezultă că terțul susținător a completat documentul prin care și-a manifestat voința de a acorda susținere atât în ceea ce privește capacitatea economică și financiară cât și capacitatea tehnică, astfel că, voința declarată a terțului, transpusă în DUAЕ, nu mai poate fi înlăturată ulterior, pe motiv că nu ar coincide cu voința internă, deoarece într-o astfel de situație s-ar încălca principiul siguranței circuitului civil și al bunei-credințe. Terțul susținător și-a manifestat consimțământul de a acorda susținere privind capacitatea economică și financiară, susținere pe care contestatoarea s-a bazat la data depunerii ofertei.

În continuare, contestatoarea menționează că, urmare a solicitării de clarificări a autorității contractante nr. 12/4.01.2021, terțul susținător a transmis, la data de 06.01.2021, bilanțurile pentru anii 2017-2019 precum și Angajamentul financiar, iar ulterior, la data de 13.01.2021, a transmis o adresă prin care a învederat că „decizia Consiliului de administrație al ...S.A. este de a nu acorda susținerea economică și financiară”.

Sub acest aspect, ...SRL apreciază că situația de față (terțul susținător s-a dezis/și-a retras susținerea acordată, manifestată prin discuțiile purtate, completarea documentului DUAЕ și transmiterea documentelor suport), nu poate fi asimilată, așa cum greșit afirmă comisia de evaluare, lipsei nominalizării unui terț la data depunerii ofertei.

În continuare, contestatoarea aduce la cunoștință că membrii comisiei de evaluare au reținut în Procesul-verbal nr. 396/29.01.2021 calitatea de terț susținător a ...SA, anterior, prin adresa nr. 201/19.01.2021, solicitând retransmiterea următoarelor documente: „1. DUAЕ pentru fiecare din membrii Asocierii /.../, pentru Terț susținător ...SA; 2. Angajamentul ferm privind susținerea economică și financiară acordat de către ...SA /.../”. Prin urmare, prin procesul verbal nr. 396/29.01.2021, comisia de evaluare a reținut că asocieria sa îndeplinește cerințele privind capacitatea economică prin susținerea acordată de terțul ...SA, în consecință, nefiind incidente prevederile art.

215 alin. (4) din Legea nr. 99/2016, în condițiile în care au fost solicitate clarificări în sensul depunerii Angajamentului de susținere pentru terțul declarat.

...SRL subliniază că membrii comisiei de evaluare aveau obligația de a dispune o singură dată înlocuirea terțului susținător conform art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, în condițiile în care:

- asocierea a nominalizat la data depunerii ofertei un terț susținător privind capacitatea economică prin prezentarea documentului DUAE completat de ...SA,

- ...SA a transmis Angajamentul de susținere și bilanțurile în susținerea cerințelor documentației de atribuire, dar a refuzat ulterior transmiterea acestora către comisia de evaluare,

- Comisia de evaluare a solicitat clarificări privind terțul susținător nominalizat,

contestatoarea apreciază că sunt îndeplinite toate condițiile prevăzute de legiuitor privind incidența în speță a prevederilor art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere cele mai sus arătate, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă trebuia să-i solicite înlocuirea terțului susținător și, ulterior transmiterii răspunsului la clarificări, putea dispune cu privire la conformitatea ofertei sale. În acest sens, se face trimitere la art. 63 alin. (1) teza 2 din Directiva 2014/24.

În final, contestatoarea învederează că autoritatea contractantă i-a analizat oferta în mod formal, superficial, cu încălcarea principiilor bunei-credințe și al proporționalității. Sub acest aspect, se face trimitere la jurisprudența Consiliului.

...SRL a solicitat accesul la dosarul achiziției publice.

În dovedirea contestației, ...SRL a depus la dosarul cauzei un set de înscrisuri.

Prin corespondențele transmise prin mijloace electronice (e-mail), înregistrate la Consiliu sub nr. 7106/12.02.2021 și, respectiv, sub nr. 7159/12.02.2021, contestatoarea a remis, în copie, recipisa de consemnare.

Având în vedere contestația formulată de ...SRL, în temeiul art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată și completată prin OUG nr. 114/2020, Consiliul, prin adresa nr. 7216/278/C5/12.02.2021, a solicitat contestatoarei să transmită la dosarul cauzei, în original, recipisa de consemnare în sumă de 880.000 lei. Totodată, în temeiul dispozițiilor art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a solicitat contestatoarei să transmită documente relevante din care să rezulte data luării la cunoștință a actelor atacate (adresa nr. 596/09.02.2021 și procesul verbal nr. 396/29.01.2021), precum și dovada asocierii încheiată între ...SRL și ...SRL, ... SRL și ... SRL și acordul acestor asociați pentru depunerea contestației.

Referitor la solicitarea de a i se permite accesul la dosarul cauzei, Consiliul i-a adus la cunoștință contestatoarei prevederile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Originalul Recipisei de consemnare nr. 206826643/1 eliberată de CEC Bank – Sucursala Tulcea, în sumă de 880.000 lei, a fost transmis de

către contestatoare prin corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 7403/15.02.2021.

...SRL a răspuns la solicitarea CNSC nr. 7216/278/C5/ 12.02.2021, prin corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 7457/ 15.02.2021, depunând documentele solicitate.

Prin adresa nr. 7906/278/C5/17.02.2021, Consiliul a solicitat autorității contractante ... înaintarea dosarului achiziției publice, în conformitate cu dispozițiile art. 18 din Legea nr. 101/2016, a ofertei depusă de contestatoare, precum și a dovezilor privind publicarea în SEAP a contestației și a transmiterii punctului de vedere către contestatoare.

... a transmis, prin adresa nr. 678/16.02.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 7934/17.02.2021, punctul de vedere referitor la contestație, însoțit de dosarul achiziției publice și de oferta contestatoarei.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă aduce la cunoștință că în prezenta procedură de atribuire s-a depus o singură ofertă, respectiv cea a asocierii ... SRL, care a declarat 2 operatori economici având calitatea de terț susținător și subcontractor, documentele depuse indicând susținere privind îndeplinirea cerințelor de capacitate tehnică și profesională.

Autoritatea contractantă arată că, din documentele depuse de către contestatoare a rezultat că aceasta nu îndeplinea cerința prevăzută în fișa de date, la secțiunea III.1.2) „Capacitatea economică și financiară”, respectiv „Ofertantul a realizat o cifră de afaceri, medie anuală în fiecare dintre ultimii 3 ani financiari încheiați la data publicării anunțului de participare (2017, 2018, 2019), de 100.000.000 lei”, terțul susținător, ...SA, prin Angajamentul ferm, precizând faptul că „Acordarea susținerii tehnice nu implică alte costuri pentru achizitor” și că pune la dispoziție doar „resurse tehnice de forare piloți 1200 mm /.../”.

Astfel, autoritatea contractantă învederează că, într-o procedură de achiziție publică derulată prin sistemul electronic, un operator economic poate participa în calitate de ofertant, subcontractor, terț susținător, etc., acesta completând DUAЕ o singură dată cu datele aferente societății pe care o reprezintă, prin urmare, faptul că ...SA a indicat în DUAЕ cifra medie de afaceri în ultimii 3 ani, nu conduce implicit la faptul că acesta este terț susținător pentru îndeplinirea cerinței privind capacitatea economică.

De asemenea, se mai arată că, în DUAЕ-ul completat de către liderul asocierii nu este indicată îndeplinirea cerinței, deși se face trimitere către susținerea acordată de către operatorul economic ...SA. Sub acest aspect, se face trimitere la prevederile art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă menționând că nu au fost solicitate clarificări privind documentația de atribuire.

Totodată, autoritatea contractantă susține că, în conformitate cu Nota 1 din Formularul nr. 5 - Acordul de Subcontractare, ofertanții aveau posibilitatea de a adăuga orice alte clauze privind obligațiile asumate. Mai mult, conform celor declarate de contestatoare, la data de 13.01.2021, terțul susținător a transmis o adresă prin care a informat că „decizia Consiliului de administrație al ...SA este de a nu acorda susținerea economică și financiară”.

Față de acest aspect, ... învederează că și dacă ar fi considerat că terțul susținător, ...SA a acordat susținerea sa pentru capacitatea economică, condiția privind capacitatea economică și financiară nu este îndeplinită pentru fiecare an din ultimii 3 ani, prin urmare, calitatea de terț susținător prin voința declarată și consimțământul de a acorda susținere economică și financiară, nu rezultă din documentele efectiv transmise în cadrul ofertei la data de 02.12.2020, din partea niciunui operator economic participant cu oferta transmisă de către asociera SRL.

Autoritatea contractantă subliniază că, atașat contestației, este depusă Anexa 4 - Angajament Terț Susținător Financiar, document ce nu apare în oferta transmisă de către contestatoare.

În ceea ce privește solicitarea de clarificări nr. 201/19.01.2021 privind retransmiterea DUAЕ de către toți membrii asocierii și de către terțul susținător ...SA, precum și Angajamentul Ferm al ...SA privind susținerea economică, autoritatea contractantă arată că ...SA și Consitrans SRL, în calitatea lor de terț susținător și subcontractor, au transmis documente care să ateste sprijinul acordat Asocierii pentru îndeplinirea cerințelor aferente capacității tehnice și profesionale, iar prin răspunsul contestatoarei din data de 08.01.2021, aceasta declară că operatorul economic ...SA are calitatea de terț susținător și pentru demonstrarea cerinței privind capacitatea economică. Astfel, ofertantul precizează în răspunsul de mai sus, invocând prevederile art. 48 din HG nr. 395/2016, că Acordul de subcontractare reprezintă în același timp și angajamentul ferm, însă autoritatea contractantă consideră că un angajament cu privire la resursele puse la dispoziția ofertantului de către un terț susținător, este necesar a fi clar stabilit în cuprinsul Acordului de subcontractare/Angajamentului ferm, în caz contrar, existând riscul ca subcontractorul respectiv să se afle în situația în care va face singur întregul contract, în cazul în care ofertantul întâmpină dificultăți în realizarea obiectivului contractului.

În continuare, ... încunoștințează că, ulterior, ...SA a transmis către asociera contestatoare și spre știință, către autoritatea contractantă, adresa nr. 164/15.01.2021 precizând că, în legătură cu susținerea economică, au fost inițiate discuții în data de 05.01.2021, iar în cadrul ședinței Consiliului de Administrație din data de 07.01.2021, s-a decis neacordarea susținerii economice către asociera contestatoare, rămânând în continuare doar cu susținerea privind capacitatea tehnică, așa cum a fost declarată inițial.

Având în vedere cele de mai sus, membrii comisiei de evaluare au analizat această adresă în raport cu declarațiile ofertantului, au ținut cont de faptul că, pe de o parte, ofertantul precizează că are un terț susținător printr-un răspuns oficial publicat în SEAP, iar pe de altă parte, terțul susținător invocat își exprimă dezacordul său cu privire la susținerea economică printr-un document neoficial, în sensul că nu este publicat în SEAP, însă are efect în procedura de achiziție. Față de acest aspect, autoritatea contractantă subliniază, din nou, că, printre documentele anexate la contestația depusă se află un document intitulat „Angajament privind susținerea financiară a ofertantului/candidatului/grupului de operatori economici”, datat 06.01.2021, document ce a fost solicitat prin adresele de clarificare nr.

12/04.01.2021 și nr. 201/19.01.2021, însă nu a fost transmis comisiei de evaluare, acesta fiind, mai mult, în totală contradicție cu scrisoarea ...SA din data de 15.01.2021.

Invocând prevederile art. 184 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă susține că au fost necesare clarificări suplimentare din care să rezulte îndeplinirea cerinței privind capacitatea economică și financiară, solicitându-se Angajamentul Ferm al terțului susținător, precum și DUAЕ-ul completat de către fiecare membru al Asocierii și de către terțul susținător invocate de către Liderul Asocierii, pentru fiecare din cei trei ani financiari precizați în fișa de date a achiziției.

Astfel, se arată că autoarea contestației, prin răspunsul la clarificări, a venit cu o propunere de înlocuire a unui terț susținător privind îndeplinirea cerinței referitoare la capacitatea economică.

Referitor la invocarea, de către contestatoare, a prevederilor art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă precizează că, în situația în care acel operator economic ar fi fost declarat de la început ca și terț susținător pentru îndeplinirea cerinței privind capacitatea economică și financiară, comisia de evaluare ar fi fost nevoită să solicite înlocuirea acestuia, deoarece cerința nu era îndeplinită, prin cumularea resurselor membrilor asocierii și a respectivului operator economic. Astfel, comisia de evaluare ar fi avut posibilitatea de a solicita înlocuirea terțului susținător numai pentru cerințele privind capacitatea tehnică pentru care operatorul economic a transmis Angajament Ferm de susținere.

Față de cele prezentate mai sus, autoritatea contractantă precizează că a acționat cu bună credință, a respectat declarațiile ofertantului și a solicitat documente din care să rezulte elementele declarate formal de către Liderul Asocierii în răspunsul la solicitarea de clarificări referitor la îndeplinirea cerinței privind capacitatea economică, prin cumularea resurselor unui terț susținător, care nu a fost declarat de la început că acordă susținere economică și care, ulterior, a precizat în scris că acordă doar susținere tehnică, așa cum a declarat inițial în cadrul ofertei.

În continuare, autoritatea contractantă exemplifică cerințele din documentația de atribuire referitoare la „Capacitatea economică și financiară” și subliniază că autoarea contestației nu îndeplinește această cerință, terțul susținător ...SA, conform documentelor depuse, oferind doar susținere tehnică, și terțul susținător nu poate fi înlocuit pentru că nu ar îndeplini o altă cerință, rezultând, astfel, că oferta depusă de singurul ofertant în cadrul procedurii se încadrează în prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

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

Prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 8402/19.02.2021, autoritatea contractantă a făcut dovada transmiterii punctului de vedere către contestatoare.

Prin adresa nr. 8614/278/C5/19.02.2021, Consiliul a invitat contestatoarea, în data de 22.02.2021, în vederea studierii dosarului achiziției publice.

...SRL a formulat, prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 9220/24.02.2021, „Concluzii scrise” ca urmare a studierii dosarului achiziției publice.

Contestatoarea observă existența unei contradicții între actele emise de comisia de evaluare în etapa de evaluare a ofertei sale și decizia de respingere a acesteia, în sensul că, prin punctul de vedere, autoritatea contractantă susține legalitatea deciziei de respingere a ofertei, invocând faptul că, în conformitate cu Procesul-verbal nr. 523/03.02.2021, comisia de evaluare a constatat că „motivul descalificării singurului Ofertant a fost încadrat greșit și anume că oferta nu este neconformă în baza art. 215 alin. (5), ci este considerată inacceptabilă, în conformitate cu art. 215 alin. (4)”, prin urmare, autoritatea contractantă confirmând nelegalitatea Procesului-verbal nr. 396/29.01.2021, validând criticile potrivit cărora oferta ...a fost în mod nelegal respinsă ca neconformă.

Contestatoarea susține că nici din cuprinsul adresei de comunicare a rezultatului procedurii și nici din cel al punctului de vedere al autorității contractante nu rezultă care sunt motivele de inacceptabilitate identificate de comisia de evaluare care să se încadreze în ipotezele reglementate de legiuitor.

În ceea ce privește susținerea autorității contractante, potrivit căreia „/.../ în situația în care acel operator economic ar fi fost declarat de la început ca și terț susținător pentru îndeplinirea cerinței privind capacitatea economică și financiară, comisia de evaluare ar fi fost nevoită să solicite înlocuirea acestuia, deoarece cerința nu era îndeplinită, prin cumularea resurselor membrilor Asocierii și a respectivului operator economic /.../”, contestatoarea formulează următoarele concluzii:

- comisia de evaluare nu exclude ipoteza care a stat la baza transmiterii unei solicitări de clarificări privind terțul susținător, potrivit căreia asocieria a declarat terț susținător privind capacitatea economică și financiară, fiind depus în acest sens DUAЕ, completat în consecință la rubrica aferentă acestei cerințe. În aceste condiții, dacă membrii comisiei de evaluare au constatat că nu sunt îndeplinite cerințele privind capacitatea economică și financiară, nefiind depuse documente relevante în susținerea cerințelor, aveau obligația de a solicita înlocuirea terțului;

- autoritatea contractantă confirmă faptul că s-au solicitat clarificări privind terțul susținător. Dacă membrii comisiei de evaluare apreciau că nu a fost declarat prin ofertă un terț susținător, acesta fiind motivul invocat în susținerea deciziei de respingere a ofertei, comisia de evaluare trebuia să analizeze actele depuse de membrii asocierii și să declare oferta inacceptabilă pentru neîndeplinirea criteriilor de calificare, în conformitate cu art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016. Însă, autoritatea contractantă nu a respins oferta pentru neîndeplinirea cerințelor de calificare de către Asocierie, ci a luat în considerare faptul că societatea sa a declarat un terț pentru îndeplinirea acestor cerințe și a solicitat clarificări cu privire la terțul declarat. Contestatoarea nu înțelege cum autoritatea contractantă poate susține că, în speță, nu sunt aplicabile dispozițiile art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 pentru că la data depunerii ofertei nu a existat un terț susținător dar, în același timp,

în etapa evaluării ofertei, să fie solicitate clarificări cu privire la acest terț „inexistent”;

- acționând în sensul solicitării de clarificări privind terțul susținător comisia de evaluare a recunoscut, practic, existența și nominalizarea acestuia, situație în care, conform propriilor susțineri, „comisia de evaluare ar fi fost nevoită să solicite înlocuirea acestuia deoarece cerința nu era îndeplinită”. Mai mult, întrucât legiuitorul permite înlocuirea terțului atunci când acesta nu îndeplinește cerințele de calificare sau se încadrează în unul din cazurile de excludere, este evident că într-o situație mai puțin gravă, în care terțul susținător refuză să mai depună angajamentul, această situație trebuie încadrată, de asemenea, în prevederile legale care permit înlocuirea terțului.

Având în vedere afirmația autorității contractante din punctul de vedere, potrivit căreia „La contestația depusă de către contestator este înaintată Anexa 4 - Angajament Terț Susținător Financiar. Acest document, nu apare în documentele transmise de către ofertant până la această dată în procedura de achiziție /.../. Se constată că printre documentele anexate la contestația depusă se află și un document intitulat «Angajament privind susținerea financiară a ofertantului/candidatului/ grupului de operatori economici» datat 06.01.2021. Acest document este total surprinzător, având în vedere că, deși el a fost solicitat prin scrisorile de clarificări nr. 12/04.01.2021 și nr. 201/19.01.2021, nu a fost transmis comisiei de evaluare /.../”, ...SRL aduce următoarele precizări:

- Angajamentul ferm a fost transmis de terțul susținător ca urmare a solicitării de clarificări comunicată de autoritatea contractantă; acesta nu s-a regăsit în ofertă deoarece s-a considerat că, pentru îndeplinirea cerințelor de calificare, este suficient Acordul de subcontractare și DUAE completat de terț atât în ceea ce privește susținerea tehnică cât și în ceea ce privește susținerea financiară;

- Angajamentul ferm nu a mai fost depus deoarece, după obligațiile asumate la data depunerii ofertei și ulterior transmiterii angajamentului, terțul și-a retras susținerea acordată inițial, astfel că asocierea a fost în imposibilitate să depună angajamentul ferm odată cu răspunsul la solicitarea de clarificări, prin urmare, societatea sa nu poate fi acuzată de rea-credință în condițiile în care și-a elaborat oferta bazându-se pe susținerea terțului iar, ulterior, acesta s-a dezis, în parte, de obligațiile asumate prin semnarea și depunerea DUAE.

În continuare, contestatoarea aduce la cunoștință că membrii comisiei de evaluare au reținut, în actele emise, calitatea de terț susținător a operatorului economic ...SA, din procesul verbal nr. 129/12.01.2021 rezultând că înțelegerea comisiei de evaluare, care a și solicitat clarificări cu privire la acest aspect, a fost că Asocierea îndeplinește cerințele privind capacitatea economică prin susținerea acordată de terțul ...SA, fiind evident că, în speță, nu pot fi incidente prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Față de cele de mai sus, contestatoarea solicită admiterea contestației, astfel cum aceasta a fost formulată.

Prin adresa nr. 9418/278/C5/25.02.2021, Consiliul a informat autoritatea contractantă că poate formula susțineri față de concluziile

scrise depuse de contestatoare ca urmare a studierii dosarului achiziției publice.

... a răspuns prin adresa nr. 856/26.02.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 9748/26.02.2021, prin care a reiterat că ...SA a prezentat Angajamentul ferm pentru susținerea tehnică, din punct de vedere economic, în cuprinsul ofertei transmise inițial, nefiind niciun document prin care să se facă referire la susținerea economică acordată de ...SA. Mai mult decât atât, autoritatea contractantă menționează că în adresa transmisă de către ...SA acesta precizează că nu susține economic asocierea contestatoare, însă acordă susținerea tehnică.

Comisia de evaluare a luat act de declarația ofertantului, conform căreia operatorul economic ...SA este terț susținător și pentru demonstrarea cerinței privind capacitatea economică și financiară și a solicitat ofertantului demonstrarea acestei susțineri, însă ofertantul s-a aflat în imposibilitatea de a demonstra ceea ce a susținut la nivel declarativ în răspunsul său, rezultând, astfel, că nu a existat un terț susținător pentru îndeplinirea cerinței ante-menționate și, prin urmare, nu se putea solicita înlocuirea unei entități inexistente.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei, potrivit căreia „pentru îndeplinirea cerințelor de calificare este suficient Acordul de subcontractare și DUAЕ completat de terț /.../”, autoritatea contractantă face trimitere la cerințele din fișa de date a achiziției, secțiunea III.1.2.

În final, autoritatea contractantă concluzionează următoarele:

- ofertantul a prezentat o ofertă prin care nu avea susținere financiară;
- ofertantul a invocat pe parcursul desfășurării etapei de evaluare a ofertei, o așa-zisă susținere privind capacitatea economică și financiară, pe care nu a demonstrat-o;
- ofertantului i s-a acordat șansa de a demonstra îndeplinirea cerinței privind capacitatea economică și financiară, în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, ofertantul aflându-se în imposibilitatea de a răspunde în mod corect și concret;
- comisia de evaluare nu a putut solicita înlocuirea unei entități ce nu a existat, cu referire la instituția unui terț susținător pentru îndeplinirea cerinței referitoare la capacitatea economică și financiară.

Față de cele mai sus menționate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire prin licitație deschisă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție «Modernizarea Portului Sulina, Perimetru I – Zona Liberă »”, cod CPV 45241000-8, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare la 24.11.2020, decalat ulterior, prin anunțul de tip erată nr. ... pentru 02.12.2020, criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate-preț” și valoarea estimată, fără TVA, cuprinsă între 53.709.813,76 lei și 59.080.795,14 lei.

În cadrul procedurii de atribuire a depus ofertă un singur operator economic, respectiv asocierea ... SRL, așa cum rezultă din procesul verbal de vizualizare a ofertelor, înregistrat sub nr. 4820/02.12.2020.

Ulterior evaluării ofertei, autoritatea contractantă a stabilit rezultatul procedurii, consemnat în raportul procedurii înregistrat sub nr. 579/08.02.2021, potrivit căruia oferta depusă de asocierea ... SRL, a fost respinsă, fiind declarată inacceptabilă, în temeiul art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Nemulțumit de această decizie comunicată prin adresa nr. 596/09.02.2021 și de mențiunile din procesul verbal nr. 396/29.01.2021, ofertantul asocierea ... SRL a depus contestația care face obiectul prezentei cauze.

Autoarea contestației a prezentat Consiliului dovada respectării dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, respectiv Recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206826643/1 eliberată de CEC Bank – Sucursala Tulcea, în sumă de 880.000 lei.

Recipisa de consemnare se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Din conținutul contestației, rezultă nemulțumirea autoarei acesteia de decizia de respingere a ofertei sale, contestatoarea susținând că a depus în cadrul ofertei documente din care rezultă faptul că și-a exercitat dreptul prevăzut la art. 182 din Legea nr. 98/2016 de a invoca susținerea unui terț în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor de calificare referitoare la situația economică și financiară, comisia de evaluare solicitând clarificări și reținând, în procesul verbal nr. 396/29.01.2021, calitatea de terț susținător a operatorului economic ...SA, aceasta având obligația de a dispune, o singură dată, înlocuirea terțului susținător conform art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În cadrul comunicării transmise contestatoarei, act atacat în prezenta cauză, autoritatea contractantă a precizat că oferta în discuție este considerată inacceptabilă, încadrându-se în prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, pentru neîndeplinirea cerinței de calificare privind cifra de afaceri, precizând, printre altele, că *„Având în vedere că în oferta depusă de către Asociere nu este precizat prin niciun document susținerea economică de către un eventual terț susținător, în vederea aplicării prevederilor art. 183 alin. (2) privind înlocuirea o singură dată a unui terț susținător ce nu îndeplinește unul dintre criterii, trebuia să existe un terț susținător, dovedit prin documente la depunerea ofertei. În consecință, oferta este inacceptabilă în baza prevederilor art. 214 alin. (4)“*.

Consiliul apreciază relevante în analizarea prezentei contestații următoarele prevederi ale documentației de atribuire:

- Cap. III.1.2) Capacitatea economică și financiară, din fișa de date a achiziției:

«Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate:

Specificați cifra de afaceri medie anuală

Ofertantul a realizat o cifră de afaceri medie anuală în fiecare dintre ultimii 3 ani financiari încheiați la data publicării anunțului de participare (2017, 2018, 2019) de 100.000.000 lei.

Nota: În cazul situațiilor financiare întocmite în altă monedă decât lei, pentru convertirea în lei se va utiliza cursul de schimb publicat de Banca Centrală Europeană (InforEuro - https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/how-eu-funding-works/informationcontractors-and-beneficiaries/exchange-rate-inforeuro_ro) pentru luna decembrie a anului financiar respectiv.

Modalitatea de îndeplinire:

Cerința se consideră îndeplinită prin cumularea resurselor ofertantului (ofertant unic sau toți membrii unei asocieri) și a terților susținători pentru capacitatea economică și financiară.

Inițial, toți operatorii economici participanți la procedură (ofertant, ofertant asociat, terț susținător pentru capacitatea economică și financiară) vor furniza informații referitoare cifra de afaceri realizată în ultimii 3 ani financiari încheiați, prin completarea DUAЕ secțiunea „Criteriile de selecție” - pct. B „Capacitatea economică și financiară”, în conformitate cu prevederile art. 193 din Legea nr. 98/2016. În particular, terții susținători pentru capacitatea economico-financiară vor prezenta Angajamente ferme de susținere economico-financiară.

Ofertantul câștigător (ofertant, ofertant asociat, terț susținător pentru capacitatea economico-financiară) va prezenta documente justificative prin care să demonstreze veridicitatea declarațiilor inițiale, situații financiare anuale (cont de profit și pierdere) întocmite la încheierea fiecărui an, însoțite de raportul cenzorului sau auditorului statutar (dacă este cazul)».

Din conținutul ofertei depusă de asociera contestatoare în termenul limită de depunere a ofertelor, rezultă că aceasta a indicat 2 subcontractanți și doi terți susținători, relevante fiind următoarele informații:

- În cadrul DUAЕ-ului depus de asociatul ...SRL, se menționează următoarele:

- Partea IV Criterii de selecție, lit. B - Situația economică și financiară: „Cifra de afaceri medie anuală – număr de ani: 3; cifră de afaceri: 19.806.949,33 RON”;

- Partea IV Criterii de selecție, lit. C – Capacitatea tehnică și profesională:

„Pentru contractele de achiziție de lucrări: executarea de lucrări de tipul specificat – Descriere: **cerința îndeplinită de terț susținător ...SA**; detaliile pentru contractele relevante se regăsesc în DUAЕ terț susținător /subcontractant ...SA (...)

Utilaje, instalații și echipament tehnic – Descriere: (...) 3. Instalație de foraj pentru forare ecran (...) 2 buc proprietate ...SA; (...);

- În cadrul DUAЕ-ului depus de ...SA, se menționează următoarele:

- Partea IV Criterii de selecție, lit. B - Situația economică și financiară: „Cifra de afaceri medie anuală – număr de ani: 3; cifră de afaceri: 180.922.064 RON”;

- Partea IV Criterii de selecție, lit. C – Capacitatea tehnică și profesională:

„Pentru contractele de achiziție de lucrări: executarea de lucrări de tipul specificat – Descriere: Extindere și consolidare fila de lucru, căi de rulare macara Portic și macara Portal (...)

Utilaje, instalații și echipament tehnic – Descriere: (...) IMT AF 18, IMT AF 220”;

• În cadrul acordului de subcontractare (Formularul nr. 5) încheiat între asociatul ...SRL și ...SA, se menționează următoarele:

- cap. II (**art. 2.1**), obiectul acordului de subcontractare este realizarea „**pilonilor foraj 1200 mm**”, valoarea acestor activități fiind de 11,69% din prețul contractului;

- cap. IV „Angajamentul ferm privind susținerea acordată contractantului”:

➤ „Art. 4.1 În situația în care ...SRL (...) întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului (...), garantăm, autorității contractante, necondiționat și irevocabil, acordarea susținerii necesare pentru îndeplinirea contractului conform ofertei prezentate (...).

➤ Art. 4.2. Noi, ...SA (...) vom răspunde față de Autoritatea Contractantă în cazul în care asocierea ...S R L. - ...S.R.L. - ... S.R.L, - ... SRL (...) întâmpină dificultăți în derularea contractului. În acest sens, ne obligăm în mod ferm, necondiționat și irevocabil, să punem la dispoziția Contractantului resursele necesare pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție, pentru **partea/părțile de contract pe care urmează să le realizăm potrivit art. 2.**

➤ Art. 4.3. Noi, asocierea ...S.R.L. - ...S.R.L - ... S.R.L - ... SRL (denumirea Contractantului) declarăm că vom invoca susținerea acordată de ...SA (denumirea Subcontractantului terț susținător) pentru îndeplinirea Contractului, în cazul în care vom întâmpina dificultăți pe parcursul derulării contractului, și garantăm materializarea aspectelor ce fac obiectul susținerii acordate de ...SA (denumirea Subcontractantului terț sustinator).

➤ (...)

➤ Art. 4.5. Noi, ...SA (...), **ne obligăm în mod ferm, necondiționat și irevocabil, să punem la dispoziția asocierii ...S.R.L. - ...S.R.L. - ... S.R.L -... SRL (...) utilajele, instalațiile și echipamentele tehnice ȘI/SAU personalul necesare pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție.**

Utilajele, instalațiile și echipamentele tehnice ȘI/SAU personalul, pe care noi ...SA (...) le vom mobiliza în cadrul contractului sunt:

1 Utilaj foraj IMT AF 18

2 Utilaj foraj IMT AF220

3 etc.

➤ (...)

➤ Art. 4.7 Prezentul Acord de Subcontractare reprezintă totodată și angajamentul nostru ferm încheiat în conformitate cu prevederile art. 48 din HG 395/2016 și ale art. 182 alin.

(3) din Legea 98/2016, care dă dreptul RA ... de a solicita, în mod legitim, îndeplinirea de către noi a obligațiilor asumate prin prezentul **angajament de susținere privind capacitatea tehnică**.

(...)

Nota 2: În sensul at. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 (...) și ținând cont de prevederile art. 48 alin. (1) (...) vor fi anexate documentele transmise ofertantului de către subcontractantul terț susținător, din care va rezulta modul efectiv prin care acesta din urmă va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere (...).

Subcontractantul terț susținător va dovedi prin documentele prezentate că deține toate resursele invocate ca element de susținere a ofertantului”.

- Angajamentul ferm privind susținerea tehnică (Formularul nr. 4), în cadrul căruia se precizează următoarele: „(...) noi, ...SA (...) ne obligăm (...) să garantăm necondiționat și irevocabil autorității contractante achizitoare, **susținerea tehnică** pentru îndeplinirea contractului conform ofertei prezentate (...). În acest sens, ne obligăm în mod ferm, necondiționat și irevocabil, să punem la dispoziția ... SRL (...) **resurse tehnice de forare piloți 1200 mm necesare pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție**. (...) ...SRL (...) în baza contractului de achiziție și pentru care ... SRL (...) a primit susținerea tehnică conform prezentului angajament (...). Noi, ...SA (...) declarăm că înțelegem să răspundem față de autoritatea contractantă în limita prezentului angajament, în legătură cu susținerea experienței similare (...);

- În cadrul DUAЕ-ului depus de membrul asocierii ... SRL, se menționează următoarele:

- Partea IV Criterii de selecție, lit. B - Situația economică și financiară: „Cifra de afaceri medie anuală – număr de ani: 3; cifră de afaceri: 1.078.050 RON”;

- În cadrul DUAЕ-ului depus de membrul asocierii ... SRL, se menționează următoarele:

- Partea IV Criterii de selecție, lit. B - Situația economică și financiară: „Cifra de afaceri medie anuală – număr de ani: 3; cifră de afaceri: 10.967.198 RON”;

- În cadrul DUAЕ-ului depus de membrul asocierii ...SRL, se menționează următoarele:

- Partea IV Criterii de selecție, lit. B - Situația economică și financiară: „Cifra de afaceri medie anuală – număr de ani: 3; cifră de afaceri: 8.661.720 RON”.

Analizând lucrările membrilor comisiei de evaluare, Consiliul constată că, în etapa de verificare a documentelor DUAЕ, aceștia au stabilit necesitatea clarificării mai multor aspecte cu asocierea contestatoare, sens în care au transmis acesteia solicitarea de clarificări nr. 12/04.01.2021, relevant speței fiind următoarea întrebare:

«1. Pentru Leader Asociere ...SRL:

- (...);

- având în vedere cerința formulată în Fișa de Date la Secțiunea III. 1.2 Capacitatea economică și financiară, respectiv: „Ofertantul a

realizat o cifra de afaceri medie anuală în fiecare dintre ultimii 3 ani financiari încheiați la data publicării anunțului de participare (2017, 2018, 2019) de 100.000.000 lei”, se solicită ofertantului clarificarea modalității de îndeplinire a acestei cerințe. De asemenea, se solicită ofertantului prezentarea situațiilor financiare auditate pentru ultimii 3 ani financiari. (...). ”

Contestatoarea a răspuns acestei solicitări, prin adresa nr. 84/08.01.2021, menționând următoarele:

«b) Referitor la îndeplinirea cerinței „Ofertantul a realizat o cifră de afaceri medie anuală în fiecare dintre ultimii 3 ani financiari încheiați la data publicării anunțului de participare (2017, 2018, 2019) de 100.000.000 lei”, cerința este îndeplinită prin cumularea resurselor ofertantului (toți membrii unei asocieri) și a ...SA.

Deoarece în documentația publicată nu a fost prezentat un formular pentru ANGAJAMENT TERȚ SUSȚINĂTOR FINANCIAR, susținerea este demonstrată prin completarea cifrei de afaceri în DUAE și respectiv, precizarea tuturor aspectelor relevante în acest tip de susținere în conformitate cu prevederile art. 182 și 184 din Legea nr. 98/2016, în acordul de subcontractare a susținerii acordate.

Atașat transmitem situațiile financiare auditate aferente anilor 2017, 2018 și 2019 - ...SA.

(...)

Arătăm faptul că, în ceea ce privește punctele 1 și 5 am avut în vedere și dispozițiile art. 48 din HG nr. 395/2016:

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

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

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

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

Membrii comisiei de evaluare au analizat acest răspuns reținând, în cadrul procesului verbal nr. 129/12.01.2021, următoarele: „Având în vedere faptul că ofertantul nu a indicat în documentele din ofertă faptul că operatorul economic ... SRL are și rolul de terț susținător privind capacitatea financiară, iar DUAE-ul prezentat de către acest operator economic indică o singură valoare (...), se va solicita retransmiterea DUAE pentru operatorul economic ...SRL în care să fie incluse toate informațiile cu privire la modul de îndeplinire a cerințelor de capacitate economică și financiară.

În același timp, se constată faptul că cifra de afaceri din DUAE-ul prezentat de fiecare din membrii asocierii, prezintă diferențe față de cifra de afaceri rezultată din fiecare din bilanțurile prezentate în cuprinsul răspunsului transmis de către ofertant și terții susținători.

În acest sens, se va solicita ofertantului, respectiv tuturor membrilor asocierii și terțului susținător, retransmiterea DUAЕ cu cifra de afaceri completată pentru fiecare din cei 3 ani financiari, corespunzător bilanțurilor prezentate.

Concluzii:

Ca urmare a analizei documentelor transmise de către participanții la oferta transmisă de către Asociera ...S.R.L. (Lider de Asociere) - ...SRL (Asociat) - ... SRL (Asociat) - ... SRL (Asociat) și terț susținător-subcontractor ..., se consideră necesar a fi solicitate următoarele clarificări în vederea respectării cerințelor documentației de atribuire:

Se solicită retransmiterea DUAЕ cu completarea cifrei de afaceri pentru fiecare membru al asocierii și terțul susținător pentru capacitatea economică și tehnică, în conformitate cu Nota 1 din Instrucțiuni către ofertanți, Secțiunea III.1.2 Capacitatea economică și financiară”.

La data de 15.01.2021, autoritatea contractantă a înregistrat sub nr. 164/15.01.2021, corespondența transmisă de ...SRL contestatoarei și, spre știință, autorității contractante, în cadrul căreia, emitentul acesteia a precizat următoarele:

«Vă scriem în legătură cu atribuirea contractului „Proiectare și execuție „Modernizarea Portului Salina, Perimetrul 1 - Zona Liberă” în cadrul procedurii de atribuire (...) în cadrul căreia avem calitatea de subcontractor nominalizat pentru execuția de piloți forți 1200 mm precum și de terț susținător pentru îndeplinirea cerinței privind capacitatea tehnică și profesională (experiența similară), pentru ofertantul Asociera ... SRL – ...SRL - ... SRL- ... SRL.

Înțelegem ca în data de 04.01.2021 ați primit din partea autorității contractante o solicitare de clarificări prin care a fost ridicată următoarea chestiune: „având în vedere cerința formulată în Fișa de Date (...), respectiv: <Ofertantul a realizat o cifra de afaceri medie anuală în fiecare dintre ultimii 3 ani financiari încheiați la data publicării anunțului de participare (2017, 2018, 2019) de 100.000.000 lei>, se solicită ofertantului clarificarea modalității de îndeplinire a acestei cerințe”.

Această solicitare de clarificări ne-a fost adusă la cunoștință de dvs. în data de 05.01.2021, **prima ocazie cu care am discutat despre solicitarea ca ...SA să acorde susținere** Asocierii ofertante nu numai din punct de vedere al capacității tehnice și profesionale dar **și pentru dovedirea celei economice și financiare**. În acest sens, ne-ați solicitat să semnăm un Angajament Terț Susținător Financiar.

Astfel cum v-am informat prin e-mail în data de 07.01.2021, solicitarea dvs. în vederea susținerii economice și financiare a făcut obiectul discuțiilor consiliului de administrație al ...SA din data ce 12.01.2021.

Prin prezenta vă aducem la cunoștință faptul că **decizia** Consiliului de administrație al ... SA este de a **NU acorda susținerea economică și financiară pentru Asociere** în vederea atribuirii contractului (...), sens în care **...SA nu înțelege să pună la dispoziția Asocierii**, în mod ferm necondiționat și irevocabil, **suma reprezentând valoarea total ofertată necesară pentru îndeplinirea integrală, reglementara și la termen a contractului de achiziție publică**.

Din păcate, Acordul de Garantare propus de dvs. în data de 08.01.2021 (prin constituirea de ipotecă în favoarea ...SA asupra unor

bunuri imobile) pentru situația în care ar surveni atragerea răspunderii solidare a ...de către autoritatea contractantă, nu a fost considerat de către membrii consiliului de administrație ca fiind acoperitor pentru potențialul risc ce derivă din acordarea susținerii financiare.

Prin urmare, nu putem fi de acord cu niciuna dintre variantele de Răspuns la Solicitarea de Clarificări (nici cea din 07.01.2021 și nici cea din 03.01.2021) prin care se menționează că cerința din Fișa de Date la Secțiunea III.1.2 Capacitatea economică și financiară este îndeplinită prin cumularea resurselor membrilor asocierii și a terțului susținător. De asemenea, nu suntem de acord nici cu comunicarea către autoritatea contractantă a situațiilor financiare auditate aferente anilor 2017 - 2019 și nici cu folosirea lor în scopul demonstrării cerinței menționate.

Menționăm de asemenea că cele de mai sus nu afectează în niciun fel angajamentul ...SA asumat cu privire la susținerea din punct de vedere tehnic și profesional (experiența similară), astfel cum rezultă din Angajamentul Ferm privind susținerea tehnică (Formularul nr. 4) și Acordul de Subcontractare (Formularul nr. 5) semnate în data de 18.11.2020”.

Prin adresa nr. 201/19.01.2021, autoritatea contractantă a solicitat contestatoarei transmiterea documentelor DUAE pentru fiecare din membrii asocierii, respectiv subcontractor/terț susținător pentru capacitatea economică, în care să fie indicată cifra de afaceri anuală pentru fiecare dintre cei trei ani financiari indicați în fișa de date, precum și **angajamentul ferm privind susținerea economică și financiară acordat de ...SRL**, întrucât, potrivit pct. III.1.2 (Modalitatea de îndeplinire), „acordul de subcontractare nu poate fi asimilat cu angajamentul ferm privind susținerea economică și financiară”.

Contestatoarea a răspuns acestei solicitări prin adresa înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 218/20.01.2021, precizând următoarele:

«În „**Instrucțiuni către ofertanți**” - Nota 1 - se face precizarea în cazul în care un grup de operatori economici depun ofertă comună, atunci îndeplinirea indicatorului „cifra de afaceri” se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului” fără a se completa cu mențiunea „În cazul depunerii unei oferte comune, fiecare operator economic membru al asocierii va prezenta DUAE în care va include informațiile cu privire la modul de îndeplinire a cerințelor de capacitate economică și financiară proporțional cu cota de implicare în executarea viitorului contract” așa cum ar fi normal având în vedere că autoritatea contractantă are dreptul (și nu obligația) de a impune prin documentația de atribuire ca, în cazul în care este depusă o ofertă de către operatori economici care participă în comun la procedura de atribuire, fiecare dintre aceștia să demonstreze îndeplinirea unui nivel al criteriilor referitoare la situația economică și financiară și capacitatea tehnică și profesională proporțional cu cota de implicare în executarea viitorului contract.

Nu în ultimul rând (...) conform art. 20 alin. (6) (Norme de aplicare) (...) „Autoritatea contractantă trebuie să asigure corelația dintre informațiile solicitate prin anunțul de participare/simplificat/de

concurs și cele marcate în DUAЕ în vederea completării de către operatorii economici interesați, menționând totodată în documentația de atribuire modul în care se poate accesa DUAЕ în vederea completării de către operatorii economici interesați” și amintim că în instrucțiunile de completare din DUAЕ (platforma SEAP) - B: Capacitatea economică și financiară regăsim următoarele cerințe și/sau indicații respectiv o altă notă care nu s-a regăsit în Instrucțiunile către ofertanți:

➤ Ofertantul a realizat o cifra de afaceri medie anuală în fiecare dintre ultimii 3 ani financiari încheiați la data publicării anunțului de participare (2017, 2018, 2019) de 100.000.000 lei. Nota: În cazul situațiilor financiare întocmite în altă monedă decât lei, (...).

➤ Cerința se consideră îndeplinită prin cumularea resurselor ofertantului (ofertant unic sau toți membrii unei asocieri) și a terților susținători pentru capacitatea economică și financiară.

Inițial, toți operatorii economici participanți la procedura (ofertant, ofertant asociat, terț susținător pentru capacitatea economică și financiară) vor furniza informații referitoare la cifra de afaceri realizată în ultimii 3 ani financiari încheiați, prin completarea DUAЕ secțiunea „Criteriile de selecție” - pct. B „Capacitatea economică și financiară”, în conformitate cu prevederile art. 193 din Legea nr. 98/2016. În particular, terții susținători pentru capacitatea economico-financiară vor prezenta Angajamente ferme de susținere economico-financiară. Ofertantul câștigător (ofertant, ofertant asociat, terț susținător pentru capacitatea economico-financiară) va prezenta documente justificative prin care să demonstreze veridicitatea declarațiilor inițiale, situații financiare anuale (cont de profit și pierdere) întocmite la încheierea fiecărui an, însoțite de raportul cenzorului sau auditorului statutar (dacă este cazul). (...)

Având în vedere discrepanțele menționate, ce se regăsesc în cerințele transmise, privitor la îndeplinirea cerinței referitoare la cifra de afaceri, având în vedere că autoritatea contractantă are dreptul de a impune prin documentația de atribuire ca, în cazul în care este depusă o ofertă de către operatori economici care participă în comun la procedura de atribuire, fiecare dintre aceștia să demonstreze îndeplinirea unui nivel al criteriilor referitoare la situația economică și financiară și capacitatea tehnică și profesională proporțional cu cota de implicare în executarea viitorului contract, **propunem înlocuirea terțului susținător financiar, având în vedere prevederile art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016**, considerând faptul că adoptarea acestei înlocuiri, NU ar crea un dezechilibru în evaluare, prin încălcarea PRINCIPIULUI TRATAMENTULUI EGAL față de o situație similară în care s-ar afla un alt ofertant, având în vedere situația ca subscrisa este unicul ofertant”.

În cadrul procesului verbal nr. 396/29.01.2021, membrii comisiei de evaluare, în legătură cu acest răspuns, au reținut că oferta în discuție nu îndeplinește cerința privind capacitatea economică și financiară încadrându-se în prevederile art. 215 „alin. (5)” din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, motivat de faptul că deși au solicitat prin adresele nr. 12/04.01.2021 și nr. 201/19.01.2021 îndreptarea erorilor de formă privind prezentarea ofertei, **ofertantul a răspuns neconcludent**, argumentele contestatoarei privind prezentarea cerințelor în cuprinsul documentației

de atribuire fiind nefundamentate, iar „prin scrisoarea ...SA (...) nr. 164/15.01.2016, se evidențiază faptul că (...) la momentul depunerii ofertelor ofertantul nu avea un terț susținător pentru demonstrarea capacității economice și financiare, lipsa angajamentului ferm solicitat prin documentația de atribuire și ulterior prin solicitările de clarificare, întărind și confirmând acest aspect. În consecință, comisia de evaluare consideră că pentru a fi de acord cu aplicarea prevederilor art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind înlocuirea terțului susținător, ar fi trebuit să existe un terț susținător pentru demonstrarea capacității economice și financiare la momentul depunerii ofertelor”.

Ulterior întocmirii acestui proces verbal, membrii comisiei de evaluare, așa cum s-a consemnat în procesul verbal nr. 523/03.02.2021, au constatat existența unei erori în cadrul procesului verbal nr. 396/29.01.2021, respectiv încadrarea greșită a motivului descalificării ofertantului contestator, în sensul că „oferta nu este neconformă în baza art. 215 alin. (5), ci este considerată inacceptabilă, în conformitate cu art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016”, critica autoarei contestației referitoare la acest aspect fiind nefondată.

În cadrul raportului procedurii nr. 579/08.02.2021 și, ulterior, în cadrul comunicării rezultatului procedurii, autoritatea contractantă a comunicat contestatoarei că oferta sa a fost considerată inacceptabilă încadrându-se în prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, pentru neîndeplinirea cerinței privind cifra de afaceri.

Consiliul apreciază ca fiind corectă decizia autorității contractante de a respinge, ca inacceptabilă, oferta contestatoarei, în condițiile în care, într-adevăr, așa cum rezultă din documentele depuse de aceasta în cadrul termenului limită de depunere a ofertelor, nu rezultă că asocierea contestatoare a invocat, **în legătură cu capacitatea economică și financiară, susținerea terțului ...SA.**

Astfel, în analizarea acestei critici, Consiliul apreciază relevante următoarele prevederi legale:

- art. 182 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016:

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

(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. (2) din același act normativ:

„(2) În cazul în care ofertantul/candidatul demonstrează îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară ori privind capacitatea tehnică și profesională bazându-se pe capacitățile altor entități, invocând, după caz, susținerea unui terț, DUAЕ, împreună cu angajamentul de susținere, trebuie să fie completat separat și de către terțul/terții susținător (i) pe a căror capacitate se bazează ofertantul/candidatul. DUAЕ prezentat de terțul/terții susținător (i) va include toate informațiile menționate la alin. (1) lit. a), precum și informațiile de la alin. (1) lit. b) și c) care prezintă relevanță pentru susținerea acordată în cadrul procedurii de atribuire respective”;

- art. 48 din HG nr. 395/2016:

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

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

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

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

- Art. 147 alin. (1) din hotărârea anterior menționată:

„(1) Contractul de achiziție publică/acordul-cadru are cel puțin următoarele anexe, ca parte integrantă:

a) caietul de sarcini, inclusiv clarificările și/sau măsurile de remediere aduse până la depunerea ofertelor ce privesc aspectele tehnice și financiare;

b) oferta, respectiv propunerea tehnică și propunerea financiară, inclusiv clarificările din perioada de evaluare;

c) garanția de bună execuție, dacă este cazul;

d) **angajamentul ferm de susținere din partea unui terț, dacă este cazul;**

e) contractele cu subcontractanții, în măsura în care în contractul de achiziție publică/acordul-cadru este reglementat un mecanism de efectuare a plăților directe către subcontractanți;

f) acordul de asociere, dacă este cazul.

Din conținutul acestor prevederi legale rezultă faptul că pentru a putea fi luată în considerare susținerea acordată de un terț susținător în vederea demonstrării îndeplinirii cerințelor de calificare este esențial ca ofertantul să prezinte angajamentul ferm al terțului susținător, document care trebuie să conțină informații concrete referitoare la resursele pe care terțul susținător le va pune în mod efectiv la dispoziția ofertantului. Astfel, potrivit acestor norme, angajamentul de susținere este documentul care dovedește asumarea de către terțul susținător, a eventualei implicări a acestuia în viitorul contract, existența doar în cadrul DUAЕ-ului aparținând terțului susținător a unor informații nefiind suficientă, în condițiile în care în fișa de date a achiziției pct. III.1.2 există următoarea mențiune: *„În particular, terții susținători pentru capacitatea economico-financiară vor prezenta Angajamente ferme de susținere economico-financiară”*.

De altfel, analizând DUAЕ-ul depus în procedura de atribuire de ... SRL se constată că, în referire la Partea IV Criterii de selecție lit. B), nu se invocă susținerea terțului ...SA, spre deosebire de Partea IV lit. C), unde acest aspect este menționat în mod clar/explicit/expres.

În speță, atât angajamentul terțului susținător ...SA cât și acordul de subcontractare încheiat de ...SRL (membrul asocierii contestatoare) cu ...SA, depuse în cadrul ofertei, nu fac referire sub nicio formă la susținerea de către acest terț/subcontractant a capacității economice și financiare impusă de autoritatea contractantă în documentația de atribuire, ci doar la susținerea acestuia în ceea ce privește capacitatea tehnică (experiență similară și 2 utilaje).

Această situație, respectiv neacordarea de către ...SA a susținerii privind capacitatea economică și financiară (cifra de afaceri), rezultă și din conținutul corespondenței emisă chiar de ... SA, înregistrată al autoritatea contractantă sub nr. 164/15.01.2021, al cărei conținut este redat la pag. 15-16 din prezenta decizie.

Față de cele reținute anterior, Consiliul apreciază ca lipsită de relevanță referirea contestatoarei la faptul că documentația de atribuire nu conținea un formular de angajament privind susținerea economică și financiară, în lipsa unui asemenea model ofertantul putând prezenta orice fel de angajament de susținere care să vizeze capacitatea economico-financiară, având în vedere cerința fișei de date a achiziției menționată la pct. III.1.2, potrivit căreia ***„În particular, terții susținători pentru capacitatea economico-financiară vor prezenta Angajamente ferme de susținere economico-financiară”***.

De altfel, din precizările ... SA cuprinse în adresa nr. 164/15.01.2021 rezultă că acest aspect privind susținerea economică și financiară, a făcut obiectul discuțiilor dintre ofertant și terțul susținător abia la data de **05.01.2021**, deci ulterior expirării termenului limită de depunere a ofertelor (02.12.2020), fiind evident că angajamentul de susținere emis de ...SA la data de 06.01.2021, (care vizează susținerea financiară a asocierii contestatoare, atașat doar contestației, acesta nefiind înaintat autorității contractante în cadrul procedurii de atribuire), este un document întocmit pro cauza, ce nu poate fi luat în considerare la verificarea îndeplinirii cerinței de calificare privind capacitatea economică și financiară (cifra de afaceri). Relevant este faptul că acest document, emis pe parcursul procedurii de atribuire, a fost infirmat

de ...SA prin adresa nr. 164/15.01.2021, emisă ulterior și comunicată de ...SA direct autorității contractante pentru lămurirea situației.

În aceste condiții, neexistând un terț susținător în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor referitoare la situația economică și financiară (cifra de afaceri), în legătură cu care, contestatoarea să fi depus, în cadrul ofertei, în termenul limită, documentele stabilite de legiuitor și autoritatea contractantă în documentația de atribuire, respectiv angajamentul privind susținerea economică și financiară, autoritatea contractantă nu avea posibilitatea legală de a solicita înlocuirea terțului susținător potrivit prevederilor art. 182 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 [„(2) Dacă terțul/terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 și 167, autoritatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b)“], așa cum pretinde contestatoarea, aceste dispoziții nefiindu-i aplicabile.

Față de cele anterior menționate, Consiliul nu poate reține ca fiind pertinentă nici susținerea contestatoarei referitoare la faptul că în procesul verbal nr. 396//29.01.2021 autoritatea contractantă a reținut existența unui terț susținător privind capacitatea economică și financiară, în condițiile în care, evaluarea finală a unei oferte se finalizează prin încheierea raportului procedurii, în cadrul căruia, așa cum s-a reținut în prezenta decizie, autoritatea contractantă a concluzionat că oferta contestatoarei este inacceptabilă pentru neîndeplinirea cerinței privind cifra de afaceri.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de asocierea ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă

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:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de asocierea ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă

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

PREȘEDINTE,

....

MEMBRU,

....

MEMBRU,

....