CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

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

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată de ... – Director general și Președinte al Consiliului de Administrație, împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. ..., emis de către ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ..., în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect *„RECOMPARTIMENTARE, MODERNIZARE SPAȚII DE ÎNVĂȚĂMÂNT, CU PĂSTRAREA FUNCȚIONALULUI EXISTENT”*, coduri CPV 45453000-7, 45310000-3, 45312100-8, 45312200-9 (Rev.2), s-au solicitat următoarele:

- anularea actului contestat;
- anularea adreselor privind comunicarea rezultatului procedurii în legătură cu atribuirea contractului și a procesului verbal al comisiei de evaluare, anularea raportului procedurii de atribuire, în cazul în care aceste acte au fost emise și a oricărui act subsecvent;
- anularea răspunsului nr. ...;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii prin reevaluarea ofertei sale, cu luarea în considerare inclusiv a răspunsului dat la solicitarea de clarificări nr. ..., la care ... a răspuns în data de ....

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

Prin contestația depusă, ..., în calitate de ofertantă în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată de către autoritatea contractantă ..., în vederea atribuirii contractului având ca obiect *„RECOMPARTIMENTARE, MODERNIZARE SPAȚII DE ÎNVĂȚĂMÂNT, CU PĂSTRAREA FUNCȚIONALULUI EXISTENT”*, inițiată prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a anunțului de participare nr. ..., a solicitat cele menționate în partea introductivă.

Contestatoarea precizează că, prin adresa nr. 8951/04.05.2017 a primit o solicitare de clarificări vizând dovedirea cifrei de afaceri pentru fiecare din anii 2013, 2014 și 2015 la nivelul minim de 23.239.899,17 lei, afirmând că a atașat răspunsului său, angajamentul privind susținerea financiară dată de terțul susținător ..., în care se precizează că societatea ... *„a primit susținerea financiară, în sumă de 23.300.000 lei sau echivalent, reprezentând cuantumul cifrei de afaceri pe anii 2015, 2014, 2013, necesară pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică*", anexând încă o dată declarația privind cifra de afaceri a susținătorului financiar, ..., respectiv: 117.831.940 lei pentru anul 2013, 104.384.548 lei pentru anul 2014 și 67.399.137 lei pentru anul 2015.

Aceasta menționează că a arătat faptul că modificarea declarației inițiale dată de terțul susținător pentru suma de 6.000.000 lei, reprezintă cel mult o corectare a unui viciu de formă a ofertei depuse, potrivit art. 135 din HG nr. 395/2016, în condițiile în care, în cadrul procedurii, ca anexă la angajamentul de susținere, a fost depusă declarația privind cifra de afaceri globală, în cuprinsul căreia a fost menționata aceeași cifră de afaceri pentru terțul susținător ... cu cea menționata în cadrul DUAE, respectiv 117.831.940 lei pentru anul 2013, 104.384.548 lei pentru anul 2014 si 67.399.137 lei pentru anul 2015.

Se arată că în fișa de date a achiziției, la punctul III.2.2.), cerința nr. 1 prevede: *„Se vor prezenta informații privind cifra de afaceri anuală, conform prevederilor art. 177, alin. (1), lit. c) din Legea nr. 98/2016 (2013, 2014, 2015), în cuantum de minimum 23.239.899,17 lei.*"

Autoarea contestației precizează că, din formularea dată art. 177 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, este evident că acesta impune drept cerință minimă de calificare, un prag minim valoric global pentru ultimele trei exerciții financiare disponibile, iar, în lipsa unei mențiuni exprese în fișa de date a achiziției în sensul că cifra de afaceri minimă impusă de autoritatea contractantă de 23.239.899,17 lei trebuie atinsă în fiecare din ultimii 3 ani, a considerat că cerința nu poate fi interpretată decât în sensul impus de articolul de lege menționat anterior.

... apreciază că autoritatea contractantă a interpretat și aplicat în mod eronat dispozițiile legale incidente, susținând că s-ar fi modificat oferta inițială, fără însă a avea în vedere că informațiile deja depuse în oferta inițială susțineau pe deplin declarația terțului susținător depusă odată cu răspunsul la solicitarea de clarificări.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat autorității contractante să transmită copia dosarului achiziției, integral, plus orice alte documente pe care le consideră edificatoare, DUAE depus de contestatoare, documentele de calificare ale acesteia (dacă au fost depuse), punctul de vedere cu privire la contestație, precum și dovada comunicării acestuia către ....

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliu cu nr. ..., autoritatea contractantă a comunicat punctul de vedere cu privire la contestație, precum și documentele necesare soluționării cauzei.

Aceasta precizează că a constatat că, în baza documentelor prezentate de contestatoare, aceasta nu a clarificat de ce manieră îndeplinește cerința nr. 1 impusă prin fișa de date a achiziției, pct. III.2.2), privind cifra de afaceri anuală în cuantum de minimum 23.239.899,17 lei și formularul DUAE partea IV art. 58 alin. (3), pentru anii 2013 respectiv 2014.

... susține următoarele:

- contestatoarea a prezentat la momentul ofertării un angajament de terță susținere asumat de ... prin care acesta își asumă susținerea financiară în cuantum de 6.000.000,00 lei sau echivalent, reprezentând parte din cuantumul cifrei medii anuale de afaceri globală pentru anii 2015, 2014, 2013, document ce este asumat prin Anton Roescu - Administrator și datat: 31.03.2017;

- în contextul mai sus detaliat, pentru a clarifica acest aspect rezultat din evaluare, autoritatea contractantă arată că a formulat solicitarea de clarificări nr. ..., prin care a pus în vedere contestatoarei să clarifice, de ce manieră înțelege să îndeplinească condiția impusă prin fișa de date la pct. III.2.2), așa cum a fost aceasta formulată în cuprinsul documentației de atribuire și arătată la paragraful anterior.

- contestatorul a răspuns prin postarea în SEAP la data de ... a unui răspuns înregistrat la autoritatea contractantă cu nr. ..., la care atașeze un angajament de terță susținere în care același terț susținător ..., își asumă susținerea financiară în cuantum de 23.300.000,00 lei sau echivalent, reprezentând cuantumul cifrei medii anuale de afaceri pe anii 2015, 2014, 2013, document ce este asumat prin ...- Administrator și datat la fel ca și cel anterior 31.03.2017.

Autoritatea contractantă menționează că deși ..., în conformitate cu DUAE pe care l-a prezentat la ofertare, îndeplinește toate condițiile impuse de legiuitor și de documentația de atribuire pentru a avea calitatea de terț susținător la procedură, prin actul său

unilateral (angajamentul de terță susținere), clarifică suma pe care înțelege să o aducă în susținerea contestatoarei, în speță 6.000.000,00 lei conform angajamentului anexat la momentul ofertării, adică data de 31.03.2017, ulterior, conform răspunsului formulat și angajamentului ce însoțește clarificarea nr. ..., suma pe care acesta o aduce în susținerea contestatoarei este de 23.300.000,00 lei, iar documentul fiind datat similar cu cel anterior, respectiv 31.03.2017.

Susținerea contestatoarei conform căreia în această situație sunt incidente prevederile art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, este apreciată de autoritatea contractantă, ca fiind nefondată, întrucât, legiuitorul reglementează situația în care s-ar dovedi că terțul susținător nu îndeplinește criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere ce sunt enumerate, situație ce nu se identifică cu situația de fapt, ..., în opinia autorității contractante, îndeplinind toate criteriile impuse și nici nu se află în vreuna din situațiile enumerate la art. 164, 165 și 167, dar prin actele sale unilaterale a modificat documentele suport ale ofertei prin modificarea cuantumului părții din cifra de afaceri pe care înțelege să o aducă în susținerea contestatoarei, motiv pentru care oferta acestuia este inacceptabilă în conformitate cu art.215 alin.4 din Legea nr.98/2016.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Procedura de licitație deschisă, a fost inițiată de ..., în vederea atribuirii contractului având ca obiect *„RECOMPARTIMENTARE, MODERNIZARE SPAȚII DE ÎNVĂȚĂMÂNT, CU PĂSTRAREA FUNCȚIONALULUI EXISTENT”,* prin publicarea în sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) a anunțului de participare nr. .... Potrivit acestuia, criteriul de atribuire aplicat a fost „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată a contractului fiind 23.239.899,17 lei, fără TVA.

Prin decizia nr. ... din ..., Consiliul a admis contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ...., obligând autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în considerente, să modifice adresa de solicitare de clarificări nr. ... și să continue procedura de atribuire.

Autoritatea contractantă a solicitat contestatoarei, prin adresa nr. ..., clarificări cu privire la modul de îndeplinire a cerinței privind cifra de afaceri, inițial aceasta prezentând un angajament de susținere din partea SC ... pentru suma de 6.000.000 lei, ca parte din cifra de afaceri.

Contestatoarea a răspuns prin adresa nr. ..., depunând un nou angajament de susținere din partea SC ... pentru întreaga valoare solicitată prin fișa de date a achiziției și susținând că angajamentul

depus inițial conține o eroare materială referitoare la valoarea cifrei de afaceri pentru care este acordată susținerea.

Autoritatea contractantă a comunicat contestatoarei, prin adresa nr. ... de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, faptul că oferta sa a fost declarată inacceptabilă, în temeiul art. 215 alin. (4) din legea nr. 98/25016, ca urmare a neaceptării modificării mai sus menționate, apreciind că aceasta și-a modificat, în mod nelegal, oferta depusă.

Prin prezenta contestație, ... formulează critici cu privire la motivul de respingere, ca inacceptabilă a ofertei sale, susținând că, în fapt, prin adresa de răspuns la solicitarea de clarificări nu a modificat oferta sa, deoarece, din documentele depuse, rezultă că terțul susținător îndeplinește cerința de calificare, invocând, cu referire la modul de evaluare a ofertei sale, prevederile art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv" Dacă terţul/terţii nu îndeplineşte/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164, 165 şi 167, autoritatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terţul/terţii susţinător/susţinători fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b)." și ale art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv" În sensul dispoziţiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susţinută în mod neechivoc de sensul şi de conţinutul altor informaţii existente iniţial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalţi participanţi la procedura de atribuire", precum și încălcarea principiului tratamentului egal.

Consiliul reține, în soluționare, că terțul susținător SC ... îndeplinește toate cerințele prevăzute de legislația în vigoare în materia achizițiilor publice pentru a acorda susținere pentru cerința de calificare privind cifra de afaceri, respectiv "Se vor prezenta informații privind cifra de afaceri anuală, conform prev. art. 177 alin. 1 lit. c din Legea nr. 98/2016 (2013, 2014, 2015), în cuantum de minimum 23.239.899,17 lei", conform documentului denumit "Declarație privind cifra de afaceri globală", aceasta fiind de 117.831.940 lei pentru anul 20132, de 104.384.548 lei pentru anul 2014 și de 67.399.137 lei pentru anul 2015, autoritatea contractantă confirmând aceste lucrări în punctul de vedere transmis.

De asemenea, Consiliul reține că deși autoritatea contractantă a solicitat contestatoarei din acest punct de vedere, nu a motivat în adresa nr. ... de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire sau în celelalte documente existente la dosarul cauzei, de ce nu a acceptat susținerea acesteia că inadvertența constatată reprezintă

un viciu de formă sau o eroare materială, în condițiile în care, prin primirea unui angajament conform, eroarea respectivă a fost remediată.

Consiliul constată că autoritatea contractantă a dat dovadă de un formalism excesiv prin respingerea, ca inacceptabilă, a ofertei contestatoarei, prevederile legale neimpunând, în mod explicit, o astfel de măsură, susținerea că este o eroare materială fiind concludentă, aplicarea principiilor tratamentului egal și al proporționalității, ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, conducând la acceptarea acestei explicații, mai ales în condițiile în care, pe de o parte, prevederile art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 permit înlocuirea terțului susținător în situații mai grave decât cea din prezenta cauză, iar, pe de altă parte, îndatoririle terțului susținător ca urmare a acordării susținerii pentru îndeplinirea cerinței privind cifra de afaceri nu se schimbă în funcție de partea valorică pentru care acordă susținere.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) și (5) 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 admită contestația depusă de ..., în contradictoriu cu ..., va anula, în parte, Procesul verbal 5, înregistrat cu nr. ..., în ceea ce privește evaluarea ofertei contestatoarei și va obliga autoritatea contractantă, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în considerente, la continuarea procedurii de atribuire cu luarea în considerare a documentelor privind îndeplinirea cerinței de calificare privind cifra de afaceri, prezentate de contestatoare prin răspunsul la solicitarea de clarificări.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părți potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare potrivit prevederilor art. 29 alin. (1) și art. 32 din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de ..., în contradictoriu cu ..., anulează, în parte, Procesul verbal 5, înregistrat cu nr. ..., în ceea ce privește evaluarea ofertei contestatoarei și obligă autoritatea contractantă, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii, cu

respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în considerente, la continuarea procedurii de atribuire cu luarea în considerare a documentelor privind îndeplinirea cerinței de calificare privind cifra de afaceri, prezentate de contestatoare prin răspunsul la solicitarea de clarificări.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**

Redactată în 4 (patru) exemplare, conține 7 (șapte) pagini.