



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. 2953/C8/3264

Data: 21.10.2024

Prin contestația nr. 24/20.09.2024, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 60126/23.09.2024, formulată de către înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având, împotriva raportului procedurii nr. 21165/16.09.2024, emis de către în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Execuția lucrărilor pentru obiectivul de investiții Creșterea eficienței energetice și reabilitarea imobilului centrului de îngrijire și asistență pentru persoane cu dizabilități Uricani”, se solicită:

- (i) anularea comunicării rezultatului procedurii înregistrat cu nr. 21170/16.09.2024 prin care oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă;
- (ii) anularea raportului procedurii înregistrat cu nr. 21165/16.09.2024 în evaluarea ofertei contestatoarei și a deciziei de anulare a procedurii pe motiv că nu a fost depusă nici o ofertă admisibilă;
- (iii) obligarea autorității contractante la reevaluarea temeinică și legală a ofertei depusă de ofertantul cu consecința declarării ofertei ca fiind admisibilă în ceea ce privește criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire, respectiv capacitatea economică și financiară (cifra de afaceri).

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 critică decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale, ca inacceptabilă, pentru următoarele motive:

Societatea contestatoare, în calitate de operator economic ofertant în procedura de achiziție, justifică interesul în atribuirea contractului. Vătămarea este evidentă de vreme ce oferta depusă dacă ar fi fost admisibilă, s-ar fi clasat pe primul loc, având în vedere că nicio altă ofertă depusă nu a fost admisibilă.

Pe fond, în legătură cu motivul contestației, prezintă Consiliului argumentele care dovedesc abaterea autorității contractante prin declararea ofertei depusă ca fiind inacceptabilă în baza prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, coroborat cu prevederile art. 137 alin. (2) lit. (b), respectiv că nu îndeplinește capacitatea economică și financiară - cifra de afaceri anuală generală.

Contestatoarea învederează Consiliului faptul că, prin fișa de date a achiziției, s-au solicitat următoarele cerințe în ceea ce privește capacitatea economică și financiară:

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

Cifra de afaceri anuală generală

Modalitatea de îndeplinire:

Ofertantul (operator economic individual sau asociere de operatori economici) trebuie să dovedească o medie a cifrei de afaceri anuală generală, în ultimele 3 exerciții financiare încheiate (2021, 2022, 2023) de cel puțin 4.000.000 lei.

Pentru o evaluare unitară a modului de îndeplinire a cerinței, pentru calculul echivalenței se va aplica cursul mediu anual lei/valută comunicat de BNR pentru fiecare an în parte.

Pentru a demonstra îndeplinirea cerinței minime de calificare, orice ofertant are dreptul:

a) să participe în comun (într-o asociere) cu alți operatori economici la procedura de atribuire, în condițiile art. 53 din Legea nr. 98/2016, caz în care se va depune, odată cu DUAЕ, acordul de asociere (conform model din Secțiunea Formulare);

b) să invoce susținerea unui terț susținător și să utilizeze capacitățile acestuia pentru a demonstra îndeplinirea cerinței minime, indiferent de natura relațiilor juridice existente între operatorul economic și entitatea ale cărei capacități le utilizează în condițiile Legii nr. 98/2016, în cazul în care mai mulți operatori economici participă în comun la procedura de atribuire, îndeplinirea cerinței se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului, iar autoritatea contractantă solicită ca aceștia să răspundă solidar pentru executarea contractului.

Atunci când un ofertant invocă susținerea unui terț susținător, ofertantul trebuie să demonstreze autorității contractante că:

- va avea la dispoziția sa resursele necesare prin depunerea unui Angajament ferm al terțului susținător (angajament necondiționat) cu privire la susținerea financiară a ofertantului împreună cu documente din care rezultă modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere;

b) Terțul susținător/Terții susținători care acordă susținerea financiară îndeplinește/îndeplinesc cerințele referitoare la motivele de excludere și capacitatea de exercitare a activității profesionale.

Pentru a fi luat în considerare în cadrul procesului de calificare, angajamentul terțului susținător trebuie:

- a) să fie depus odată cu DUAЕ;
- b) să confirme autorității contractante faptul că terțul susținător/terții susținători va/vor pune la dispoziția ofertantului resursele invocate;
- c) să garanteze autorității contractante că, în situația în care ofertantul întâmpină dificultăți pe perioada derulării contractului de lucrări, terțul susținător/terții susținători care acordă susținere financiară se angajează să realizeze îndeplinirea obligațiilor contractuale angajate în mod complet, la timp și corect în conformitate cu reglementările legale, prin implicarea sa directă;
- d) să specifice că terțul susținător/terții susținători care acordă suport financiar și ofertantul sunt responsabili solidar pentru îndeplinirea contractului.

Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul susținător, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament, respectiv : documente din care reiese că terțul dispune de resursele financiare pe care le va disponibiliza în derularea contractului, documente din care reiese modul efectiv prin care va transfera către contractant sumele puse la dispoziție, atunci când va fi necesar în derularea contractului.

Modalitate de îndeplinire:

Ca dovadă preliminară pentru verificarea situației economice și financiare, operatorii economici (ofertant individual, membru al asocierii sau terț susținător) trebuie să prezinte DUAЕ completat cu informațiile aferente situației lor.

Ofertantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, anterior atribuirii contractului, va prezenta, la solicitarea expresă a autorității contractante, documente justificative actualizate prin care să probeze/să confirme îndeplinirea criteriului de calificare, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAЕ. Cerința de a prezenta documente justificative actualizate este aplicabilă tuturor operatorilor economici care au legătură cu ofertantul în această procedură (membrii ai asocierii sau terți susținători), dacă este cazul.

Documentele justificative sunt:

- bilanțul contabil sau extrase de bilanț înregistrat la organele competente, raport de audit financiar întocmit de entități specializate, bilanță contabilă sau orice alte documente echivalente prevăzute de legislația țării în care este stabilit ofertantul, care confirmă nivelul cifrei de afaceri.

Documentele emise în altă limbă decât limba română vor fi însoțite de traducerea autorizată în limba română.

Autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a solicita informații direct de la autoritățile competente, în cazuri în care există incertitudini în

legătură cu îndeplinirea cerinței minime de calificare referitoare la situația economică și financiară."

Contestatoarea menționează faptul că a încărcat în SEAP angajamentul ferm privind susținerea acordată ofertantului pentru îndeplinirea criteriului referitor la situația economică și financiară, acordată de și Angajament ferm privind susținerea acordată ofertantului pentru îndeplinirea criteriului referitor la capacitatea tehnică - experiența similară în partea aceluiași terț susținător.

Angajamentul prezentat pentru susținerea ofertantului pentru îndeplinirea criteriului referitor la situația economică și financiară, respectă cerințele formulate de autoritatea contractantă prin fișa de date a achiziției, respectiv:

- a) să fie depus odată cu DUAЕ;
- b) să confirme autorității contractante faptul că terțul susținător/ terții susținători va/vor pune la dispoziția ofertantului resursele invocate;
- c) să garanteze autorității contractante că, în situația în care ofertantul întâmpină dificultăți pe perioada derulării contractului de lucrări, terțul susținător/ terții susținători care acordă susținere financiară se angajează să realizeze îndeplinirea obligațiilor contractuale angajate în mod complet, la timp și corect în conformitate cu reglementările legale, prin implicarea sa directă;
- d) să specifice că terțul susținător/ terții susținători care acordă suport financiar și ofertantul sunt responsabili solidar pentru îndeplinirea contractului.

De asemenea, împreună cu angajamentele prezentate, s-au anexat documente din care reiese cifra de afaceri din ultimii 3 ani (bilanțuri contabile și bilanța), extras revisal și registrul mobilizărilor din care rezultă faptul că terțul dispune de personal și utilaje cu care să intervină în situația în care ofertantul întâmpină dificultăți.

În data de 28.06.2024 ora 12:42, autoritatea contractantă, prin adresa 15137/28.06.2024, a solicitat clarificări cu privire la documentele prin care terțul dovedește faptul că dispune de resursele financiare pe care și le asumă prin angajament că le va mobiliza.

De asemenea, la punctul 2 din solicitarea de clarificări, chiar însăși autoritatea contractantă menționează faptul că s-a prezentat o descriere a modalității concrete de mobilizare a resurselor tehnice/profesionale ce urmează să fie puse la dispoziția ofertantului pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, sau modul concret în care va interveni terțul în situația în care contractantul întâmpină dificultăți în implementarea contractului, anexându-se registrul salariaților și registrul imobilizărilor din partea terțului susținător.

În data de 03.07.2024, societatea contestatoare a răspuns în termen la solicitarea de clarificări, amintind faptul că angajamentul prezentat respectă cerințele formulate de autoritatea contractantă prin fișa de date a achiziției. De asemenea, învederează autorității contractante că împreună cu angajamentele prezentate, s-au anexat documente din care reiese cifra de afaceri din ultimii 3 ani, extras revisal și registrul mobilizărilor, din care rezultă faptul că terțul dispune de personal și utilaje cu care să intervină situația în care ofertantul întâmpină dificultăți. Mai mult decât atât,

menționează că terțul susținător are lucrări similare în derulare, având potențialul economic necesar să intervină în situația în care ofertantul întâmpină dificultăți.

Referitor la „îndrumarul privind instituția terțului susținător” și la nota de subsol indicată în solicitarea de clarificări, contestatoarea menționează faptul că, prin fișa de date a achiziției și documentația de atribuire, nu s-a solicitat cash-flow, lichiditate sau bonitate, ci doar cifra de afaceri, care prin documentele depuse a fost demonstrată, iar prin anexele prezentate și angajamentele depuse s-a demonstrat că terțul susținător are capacitatea de a executa lucrarea în situația în care ofertatul întâmpină dificultăți.

Din cuprinsul documentului DUAE, 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 DUAE, 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 buneii-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. Prin DUAE depus, terțul nu se încadrează în situațiile de excludere, iar prin angajamentul depus împreună cu anexele atașate demonstrează că poate interveni oricând pe parcursul derulării lucrării dacă situația o impune.

Așadar, autoarea contestației consideră că decizia autorității contractante de a declara oferta inacceptabilă, în baza prevederilor art. 137 alin. (2) lit. (b) și ale art. 134 alin. (5) din HG. nr. 395/2016, este nelegală, întrucât răspunsul la solicitarea de clarificări este concludent, furnizând întocmai clarificările privind modalitățile de îndeplinire a cerinței documentației de atribuire cuprinsă în fișa de date cap.III.1.2) - „Capacitatea economică și financiară” - privind cifra de afaceri anuală generală, respectiv obligația ca, odată cu oferta, să se prezinte angajamentul ferm al terțului susținător, completat, respectând formularul nr. 3. Terțul susținător depune bilanțuri și balanța, anexe la angajamentul ferm, din care reiese că îndeplinește cerința privind cifra de afaceri. De asemenea acesta depune registrul salariaților și registrul imobilizărilor din care reiese că dispune de personal și utilaje cu care să intervină în situația în care ofertantul întâmpină dificultăți.

Cifra de afaceri nu este o resursă transferabilă, astfel încât ofertanții să poată face dovada transferului efectiv, la fel ca în situația experienței similare.

Cifra de afaceri nu constă în punerea la dispoziție a unei sume efective sau a unor resurse materiale, așa cum precizează autoritatea contractantă în comunicarea privind rezultatul procedurii, făcând referire la depunerea unor extrase de cont din care reiese existența sumei de bani pe care o va pune la dispoziția contractantului, ea fiind un indicator care reflectă forța economică a unui operator economic, respectiv venituri din activitatea de bază. Societatea contestatoare presupune că autoritatea contractantă confundă cerința cifrei de afaceri, cu cerința de cash-flow,

care nu se aplică speței de față întrucât nu s-a solicitat prin documentația de atribuire.

Susținerea terțului se limitează la prevederea generală de la art. 184 din Legea nr. 98/2016, respectiv obligația terțului susținător de a răspunde solidar cu ofertantul pentru realizarea lucrărilor. Indicatorul economic cifra de afaceri este o resursă economică anterioară, neputând fi pusă la dispoziție.

În legătură cu posibilitatea dovedirii de către terțul susținător a cifrei de afaceri prin bilanțurile contabile aferente perioadei în referință, s-a pronunțat și practica judiciară, relevantă fiind Decizia nr. 1064/05.05.2021, pronunțată de Curtea de Apel București - Secția a VIII a Contencios Administrativ și Fiscal „...Curtea apreciază că depunerea din partea terțului susținător a unui angajament ferm privind susținerea economică și financiară a asocierii câștigătoare însoțită de dovada realizării în anii 2016, 2017 și 2018 a unei cifre de afaceri conform cerinței din documentația de atribuire erau suficiente pentru ca asocierea câștigătoare să poată apela la cifra de afaceri a terțului susținător.”

Prin adresa nr. 22054/26.09.2024, înregistrată la CNSC cu nr. 61459/26.09.2024, ... transmite punctul său de vedere cu privire la contestația formulată de către, solicitând respingerea acesteia ca nefondată, pentru următoarele motive:

În cadrul procedurii de atribuire au fost depuse 3 oferte de către următorii ofertanți:

1. Asocierea formată din- lider de asociere și

2. Ofertantul

3. Ofertantul

Conform caietului de sarcini pus la dispoziția operatorilor economici pe SEAP, lucrările ce fac obiectul contractului sunt:

- Lucrări de reabilitare termică a elementelor de anvelopă a clădirii;
- Lucrări de reabilitare termică a sistemului de încălzire/a sistemului de furnizare a apei calde de consum;
- Instalarea unor sisteme alternative de producere a energiei electrice și/sau termice pentru consum propriu, utilizarea surselor regenerabile de energie;
- Lucrări de instalare/reabilitare/modernizare a sistemelor de climatizare și/sau ventilare mecanică pentru asigurarea calității aerului interior;
- Lucrări de reabilitare/ modernizare a instalațiilor de iluminat în clădiri;
- Sisteme de management energetic integrat pentru clădiri;
- Modernizarea sistemelor tehnice ale clădirilor, inclusiv în vederea pregătirii clădirilor pentru soluții inteligente;
- Alte tipuri de lucrări.

Prin adresa nr. 21170/16.09.2024 s-a comunicat ofertantului contestator faptul că oferta depusă de acesta a fost respinsă ca:

- inacceptabilă, în baza prevederilor art. 134 alin. (5) din HG. nr. 395/2016, deoarece clarificările/completările transmise nu sunt concludente;

- inacceptabilă în baza prevederilor 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.

Pe fondul cauzei autoritatea contractantă menționează că toate precizările contestatoarei sunt nefondate, având în vedere cerința din Fișa de Date:

„III. 1.2) Capacitatea economică și financiară

Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate: Cifra de afaceri anuală generată Modalitatea de îndeplinire:

Ofertantul (operator economic individual sau asociere de operatori economici) trebuie să dovedească o medie a cifrei de afaceri anuală generală, în ultimele 3 exerciții financiare încheiate (2021, 2022, 2023) de cel puțin 4.000.000 lei".

„Pentru o evaluare unitară a modului de îndeplinire a cerinței, pentru calculul echivalenței se va aplica cursul mediu anual lei/valută comunicat de BNR pentru fiecare an în parte.

Pentru a demonstra îndeplinirea cerinței minime de calificare, orice ofertant are dreptul:

a) să participe în comun (într-o asociere) cu alți operatori economici la procedura de atribuire, în condițiile art. 53 din Legea nr. 98/2016, caz în care se va depune, odată cu DUAЕ, acordul de asociere (conform model din Secțiunea Formulare);

b) să invoce susținerea unui terț susținător și să utilizeze capacitățile acestuia pentru a demonstra îndeplinirea cerinței minime, indiferent de natura relațiilor juridice existente între operatorul economic și entitatea ale cărei capacități le utilizează în condițiile Legii nr. 98/2016. În cazul în care mai mulți operatori economici participă în comun la procedura de atribuire, îndeplinirea cerinței se demonstrează prin luarea în considerare a resurselor tuturor membrilor grupului, iar autoritatea contractantă solicită ca aceștia să răspundă solidar pentru executarea contractului.

Atunci când un ofertant invocă susținerea unui terț susținător, ofertantul trebuie să demonstreze autorității contractante că: va avea la dispoziția sa resursele necesare prin depunerea unui angajament ferm al terțului susținător (angajament necondiționat) cu privire la susținerea financiară a ofertantului împreună cu documente din care rezultă modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere;

c) Terțul susținător/Terții susținători care acordă susținerea financiară îndeplinește/ îndeplinesc cerințele referitoare la motivele de excludere și capacitatea de exercitare a activității profesionale.

Pentru a fi luat în considerare în cadrul procesului de calificare, angajamentul terțului susținător trebuie:

a) să fie depus odată cu DUAЕ;

b) să confirme autorității contractante faptul că terțul susținător/ terții susținători vă/vor pune la dispoziția ofertantului resursele invocate;

c) să garanteze autorității contractante că, în situația în care ofertantul întâmpină dificultăți pe perioada derulării contractului de lucrări, terțul susținător/ terții susținători care acordă susținere financiară se angajează să realizeze îndeplinirea obligațiilor contractuale angajate în mod complet, la timp și corect în conformitate cu reglementările legale, prin implicarea sa directă;

d) să specifice că terțul susținător/ terții susținători care acordă suport financiar și ofertantul sunt responsabili solidar pentru îndeplinirea contractului.

Odată cu angajamentul de susținere, ofertantul are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul susținător, din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament, respectiv:

documente din care reiese că terțul dispune de resursele financiare pe care le va disponibiliza în derularea contractului, documente din care reiese modul efectiv prin care va transfera către contractant sumele puse la dispoziție, atunci când va fi necesar în derularea contractului.

Modalitate de îndeplinire:

Ca dovadă preliminară pentru verificarea situației economice și financiare, operatorii economici (oferant individual, membru al asocierii sau terț susținător) trebuie să prezinte DUAЕ completat cu informațiile aferente situației lor. Oferantul clasat pe primul loc după aplicarea criteriului de atribuire, anterior atribuirii contractului, va prezenta, la solicitarea expresă a autorității contractante, documente justificative actualizate prin care să probeze/să confirme îndeplinirea criteriului de calificare, în conformitate cu informațiile cuprinse în DUAЕ. Cerința de a prezenta documente justificative actualizate este aplicabilă tuturor operatorilor economici care au legătură cu oferantul în această procedură (membri ai asocierii sau terți susținători), dacă este cazul. Documentele justificative sunt:

- bilanțul contabil sau extrase de bilanț înregistrat la organele competente, raport de audit financiar întocmit de entități specializate, balanță contabilă sau orice alte documente echivalente prevăzute de legislația țării în care este stabilit oferantul, care confirmă nivelul cifrei de afaceri.

Documentele emise în altă limbă decât limba română vor fi însoțite de traducerea autorizată în limba română. Autoritatea contractantă își rezervă dreptul de a solicita informații direct de la autoritățile competente, în cazul în care există incertitudini în legătură cu îndeplinirea cerinței minime de calificare referitoare la situația economică și financiară".

În cadrul procedurii, oferantul a prezentat angajamentul ferm privind susținerea pentru îndeplinirea criteriului referitor la situația economică și financiară, acordată de pentru A prezentat bilanțul pe anul 2021 din conținutul căruia rezultă o cifră de afaceri de 9.247.182 RON, bilanțul contabil aferent anului 2022 din conținutul căreia rezultă o cifră de afaceri de 8.977.504 RON, balanța de verificare 01.12.2023-31.12.2023 din conținutul căreia rezultă o cifră de afaceri de 5.991.269,19 RON.

În data de 28.06.2024, comisia de evaluare, prin adresa 15137/28.06.2024, a solicitat clarificări cu privire la documentele prin care terțul dovedește faptul că dispune de resursele financiare pe care și le asumă prin angajamentul prezentat, că le va mobiliza, precum și registrul salariaților prezentat de, document precizat în susținerea angajamentului ferm referitor la capacitatea tehnică-experiența similară, care nu face obiectul respingerii ofertei și nici al contestației.

De asemenea, în cadrul solicitării de clarificare ante menționate, comisia de evaluare i-a pus în vedere contestatoarei și prevederile ÎNDRUMARULUI ANAP privind instituția „terțului susținător” așa cum este aceasta reglementată în art. 182 din Legea nr. 98/2016, unde este precizat faptul că „Acele documente nu se referă la documentele justificative privind îndeplinirea nivelului solicitat pentru criteriul de calificare/selecție, ci reprezintă documente care dovedesc faptul că terțul susținător dispune/deține suma pe care o invocă în angajamentul ferm de susținere că o va pune la dispoziția contractantului (în speța de față, fiind vorba de bilanțuri și balanța de verificare)... documentele prin care terțul dovedește faptul că dispune de resursele financiare pe care își asumă prin angajament că le va mobiliza sunt extrase de cont din care reiese existența sumei de bani pe care o va pune la dispoziția contractantului, dacă va fi cazul. Astfel de documente vor fi depuse odată cu angajamentul ferm și sunt diferite de

documentele care vor fi depuse, la solicitarea autorității/entității contractante pentru dovedirea nivelului cifrei de afaceri solicitat."

În data de 03.07.2024, contestatoarea a răspuns solicitării de clarificare astfel:

„- a încărcat în SEAP angajamentul ferm privind susținerea acordată ofertantului pentru îndeplinirea criteriului referitor la situația economică și financiară acordată de și că angajamentul prezentat respectă cerințele formulate de autoritatea contractantă prin fișa de date a achiziției.

- împreună cu angajamentele prezentate, s-au anexat documente din care reiese cifra de afaceri din ultimii 3 ani, extras revisal și registrul mobilizărilor din care rezultă faptul că terțul dispune de personal și utilaje cu care să intervină în situația în care ofertantul întâmpină dificultăți. În acest sens atașează contracte de lucrări aflate în derulare.

De asemenea, ofertantul prin răspunsul dat consideră că „îndrumarul privind instituția terțului susținător”, nota de subsol, precizează faptul că prin fișa de date și documentația de atribuire nu s-a solicitat cash flow, lichiditate sau bonitate și doar cifra de afaceri, care prin documentele depuse susține ofertantul s-a demonstrat ca terțul susținător are capacitatea de a executa lucrarea în situația în care ofertantul întâmpină dificultăți.

- 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 și că capacitatea tehnică, astfel că, voința declarată a terțului, transpusă în DUAЕ astfel 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.

- Ofertantul menționează că se angajează ca în cazul în care oferta depusă se situează pe primul loc să depună documente elocvente din care rezultă modul efectiv în care terțul susținător intervine în situația în care pe parcurs întâmpină dificultăți pe parcursul executării lucrării.

- Ofertantul menționează faptul că îndrumarul la care face referire solicitarea de clarificare a comisiei de evaluare este menit să călăuzească și să orienteze, nu este considerat litera de lege, drept urmare cerințele din fișa de date și a documentației de atribuire primează față de îndrumarul emis de ANAP.”

În cuprinsul contestației, precizează faptul că referitor la „îndrumarul privind instituția terțului susținător”, așa cum este aceasta reglementată în art. 182 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice al Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, la nota de subsol indicată în solicitarea de clarificare, menționează faptul că prin fișa de date a achiziției și documentația de atribuire nu s-a solicitat cash-flow, lichiditate sau bonitate, și doar cifra de afaceri, care prin documentele prezentate au fost demonstrate, astfel că decizia autorității contractante de a declara oferta inacceptabilă în baza prevederilor art. 137 alin. (2) lit. b) și ale art. 134 alin 5) din HG nr. 395/2016 este nelegală întrucât răspunsul la solicitarea de clarificare este concludent, cifra de afaceri nefiind o resursă

transferabilă, astfel încât ofertanții să poată face dovada transferului efectiv.

Față de răspunsul contestatoarei autoritatea contractantă citează textul aferent criteriului de calificare capacitatea economică și financiară.

De asemenea, arată că, în cadrul formularului de angajament ferm privind susținerea acordată ofertantului pentru îndeplinirea criteriului referitor la situația economică și financiară pus la dispoziția operatorilor economici interesați, Nota 1 după caseta cu semnături este precizat astfel: *„Nota 1: În sensul art. 182 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 împreună cu angajamentul ferm vor fi anexate documentele transmise ofertantului de către terțul susținător din care va rezulta modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament. Acestea se vor constitui în anexe la prezentul angajament ferm.*

Documentele prezentate trebuie să indice concret care sunt resursele financiare pe care terțul le va mobiliza în cazul în care operatorul economic întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului sau se va afla în imposibilitatea derulării contractului, tipul acestor documente fiind determinat de obligațiile asumate de ofertant și terțul susținător prin angajamentul ferm. Terțul susținător va dovedi prin documentele prezentate că deține toate resursele invocate ca element de susținere a ofertantului.”

Astfel, în documentația de atribuire este prevăzută cerința potrivit căreia ofertantul dacă invocă susținerea unui terț are obligația să prezinte documente transmise acestuia de către terțul susținător din care să rezulte modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament respectiv: documente din care să reiasă că terțul dispune de resursele financiare pe care le va disponibiliza în derularea contractului, documente din care reiese modul efectiv prin care va transfera către contractant sumele puse la dispoziție, atunci când va fi necesar în derularea contractului. Cifra de afaceri reprezintă totalul vânzărilor realizate precum și alte venituri de exploatare încasate pe parcursul unui exercițiu fiscal, astfel aceasta nu este o resursă transferabilă, așa cum recunoaște și contestatorul, astfel încât terții susținători să poată să își pună la dispoziție aceste resurse, prin urmare terțul susținător nu poate transfera cifra de afaceri ca resursă în cazul în care ofertantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, prin urmare prezentarea bilanțurilor contabile din conținutul cărora rezultă nivelul cifrei de afaceri nu presupune îndeplinirea cerinței cu privire la situația economică și financiară, în sensul solicitat în documentația de atribuire.

Așa cum prevede atât documentația de atribuire cât și *„ÎNDRUMARULUI* privind instituția terțului susținător așa cum este *aceasta reglementată în art. 182 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice al Agenției Naționale pentru Achiziții Publice(care este publica pe site-ul ANAP , www.anap.gov.ro și care este menționat în cadrul Fișei de Date la secțiunea III.1.9) Legislație aplicabil) documentele prin care terțul susținător dovedește faptul că dispune de resursele financiare pe care pe care își asumă prin angajament că le va mobiliza sunt extrase de cont din*

care reiese existența sumei de bani pe care o va pune la dispoziția contractantului, dacă va fi cazul. Astfel de documente vor fi depuse odată cu angajamentul ferm și sunt diferite de documentele care vor fi depuse la solicitarea autorității contractante pentru dovedirea nivelului cifrei de afaceri solicitate și nicidecum așa cum menționează în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificare, conform căruia acesta se angajează ca în cazul în care oferta depusă se situează pe primul loc, sa depună documente elocvente din care rezultă modul efectiv în care terțul susținător intervine în situația în care pe parcurs întâmpină dificultăți în execuția lucrărilor.”

Față de cele ante menționate, autoritatea contractantă consideră că decizia comisiei de evaluare de a respinge oferta ca inacceptabilă în baza art. 134 alin. (5), respectiv art. 137 alin. (2) lit. b) din HG. nr. 395/2016, este una întemeiată, deoarece ofertanta contestatoarea nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire iar răspunsurile la clarificări nu sunt concludente.

Pentru toate considerentele de mai sus, ... solicită Consiliului respingerea contestației ca nefondată.

Prin adresa nr. 22062/26.09.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 62470/01.10.2024, ... a transmis copia dosarului achiziției în format electronic.

..... a transmis, în original, recipisa de consemnare nr. 210612048/1, eliberată de CEC BANK Sucursala Timișoara la data de 26.09.2024, în valoare de 49.874,50 lei.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Execuția lucrărilor pentru obiectivul de investiții Creșterea eficienței energetice și reabilitarea imobilului centrului de îngrijire și asistență pentru persoane cu dizabilități Uricani”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr.

Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului este de 2.493.742,79 lei fără TVA.

Nemulțumită de rezultatul procedurii, comunicat prin adresa nr. 211.170/16.09.2024, potrivit căruia oferta sa a fost respinsă, ca neconformă/inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. (2) din HG nr. 395/2016, ... a formulat prezenta contestație.

Conform fișei de date a achiziției, ... trebuia să demonstreze o cifră de afaceri anuală medie de cel puțin 4.000.000 lei pentru ultimii 3 ani (2021, 2022, 2023). a prezentat angajamentul ferm al, care se angaja să susțină ofertantul în îndeplinirea acestui criteriu. Cu toate acestea, comisia a subliniat că simpla prezentare a bilanțurilor contabile nu este suficientă pentru a demonstra că terțul susținător are capacitatea financiară de a sprijini efectiv ofertantul în execuția contractului, dacă acesta întâmpină dificultăți.

Pentru participarea la ofertare, operatorii economici au mai multe opțiuni pentru a demonstra îndeplinirea cerinței privind cifra de afaceri:

- participare în asociere - dacă ofertantul participă împreună cu alți operatori economici, resursele tuturor membrilor asocierii sunt luate în considerare. Membrii asocierii sunt obligați să răspundă solidar pentru executarea contractului.

- invocarea unui terț susținător - ofertantul poate apela la un terț susținător care să îi asigure îndeplinirea cerințelor economice și financiare. Angajamentul terțului susținător trebuie să fie ferm și necondiționat, iar terțul trebuie să nu se încadreze în motivele de excludere, să aibă capacitatea de exercitare a activității profesionale. De asemenea, prin angajamentul de ferm, terțul trebuie să demonstreze modalitatea în care va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere financiară, respectiv resursele pe care le va pune la dispoziție, conform art. 182 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

Documentele justificative pot fi solicitate de autoritatea contractantă și trebuie să demonstreze îndeplinirea cerințelor minime de calificare.

„(...) ofertantul trebuie să demonstreze Autorității contractante că: va avea la dispoziția sa resursele necesare prin depunerea unui „Angajament ferm al terțului susținător (angajament necondiționat) cu privire la susținerea financiară a ofertantului” împreună cu documente din care rezultă modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajament de susținere;”

Potrivit informațiilor din fișa de date a achiziției, angajamentul ferm al terțului susținător trebuie să garanteze că, în cazul în care ofertantul întâmpină dificultăți în derularea contractului, terțul susținător va interveni direct și va asigura îndeplinirea obligațiilor contractuale. Terțul susținător și ofertantul sunt responsabili solidar pentru executarea contractului, potrivit art. 184 din Legea nr. 98/2016.

Consiliul constată că, pe parcursul evaluării ofertelor, următoarele aspecte au făcut obiectul clarificărilor, respectiv:

- Prin adresa nr. 15137/28.06.2024, comisia de evaluare i-a solicitat:

(...) Având în vedere prevederile „ÎNDRUMARULUI privind instituția "terțului susținător" așa cum este aceasta reglementată în art. 182 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice" al Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, unde este precizat faptul ca „Aceste documente nu se referă la documentele justificative privind îndeplinirea nivelului solicitat pentru criteriul de calificare/selecție, ci reprezintă documente care dovedesc faptul că terțul susținător dispune/deține suma pe care o invocă în angajamentul ferm de susținere că o va pune la dispoziția contractantului (în speța de fata, fiind vorba de Bilanțuri si balanța de verificare)... documentele prin care terțul dovedește faptul că dispune de resursele financiare pe care își asumă prin angajament că le va mobiliza sunt extrase de cont din care reiese existența sumei de bani pe care o va pune la dispoziția contractantului, dacă va fi cazul. Astfel de documente vor fi depuse odată cu angajamentul ferm și sunt diferite de documentele care vor fi depuse, la solicitarea autorității/entității contractante pentru dovedirea nivelului cifrei de afaceri solicitat." Astfel comisia de evaluare solicita clarificări cu privire la documentele prin care terțul dovedește faptul că dispune de resursele financiare pe care si le asumă prin angajament că le va mobiliza în sensul celor antemenționate.

- prin adresa FN, operatorul economic a răspuns la solicitarea de clarificări, mai sus prezentată, astfel:

«Referitor la „Îndrumarul privind instituția terțului susținător" si la nota de subsol indicata in solicitarea de clarificări, menționam faptul ca prin fisa de date si documentația

de atribuire nu s-a solicitat cash-flow, lichiditate sau bonitate, ci doar cifra de afaceri, care prin documentele depuse a fost demonstrată, iar prin anexele prezentate si angajamentele depuse s-a demonstrat ca terțul susținător are capacitatea de a executa lucrarea in situația in care ofertatul întâmpina dificultăți.

Menționam faptul ca îndrumarul este menit sa călăuzească si sa orienteze, nu este considerat litera de lege. Așadar, cerințele din fisa de date si documentația de atribuire primează fata de îndrumarul emis de ANAP.

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 buneii-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. Prin DUAЕ depus, terțul nu se încadrează in situațiile de excludere, iar prin angajamentul depus împreuna cu anexele atașate demonstrează ca poate interveni oricând pe parcursul derulării lucrării daca situația o impune.

Noi, NEW FOX SRL, ne angajam ca, in cazul in care oferta depusa se situează pe primul loc, sa depunem documente elocvente din care rezulta modul efectiv in care terțul susținător intervine in situația in care pe parcursul întâmpinam dificultăți pe parcursul executării lucrării.»

Analizând adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 21.170/16.09.2024, Consiliul constată că i-au fost comunicate contestatoarei următoarele:

„Documentele prezentate trebuie sa indice concret care sunt **resursele financiare** pe care terțul le va mobiliza in cazul in care operatorul economic întâmpina dificultăți pe parcursul derulării contractului sau se va afla in imposibilitatea derulării contractului, tipul acestor documente fiind determinat de obligațiile asumate de ofertant si terțul susținător prin angajamentul ferm. **Terțul susținător va dovedi prin documentele prezentate ca deține toate resursele invocate ca element de susținere a ofertantului.**

Astfel, in documentația de atribuire este prevăzută cerința potrivit căreia ofertantul care invocă susținerea unui terț susținător are obligația sa prezinte documente transmise acestuia de către terțul susținător din care sa rezulte modul efectiv prin care terțul susținător va asigura îndeplinirea propriului angajamente de susținere, documente care se vor constitui anexe la respectivul angajament respective: documente din care sa reiese ca terțul dispune de resursele financiare pe care le va disponibiliza in derularea contractului, documente din care reiese modul efectiv prin care va transfera către contractant sumele puse la dispoziție, atunci când va fi necesare in derularea contractului.

Cifra de afaceri reprezintă totalul vânzărilor realizate precum si alte venituri de exploatare încasate pe parcursul unui exercițiu fiscal, astfel aceasta nu este o resursa transferabila astfel încât terții susținători sa poată sa își pună la dispoziție aceste resurse, prin urmare terțul susținător nu poate transfera cifra de afaceri ca resursa in cazul in care ofertantul întâmpina dificultăți pe parcursul derulării contractului, astfel prin prezentarea bilanțurilor contabile din conținutul cărora rezulta nivelul cifrei de afaceri nu presupune îndeplinirea cerința cu privire la Situația economica si financiara in sensul solicitat in documentația de atribuire. Așa cum prevede atât documentația de atribuire cat si ÎNDRUMARUL privind instituția "terțului susținător" așa cum este aceasta reglementată în art. 182 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice" al Agenției Naționale pentru Achiziții Publice (care este publica pe site-ul ANAP, www.anap.gov.ro si care este menționat in cadrul Fisei de Date la secțiunea III. 1.9) Legislație aplicabil), documentele prin care terțul susținător dovedește faptul ca dispune de resursele financiare pe care își asuma prin angajament ca le va mobiliza sunt extrase de cont sunt extrase de cont din care reies existenta sumei de bani pe care o va pune la dispoziția contractantului, daca va fi cazul. Astfel de

documente vor fi dispuse odată cu angajamentul ferm si sunt diferite de documentele care vor fi depuse la solicitarea autorității contractante pentru dovedirea nivelului cifrei de afaceri solicitate si nicidecum așa cum menționează ofertantul SC NEW FOX SRL in cadrul răspunsului la solicitarea de clarificare, conform căruia acesta se angajează ca in cazul in care oferta depusa se situează pe primul loc, sa depună documente elocvente din care rezulta modul efectiv in care terțul susținător intervine in situația in care pe parcurs întâmpina dificultăți in execuția lucrărilor așa cum prevede si art. 182 alin. (4) din Legea 98/2016 privind achizițiile publice: *„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”*.

Față de cele antemenționate, comisia de evaluare considera oferta SC NEW FOX SRL, inacceptabila in baza prevederilor art. 134 alin (5) din HG 395/2016 cu modificările si completările ulterioare, deoarece răspunsul la solicitarea de clarificare este unul neconcludent, acesta nereușind sa lămurească cum anume terțul susținător își va îndeplini propriul angajament privind susținerea acordata ofertantului pentru îndeplinirea criteriului referitor la situația economica si financiara coroborat cu prevederile art. 137 alin (2) lit. b) din HG 395/2016 cu modificările si completările ulterioare, deoarece astfel ofertantul SC NEW FOX SRL nu îndeplinește cerința cu privire la Capacitatea economica si financiara prevăzută in cadrul documentației de atribuire.

ART. 134 alin. (5) In cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

ART. 137 alin. (2) In condițiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește unul sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAЕ în conformitate cu cerințele stabilite de autoritatea contractantă.

În cauză, Consiliul consideră incidente dispozițiile art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, potrivit căroră: *„(2) În cadrul comunicării privind rezultatul procedurii prevăzute la alin. (1), autoritatea contractantă are obligația de a cuprinde: ... b) fiecărui ofertant respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale”*.

Astfel, întrucât oferta contestatoarei a fost respinsă, ca inacceptabilă întrucât nu respectă cerințele din anunțul de participare/fișa de date a achiziției, se impunea ca autoritatea contractantă să-i comunice acesteia motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere, ceea ce nu s-a întâmplat. Autoritatea contractantă nu a arătat motivele pentru care nu pot fi luate în considerare resursele invocate.

În acest context, necomunicându-i motivele precise care au stat la baza respingerii ofertei, contestatoarea a fost în imposibilitatea de a le combate în cadrul contestației. În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere următoarele: pe de o parte, autoritatea contractantă susține *„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”*, iar, pe de altă parte, contestatoarea invocă «Referitor la „îndrumarul privind instituția terțului susținător” si la nota de subsol indicata in solicitarea de clarificări, menționam faptul ca prin fisa de date si documentația de atribuire nu s-a solicitat cash-flow, lichiditate sau bonitate, ci doar cifra de afaceri, care prin documentele depuse a fost demonstrata, iar prin anexele prezentate si

angajamentele depuse s-a demonstrat ca terțul susținător are capacitatea de a executa lucrarea în situația în care ofertatul întâmpina dificultăți.

Totodată, Consiliul constată că nici în cadrul proceselor-verbale de evaluare nu se regăsesc informații privind motivele concrete de respingere.

Contrar prevederilor art. 216 alin. (3) lit. b) din Legea nr. 98/2016, Consiliul constată că nici raportul procedurii de atribuire nu conține motivele respingerii ofertei contestatoarei, motiv pentru care va obliga autoritatea contractantă să-l completeze.

De asemenea, Consiliul reține că dispozițiile art. 182 din Legea nr. 98/2016 nu obligă la prezentarea anumitor categorii de resurse, cum ar fi cele financiare, arătate de autoritatea contractantă. Pentru a nu fi luate în considerare cele enumerate de contestator, comisia de evaluare avea obligația motivării deciziei sale. Citarea îndrumarului ANAP nu are calitatea de act normativ, pe baza căruia să poată fi respinsă o ofertă. Îndrumarul are rol de ghid, nu are forță legislativă obligatorie.

Prin respingerea ofertei pentru neprezentarea resurselor financiare, achizitorul a adăugat la documentația de atribuire. Or, introducerea, în timpul evaluării a unei noi cerințe, de prezentarea a resurselor financiare de către terțul susținător, constituie o încălcare a principiului transparenței.

În ne/acceptarea resurselor invocate de terț, îi revenea comisiei de evaluare sarcina de a verifica dacă cei doi operatori răspund solidar, așa cum prevede legea.

Astfel, lipsind motivele concrete de respingere a ofertei, dar care să se raporteze precis la resursele invocate de terț și la dispozițiile art. 182 din Legea nr. 98/2016, Consiliul constată încălcarea principiului transparenței, statuat de art. 2 alin. (2) lit. d), precum și pe ale art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Pe cale de consecință, la acest moment, cererea contestatoarei de reevaluare a ofertei sale și de stabilire a conformității raportat la cerințele caietului de sarcini, va fi respinsă, ca prematură, de Consiliu.

Având în vedere cele expuse, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de, în contradictoriu cu și va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, potrivit considerentelor prezentei decizii și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, să comunice motivele concrete de respingere a ofertei contestatoarei.

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

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de către, în contradictoriu cu și obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, potrivit considerentelor prezentei decizii și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, să comunice motivele concrete de neconformitate a ofertei contestatoarei.

Respinge, ca prematură, cererea contestatoarei de reevaluare a ofertei sale.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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.

Redactat în 4 exemplare originale, conține 16 pagini.