

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. 287/C6/127

Data: 07.02.2023

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 2790/17.01.2023, formulată de către ... SRL, cu sediul în ..., având CUI ..., înregistrată la registrul comerțului sub nr. ..., reprezentată legal prin dL. David Alexander Zeininger și convențional prin CABINET DE AVOCAT „...”, cu sediul în ..., adresă indicată pentru comunicarea actelor de procedură, împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 10/ 09.01.2023, document emis de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire prin licitație deschisă, privind atribuirea contractului de servicii având ca obiect „Delegarea gestiunii prin concesiune a activității de colectare și transport a deșeurilor municipale în zona 1 Reșița”, cod CPV 90511000-2 Servicii de colectare a deșeurilor menajere (Rev. 2), (anunț de concesiune nr. PC1002069/01.07.2022), s-au solicitat Consiliului următoarele: „a) suspendarea procedurii de concesiune și a oricărei decizii emise de către autoritatea contractantă, până la soluționarea prezentei contestații; b) anularea raportului de evaluare a ofertelor/procesului-verbal de evaluare aferent analizei documentelor de calificare depuse pentru participarea la atribuirea contractului de concesiune mai sus menționat, cu consecința anulării adresei nr. 10/09.01.2023 privind comunicarea deciziei de respingere a ofertei depuse de ... SRL, ca neconformă și inacceptabilă, precum și anularea tuturor actelor anterioare, concomitente și/sau subsecvente ori conexe care fundamentează sau se fundamentează pe aceasta și, în consecință, anularea adreselor prin care autoritatea contractantă a comunicat rezultatul procedurii de concesiune cu privire la ofertanții Financiar Urban SRL și Supercom SA, inclusiv a deciziei de continuare a procedurii de concesiune față de acesta din urmă, precum și anularea tuturor actelor anterioare, concomitente și/sau subsecvente ori conexe care fundamentează sau se fundamentează pe acestea (...); c) obligarea autorității contractante să adopte măsurile necesare pentru restabilirea legalității procedurii de concesiune, prin reevaluarea ofertei subscrisei, în conformitate cu dezlegările date de CNSC”.

În luarea deciziei asupra
cauzei de față,
Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 2790/17.01.2023, ... SRL critică comunicarea rezultatului procedurii nr. 10/09.01.2023, document emise de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire prin licitație deschisă, privind atribuirea contractului de servicii având ca obiect „Delegarea gestiunii prin concesiune a activității de colectare și transport a deșeurilor municipale în zona 1 Reșița”, solicitând Consiliului cele redată în partea introductivă.

În preambul, contestatoarea prezintă, pe scurt, procedura de atribuire în cauză, susținând că respingerea ofertei sale, ca inacceptabilă, în temeiul art. 87 alin. (5) din HG nr. 867/2016, este nelegală, întrucât modul de formulare a solicitării de clarificări nr. 411/ 06.12.2022, a încălcat dispozițiile art. 87 alin. (4) din HG nr. 867/2016, privitor la „calitatea terțului”.

În acest sens, contestatoarea precizează că prin adresa de clarificări de mai sus (pct. 1), s-au solicitat ... SRL următoarele: „să dovedești, cu înscrisuri având valoare probatorie, calitatea pe care o are terțul ..., precum și condițiile legale avute în vedere, având în vedere că din înscrisurile depuse odată cu oferta nu rezultă raporturile dintre companii”.

Față de acest aspect, contestatoarea susține că deși, în opinia sa, a răspuns tuturor solicitărilor de clarificări în termenul stabilit, oferta sa a fost respinsă deoarece în răspunsul său: nu s-a indicat în ce constau „condițiile legale” pentru îndeplinirea de către ofertanți a condițiilor de participare și a cerințelor minime asociate; nu s-a ridicat problema analizei incidenței art. 144⁴ din Legea nr. 31/1990; nu s-au solicitat clarificări privitoare la eventualul raport societate-mamă/filială între societatea finanțatoare ... Gmbh și ofertantul ... SRL.

Totodată, contestatoarea afirmă că solicitarea de clarificări nr. 411/06.12.2022 nu a respectat exigențele art. 87 alin. (4) din HG nr. 867/2016, în legătură cu aspectele privitoare la „calitatea terțului”, având consecința respingerii, în mod nejustificat, a ofertei sale pe motiv că răspunsul dat ar fi fost „neconcludent privind aspectele referitoare la calitatea terțului”, cât timp cele 3 aspecte mai sus menționate nu s-au regăsit în solicitarea de clarificări. Prin urmare, susține contestatoarea, această deficiență atrage anularea actelor atacate, comisia neputând respinge o ofertă ca fiind inacceptabilă, în sensul art. 87 alin. (5) din HG nr. 867/2016, cât timp solicitarea de clarificări a fost defectuos întocmită.

Referitor la motivele de respingere a ofertei sale, contestatoarea afirmă că autoritatea contractantă a interpretat, în mod excesiv și eronat, cerința din fișa de date a achiziției care viza dovedirea disponibilității de susținere a contractului de achiziție din perspectiva *cash-flow*-ului pentru primele 3 luni de derulare a acestuia. În acest sens, contestatoarea afirmă că, în opinia sa, cerința în cauză nu impune ofertanților dovedirea disponibilității prin anumite mijloace ori instrumente financiare, ci se referă la orice mijloace financiare suficiente pentru asigurarea *cash-flow*-ului.

Față de cele de mai sus, contestatoarea susține că din conținutul contractului de consemnare resurse financiare pentru asigurarea *cash-flow*-ului aferent primelor 3 luni de derulare a contractului de achiziție, depus de către ... SRL („Contractul de consemnare resurse financiare”), nu lasă nicio îndoială privitoare la respectarea condițiilor cerinței, reieșind în concret următoarele aspecte: suma pusă la dispoziția ofertantului și condițiile asociate, scopul utilizării acestei sume de către ofertant cu precizarea explicită a asigurării exclusive a lichidităților necesare pentru primele 3 luni de derulare a contractului de achiziție, angajamentul societății finanțatoare în acest sens.

De asemenea, precizează contestatoarea, contrar celor reținute de către autoritatea contractantă, nici în fișa de date a achiziției, nici în legislația incidentă la care entitatea contractantă nu face trimitere, cu excepția art. 144⁴ din Legea nr. 31/1990, nu se stabilesc „condițiile pentru împrumutul de către asociați prin care se impune procedura de creditare societate” sau „creditarea societății de către asociați se face pe baza unui contract de creditare a societății (contract de împrumut)”. Astfel, nu există vreo constrângere pentru ofertant (legală sau impusă prin cerințele fișei de date) de a dovedi disponibilitatea unui terț de a asigura susținerea executării contractului de achiziție prin intermediul unui contract de creditare societate (contract de împrumut), ofertantul având libertatea de a recurge conform cerinței în cauză la „orice mijloace financiare suficiente pentru asigurarea *cash-flow*-ului”.

De altfel, afirmă contestatoarea, trebuie observat că indiferent de denumirea dată de părți contractului de consemnare resurse financiare și independent de calificarea juridică a acestui contract (contract de împrumut/creditare sau contract nenumit), relevantă pentru respectarea cerinței în cauză este demonstrarea disponibilității de susținere a necesarului de finanțare pentru ... SRL, aferent primelor 3 luni de derulare (scopul cerinței).

Prin urmare, deși autoritatea contractantă susține că „se impune procedura creditare societate” sau „în lumina prevederilor legale cu privire la condițiile pentru împrumutul societății de către asociați”, nu există o cerință concretă sau un temei legal, pentru a justifica respingerea ofertei sale. În acest sens, afirmă contestatoarea, sub aspectul calității terțului care asigură finanțarea, nici cerința, nici legea,

nu-l oprește ca, în baza unui raport juridic contractual stabilit cu ofertantul, să se oblige să asigure necesarul de finanțare prevăzut în cerință.

După cum se poate observa din fișa de date a achiziției, precizează contestatoarea, cerința bonității/accesului la resurse nu impune respectarea art. 76-78 din Legea nr. 100/2016 referitoare la susținerea terțului, respectiv prezentarea unui angajament ferm din partea acestuia. Ceea ce se solicită prin fișa de date este numai o dovadă de susținere financiară a contractului, din perspectiva posibilității de executare în viitor a contractului (acestea fiind elementele apreciate ca esențiale de autoritatea contractantă) și nu o dovadă de susținere a ofertantului de către un terț pe aspecte ce țin de capacitatea economică și financiară. În opinia contestatoarei, cerința în discuție se referă la orice documente care probează existența sau accesul la disponibilități financiare și nu impune un angajament ferm în favoarea ofertantului ci, conform cerinței din fișa de date, disponibilitatea de susținere financiară a contractului.

Ori, dacă în privința situației terțului susținător, art. 76 alin. (1) din Legea nr. 100/2016 prevede, în mod expres, că este indiferentă natura relației juridice existente între terț și ofertant, atunci cu atât mai puțin, în situația în care cerința nu este supusă rigorilor asociate recurgerii ofertantului la un terț susținător, nu s-ar putea susține, așa cum reține autoritatea contractantă, că „natura relației juridice dintre societatea finanțatoare Brantner Holding Romania Gmbh și ... SRL ar afecta îndeplinirea cerinței bonității/asigurării accesului la resurse”, în condițiile în care, astfel cum este formulată, cerința nu implică o analiză la fel de riguroasă cu cea asociată terțului susținător. În sensul lipsei de relevanță a relației juridice dintre ofertant și terțul finanțator, contestatoarea invocă și jurisprudența comunitară.

De asemenea, contestatoarea afirmă că autoritatea contractantă nu a indicat în comunicarea rezultatului procedurii care ar fi cerințele/prevederile legale care s-ar opune dovedirii susținerii necesarului de finanțare a contractului de achiziție pentru primele 3 luni prin „Contractul depus de ... SRL”. De asemenea, raportat la formularea cerinței, nu rezultă nici că documentul prezentat de ... SRL (Contractul asigurare resurse coroborat cu extrasul de cont bancar al ...), ar încălca vreo cerință a documentației de atribuire.

Referitor incidența dispozițiilor art. 144⁴ din Legea nr. 31/1990, contestatoarea susține că raționamentul avut în vedere de către autoritatea contractantă este eronat, întrucât prevederea legală respectivă face parte din Secțiunea a III-a „Despre administrația societății”, privitoare la societățile pe acțiuni. Prin urmare, în opinia contestatoarei, și referirile autorității contractante la „practicienii din domeniul bancar” sau ANAF sunt eronate deoarece, pe de o parte, nu

sunt susținute de vreo probă, iar pe de altă parte, dacă o atare practică există, aceasta are în vedere în mod evident SA-urile, nu SRL-urile.

Așadar, afirmă contestatoarea, raportat la conținutul (clauzele) contractului de asigurare resurse, este cât se poate de clar că raportul juridic astfel formalizat are justificare economică și întrunește toate elementele unei operațiuni economice valide.

În ceea ce privește pct. B și C din comunicarea rezultatului procedurii, contestatoarea precizează că acestea sunt prezentate unitar de către autoritatea contractantă, însă raționamentul pe care se bazează acestea „se îndepărtează de la conținutul cerinței în discuție”.

Astfel, potrivit cerinței din fișa de date a achiziției, „ofertantul trebuie să demonstreze că, la data de începere a contractului, va avea acces (...) sau are disponibile resurse reale (...)”. Prin urmare, susține contestatoarea, cerința în cauză impune ofertantului să demonstreze că la data de începere a contractului va avea acces la resursele financiare necesare susținerii derulării primelor 3 luni din contract. Cerința mai prevede dovedirea că dovedirea accesului la resurse financiare negrevate de datorii, se poate face inclusiv prin prezentarea unor acte de la terți.

Față de cele de mai sus, contestatoarea susține că nu și-a dovedit solvabilitatea cu înscrisurile emise de Kremser Bank, ci a demonstrat îndeplinirea cerinței respective prin prezentarea contractului de consemnare resurse financiare, încheiat cu ..., în calitate de societate finanțatoare. Contrar celor reținute de autoritatea contractantă, asumarea contractuală de către ... este angajantă pentru acest terț, care și-a asumat obligația de asigurare a finanțării contractului de achiziție publică în primele 3 luni de derulare. În opinia contestatoarei, a considera că un asemenea contract nu are caracter angajant pentru o parte semnatară, înseamnă a nesocoti principiul forței obligatorii a contractului, conform art. 1270 din Codul civil.

De asemenea, afirmă contestatoarea, înscrisurile bancare emise de Kremser Bank demonstrează că la data de 21.10.2022 (data confirmării bancare - o zi de vineri), societatea finanțatoare ... deține resursele financiare pe care, prin contract respectiv, s-a obligat să le pună la dispoziția sa, în cursul primelor 3 luni de derulare a contractului de concesiune, în condițiile în care data-limită a depunerii ofertei a fost 24.10.2022 (prima zi bancară după 21.10.2022). Împrejurarea că resursele vizate de contractul de consemnare resurse financiare sunt reale și negrevate de datorii rezultă din coroborarea conținutului contractului și documentele de confirmare emise de Kremser Bank.

Referitor la susținerile autorității contractante privind posibilitatea băncii de a indisponibiliza sume de bani în conturi speciale de cash colateral, ... SRL arată că formularea cerinței nu impune a se face o astfel de dovadă de către ofertant, conform documentației de atribuire, autoritatea contractantă fiind obligată să aibă în vedere următoarele aspecte:

- din formularea cerinței din documentația de atribuire, rezultă că dovedirea cerinței se poate realiza, inclusiv prin „scrisoare din partea băncilor/societăților finanțatoare sau alte documente echivalente (...) prin care ofertantul atestă că deține accesul la o finanțare corespunzătoare pentru 3 luni de executare a Contractului”. Ca atare, un act unilateral al societății finanțatoare (scrisoarea) sau un document echivalent (Contractul de consemnare resurse financiare care stipulează obligația societății finanțatoare de a pune la dispoziție resursele financiare necesare derulării primelor 3 luni contractuale) sunt considerate de fișa de date ca suficiente pentru dovedirea îndeplinirii cerinței;

- accesul la finanțare nu a fost demonstrat de ... SRL prin scrisoare bancară, ci este asigurat de societatea finanțatoare ..., în baza contractului de asigurare resurse financiare depus. Actul bancar emis de Kremser Bank depus de subscrisa (confirmare cont curent din data de 21.10.2022) demonstrează bonitatea terțului care s-a obligat să asigure finanțarea, în condițiile în care formularea cerinței este explicită și nu limitează apartenența terților care asigură finanțarea la categoria băncilor sau instituțiilor financiare.

Așadar, susține contestatoarea, în acord cu formularea cerinței, contractul de asigurare resurse dovedește că societatea finanțatoare ... și-a asumat indisponibilizarea fondurilor pentru scopul încheierii contractului de consemnare resurse financiare, clauzele contractuale fiind foarte clare în acest sens (preambulul contractului asociază scopul contractului cu participarea ... SRL la prezenta procedură).

În acest sens, contestatoarea precizează că din clauzele contractuale mai sus menționate, rezultă următoarele:

1. ... consimte irevocabil ca, începând cu data semnării prezentului și pe o perioadă de 3 luni de derulare a Contractului încheiat între Asociația de Dezvoltare Intercomunitară INTERCOM Caraș Severin și BSE („Contract de concesiune”), să pună la dispoziția BSE, din resursele sale proprii, suma de 8.599.429 lei (echivalent a 1.738.629 euro, raportat la cursul valutar BNR comunicat pentru data publicării a anunțului de concesiune), negrevată de vreo datorie, exclusiv în vederea asigurării *cash-flow*-ului de susținere a Contractului de concesiune pentru primele 3 luni de derulare a Contractului.

2. Suma menționată stă și va sta la dispoziția Beneficiarului, sub forma de disponibilități bănești și va putea fi accesată integral sau parțial de Beneficiar, după nevoile sale, în primele 3 luni de derulare a Contractului de concesiune, fără nicio altă formalitate.

3. Existența sumei ce face obiectul prezentului Contract în patrimoniul ... se face prin extrasul de cont anexat prezentului. Suma va fi imobilizată înainte de semnarea Contractului la dispoziția BSE până la epuizarea primelor 3 luni de derulare a acestuia, dacă BSE va fi desemnat câștigător.

4. Pe perioada rămânerii sumei la dispoziția Beneficiarului, ... înțelege că obligațiile asumate sunt angajante în raport de aceasta și se obligă să nu afecteze suma niciunei plăți sau garanții de plată în folosul ... sau al oricărui terț, cu excepția Beneficiarului și numai cu privire la derularea Contractului de concesiune, respectiv să nu o greveze în niciun fel. Beneficiarul se obligă ca toate accesările sumei respective să se realizeze exclusiv în legătură cu derularea Contractului de concesiune.

5. Prezentul Contract încetează automat în situația în care Contractul de concesiune nu este atribuit Beneficiarului, aceasta clauză având sensul unei condiții rezolutorii.

6. La împlinirea primelor 3 luni de derulare a Contractului de concesiune, părțile se obligă să contabilizeze suma utilizată efectiv din suma pusă la dispoziție, urmând ca „desocotirea” părților să se realizeze printr-un act adițional la prezentul Contract, inclusiv cu privire la costul finanțării, constând într-o dobândă de 1,50% pe an.

De asemenea, din analiza cerinței și contrar celor reținute de autoritatea contractantă, rezultă că fișa de date nu prevede obligația ca suma aferentă finanțării să existe/să fie accesibilă la data limită de depunere a ofertelor, ci la data de începere a contractului, aferent primelor 3 luni de derulare a acestuia, condiție îndeplinită prin Contractul de consemnare resurse financiare. În opinia contestatoarei, din conținutul clauzelor contractuale rezultă fără echivoc, că:

a) la data depunerii ofertei societatea finanțatoare deține mijloacele financiare necesare;

b) la data de începere a Contractului de achiziție, ... SRL va avea acces la această sumă pentru finanțarea primelor 3 luni de contract, în baza angajamentului contractual al societății finanțatoare;

c) este precizată, în mod expres, destinația exclusivă a sumei aferente finanțării, respectiv doar pentru susținerea primelor 3 luni contractuale. Așadar, stipulațiile Contractului de asigurare resurse atestă și destinația exclusivă a resurselor financiare către contractul licitat, precum și accesul efectiv alsubscrisei la aceste disponibilități, la data de începere a Contractului.

Prin urmare, afirmă contestatoarea, în conformitate cu prevederile contractului de asigurare resurse, rezultă că angajamentul terțului finanțator este valabil începând cu data semnării contractului în cauză și până la finalizarea primelor 3 luni contractuale (acoperind așadar și momentul intermediar al datei-limită de depunere a ofertelor), singura condiție fiind atribuirea contractului în favoarea ... SRL.

Față de cele de mai sus, contestatoarea susține că sunt eronate/criticabile argumentele comisiei de evaluare de la finalul pag. 7 din comunicarea rezultatului procedurii, conform cărora: contractul de finanțate prezentat este numit „document emis de ...”, deși documentul reprezintă un act bilateral, un contract între 2 părți; se face trimitere la

suma de 2 milioane lei, deși din actul confirmativ al băncii Kremser rezultă că suma în cauză este de 2 milioane euro.

Totodată, contestatoarea afirmă că nu este corect nici motivul de descalificare a ofertei sale deoarece „disponibilul în cont nu poate face singur dovada solvabilității generale, având în vedere că din el se fac plăți și intră sume din activitatea curentă, permanent” cu trimitere practica bancară de constituire de depozite speciale de *cash* colateral, deoarece ... SRL nu a dovedit îndeplinirea condiției de acces la resurse doar prin disponibilul din contul terțului finanțator, ci și printr-un contract de finanțare încheiat cu acesta, prin care terțul se obligă să pună la dispoziția sa aceste resurse, conform cerinței din fișa de date a achiziției. Așadar, susține contestatoarea, aceste angajament asumat de societatea finanțatoare răspunde formulării cerinței și nu impune analize de genul celei efectuate de comisia de evaluare, care depășesc cadrul fișei de date a achiziției.

Pe de altă parte, afirmă contestatoarea, atâta timp cât cerința în cauză nu impune indisponibilizarea sumei respective pe toată durata procedurii până la atribuirea contractului de achiziție, rezultă că susținerile privind necesitatea indisponibilizării fondurilor printr-un contract de *cash* colateral exced acesteia, mai ales că potrivit fișei de date, este formulată nelimitativ (alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza *cash-flow-ul*).

De asemenea, în opinia contestatoarei, trebuie observat că și în privința liniilor de credit (mijloc financiar prevăzut cu titlu exemplificativ de cerință), sumele de bani nu sunt indisponibilizate de bancă pe durata procedurii de atribuire, ci banca doar își asumă angajamentul punerii la dispoziție a acestor sume în primele 3 luni din contract. În mod similar, ... și-a asumat, în baza contractului de asigurare resurse, să susțină finanțarea contractului de achiziție în primele 3 luni.

Un alt motiv de respingere a ofertei sale, menționează contestatoarea, este cel potrivit căruia „autoritatea contractantă nu cunoaște dacă, la data atribuirii, operatorul economic va dispune sau nu de respectivele disponibilități bănești”, respectiv că „între data evaluării și data semnării contractului, respectivele lichidități ar putea fi utilizate în alte scopuri și astfel ar putea deveni indisponibile”. În opinia contestatoarei, această interpretare a comisiei de evaluare este contrară scopului pentru care a fost încheiat contractul de asigurare resurse, care prin clauzele sale, constituie dovada disponibilității de susținere, din punct de vedere financiar, pentru primele 3 luni, înscrisul bancar asigurând autoritatea contractantă că la data încheierii contractului de asigurare resurse, sumele de bani existau deja în contul societății finanțatoare. În opinia contestatoarei, a pune sub semnul întrebării disponibilitatea acestor resurse echivalează cu a contrazice clauzele contractului de asigurare resurse, rolul și obligația comisiei de evaluare fiind de a stabili dacă conținutul documentelor prezentate de ofertat

răspund cerinței și nu de a aprecia „*ab initio*” că societatea finanțatoare, care și-a asumat angajamentul susținerii financiare, va încălca acest angajament.

În ceea ce privește aprecierea autorității contractante potrivit căreia susținerile privind calitatea terțului ..., respectiv eventuala calitate de filială a ... SRL, contestatoarea susține că este neconcludentă, față de cerința în cauză, mai ales că autoritatea contractantă nu i-a solicitat clarificări sub acest aspect, ci numai „să dovedești, cu înscrisuri având valoare probatorie, calitatea pe care o are terțul Branner România Holding GmbH”. La această solicitare, contestatoarea menționează că a răspuns la pct. B. din adresa de răspuns la clarificări nr. 3431/12.12.2022, că „... deține 90,25% din capitalul social al ... SRL, așadar calitatea ... este cea de asociat”.

În același sens, contestatoarea precizează că din cele de mai sus rezultă că nu există un raport tip societate-mamă/filială între părțile contractului de asigurare resurse, relațiile dintre acestea fiind cele între asociat și societatea la care asociatul deține participații la capitalul social, motiv pentru care, în opinia sa, respingerea ofertei sale pentru considerente privitoare la un grup de firme, filială, foruri statutare de conducere ale grupului, etc. sunt lipsite de relevanță în analiza verificării respectării cerinței în discuție. Contestatoarea susține că și în situația în care, prin absurd, s-ar analiza pe fond a susținerilor comisiei de evaluare (pag. 9 din adresa de comunicare a rezultatului procedurii), raționamentul aflat la baza acestora este greșit, atât în raport de cerința din fișa de date cât și față de documentele depuse de societatea sa.

Astfel, prin contractul de asigurare resurse, ... SRL a dovedit că suma necesară finanțării activității în primele 3 luni de contract se află la dispoziția sa (și nu a „grupului de firme”) în vederea utilizării exclusive pentru finanțarea contractului licitat, fiind prevăzut, în mod expres, la pct. 2 din același contract, că suma menționată va putea fi accesată integral sau parțial de ... SRL, după nevoile sale, în primele 3 luni de derulare a contractului de concesiune, fără nicio altă formalitate; la pct. 4 din contract de asigurare a resurselor se consemnează angajamentul societății finanțatoare Branner Romania Holding GmbH de a nu afecta această sumă niciunei plăți ori garanții de plată cu excepția societății sale și numai cu privire la derularea contractului de concesiune. Prin urmare, indiferent de natura relațiilor dintre ofertant și „grupul Brantner”, respectiv de modalitatea în care aceste sume pot fi transferate în cadrul grupului, ceea ce interesează în cauză și este confirmat de conținutul contractului de asigurare resurse și actul confirmativ al Băncii Kremser, este existența disponibilităților financiare ale societății finanțatoare și faptul că ... SRL are acces necondiționat la aceste sume; accesul nefiind determinat de calitatea de membru al „grupului”, ci de faptul că aceste sume sunt puse la dispoziție în vederea executării contractului, ... SRL

fiind identificată în contractul de asigurare resurse drept ofertantul care participă la procedura de atribuire.

Privitor la cele 2 hotărâri de practică judiciară invocate de autoritatea contractantă la finalul adresei de comunicare, societatea contestatoare argumentează că acestea nu au relevanță în prezenta speță, întrucât au la bază premise diferite față de cea din speță.

În susținere, ... SRL invocă prevederile art. 8 și art. 10 din Legea nr. 101/2016.

Dovada comunicării acestui document către autoritatea contractantă a fost atașată.

Prin corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 3005/18.01.2023, ... SRL a făcut dovada constituirii cauțiunii.

Prin adresa nr. 3056/127/C6/18.01.2023, Consiliul a solicitat contestatoarei să depună la dosarul cauzei, în original, dovada constituirii cauțiunii.

CNSC a înregistrat sub nr. 3484/20.01.2023, originalul contestației transmis de ... SRL prin poștă.

Prin adresa nr. 41/25.01.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 3672/25.01.2023, autoritatea contractantă a transmis, prin mijloace electronice (e-mail), punctul de vedere prin care a solicitat respingerea contestației formulată de ... SRL, ca „*tardivă fără obiect*”, având în vedere considerentele prezentate mai jos.

În acest sens, autoritatea contractantă precizează că, prin solicitările de clarificări, comisia de evaluare nu a solicitat documente în plus față de cerințele inițiale din documentația de atribuire, ci a verificat conformitatea ofertelor depuse cu cerințele din documentația de atribuire. Conținutul documentației de atribuire, care conține „orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire”, are caracter obligatoriu și pentru autoritatea contractantă care, în evaluarea ofertelor și stabilirea admisibilității acestora, este ținută la a respecta propriile reguli din toată documentația de atribuire.

Potrivit dispozițiilor art. 58 din HG nr. 867/2016, comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a criteriilor de calificare și selecție de către fiecare ofertant în parte. O astfel de verificare trebuie să fie reală și temeinică, ori, din alegațiile contestatoarei rezidă ideea că aceste verificări au fost tendențioase, desi din documentele ofertei prezentate de aceasta rezultă neîndeplinirea obligațiilor solicitate de autoritatea contractantă.

Autoritatea contractantă susține că este de notorietate că evaluarea ofertelor depuse într-o procedură de achiziție publică reprezintă o activitate complexă a comisiei de evaluare care este ținută la a se edifica pe deplin, atât ca urmare a analizării ofertelor, cât și ca urmare a eventualelor solicitări de clarificări cerute autoarelor acestora, asupra

caracterului admisibil al ofertelor, respectiv asupra modului în care acestea răspund întru-totul necesităților de achiziție ale autorității contractante așa cum sunt descrise în documentația de atribuire. Evaluarea ofertelor nu este un proces formal, în care, eventual/comisia de evaluare constată existența ofertelor, fără a face o analiză temeinică a conținutului acestora; solicitările de clarificări au fost adresate tuturor ofertanților iar formularea și abordarea acestora a fost unitară.

În opinia autorității contractante, necesitatea clarificării ofertelor se impune cu atât mai mult cu cât specificul obiectului achiziției este unul de strictă necesitate pentru localitate, iar prin documentația de atribuire se determină variații notabile între oferte, având ca sursă posibilitatea autoarelor acestora de a interveni în maniera proprie în satisfacerea necesităților de achiziție ale autorității contractante. În atare situație, comisia de evaluare, în stabilirea admisibilității ofertelor primite, a avut în vedere și caracterul particular al fiecăreia, evaluarea și clarificarea acestora neavând ca scop uniformizarea lor, ci doar verificarea modului în care răspund necesităților autorității contractante și exigențelor legale ale procesului de achiziție publică.

Autoritatea contractantă învederează faptul că în cadrul solicitării de clarificări nr. 1, comisia de evaluare a indicat în preambul referința din cadrul fișei de date prin care se face trasabilitatea documentelor ofertei, apoi a redat pe scurt, situația identificată la nivelul documentelor opozabile cerinței. Pentru a veni în ajutorul ofertantului, comisia de evaluare a prezentat și indicații cu privire la procedura de dovedire a modului de îndeplinire a cerinței autorității contractante: *„Băncile au posibilitatea de a indisponibiliza sumele respective în conturi speciale de cash colateral și de a emite apoi confirmări care includ denumirea contractului și perioada solicitată. Astfel de scrisori au caracter angajant pentru bancă, ceea ce înseamnă că banca își asumă indisponibilizarea fondurilor pentru scopul pentru care a fost constituit depozitul colateral special (...) Ofertantul trebuie să facă dovada accesului efectiv al disponibilităților prevăzute în scrisoarea bancară, iar scrisoarea trebuia să dea o certitudine autorității contractante în acest sens”*.

Față de cele de mai sus, autoritatea contractantă susține că a solicitat, clar și fără echivoc, înscrisuri având valoare probatorie pentru dovedirea condițiilor legale avute în vedere pentru asigurarea *cash flow*-ului raportat la documentele prezentate, ceea ce contestatoarea nu a depus prin intermediul răspunsului la solicitările de clarificare. De asemenea, prin răspunsul prezentat nu a precizat condițiile legale avute în vedere pentru punerea la dispoziție a sumelor invocate. Sensul cuvintelor utilizate în solicitarea de clarificări este unul singur, după cum este prezentat în Dicționarul limbii române, iar întrebarea a fost de a se dovedi și de a se prezenta înscrisuri probatorii; în lipsa acestora, ... SRL alege să conteste cerințele comisiei de evaluare.

În continuarea argumentației sale, autoritatea contractantă susține că astfel cum a fost formulată întrebarea, nu se impunea nicio detaliere, deoarece conținutul acesteia a fost suficient de clar, detaliat și necontestat în termenul legal. Prin solicitarea de clarificări în cauză s-au solicitat contestatoarei „dovezi” care nu au fost prezentate, „înscrisuri având valoare probatorie” ce nu au fost depuse, „condițiile legale” cu privire la modalitatea de acordare a sumelor invocate, care nu au fost prezentate; în lipsa precizării „condițiilor legale”, comisia de evaluare fiind îndreptățită să facă trimitere la prevederile art. 144⁴ din Legea nr. 31/1990.

Totodată, precizează autoritatea contractantă, în solicitarea de clarificări există mențiunea potrivit căreia „din înscrisurile depuse odată cu oferta nu rezultă raporturile între cele două companii”, aspect care ar fi trebuit să condiționeze și mai mult ofertantul ca să dea curs solicitării de a preciza care sunt „condițiile legale” avute în vedere la baza acordării susținerii *cash flow*-ului.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei cu privire la nerespectarea de către comisia de evaluare a prevederilor art. 87 alin. (4) din HG nr. 867/2016, autoritatea contractantă afirmă că este total eronată și dovedește lipsa de diligență a ofertantului în susținerea ofertei sale și necunoașterea sensului/definiției cuvintelor limbii române, în condițiile în care solicitarea de clarificare transmisă către ofertant a fost clară și a definit, în mod explicit și suficient de detaliat, în ce constă aceasta.

Față de cele de mai sus, autoritatea contractantă afirmă că prin intermediul prezentei contestații, formulată în data de 17.01.2023, ... SRL alege să conteste modul de adresare a solicitării de clarificare din data de 06.12.2022, ceea ce este vădit tardiv.

Cu privire la conținutul solicitării de clarificări de mai sus, autoritatea contractantă menționează că subpunctele întrebării adresate de comisia de evaluare, față de care ofertantul trebuia să prezinte un răspuns, au fost următoarele:

„A) Raportat la documentele prezentate, vă solicităm să dovediți, cu înscrisuri având valoare probatorie, calitatea pe care o are terțul ..., precum și condițiile legale avute în vedere, având în vedere că din înscrisurile depuse odată cu oferta nu rezultă raporturile între cele două companii.

B) De asemenea, vă solicităm să demonstrați că resursele sunt reale și negrevate de datorii. Simpla asumare a terțului ... nu are rol angajant în relația cu autoritatea contractantă.

C) Vă solicităm să prezentați confirmarea băncii dacă suma respectivă există sau nu, la data limită de depunere a ofertelor, la dispoziția SC ... SRL, dacă la data de începere a contractului va avea acces la aceasta și să prezentați dovada destinației exclusive pentru acest contract, pentru dovedirea îndeplinirii cerinței, astfel cum se

solicită în documentația de atribuire. Ofertantul trebuie să facă dovada accesului efectiv al disponibilităților prevăzute în scrisoarea bancară, iar scrisoarea trebuia să dea o certitudine autorității contractante în acest sens”.

Astfel, cu privire de cerința de la pct. A, prin prezentarea certificatului ONRC nr. 1197348/09.12.2022 emis pentru ... SRL se face dovada cu înregistrări având valoare probatorie a calității pe care o are terțul ..., respectiv asociat persoană juridică cu cotă de participare la beneficii și pierderi de 90,25%, nefiind însă prezentate și condițiile legale avute în vedere pentru acordarea împrumutului.

Față de acest aspect, autoritatea contractantă precizează că având în vedere prevederile legale cu privire la condițiile pentru împrumutul societății de către asociați, „prin trasabilitate cu cele precizate în Contractul de consemnare resurse financiare pentru asigurarea *cash flow*-ului aferent primelor trei luni de derulare a contractului încheiat între ... în calitate de finanțator și ... SRL în calitate de beneficiar, se impune procedura creditare societate”. Creditarea societății de către asociați persoane fizice sau juridice se face pe baza unui contract de creditare a societății (contract de împrumut), acesta reprezentând documentul justificativ al provenienței lichidităților în societate aduse de către asociați.

Așadar, afirmă autoritatea contractantă, pentru dovedirea disponibilității *cash flow*-ului de către ... SRL (și nu de către ...) se impunea existența unui astfel de document (sau similar) care să ateste că ofertantul deține accesul la o finanțare corespunzătoare pentru 3 luni de executare a contractului, respectiv să reflecte certitudinea că ofertantul dispune de *cash flow*-ul solicitat, iar acesta va avea acces sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii suficiente pentru realizarea *cash flow*-ului care vor fi exclusiv folosite pentru derularea contractului. În opinia autorității contractante, contractul de consemnare resurse financiare FN/ 21.10.2022 nu este suficient, iar acest lucru rezidă și din incidența art. 144⁴ din Legea nr. 31/1990 - Analiza circumstanțelor, fiind de natură să conducă la concluzia că respectiva operațiune disimulează o creditare sau garantare personală a administratorului.

În susținerea celor de mai sus, autoritatea contractantă afirmă că art. 144⁴ teza a II-a din Legea nr. 31/1990 este constant interpretat nu doar de către practicienii din domeniul bancar, dar și de către ANAF, strict literal, în sensul că operațiunea de garantare a unei societăți de către o altă societate în cazul în care aceste entități au un administrator comun ar fi interzisă *de plano* și pe cale de consecință, nulă absolut. Prin urmare, contractul de consemnare prezentat de către contestatoare intră sub incidența unei situații susceptibile a art. 144⁴ din Legea nr. 31/1990 și trebuie analizată în funcție de circumstanțele sale reale specifice, de gradul de veridicitate, de posibilitatea de aplicabilitatea finală a acestei

operațiuni, iar nu prin aplicarea automată a unui text de contract asumat de cele două părți fără a reprezenta un angajament în raport cu autoritatea contractantă.

În opinia autorității contractante, pentru a determina legalitatea operațiunilor de creditare și/sau garantare între două societăți care au administratori comuni se impune a se analiza, pe de o parte, dacă circumstanțele specifice ale respectivei operațiuni de creditare și/sau garantare înfrâng prezumția că această operațiune are o justificare economică și servește interesul social al societății care oferă creditul sau garanția (prezumția interesului social) și, pe de altă parte, dacă circumstanțele specifice ale respectivei operațiuni surmontează prezumția relativă instituită de alin. (2) teza a II-a art. 144⁴ din Legea nr. 31/1990.

Având în vedere argumentele de mai sus, autoritatea contractantă afirmă că la pct. B din comunicarea rezultatului procedurii a menționat că societatea contestatoare nu a demonstrat faptul că resursele sunt reale și negrevate de datorii, deoarece simpla asumare a terțului ... nu are rol angajant în relația cu autoritatea contractantă.

În ceea ce privește mențiunea de la pct. C din comunicarea rezultatului procedurii, autoritatea contractantă susține că prin răspunsul la clarificări, contestatoarea nu a prezentat nicio confirmare din partea băncii cu privire la existența sumei respective, care, la data limită de depunere a ofertelor, se afla la dispoziția ... SRL sau dacă la data de începere a contractului va avea acces la aceasta și nici nu a prezentat dovada destinației exclusive pentru acest contract, astfel cum se solicită în documentația de atribuire.

Față de cele de mai sus, autoritatea contractantă susține că societatea contestatoare trebuia să facă dovada accesului efectiv la disponibilitățile prevăzute în scrisoarea bancară, iar scrisoarea trebuia să dea o certitudine autorității contractante în acest sens. Referitor la acest aspect, autoritatea contractantă prezintă definiția *cash flow*-ului, care reprezintă diferența dintre ieșirile de numerar (plățile făcute, cheltuielile) și intrările de numerar (încasările de la clienți, furnizori, investitori) ale unui operator economic, pe o anumită perioadă. Precizează că ... SRL a depus o confirmare, emisă de Kremser Bank, care atestă faptul că într-un cont curent al ... se regăsea suma de 2 milioane euro, precum și un document emis de societatea ...ânia Holding GmbH, denumit „*Contract de consemnare resurse financiare pentru asigurarea cash flow-ului aferent primelor 3 luni de derulare a contractului*”, prin care ofertantul promite că va utiliza suma din contul curent, de la Kremser Bank pentru susținerea *cash flow*-ului aferent contractului, aspect care, în opinia comisiei de evaluare, nu constituie o dovadă.

Autoritatea contractantă justifică că nu a considerat concludentă prezentarea documentelor anexate răspunsului contestatoarei, deoarece „termenul de resurse reale, așa cum este solicitat în

documentația de atribuire și cum este îndeobște acceptat în teoria și practica drepturilor reale și în teoria solvabilității întreprinderilor (mai exact solvabilitatea generală)” se referă la existența de bunuri mobile și imobile care pot fi oricând constituite ca garanții pentru a obține finanțări din partea instituțiilor financiare. De asemenea, în opinia autorității contractante, disponibilul din conturi (resursele financiare) este, de asemenea, un indicator din cadrul solvabilității generale, care, împreună cu resursele reale negrevate de datorii dau imaginea capacității, unei întreprinderi de a face față tuturor scadențelor sale, atât pe termen scurt, cât și pe termen mediu și lung. În documentația de atribuire, aferentă acestei proceduri, se solicită prezentarea indicatorului respectiv în vederea verificării solvabilității pe termen scurt, respectiv 3 luni de la începerea executării contractului.

Cu privire la documentele depuse de către contestatoare în acest scop, autoritatea contractantă afirmă că ... SRL a ales să facă dovada solvabilității sale prin prezentarea disponibilului în contul terțului (resurse financiare) ..., dovedind că acest terț deține la Kremser Bank, la data de 21.10.2022, un sold final de 2.000.000 euro, însă disponibilul în cont nu poate face singur dovada solvabilității generale, având în vedere că „din el se fac plăți și intră sume din activitatea curentă, permanent”.

Faptul că ... SRL a ales să facă dovada deținerii unor resurse financiare, prin intermediul unui terț, care dorește să le afecteze în parte prezentei proceduri, nu demonstrează altceva decât că există mijloace bancare pe care orice bancă i le poate asigura de a vira suma respectivă într-un cont special, documentele prezentate până în acest moment nefăcând, în opinia autorității contractante, dovada destinației exclusive pentru acest contract, pentru dovedirea îndeplinirii cerinței, astfel cum se solicită în documentația de atribuire. Altfel spus, afirmă autoritatea contractantă, disponibilul în cont nu reprezintă o resursă reală, ci o resursă financiară fungibilă, afectarea exclusivă acestei proceduri făcându-se prin separarea sa de restul contului curent.

De asemenea, precizează autoritatea contractantă, băncile au posibilitatea de a indisponibiliza sumele respective în conturi speciale de cash colateral și de a emite apoi confirmări care includ denumirea contractului și perioada solicitată, iar astfel de scrisori au caracter angajant pentru bancă, ceea ce înseamnă că banca își asumă indisponibilizarea fondurilor pentru scopul pentru care a fost constituit depozitul colateral special. Aceste proceduri sunt similare, de exemplu, cu constituirea cauțiunii prevăzute de Legea 101/2016 și care asigură indisponibilizarea sumei la dispoziția Consiliului.

Prin urmare, afirmă că nu cunoaște dacă, la data atribuirii, operatorul economic va dispune sau nu de respectivele disponibilități bănești, fiind de domeniul evidenței absolute, care „face superfluă orice argumentare suplimentară”, că între data evaluării și data semnării contractului, respectivele lichidități ar putea fi utilizate în alte scopuri și

astfel ar putea deveni indisponibile. Trebuie observat și faptul că extrasul emis de bancă nu constituie un angajament de acordare a unei linii de credit în favoarea cu destinația asigurării cash flow-ului acestui contract, și nici nu are valoarea juridică a indisponibilizării sumei respective, în favoarea autorității, până la data atribuirii contractului sau a respingerii ofertei).

Așadar, susține autoritatea contractantă, adresa respectivă nu face decât dovada limitată a faptului că, la data depunerii ofertei, terțul ... avea disponibilități bănești, în contul curent, în valoarea respectivă. Dacă instituția bancară nu se obligă să acorde, în viitor, sub condiția suspensivă a atribuirii contractului, o linie de credit și nu se obligă nici să indisponibilizeze suma respectivă până la data finalizării procedurii de atribuire, care ar fi înscrisurile pe baza cărora s-ar înțelege că, la data evaluării dar și a semnării contractului, suma respectivă mai este disponibilă în contul curent al

În continuare, autoritatea contractantă precizează că s-a impus și verificarea calității pe care o are terțul ..., care nu rezultă din înscrisurile depuse odată cu oferta. Astfel, în măsura în care calitatea de asociat a contestatoarei a devenit certitudine, prin verificarea înscrisurilor având valoare probatorie în acest sens potrivit legii, autoritatea contractantă avea următoarele obligații: de a verifica că resursele sunt reale și negrevate de datorii. Simpla asumare a terțului ... nu are rol angajament în relația cu autoritatea contractantă; de a verifica dacă condițiile legale pentru transferuri bănești între compania-mamă și filiala sunt îndeplinite și dacă înscrisurile care condiționează aceste transferuri există (decizii ale forurilor statutare de conducere ale Grupului cu privire la finanțarea filialei); de a verifica dacă suma respectivă există sau nu, la data evaluării, la dispoziția ... SRL, fiind fără relevanță împrejurarea că această sumă se afla sau nu la dispoziția terțului Cerința de calificare nu vizează proba disponibilității resurselor bănești la dispoziția grupului de firme din care face parte ofertantul, ci la dispoziția ofertantului însuși.

Prin urmare, susține autoritatea contractantă, chiar și în ipoteza în care ar fi cert că, la data evaluării ofertei, contestatoarea are acces la respectivele lichidități confirmate de bancă și în privința cărora banca nu s-a obligat la niciun fel de indisponibilizări temporare și expres dedicate, această împrejurare nu ar fi prin ea însăși relevantă, deoarece în opinia autorității contractante nu constituie proba că ofertantul îndeplinește cerința, prin accesul său direct la respectivele disponibilități. Faptul că grupul de firme deține anumite disponibilități nu înseamnă, în lipsa transferului efectiv, condiționat el însuși de emiterea de către forurile de conducere a înscrisurilor privind aprobarea și transferul lichidităților către filiala, că însăși filiala are la dispoziție respectivele resurse. Și pe acest aspect, autoritatea contractantă susține că este „superflu a indica faptul că grupul și asociatul/filiala, entități cu personalitate juridică distinctă, au și contabilități distincte și conturi bancare distincte și ca nu operează ope

legis între ele o confuzie de patrimonii”, cu trimitere la jurisprudența instanțelor, potrivit căreia ofertantul trebuia să facă dovada accesului efectiv al disponibilităților prevăzute în contractul de consemnare resurse financiare și extrasul de cont, fiind necesar ca documentele incidente să dea o certitudine autorității contractante în acest sens.

Autoritatea contractantă reiterează că, în lipsa precizării condițiilor legale avute în vedere la baza acordării împrumutului conform contractului de consemnare resurse financiare, comisia de evaluare a fost îndreptățită să se raporteze la prevederile Legii nr. 31/1990, art. 144⁴. În acest sens, deși este de acord că nu există vreo constrângere pentru ofertanți de a recurge conform cerinței la *„orice mijloace financiare suficiente pentru asigurarea cash flow-ului”*, a considerat că ... SRL nu a răspuns tuturor solicitărilor adresate de comisia de evaluare, în încercarea acesteia de a se edifica și a concluziona asupra conformității, suficienței și completitudinii documentelor prezentate. Chiar contestatoarea face trimitere, în cadrul petitului 40 la jurisprudența prin care se recunoaște condiția necesității de a demonstra/dovedi autorității contractante că ofertantul va dispune de mijloacele financiare (și nu terțul).

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că în critica petitului 41, contestatoarea îi impută faptul că nu au fost indicate prevederile legale care s-ar opune dovedirii susținerii necesarului de finanțare a contractului de achiziție pentru primele 3 luni cu contractul depus de ofertant, însă, în opinia sa, nici nu era necesar devreme ce însăși contestatoarea a ales, din proprie inițiativă, să nu răspundă la solicitările comisiei de evaluare. Similar, prin critica 43, contestatoarea omite, în mod tendențios, să redea prevederile alin. (2) ale art. 144⁴ din Legea nr. 31/1990, din care reiese, fără echivoc, că norma legală indicată este aplicabilă și societăților cu răspundere limitată (SRL), așa cum este societatea contestatară, nu numai societăților pe acțiuni.

Prin urmare, autoritatea contractantă afirmă că neprezentarea informațiilor și documentelor solicitate, în mod concret și opozabile cerinței fișei de date a achiziției, nu poate fi încadrată la categoria vicii de forma, motivat de faptul că în cadrul ofertei nu au fost prezentate documente/informații opozabile iar prin intermediul solicitărilor de clarificări, ofertantul a ales să nu răspundă tuturor solicitărilor. Informațiile și documentele respective lipsesc întru-totul din oferta depusă, iar prezentarea acestora, inclusiv prin intermediul răspunsului la solicitările de clarificări, reprezenta o obligație și nu o opțiune care nu poate fi suplinită de mențiuni cu titlu general. În acest sens, autoritatea contractantă precizează că nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant, iar atribuția comisiei de evaluare, prevăzută la art. 58 din HG nr. 867/2016, este aceea de a verifica modul de îndeplinire a criteriilor de calificare de către fiecare ofertant în parte.

În același timp, susține autoritatea contractantă, în eventualitatea în care unele cerințe din cadrul documentației de atribuire nu sunt clare, la întocmirea ofertelor, ofertanții aveau la dispoziție posibilitatea solicitării de clarificări, în termenul prevăzut în documentația de atribuire. Pentru aceste situații, ofertanții aveau la dispoziție fie posibilitatea de a adresa clarificări, fie de a prezenta documentele solicitate. Prin necontestarea în termenul legal a cerințelor din documentația de atribuire din care face parte și fișa de date a achiziției, aceasta și-a consolidat forța obligatorie. În cauză prezintă relevanță normele art. 160 din Legea nr. 101/2016, conform cărora orice „operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări privind documentația de atribuire”, iar „autoritatea contractantă (...) va răspunde, în mod clar și complet tuturor solicitărilor de clarificări”. Neexistând solicitări de clarificări din partea operatorilor economici interesați se prezumă că documentația de atribuire a fost clară acestora.

Așadar, precizează autoritatea contractantă, ofertanții au avut la îndemână posibilitatea legală de a contesta respectivele cerințe (atât ale documentației de atribuire cât și ale oricărui document emis de comisia de evaluare, inclusiv solicitările de clarificare), în perioada prevăzută de lege, orice pretenție ulterioară fiind vădit tardivă, la acest moment „neavându-și rostul o contestare/divagare a unei cerințe care este clară și înțeleasă de ceilalți ofertanți, dar nici a solicitării de clarificări”.

În continuare, autoritatea contractantă menționează că nu are dreptul de a restricționa sau favoriza participarea anumitor operatori economici la procedura de atribuire prin intermediul cerințelor impuse, însă dacă existau obiecțiuni de nelegalitate în privința respectivelor cerințe din fișa de date, sau ale solicitărilor de clarificări adresate, operatorul economic trebuia să le conteste înainte de expirarea termenului legal, iar nu să aștepte împlinirea și depășirea lui. Prin urmare, în etapa de ofertare, fiecare ofertant trebuia să prezinte informații și documente, în detaliu, cu privire la modul de îndeplinire a cerințelor solicitate. Oferta reprezintă angajamentul asumat de către ofertant în scopul realizării obiectului contractului, iar elementele consemnate în documentele depuse nu sunt elemente pur formale ale ofertei, prezumate a fi valabile și admise, fără probe concludente, pe simple aprecieri, ci reprezintă elemente esențiale ale propunerii tehnice, a căror realitate trebuie să fie verificată de comisia de evaluare și confirmate de ofertant prin documentele înaintate autorității contractante. Riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al nedepunerii în termen a documentelor solicitate expres de autoritatea contractantă prin fișa de date potrivit principiului „nemo auditor propriam turpitudinem allegans”, în condițiile în care autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul documentației de atribuire, modul de

îndeplinire a cerinței, precum și în cadrul solicitării de clarificare care sunt nelămuririle comisiei de evaluare.

Prin depunerea ofertei, ... SRL și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, dar și al solicitării de clarificare adresate, deci implicit obligația de a depune toate documentele și informațiile aferente în forma solicitată de autoritatea contractantă. Rezultă astfel, fără putință de tăgadă, că societatea contestatoare a ales, din proprie inițiativă, să nu depună nici în oferta sa dar nici ca răspuns la solicitarea de clarificare nr. 411/06.12.2022, informațiile și documentele solicitate. Comisia de evaluare nu are dreptul să creeze un avantaj în raport cu ceilalți participanți la procedură, iar în lipsa prezentării și identificării documentelor și informațiilor solicitate, nu se poate reține concludența răspunsului.

Față de cele de mai sus, referitor la oferta contestatoarei, autoritatea contractantă afirmă că a concluzionat faptul că, în speță, este vorba despre o contestație netemeinică, motivat de următoarele:

- ofertantul nu a prezentat oferta raportat la cerințele documentației de atribuire;
- prin contestație se formulează obiecții la adresa solicitării de clarificări nr. 411/06.12.2022, fiind vădit tardive.

De asemenea, susține autoritatea contractantă, contestatoarea încearcă să distorsioneze cerințele documentației de atribuire, astfel încât să conducă la ideea de neconformitate a cerințelor și solicitărilor comisiei de evaluare, însă acest aspect va induce în opinia autorității contractante și propria neconformitate a ofertei contestatoarei, dat fiind că prin contestația înaintată se trunchiază cerințe ale documentației de atribuire și ale solicitării de clarificare, față de cum au fost acestea formulate și publicate în platforma SEAP.

În final, autoritatea contractantă precizează că a suferit un prejudiciu prin formularea prezentei contestație, a suportat cheltuieli suplimentare, motiv pentru care va solicita, ulterior, reținerea cauțiunii, respectiv faptul că își rezervă dreptul de a cere despăgubiri pecuniare în instanță.

Dovada comunicării acestui document către ... SRL a fost atașată.

Prin adresa nr. 3799/127/C6/25.01.2023, Consiliul a solicitat autorității contractante documentele necesare soluționării contestației.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 4131/26.01.2023, intitulată „concluzii scrise”, contestatoarea a reiterat, în principal, aspecte anterior prezentate și a subliniat faptul că nu a contestat dreptul comisiei de evaluare de a solicita clarificări ofertanților, ci a criticat (pct. 26 din contestație) nelegalitatea descalificării ofertei sale pe motiv că răspunsul la clarificări este neconcludent, atâta timp cât aspectele avute în vedere de comisia de evaluare nu se regăseau în solicitarea de clarificări.

De asemenea, contestatoarea afirmă că solicitarea autorității contractante privind respingerea contestației pe baza lipsei de obiect/tardivitate a acesteia se impune a fi respinsă ca neîntemeiată.

În continuare, contestatoarea menționează că rolul comisiei de evaluare nu este de a veni în ajutorul ofertantului sau de a prezenta indicații, ci de a verifica în ce măsură condițiile de calificare sunt îndeplinite. Referitor la așa-zisele „indicații” ale comisiei de evaluare, contestatoarea susține că aceasta a avut în vedere dovedirea cerinței prin prezentarea unei scrisori bancare, în vreme ce ... SRL a demonstrat îndeplinirea cerinței respective prin prezentarea unui contract de asigurare resurse financiare încheiat cu un terț (asociatul majoritar al subscrisei), situație permisă de cerința în discuție.

Prin urmare, ... SRL afirmă că a răspuns întocmai solicitării de clarificări astfel cum a fost aceasta formulată, motiv pentru care, în mod nelegal, comisia de evaluare i-a respins oferta pentru că răspunsul la solicitarea de clarificări ar fi fost neconcludent. Contrar celor arătate în punctul de vedere de către autoritatea contractantă, contestatoarea susține că a răspuns tuturor solicitărilor din adresa transmisă de către autoritatea contractantă, fapt ce în opinia sa, ar rezulta „din simpla observare a solicitării de clarificări și a răspunsului aferent”.

Dovada comunicării acestui document către autoritatea contractantă a fost atașată.

În probațiune, prin adresa nr. 52/30.01.2023, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 4816/31.01.2023, autoritatea contractantă ... a transmis, în copie certificată, documente din dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 3466/18.01.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 3216/19.01.2023, ... SRL a depus, în original, recipisa de consemnare nr. 208794414/1 în sumă de 2.000.000 lei, emisă de CEC BANK, Sucursala Cluj la data de 18.01.2023.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului de servicii având ca obiect „Delegarea gestiunii prin concesiune a activității de colectare și transport a deșeurilor municipale în zona 1 Reșița”, cod CPV 90511000-2 Servicii de colectare a deșeurilor menajere (Rev. 2), publicând, în S.E.A.P., anunțul de concesiune nr. PC1002069/01.07.2022, în anexa căruia a fost publicată și documentația de atribuire.

La pct. II.2.5) din cadrul anunțului de concesiune, autoritatea contractantă a menționat că va utiliza criteriul de atribuire „*cel mai bun raport calitate - preț*”, factorii de evaluare și ponderea acestora fiind: „*prețul ofertei – 75%*” și „*campanii de conștientizare și informare – 25%*”; la pct. II.1.5) din cadrul aceluiași document, s-a precizat că

valoarea estimată a contractului de servicii este de 184.949.064,20 lei, fără TVA.

Conform procesului – verbal nr. 371/24.10.2022, pag. 98 – 100, în cadrul procedurii în cauză, au depus ofertă următorii operatori economici: SC FINANCIAR URBAN SRL, SC SUPERCOM SA, SC ... SRL.

Ulterior evaluării ofertelor, astfel cum rezultă din raportul intermediar nr. 9/09.01.2023, pag. 359 – 366, ofertele aparținând SC FINANCIAR URBAN SRL și SUPERCOM SA au fost declarate admisibile, în timp ce oferta aparținând SC ... SRL a fost respinsă *„ca neconformă (...) deoarece (...) parte din răspunsurile la solicitările de clarificări nu au fost concludente”*.

Autoritatea contractantă a transmisă decizia de mai sus către SC ... SRL prin adresa nr. 10/09.01.2023, pag. 367 – 376, care, în urma luării la cunoștință a conținutului aferent, a formulat contestația dedusă soluționării, solicitând, printre altele, și *„suspendarea procedurii”*.

Solicitarea de mai sus, formulată de către ... SRL a fost respinsă de către Consiliu, astfel cum rezultă din Încheierea nr. 165/C6/127/20.01.2023, care a fost comunicată către contestatoare, respectiv autoritatea contractantă, prin adresele C.N.S.C. nr. 3909/127/C6/25.01.2023 și nr. 3910/127/C6/25.01.2023.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată următoarele:

Pentru început, Consiliul va lua în considerare prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform cărora *„se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”*.

Prin raportare la norma juridică anterior invocată, Consiliul va reține că în cadrul punctului de vedere nr. 41/25.01.2023, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 3672/25.01.2023, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației în cauză pe cale de excepție, ca *„tardivă fără obiect”*, deoarece *„comisia de evaluare a adresat solicitări de clarificări (...) prin solicitările de clarificări adresate nu s-au solicitat documente în plus față de cerințele din documentația de atribuire, ci a fost verificată conformitatea ofertelor depuse cu cerințele din documentația de atribuire”*.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că ... SRL a luat la cunoștință despre respingerea ofertei sale, în data de 10.01.2023, ca urmare a transmiterii de către autoritatea contractantă a adresei nr. 10/09.01.2023, astfel cum rezultă din confirmarea de primire poștă electronică aflată la dosarul cauzei, pag. 377.

Conform dispozițiilor art. 8 alin. 1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, *„Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins*

sau a interesului legitim, în termen de: a) 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorial sau de concesiune este egală sau mai mare decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii”.

Prin urmare, în condițiile în care ... SRL a luat la cunoștință despre conținutul adresei nr. 10/09.01.2023, în data de 10.01.2023, rezultă că ultima zi a termenului legal de depunere a contestației este data de 20.01.2023. Întrucât ... SRL a transmis contestația în cauză, atât către C.N.S.C., cât și către autoritatea contractantă, în data de **17.01.2023**, conform probelor de la dosarul cauzei, rezultă că termenul legal a fost respectat.

În ceea ce privește obiectul contestației în cauză, Consiliul reține că acesta îl reprezintă anularea „adresei nr. 10/09.01.2023 privind comunicarea deciziei de respingere a ofertei depuse de ... SRL, ca neconformă și inacceptabilă, precum și anularea tuturor actelor anterioare, concomitente și/sau subsecvente ori conexe (...)”, cu respectarea dispozițiilor art. 10 lit. e) din Legea nr. 101/2016.

Pe cale de consecință, Consiliul va respinge excepțiile invocate de către autoritatea contractantă față de prezenta contestație și va proceda la soluționarea, pe fond, a acesteia.

Preliminar analizării, pe fond, a aspectelor sesizate de către contestatoare, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului, și-a consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru contestatoare. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

De asemenea, Consiliul va lua în considerare că la pct. III.1.2) Capacitatea economică și financiară din fișa de date a achiziției, pag. 5, se regăsește următoare cerință: „Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate: Bonitate/acces la resurse: Având în vedere că este vorba despre un contract de concesiune, unde riscurile sunt transferate operatorului, ofertantul trebuie să demonstreze că, la data de începere a contractului, va avea access sau are disponibile resurse reale, negrevate de datorii, linii de credit confirmate de bănci sau alte mijloace financiare suficiente pentru realizarea cash – flow-ului pentru primele 3 luni de derulare a contractului, în valoare de 5.534.164 lei (...) Modalitatea de îndeplinire:

*Pentru dovedirea cerinței ofertanții vor prezenta scrisoare din partea băncilor/societăților finanțatoare sau alte documente echivalente prin care ofertantul atestă că deține accesul la o finanțare corespunzătoare pentru 3 luni de executare a contractului. Pentru demonstrarea posibilității de acces la resurse financiare necesare derulării contractului pentru primele 3 luni, **ofertantul poate utiliza, dar fără a se limita, următoarele opțiuni: resurse reale negrevate de datorii care vor fi exclusiv folosite pentru derularea contractului, linii de credit confirmate de bănci, alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash – flow – ului**”.*

Din analiza documentelor anexate dosarului cauzei, Consiliul reține că, în vederea îndeplinirii cerinței de mai sus, contestatoarea a depus următoarele documente:

-Contract de consemnare resurse financiare pentru asigurarea cashflow-ului aferent primelor 3 luni de derulare a contractului, încheiat între ...ÂNIA HOLDING GMBH, în calitate de Finanțator și ... SRL (contestatoarea), în calitate de Beneficiar, pag. 507 – 510;

- Confirmare cont curent, emisă de către KREMSEER BANK, pag. 511 – 514, potrivit căreia ...ÂNIA HOLDING GMBH „are deschis la bancă (...) contul curent (...) cu un sold de 2.000.000 EUR la data de 21.10.2022”, quantum care depășește valoarea menționată la pct. III.1.2) Capacitatea economică și financiară din fișa de date a achiziției.

În continuare, Consiliul va lua în considerare dispozițiile art. 82 alin. 1) lit. a) din H.G. nr. 867/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, conform căreia „(1) Comisia de evaluare are următoare atribuții: a) verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați, în cazul în care acestea au fost solicitate prin documentația de atribuire”.

Prin raportare la cadrul juridic anterior fixat, Consiliul reține că în cadrul procesului – verbal nr. 2/409/06.12.2022, privind evaluarea documentelor de calificare, pag. 155 – 212, referitor la modul de respectare a cerinței de la pct. III.1.2) Capacitatea economică și financiară din fișa de date a achiziției, pag. 5, se regăsește următoare cerință: „Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate: Bonitate/ acces la resurse, autoritatea contractantă a consemnat că „se vor solicita clarificări (...) ofertantul trebuie să facă dovada accesului efectiv al disponibilităților prevăzute în scrisoarea bancară, iar scrisoarea trebuie să dea o certitudine autorității contarctante în acest sens”.

Totodată, Consiliul consideră relevante și dispozițiile art. 75 alin. 2) din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii conform căreia „Autoritatea/entitatea contractantă verifică îndeplinirea criteriilor de calificare și de selecție pe baza declarațiilor pe

propria răspundere, precum și pe baza documentelor care trebuie prezentate ca dovadă, în conformitate cu cele menționate în anunțul de concesiune”.

De asemenea, Consiliul va reține și prevederile art. 59 alin. 1) din H.G. nr. 867/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, potrivit căreia „Pe parcursul analizării și verificării documentelor prezentate de ofertanți, comisia de evaluare are dreptul de a solicita oricând clarificări sau completări ale documentelor prezentate de aceștia pentru demonstrarea îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate”.

În aplicarea cadrului legal mai sus invocat, autoritatea contractantă, prin adresa nr. 411/06.12.2022, pag. 213 – 216, a solicitat contestatoarei următoarele clarificări: „(...) 1. Referința: Nivelul indicatorilor economico - financiari. Bonitate/acces resurse (...) În cadrul ofertei ați prezentat contractul de consemnare resurse financiare pentru asigurarea cashflow-ului aferent primelor trei luni de derulare a contractului încheiat între ...ÂNIA HOLDING GMBH în calitate de finanțator și ... SRL în calitate de beneficiar. Contractul este însoțit de extras de cont din data de 21.10.2022 de la KREMSEER BANK cu un sold de 2.000.000 EUR, pag. 255 – 269 (...) Din documentele depuse rezultă că SC ... SRL a ales să facă dovada solvabilității sale prin prezentarea disponibilului în contul terțului (resurse financiare) ...ÂNIA HOLDING GMBH, dovedind că acest terț deține la KREMSEER BANK, la data de 21.10.2022, un sold final de 2.000.000 euro. Raportat la documentele prezentate, vă solicităm să dovediți cu înscrisuri având valoare probatorie, calitatea pe care o are terțul ...ÂNIA HOLDING GMBH, precum și condițiile legale avute în vedere, având în vedere că din înscrisurile depuse odată cu oferta nu rezultă raporturile între cele două companii. De asemenea, vă solicităm să demonstrați că resursele sunt reale și negrevate de datorii. Simpla asumare a terțului ...ÂNIA HOLDING GMBH nu are rol angajant în relația cu autoritatea contractantă. Băncile au posibilitatea de a indisponibiliza sumele respective în conturi special de cash collateral și de a emite apoi confirmări care includ denumirea contractului și perioada solicitată. Astfel de scrisori au caracter angajant pentru bancă, ceea ce înseamnă că banca își asumă indisponibilizarea fondurilor pentru scopul pentru care a fost constituit depozitul colateral special. Vă solicităm să prezentați confirmarea băncii dacă suma respectivă există sau nu la data limită de depunerea a ofertelor, la dispoziția SC ... SRL, dacă la data de începere a contractului va avea acces la aceasta și să prezentați dovada destinației exclusive pentru acest contract, pentru dovedirea îndeplinirii cerinței, astfel cum se solicită în documentația de atribuire. Ofertantul trebuie să facă dovada accesului efectiv al disponibilităților prevăzute în scrisoarea bancară, iar scrisoarea trebuia să dea o certitudine autorității contractante în acest sens”.

Față de conținutul documentului mai sus citat, Consiliul va respinge alegațiile contestatoarei potrivit căreia „lămuririle solicitate pe de o

parte conțin elemente neclare, iar pe de altă parte exced cerințelor prevăzute în fișa de date”, deoarece la acest moment, prin raportare la prevederile imperative ale art. 8 alin. 1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 sunt, în mod evident, tardive. Așadar, prin necontestarea acestora în termenul legal, contestatoarea a acceptat și însușit solicitările în cauză, fiind obligată să se conformeze acestora, ceea ce a și făcut, astfel cum se va demonstra ulterior.

Astfel, Consiliul va reține că, la solicitarea de mai sus, contestatoarea a răspuns prin adresa nr. 3431/12.12.2022, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 417/ 12.12.2022, pag. 219 – 223, următoarele:

-,,(...) A. Raportat la cerințele obligatorii stabilite prin fișa de date subscrisa a procedat la asumarea și dovedirea bonității/accesului la resurse, astfel: a) Prin prezentarea „altor mijloace financiare suficiente” respectiv asigurarea accesului la resurse prin intermediul terțului afiliat ...ÂNIA HOLDING GMBH conform „Contract de consemnare resurse financiare pentru asigurarea cashflow-ului aferent primelor 3 luni de derulare a contractului”; b) din partea societății finanțatoare (...ÂNIA HOLDING GMBH) subscrisa a prezentat document echivalent ce atestă faptul că terțul își asumă obligația irevocabilă să acorde subscrisei accesul la finanțarea corespunzătoare, în condițiile fișei de date, respectiv contractul de consemnare resurse financiare pentru asigurarea cashflow-ului aferent primelor trei luni de derulare a contractului. Acest mod de ofertare se circumscrie întocmai dreptului ofertantului de a (...) utiliza, fără a se limita (...) alte mijloace financiare suficiente (...). Ca element suplimentar probatoriu, subscrisa a ales, fără a rezulta o atare obligație din cerința fișei de date, să asigure autoritatea contractantă de bonitatea terțului finanțator, prin depunerea odată cu oferta a extrasului de cont al ...ÂNIA HOLDING GMBH, din data de 21.10.2022, emis de KREMSEER BANK. Pentru clarificare, **subscrisa nu a ales să probeze îndeplinirea cerinței prin finanțare bancară (ce, conform fișei de date, ar necesita prezentarea unei scrisori bancare), ci prin finanțare de la un terț.** Totodată, **subscrisa nu a ales să îndeplinească cerința prin prezentarea disponibilului în contul terțului ci prin contract de finanțare** încheiat cu un terț. Disponibilul din contul terțului fiind prezentat ca o dovadă a bonității terțului finanțator;

B) Referitor la calitatea terțului – Cum am arătat deja, fișa de date permite recurgerea la un terț finanțator. Fișa de date nu prevede niciunde cerința unei calități speciale a respectivului terț. Raportat însă la solicitarea de clarificare, vă comunicăm că ...ÂNIA HOLDING GMBH deține 90,25% din capitalul social al subscrisei ofertant, așadar este asociat al subscrisei, calitate care din punct de vedere legal permite asigurarea finanțării materializate prin Contractul de consemnare resurse financiare. Am probat această calitate prin certificate constatator emis de ORC Cluj cu privire la subscrisa, depus odată cu oferta. Redepunem anexat un certificate constatator actualizat.

C) Referitor la raporturile dintre ofertant și finanțator, relevante prin raportare la aspectele ce se solicit clarificate – Din documentele depuse odată cu oferta rezultă raportul dintre cele două companii. Acesta este unul contractual, ce a luat naștere la încheierea Contractului de consemnare resurse financiare

pentru asigurarea cashflow-ului aferent primelor 3 luni de derulare a contractului și se desfășoară în limitele și condițiile stabilite prin clauzele acestui contract, ce răspuns tuturor cerințelor obligatorii ale fișei de date. Raportat la cerințele cuprinse în fișa de date și la legislația aplicabilă contractelor, acest contract constituie un înscris ce are valoare probatorie a respectivului raport și trebuie recunoscut ca atare inclusiv de autoritatea contractantă. **Împrejurarea că resursele vizate de Contractul de consemnare resurse financiare sunt reale și negrevate de datorii rezultă din coroborarea conținutului Contractului și documentele bancare emise de KREMSER BANK;**

D. Referitor la solicitarea emiterii unei confirmări din partea băncii în favoarea ofertantului – Conform art. III.1.2 din fișa de date, deja citat, recurgerea ofertantului la finanțare din partea unei bănci este o posibilitate, nu o obligație pentru ofertanți. Subscrisa nu a ales această variantă. Din acest motiv. Cererea dvs. din solicitarea de clarificări, ca subscrisa să obțină pentru sine, din partea băncii **KREMSER BANK o confirmare a disponibilității sumei la data ofertării și la data începerii contractului și a destinației speciale a acesteia, nu se circumscrie modalității în care subscrisa a ales să facă dovada îndeplinirii cerinței din fișa de date.** Subscrisa a dovedit îndeplinirea cerinței prin terț finanțator și a făcut dovada respectării tuturor cerințelor prin contractual încheiat cu respectivul terț (a cărui bonitate am ales suplimentar să o dovedim). În acest sens, solicităm a se avea în vedere că:

- din formulare cerinței din documentația de atribuire, rezultă vă dovedirea cerinței se poate realiza inclusive prin – scrisoare din partea băncilor/societăților finanțatoare sau **alte documente echivalente** (...) prin care ofertantul atestă că deține accesul la o finanțare corespunzătoare pentru 3 luni de executare a contractului. Ca atare, un act unilateral al societății finanțatoare (scrisoarea) sau un document echivalent al societății finanțatoare (Contractul de consemnare resurse financiare care stipulează obligația societății finanțatoare de a pune la dispoziție resursele financiare necesare derulării primelor 3 luni contractuale) e considerat de documentația de atribuire a suficient pentru dovedirea cerinței;

- accesul la finanțare nu a fost demonstrat de subscrisa prin scrisoare bancară, ci este asigurat de societatea finanțatoare ...ÂNIA HOLDING GMBH în baza contractului depus, coroborat cu actele bancare emise de KREMSER BANK. În acord cu formularea cerinței, documentele depuse de subscrisa dovedesc că societatea finanțatoare ...ÂNIA HOLDING GMBH și-a asumat indisponibilizarea fondurilor pentru scopul încheierii contractului de consemnare resurse financiare și are bonitatea necesară pentru a își îndeplini obligațiile contractuale asumate;

- contractual încheiat de ...ÂNIA HOLDING GMBH cu subscrisa ofertant **este un angajament legal** pentru aceasta și sub aspect material și probator, trebuie recunoscut ca atare de autoritatea contractantă. Din cuprinsul său rezultă clar că asigurarea accesului la resurse a subscrisei este asigurat sub toate aspectele obligatorii stabilite prin fișa de date.

Având în vedere clarificările de mai sus, arătăm că, în acord cu cerința fișei de date, nu banca KREMSER BANK, ci societatea finanțatoare ...ÂNIA HOLDING GMBH s-a angajat prin contractul de consemnare resurse financiare depus să

asigure resursele financiare aferente primelor 3 luni contractuale la data de începere a contractului, angajament valabil începând cu data semnării contractului și până la finalizarea primelor 3 luni contractuale (acoperind așadar și momentul intermediar al datei-limită de depunere a ofertelor), singura condiție fiind atribuirea contractului în favoarea subscrisei;

În concluzie, nu există nicio cerință obligatorie a fișei de date care să nu fi fost dovedită de subscrisa în modalitatea impusă de fișa de date. Contractul încheiat cu ...ÂNIA HOLDING GMBH face dovada tuturor elementelor indicate prin solicitarea de clarificări, este angajant pentru părți și fiind legal încheiat, trebuie să fie suficient pentru a conferi certitudinea urmărită de autoritatea contractantă”.

Ulterior analizării informațiilor cuprinse în adresa mai sus redată, autoritatea contractantă a respins *„oferta aparținând ... SRL ca neconformă potrivit art. 93 alin. 2) din Legea nr. 100/2016, art. 89 alin. 1 și 3) lit. a) din HG nr. 867/2016 și inacceptabilă conform art. 87 alin. 5) și art. 89 alin. 2) din HG 867/2016 (...) deoarece parte din răspunsurile la solicitările de clarificări nu au fost concludente”*, astfel cum este precizat în cadrul procesului – verbal nr. 3/8/09.01.2023, pag. 290 – 358, respectiv comunicarea rezultatului procedurii nr. 10/09.01.2023.

Conform documentelor mai sus menționate, unul dintre motivele de respingerea a ofertei contestatoarei a fost acela că, în opinia autorității contractante *„creditarea societății de către asociați persoane fizice sau juridice se face pe baza unui contract de creditare a societății (contract de împrumut), acesta reprezentând documentul justificativ al provenienței lichidităților în societate aduse de către asociați. Pentru dovedirea disponibilității cash-flow-ului de către ... SRL (...) se impunea existența unui astfel de document (...)”*.

Prin raportare la cerința de la pct. III.1.2) Capacitatea economică și financiară din fișa de date a achiziției, Consiliul nu va lua în considerare însă motivul de respingere anterior enunțat, întrucât aceasta nu limitează, sub nicio formă, modul în care ofertanții pot dovedi îndeplinirea cerinței respective, conform fișei de date achiziției aceștia din urmă putând utiliza *„(...) fără a se limita, următoarele opțiuni: (...) alte mijloace financiare suficiente pentru a realiza cash-flow-ul”*. Altfel spus, autoritatea contractantă a lăsat la latitudinea ofertanilor ce anume documente vor prezenta, aceștia din urmă nefiind condiționați de un format sau conținut anume al documentului respectiv.

De altfel, în cadrul punctului de vedere nr. 41/25.01.2023, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 3672/25.01.2023, autoritatea contractantă chiar recunoaște acest lucru, precizând următoarele: *„suntem de acord că nu există vreo constrângere pentru ofertanți de a recurge conform cerinței la «orice mijloace financiare suficiente pentru asigurarea cash-flow-ului»”*.

Față de cele de mai sus, va respinge, ca nefondate, și alegațiile autorității contractante din cadrul aceluiași document, potrivit căroră „lichiditățile respective (...) nu sunt indisponibilizate temporar”, deoarece prin cerința aferentă din fișa de date a achiziției nu s-a solicitat acest lucru, ci doar ca ofertantul să prezinte inclusiv „documente echivalente” prin care „să demonstreze **posibilitatea de acces la resurse financiare** necesare derulării contractului pentru primele 3 luni”.

În mod corelativ, Consiliul va respinge și afirmațiile autorității contractante tot din documentul de mai sus, potrivit căroră „aranjamentele de indisponibilizare sunt similar cu constituirea cauțiunii prevăzute de Legea 101/2016”, în măsura în care analogia cu cerința aferentă din fișa de date a achiziției este eronată, în exemplul dat de către autoritatea contractantă putând fi invocate cel mult dispozițiile art. 45 alin. 1) din H.G. nr. 867/2016, conform căroră „Garanția de participare are drept scop protejarea entității contractante față de riscul unui comportament necorespunzător al ofertantului pe toată perioada implicării sale în procedura de atribuire”. Referitor la cerința respectivă, Consiliul a stabilit deja că aceasta implică o evaluare din perspectiva executării contractului, de către ofertantul desemnat câștigător, „având în vedere că este vorba despre un contract de concesiune, unde riscurile sunt transferate operatorului”, după cum este menționat la rubrica „Bonitate/acces la resurse” din fișa de date a achiziției.

Această interpretare se regăsește și la nivelul instanțelor naționale, spre exemplu Decizia nr. 200/R/2022, emisă de către CURTEA DE APEL TÂRGU MUREȘ – SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL, potrivit căreia „instanța reține că cerința vizează capacitatea financiară a ofertantului câștigător de a susține contractual în sensul că acesta are disponibile mijloace financiare suficiente sau va avea acces la aceste resurse la data începerii contractului pentru a realiza cash-flow-ul de prestare a serviciilor (...) Din perspectiva modalității de îndeplinire a cerinței, autoritatea contractantă a prezentat documente exemplificative care pot fi utilizate de ofertanți (...) Cerința se referă la orice documente care probează existența sau accesul la disponibilități financiare și nu impune un angajament ferm în favoarea ofertantului ci o sursă de finanțare a contractului sau mai precis, în termenii fișei de date, disponibilitatea de susținere financiară a contractului”.

Or, astfel cum anterior a determinat Consiliul, documentația de atribuire este obligatorie și pentru autoritatea contractantă, nu numai pentru ofertanți, în cursul procesului de evaluare a ofertelor, aceasta având obligația de a aplica întocmai dispozițiile imperative ale art. 82 alin. 1) lit. a) din H.G. nr. 867/2016, care stipulează următoarele: „(1) Comisia de evaluare are următoare atribuții: a) verificarea îndeplinirii

criteriilor de calificare de către ofertanți/candidați, în cazul în care acestea au fost solicitate prin documentația de atribuire”.

Argumentația Consiliului este validată și de către jurisprudența europeană (C-27/15), care statuează că „unei **autorități contractante** îi revine sarcina **de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși lea stabilit** (...) „**această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură**”.

În aceste condiții, Consiliul constată că SC ... SRL a ales să prezinte, în dovedirea respectării cerinței aferente din fișa de date a achiziției, „Contractul de consemnare resurse financiare pentru asigurarea cashflow-ului aferent primelor 3 luni de derulare a contractului”, și nu „o scrisoare bancară”, după cum afirmă, în mod eronat, autoritatea contractantă. În cadrul documentului de mai sus, prezentat de către contestatoare, precizându-se, în mod clar, următoarele:

- „Părțile: ...ÂNIA HOLDING GMBH – în calitate de FINANȚATOR; ... SRL, în calitate de BENEFICIAR;

- pct. 1 - ...ÂNIA HOLDING GMBH consimte irevocabil ca, începând cu data semnării prezentului (21.10.2022) și pe o perioadă de 3 luni de derulare a Contractului încheiat între ASOCIAȚIA DE DEZVOLTARE INTERCOMUNITARĂ INTERCOM CARAȘ SEVERIN (...) să pună la dispoziția BSE (... SRL), din resursele proprii, suma de 5.599.429 lei, echivalent a 1.738.629 EUR (...) negrevată de vreo datorie, exclusiv în vederea asigurării cashflow-ului de susținere a contractului de concesiune pentru primele 3 luni de derulare a contractului (...);

- pct. 2 – Suma menționată stă și va sta la dispoziția BENEFICIARULUI, sub formă de disponibilități bănești și va putea fi accesată integral sau partial de BENEFICIAR, după nevoile sale, în primele 3 luni de derulare a contractului de concesiune, fără nicio altă formalitate;

- pct. 3 – Existența sumei ce face obiectul prezentului contract în patrimoniul ...ÂNIA HOLDING GMBH se face prin extrasul de cont anexat (...) Suma va fi imobilizată înainte de semnarea contractului la dispoziția BSE până la epuizarea primelor 3 luni de derulare a acestuia, dacă BSE (... SRL) va fi desemnat câștigător (...).”.

În anexa actului mai sus prezentat, contestatoarea a depus și un extras de cont, emis de către KREMSER BANK, potrivit căruia „finanțatorul” avea în cont, la data depunerii ofertei, suma de 2.000.000 euro, peste valoarea minimă precizată la pct. III.1.2) Capacitatea economică și financiară din fișa de date a achiziției.

Față de cele de mai sus, Consiliul va respinge și afirmația autorității contractante din cadrul comunicării rezultatului procedurii nr. 10/ 09.01.2023, potrivit căreia contestatoarea „nu a prezentat dovada destinației exclusive pentru acest contract”, deoarece în conținutul „Contractul de consemnare resurse financiare pentru asigurarea cashflow-ului aferent primelor 3 luni de derulare a contractului” se

menționează, în mod clar, faptul că sumele respective se vor afla la dispoziția SC ... SRL „pe o perioadă de 3 luni de derulare a Contractului încheiat între ASOCIAȚIA DE DEZVOLTARE INTERCOMUNITARĂ INTERCOM CARAȘ SEVERIN”, aceasta din urmă fiind chiar organizatoarea procedurii de concesiune în cauză.

De asemenea, Consiliul nu va reține nici argumentul autorității contractante în ceea ce privește „*accesul direct al contestatoarei la respectivele disponibilități*”, deoarece în fișa de date a achiziției nu s-a solicitat acest lucru. În mod similar, va proceda Consiliul și referitor la motivul privind „*certitudinea autorității contractante*” în ceea ce privește documentele prezentate de către contestatoare, considerând că riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu ar putea să execute în bune condiții contractul de concesiune, incumbă, în mod exclusiv, autorității contractante, care, în baza principiului asumării răspunderii, consacrat la art. 2 alin. 2) lit. f) din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, nu a impus cerințe exprese în cadrul documentației de atribuire.

Totodată, Consiliul nu va lua în considerare nici alegațiile autorității contractante potrivit căreia aceasta din urmă „*avea obligația de a verifica dacă condițiile legale pentru transferuri bănești între compania mamă și filială sunt îndeplinite*”, deoarece, conform fișei de date a achiziției, de interes este faptul că ... SRL are acces la resursele financiare în discuție, acestea urmând a-i fi puse la dispoziție în vederea executării contractului, indiferent de relația dintre societatea finanțatoare și beneficiar, astfel cum rezultă din „*Contractul de consemnare resurse financiare pentru asigurarea cashflow-ului aferent primelor 3 luni de derulare a contractului*”.

Față de cele de mai sus, Consiliul consideră demne de reținut și argumentele instanțelor (Decizia nr. 200/R/2022, emisă de către CURTEA DE APEL TÂRGU MUREȘ – SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL) potrivit cărora „*faptul că sumele sunt necondiționat puse la dispoziție în vederea susținerii financiare a contractului (...) reprezintă o dovadă a accesului acestui ofertant (nu a grupului) la disponibilitățile financiare (...) Instanța reiterează că fiind indicat neechivoc scopul pentru care se confirmă existența lichidităților (...) nu se impun verificări suplimentare (...) Orice altă interpretare a conținutului documentului justificativ (în cazul de față – contractul de consemnare resurse financiare) se îndepărtează de la cerința fișei de date și presupune o analiză trunchiată și nejustificată (...) dar și o ignorare a scopului pentru care a fost emis – susținerea necesarului de finanțare pentru ofertant (...) și pentru contractul ce face obiectul procedurii*”.

Nu în ultimul rând, prin raportare la cadrul juridic anterior fixat, Consiliul va respinge și alegațiile autorității contractante potrivit cărora „*se impune a analiza dacă circumstanțele specifice ale respectivei*

operațiuni de creditare și/sau garantare înfrâng prezumția că această operațiune are o justificare economică (...) dacă circumstanțele specifice ale respectivei operațiuni surmontează prezumția relativă instituită de art. 144.4 alin. 2) din Legea nr. 31/1990” (privind societățile comerciale), deoarece prin motivarea anterioară a constatat că nu mai sunt necesare verificări pe acest aspect, în condițiile în care din documentele prezentate de către contestatoarea rezultă, în mod precis, destinația sumei respective intrinsec legată de calitatea de ofertant a ... SRL. Relevantă în acest sens este și raționamentul instanței (Decizia nr. 200/R/2022, emisă de către CURTEA DE APEL TÂRGU MUREȘ – SECȚIA A II-A CIVILĂ, DE CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL) potrivit căruia astfel este „concretizată mențiunea (...) din fișa de date privind existența unor resurse reale, negrevate de datorii și care vor fi folosite exclusive pentru derularea contractului”.

Pe cale de consecință, Consiliul constată că informațiile transmise de către ... SRL, prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 3431/12.12.2022, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 417/12.12.2022, sunt concludente, aceasta din urmă apreciind, în mod eronat, că „răspunsul în cauză este neconcludent”, astfel cum este menționat în comunicarea rezultatului procedurii nr. 10/09.01.2023.

Față de cele de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de către ... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... și va anula raportul intermediar nr. 9/09.01.2023, în partea care privește evaluarea ofertei contestatoarei, precum și toate actele subsecvente acestuia, inclusiv comunicarea rezultatului procedurii nr. 10/09.01.2023.

Va obliga autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire în cauză, cu reevaluarea ofertei contestatoarei, în sensul luării în considerare a adresei nr. 3431/12.12.2022, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 417/12.12.2022, conform motivării aferente, în termen de 15 (cincisprezece) zile de la primirea prezentei.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepțiile invocate de către autoritatea contractantă.

Admite contestația formulată de către ... SRL, cu sediul în municipiul ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., cu sediul în municipiul ..., și anulează raportul intermediar nr. 9/09.01.2023, în partea care privește evaluarea ofertei contestatoarei, precum și toate

actele subsecvente acestuia, inclusiv comunicarea rezultatului procedurii nr. 10/09.01.2023.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire în cauză, cu reevaluarea ofertei contestatoarei, în sensul luării în considerare a adresei nr. 3431/12.12.2022, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 417/12.12.2022, conform motivării aferente, în termen de 15 (cincisprezece) zile de la primirea prezentei.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, conform dispozițiilor art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Președinte,

Membru,

Membru,

...

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 32 (treizecișidouă) pagini