



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea,

DECIZIE

Nr. ... / 111

Data: ...

Prin contestația nr. ... înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ... depusă de ... cu sediul în având CUI ... și adresă de corespondență ... reprezentată legal prin ..., privind procedura de licitație deschisă, online, organizată de ... cu sediul în județul ... în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect "VL-CL 9 Extindere și reabilitarea infrastructurii de apă și apă uzată în", coduri CPV 45000000-7 *Lucrări de construcții* (Rev. 2), 45231300-8 *Lucrări de construcții de conducte de apă și de canalizare a apelor reziduale la mare distanță* (Rev. 2), 45232150-8 *Lucrări pentru conducte de alimentare cu apă* (Rev. 2), 45232151-5 *Lucrări de construcții de renovare a conductelor de apă* (Rev. 2) și 45232400-6 *Lucrări de construcții de canalizare de ape reziduale* (Rev. 2), s-a solicitat anularea comunicării rezultatului procedurii nr., obligarea autorității contractante la reanalizarea ofertei sale și la emiterea unei comunicări privind rezultatul procedurii în conformitate cu dispozițiile legale.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, admite contestația formulată de ... în contradictoriu cu ... și anulează raportul procedurii nr., în partea care privește oferta contestatoarei și oferta declarată câștigătoare, precum și comunicările cu rezultatul procedurii

transmise acestora. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei ... și la stabilirea rezultatului procedurii cu întocmirea unui nou raport al procedurii în termen de 10 zile de la data primirii prezentei. Comunicările privind rezultatul procedurii se vor transmite în termenul legal operatorilor economici implicați.

În temeiul art. 278 alin. (6) din OUG nr. 34/2006, dispune continuarea procedurii de atribuire, cu respectarea celor din motivare și a prevederilor legale în vigoare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006. Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația depusă, ... a solicitat cele precizate în partea introductivă a deciziei, arătând că, prin adresa nr., i s-a comunicat că oferta sa a fost declarată inacceptabilă și neconformă, rezultat considerat nelegal din cauza unei interpretări eronate a dispozițiilor legale, respectiv art. 11¹ alin. (3) și (4) din HG nr. 925/2006.

Contestatoarea arată că, înainte de termenul limită de depunere a ofertelor, autoritatea contractantă a publicat în SEAP clarificările nr. 18, 22 și 26 prin care s-a susținut că modalitatea de completare a formularelor 7A și 7B este reglementată prin Ordinul președintelui ANRMAP nr. 2266/2012, formularele urmând a fi folosite atât pentru dovedirea îndeplinirii cerinței privind cifra de afaceri, cât și a cerinței privind disponibilitățile bănești.

Sunt precizate cerințele impuse la cap. III.2.2 "Capacitatea economică și financiară" din fișa de date a achiziției și se arată că, pentru îndeplinirea cerinței privind cifra de afaceri a beneficiat de susținere privind capacitatea economică și financiară din partea Meyer & John GmbH & Co.KG, fiind depuse în ofertă Angajamentul 7A, Angajamentul 7B și bilanțurile 2010-2012 ale societății susținătoare.

Din cuprinsul bilanțurilor și a Formularului 7B reiese faptul că terțul susținător are o cifră medie de afaceri pe ultimii 3 ani (2010-2012) de 32.234.798,85 euro, cu mult mai mare decât valoarea impusă pentru această cerință prin fișa de date.

Cu invocarea prevederilor art. 11¹ alin. (3) și (4) din HG nr. 925/2006, pe care le citează, contestatoarea susține că, din Formularul 7A, reiese că societatea Meyer & John GmbH & Co.KG pune la dispoziția ofertantului cifra de afaceri pe ultimii 3 ani și se obligă, în același timp, să asigure îndeplinirea completă și reglementară a obligațiilor contractuale prin implicarea sa directă, conform art. 186 din OUG nr. 34/2006.

Cerința de a completa Formularul 7A cu o anumită valoare "(valoarea totală/parțială din propunerea financiară) necesară pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică", în opinia contestatoarei este inaplicabilă în acest caz,

deoarece obiectul angajamentului, nu este de a se pune la dispoziție resurse efective pe care se bazează pe perioada derulării contractului, conform alineatului 3 al art. 11¹ din HG nr. 925/2006.

Această cerință poate fi aplicată doar în cazul susținerii ofertantului cu resurse care pot fi puse efectiv la dispoziția ofertantului, precum fonduri financiare, utilaje, echipamente, personal, ceea ce nu face obiectul ofertei sale, deoarece pentru îndeplinirea cerinței referitoare la deținerea disponibilităților bănești, resurse reale negrevate de datorii sau linii de credit pentru minim 3 luni de derulare a contractului, conform graficului de execuție, în valoare de 5.100.000,00 lei, ofertantul nu a beneficiat de susținere din partea unui terț. Mai mult decât atât, ofertantul a dovedit îndeplinirea acestei cerințe prin depunerea în ofertă a Scrisorii de bonitate nr. 559/25.11.2013, emisă de către Piraeus Bank, conform căreia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare, va avea disponibilități bănești în valoare de 5.100.000 lei, sumă necesară asigurării fluxului de numerar, pentru execuția contractului de lucrări, pentru minim 3 luni de derulare a contractului.

În aceste condiții, contestatoarea consideră că a demonstrat în mod indubitabil, conform cerințelor din fișa de date și prevederilor OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006 faptul că îndeplinește cerința referitoare la cifra medie de afaceri pe ultimii 3 ani (2010-2012), astfel că în mod incorect a fost apreciată oferta sa inacceptabilă.

Totodată, contestatoarea arată că angajamentul de susținere economico-financiară oferit de terțul susținător nu a făcut referire la resurse ce pot fi puse efectiv la dispoziția sa pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică, astfel că Formularul 7A nu putea fi completat cu "valoarea totală/parțială din propunerea financiară", motiv pentru care a fost completat cu denumirea concretă a obiectului susținerii economico-financiare, respectiv cifra medie de afaceri pe ultimii 3 ani, valorile concrete ale cifrelor de afaceri aferente fiecărui an fiind detaliate în Formularul 7B.

Nu s-a luat niciun moment în discuție punerea la dispoziție a unor resurse efective pe care să se bazeze pe perioada de derulare a contractului, potrivit prevederilor art. 11¹ alin. (3) din HG nr. 925/2006, situația fiind aplicabilă resurselor transferabile care pot fi puse efectiv la dispoziție, precum resurse financiare, utilaje, echipamente, personal etc., față de cazul resurselor netransferabile (cifra de afaceri, experiență similară), când terțul oferă prin angajamentul său ferm, garanția îndeplinirii complete și reglementare a obligațiilor contractuale prin implicarea sa directă, atunci când ofertantul câștigător se află în dificultate.

Modul de îndeplinire a cerințelor de calificare este reglementat de prevederile OUG nr. 34/2006 și ale HG nr. 925/2006, iar Ordinul președintelui ANRMAP nr. 2266/2012 prin care s-au aprobat modelele de documentație standardizată aferente procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, respectiv modelul de susținere financiară, nu poate înlocui, sub nicio formă, aceste prevederi.

În ceea ce privește constatarea din comunicarea rezultatului procedurii că "Declarația anexă la angajament nu menționează în coloana *Forma de constituire*, forma legală de constituire a valorii (sumei) în lei", societatea contestatoare susține că valorile cifrelor de afaceri aferente fiecărui an și media cifrei de afaceri pe ultimii 3 ani se regăsesc în Formularul 7B – Declarație terț susținător economic și financiar, iar forma de constituire a acestor resurse este indicată în acest formular, respectiv: "Susținere cifră de afaceri", care conform art. 185 și 186 din OUG nr. 34/2006, este forma legală de constituire.

Referitor la constatarea din finalul comunicării rezultatului procedurii, „În concluzie, terțul susținător nu pune la dispoziția ... nicio sumă reprezentând valoarea totală/parțială din propunerea financiară, necesară pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică. Răspunsul nu este concludent și cerințele de calificare nu sunt îndeplinite", contestatoarea susține că, prin adresa nr. 3982/18.12.2013, a explicat faptul că obiectul susținerii nu este de a pune la dispoziția ofertantului nicio sumă reprezentând valoarea totală/parțială din propunerea financiară, necesară pentru îndeplinirea contractului, fiind dovedit că deține disponibilitățile bănești pentru minimum 3 luni de derulare a contractului, așa cum s-a solicitat.

De asemenea, contestatoarea arată că, în cazul resurselor netransferabile, cum este cifra de afaceri, terțul susținător se obligă să se implice în mod efectiv și direct în executarea contractului, ori de câte ori s-ar ivi dificultăți în executarea obligațiilor contractuale de către ofertant, o astfel de implicare, directă, presupunând implicarea directă a tuturor resurselor, inclusiv experiența, pentru realizarea contractului.

În aceste condiții, Angajamentul ferm dat în formă autentică, este suficient pentru a garanta asigurarea de către terț a îndeplinirii complete și reglementare a obligațiilor contractuale prin implicarea sa directă.

Pentru motivarea în drept a celor criticate, contestatoarea a invocat prevederile art. 255 și următoarele din OUG nr. 34/2006, precum și cele ale HG nr. 925/2006, iar în susținere a prezentat, în copie, un set de documente.

În punctul său de vedere nr. 10549/28.03.2014, înregistrat la CNSC cu nr. 9740/31.03.2014, SC APAVIL SA a solicitat respingerea contestației ca nefondată, susținând că motivele care stau la baza contestației sunt clădite pe o confuzie, în opinia sa, ... nefăcând distincție între cerința minimă de calificare privind cifra de afaceri și resursa financiară invocată în angajamentul de susținere, element esențial de valabilitate al unui instrument juridic, respectiv al angajamentului terțului susținător financiar.

Sunt invocate prevederile art. 186 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, precum și cele ale art. 11¹ alin. (3) din HG nr. 925/2006, în susținerea faptului că acestea fac distincție în mod clar între capacitatea economică și financiară, respectiv cifra de afaceri și resursa financiară invocată (resursă care poate fi pusă la dispoziția unei alte persoane astfel cum s-a prevăzut Formularul 7A din documentația de atribuire), aceasta

reprezentând resursa efectivă care va fi pusă la dispoziția ofertantului atunci când acesta întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului.

Totodată, autoritatea contractantă susține că oferta depusă de ... nu a fost elaborată în conformitate cu cerințele fișei de date, respectiv cap. III.2.2 "Capacitatea economică și financiară", inclusiv cu clarificările nr. 18, 22 și 26, întrucât angajamentul ferm al persoanei care asigură susținerea economico-financiară, trebuie să confirme faptul că va pune la dispoziția ofertantului resursele financiare invocate, fapt ce reiese și din Formularele 7A și 7B din cuprinsul documentației de atribuire.

Potrivit cerințelor impuse pentru această procedură, terțul susținător trebuie să disponibilizeze, necondiționat, resursele economico-financiare de care dispune și care urmează a fi efectiv puse la dispoziția ofertantului pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, în funcție de necesitățile care vor apărea pe parcursul derulării contractului.

Se menționează că cerințele de calificare și modalitatea de îndeplinire a acestora au fost stabilite prin Ordinul ministrului Mediului și Pădurilor și al președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. 2266/2012, care dispun *În conformitate cu art. 2 din acest Ordin: Autoritățile contractante care implementează proiecte din domeniul infrastructurii de mediu prevăzute în acest ordin au obligația utilizării acestor documentații începând cu data intrării în vigoare a prezentului ordin, prin transmiterea lor în Sistemul electronic de achiziții publice în vederea inițierii procedurii de atribuire.*

Față de modul de îndeplinire a cerinței privind cifra medie de afaceri, autoritatea contractantă a susținut că societatea contestatoare a prezentat Angajamentul terțului susținător și declarația anexă la angajamente, însă documentele nu respectă cerința documentației, întrucât angajamentul nu menționează suma (valoarea totală/parțială din propunerea financiară) necesară pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică, iar declarația anexă la angajament nu menționează în coloana "Forma de constituire", forma legală de constituire a valorii (sumei) în lei, având în vedere că cifra de afaceri nu constituie resursa efectivă pe care ofertantul se va putea baza pe durata derulării contractului și nici nu poate fi disponibilizată necondiționat.

Totodată, autoritatea contractantă a arătat că a solicitat contestatoarei clarificări, în referire la faptul că atât angajamentul, cât și declarația anexă la angajament nu respectă documentația de atribuire (Formularele 7A și 7B), însă aceasta, prin răspunsurile cuprinse în adresele nr. 3981/18.12.2013 și 3982/18.12.2013, a arătat că din angajamentul 7A reiese că terțul susținător va pune la dispoziția sa doar cifra de afaceri pe ultimii 3 ani.

În aceste condiții, angajamentul prezentat nu poate produce efectele juridice pe care autoritatea contractantă prin documentația de atribuire și legiuitorul prin actele normative emise le-a avut în vedere în scopul garantării îndeplinirii contractului de achiziție.

Și prin cuprinsul contestației, autoarea acesteia a confirmat că obiectul susținerii acordate de către terțul susținător nu este de a pune la

dispoziția acestuia o sumă reprezentând valoarea totală/parțială din propunerea financiară, necesară pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă a arătat că impunerea cerinței privind cifra medie de afaceri pe ultimii 3 ani, a avut în vedere ca ofertantul declarat câștigător să poată demonstra o suficientă stabilitate pentru îndeplinirea contractului, ceea ce nu este demonstrat de ... în condițiile în care nu îndeplinește cerința de calificare, iar terțul susținător economic nu pune la dispoziție nicio sumă reprezentând valoarea totală/parțială din propunerea financiară necesară pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică.

Astfel, prin coroborarea prevederilor art. 11¹ alin. (2) și (4) din HG nr. 925/2006, cu cele ale art. 186 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, angajamentul ferm emis de German Company Meyer & John GmbH & Co – Vilnius Branch (Filiala din Lituania) trebuia să cuprindă resursele financiare pe care acesta se obligă în mod ferm, necondiționat și irevocabil să le pună la dispoziția ... necesare pentru îndeplinirea integrală, și la termen a tuturor obligațiilor asumate de acesta conform ofertei prezentate și contractului de achiziție publică care se va atribui.

S-a precizat faptul că nu s-a lăsat la latitudinea ofertanților completarea angajamentului terțului susținător financiar (Formular 7A) și a declarației de terț susținător economic și financiar (formular 7B), ci s-a stabilit fără echivoc modul cum trebuie prezentat angajamentul pentru a îndeplini forma de valabilitate.

Prin adresa nr. 1081/03.04.2014, înregistrată la CNSC cu nr. 10349/03.04.2014, ... a transmis "note scrise" ca urmare a punctului de vedere al autorității contractante și al studiului dosarului cauzei, reiterând susținererile din contestație, în referire la faptul că prevederile art. 11¹ alin. (3) și (4) din HG nr. 925/2006, fac distincție între tipurile de susținere, respectiv situația în care susținerea terțului se referă la asigurarea unor resurse ce pot fi puse efectiv la dispoziția ofertantului și situația în care susținerea vizează îndeplinirea unor cerințe minime de calificare, cum ar fi experiența similară sau cifra de afaceri.

Totodată, contestatoarea a precizat că cifra de afaceri nu poate fi considerată o resursă transferabilă, motiv pentru care se impune asigurarea implicării directe și necondiționate a terțului susținător în îndeplinirea contractului atunci când apar dificultăți.

Pe de altă parte, contestatoarea a apreciat completarea Formularului 7A cu o anumită valoare (totală/parțială din propunerea financiară) necesară pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică, ca fiind inaplicabilă, întrucât obiectul angajamentului de susținere este netransferabil.

Prin adresa 11815/04.04.2014, înregistrată la CNSC cu nr. 10531/04.04.2014, autoritatea contractantă a transmis "concluzii scrise", prin care a reiterat solicitarea de respingere ca nefondată a contestației, în contextul în care, formularele 7A și 7B, precum și clarificările 18, 22 și 26 indică, în mod clar, cerința impusă privind cifra medie de afaceri, iar terțul susținător s-a obligat, prin angajamentul prezentat, să pună la

dispoziție cifra de afaceri pe ultimii trei ani în vederea îndeplinirii cerinței minime impuse.

S-a menționat că singura legătură juridică între autoritatea contractantă și un terț susținător este angajamentul de susținere, iar dacă acesta nu reprezintă un instrument juridic care să producă efectele juridice ale unei garanții, nu va putea cere acestuia îndeplinirea unei obligații pe care nu și-a asumat-o prin angajament.

Dosarul achiziției publice și documentele necesare soluționării cauzei au fost înregistrate la Consiliu cu nr. 9740/31.03.2014.

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

În vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect "VL-CL 9 Extindere și reabilitarea infrastructurii de apă și apă uzată în", coduri CPV 45000000-7 *Lucrări de construcții* (Rev. 2), 45231300-8 *Lucrări de construcții de conducte de apă și de canalizare a apelor reziduale la mare distanță* (Rev. 2), 45232150-8 *Lucrări pentru conducte de alimentare cu apă* (Rev. 2), 45232151-5 *Lucrări de construcții de renovare a conductelor de apă* (Rev. 2) și 45232400-6 *Lucrări de construcții de canalizare de ape reziduale* (Rev. 2), ... în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, online, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... Din informațiile acestui document s-a reținut că valoarea estimată a contractului este de 30.140.910 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”, iar depunerea ofertelor a fost la data de 21.10.2013.

Rezultatul evaluării a fost consemnat în raportul procedurii nr., oferta ... fiind respinsă ca inacceptabilă și neconformă.

Nemulțumită de rezultatul procedurii care i s-a comunicat prin adresa nr., ... a depus prezenta contestație solicitând anularea acestui rezultat și reevaluarea ofertelor.

În cadrul aceleiași proceduri, ... a formulat contestație împotriva refuzului autorității contractante de a o informa în legătura cu motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale, care a fost soluționată prin decizia nr. ... din data de ... prin care a fost respins ca prematur capătul de cerere referitor la obligarea autorității contractante de a aduce la cunoștință motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei și de a preciza elementele ofertei care nu au corespuns cerințelor de funcționare și performanță prevăzute în caietul de sarcini, și ca inadmisibil capatul de cerere cu privire la compararea de către Consiliu a tuturor ofertelor din punctul de vedere al respectării cerințelor caietului de sarcini.

Din analiza criticilor contestatoarei formulate împotriva rezultatului procedurii, în condițiile în care oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă potrivit prevederilor art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006, și ca neconformă, potrivit prevederilor art. 79 alin. (1) din același act normativ, pentru neîndeplinirea cerinței de calificare privind cifra medie de afaceri globală și pentru lipsa de concludență a explicațiilor prezentate, astfel cum rezultă din adresa de comunicare a rezultatului procedurii, Consiliul constată temeinicia acestora.

În aprecierea acestei finalități au fost avute în vedere prevederile de la cap. III.2.2 "Capacitatea economică și financiară", din fișa de date "Cifra medie de afaceri globală pe ultimii 3 (trei) ani să fie cel puțin egală cu valoarea estimată a contractului fără diverse și neprevăzute în sumă de 27.421.633,00 lei (sau echivalent). Documente relevante: bilanțul contabil sau extrase de bilanț înregistrat la organele competente, raport de audit, după caz, sau orice alte documente echivalente ... În cazul în care ofertantul își demonstrează situația economică și financiară invocând și susținerea acordată de către o altă persoană (conform art. 186 din OUG nr. 34/2006), atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care aceasta confirmă faptul că va pune la dispoziția ofertantului resursele financiare invocate. Persoana ce asigură susținerea financiară nu trebuie să se afle în situația care determină excluderea din procedura de atribuire conform prevederilor art. 180, art. 181 lit. a), c¹) și d) și art. 69¹ din OUG nr. 34/2006, cu toate modificările și completările ulterioare".

În referire la aceeași cerință de calificare, la "Modalitatea de îndeplinire", din cadrul aceleiași capitol s-a indicat: "Declarație privind cifra de afaceri (Completare Formular nr. 7). Bilanțul contabil sau extrase de bilanț înregistrat la organele competente, raport de audit, după caz sau orice alte documente echivalente, în original/copie legalizată/copie lizibilă cu mențiunea *conform cu originalul*. Formularul nr. 7 va fi prezentat în SEAP în original, documentele relevante vor fi prezentate în original, copie legalizată sau copie cu mențiunea *conform cu originalul* ... Formular nr. 7A, Formularul nr. 7B, prin care terțul susținător confirmă faptul că va pune la dispoziție ofertantului resursele financiare invocate, Formular 4 și Formular 6."

Față de această cerință de calificare, autoritatea contractantă a adus clarificări, prin adresa nr. 18, publicată în SEAP, la data de 02.10.2013, față de întrebarea nr. 5 "În cazul în care susținerea financiară este acordată de un terț susținător conform art. 11¹ alin. (4) din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, vă rugăm să ne precizați ce formulare trebuie completate, întrucât formularele 7A și 7B se referă la resurse financiare pe care susținătorul le va pune la dispoziția ofertantului. Venim cu această solicitare întrucât susținerea financiară acordată de terțul susținător conform dispozițiilor legale susmenționate, nu constă în punerea la dispoziție a unei sume de bani necesare pentru îndeplinirea contractului, respectiv cash-flow, ci pentru îndeplinirea cerinței minime de calificare privitoare la cifra de afaceri, în conformitate cu prevederile art. 11¹ alin. (4) din HG nr. 925/2006", fiind formulat următorul răspuns "Formularul de angajament și anexa acestuia privind susținerea financiară a ofertantului respectă documentația standardizată aprobată prin Ordinul nr. 2266/335 al Ministrului Mediului și Pădurilor și al Președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, publicat în Monitorul Oficial nr. 410 bis din 20 iunie 2012. Potrivit art. 2 din ordin *Autoritățile contractante care implementează proiecte din domeniul infrastructurii de mediu*

prevăzute în acest ordin au obligația utilizării acestor documentații începând cu data intrării în vigoare a prezentului ordin, prin transmiterea lor în Sistemul electronic de achiziții publice în vederea inițierii procedurii de atribuire. Potrivit dispozițiilor art. 186 din OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare, (2) *În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1), de către o altă persoană, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, de regulă, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care aceasta confirmă faptul că va pune la dispoziția ofertantului/candidatului resursele financiare invocate ...*".

Au fost aduse clarificări cerinței și prin adresa nr. 22 publicată în SEAP la data de 04.10.2013, față de întrebarea nr. 1 "Revenim la solicitarea de clarificări nr. 18/02.10.2013 răspunsul nr. 5, cu precizarea că în anexa la Ordinul nr. 2266/335 din 2012, se menționează în mod explicit *Modele orientative Formulare Proiectare și Execuție Lucrări*, nefiind nicio precizare cu privire la interdicția de adaptare a textului Formularului astfel încât acesta să corespundă situației concrete cu privire la întreaga susținere a textului susținător, în aplicarea dispozițiilor art. 186 alin. (2) din OUG nr. 34/2006. Cifra de afaceri nu este resursă transferabilă și nu poate fi pusă efectiv la dispoziția ofertantului pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, acesta fiind și motivul pentru care am solicitat acceptul dvs. pentru adaptarea Formulelor orientative 7A și 7B, în deplin acord cu prevederile Notei de subsol *Notă: indiferent dacă există un singur sau mai mulți susținători, cerința privind cifra de afaceri va fi îndeplinită în întregime de către o singură persoană, respectiv un singur terț susținător*. Vă rugăm să ne răspundeți cu DA sau NU, dacă terțul susținător pentru cifra de afaceri va prezenta doar formularul 7A adaptat la cerința pentru cifra de afaceri însoțit de bilanțurile contabile și formularul de informații generale. Dacă răspunsul este NU, conform art. 78 alin. (1) din HG nr. 925/2006 vă rugăm să ne precizați care sunt formulele și documentele suport care se vor prezenta în calitate de terț susținător pentru cifra de afaceri și modul de completare a acestora, ținând cont de precizările de mai sus", fiind prezentat un răspuns identic cu cel anterior precizat.

Mai mult, prin adresa de clarificare nr. 26, publicată în SEAP la data de 10.10.2013, în referire la aceeași cerință de calificare, față de întrebarea nr. 1 "Normele de aplicare care reglementează art. 186 din OUG nr. 34/2006 privind modalitatea de susținere a ofertantului din partea unui terț susținător privind resursele transferabile: fonduri financiare, utilaje, echipamente, personal și resurse care vizează îndeplinirea unor cerințe minime de calificare cum ar fi experiența similară, cifra de afaceri sunt reglementate prin art. 11¹ din HG nr. 925/2006 (se citează articolul). Înțelegem din clarificarea nr. 29816/03.10.2013, răspunsul de la întrebarea 1 că vă păstrați textul angajamentului și a anexei, dar vă rugăm să clarificați cum poate ofertantul să îndeplinească în mod legal cerința privind cifra de afaceri

acordată prin susținere având în vedere că susținerea acordată pentru cifra de afaceri se face prin prezentarea unui angajament ferm de susținere completat conform legii, art. 11¹ alin. (4) din HG nr. 925/2006 *prin care garantăm autorității contractante faptul că, în cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, persoana susținătoare se obligă să asigure îndeplinirea completă și reglementară a obligațiilor contractuale prin aplicarea sa directă*", s-a publicat următorul răspuns "Modalitatea de completare a celor două formulare este stabilită prin Ordinul Președintelui ANRMAP nr. 2266/2012, operatorul economic trebuind să urmeze indicațiile menționate în cadrul celor două formulare și marcate între paranteze. Aceste formulare se folosesc atât pentru dovedirea îndeplinirii cerinței privind cifra de afaceri, cât și a cerinței privind disponibilitățile bănești. Suma menționată în formularul 7A (valoarea totală/parțială din propunerea financiară), necesară pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică, se completează în tabelul din formularul 7B, pe coloana *Valoare*. Valoarea reprezintă resursa efectivă pe care un ofertant se va putea baza pe durata derulării contractului și este în conformitate cu dispozițiile art. 186 din OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare. Forma de constituire a sumei din coloana *Valoare* este reprezentată de orice formă legală de constituire".

Pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței de calificare privind cifra medie de afaceri globală pe ultimii 3 (trei) ani, printre documentele de calificare, ... a prezentat:

- Formularul nr. 7A "Angajament privind susținerea financiară a ofertantului/candidatului/grupului de operatori economici" al terțului susținător German Company Meyer & John GmbH & Co. KG – Vilnius Branch;
- Formularul nr. 7B "Declarație terț susținător economic și financiar";
- Bilanțuri contabile la 31.12.2010, 31.12.2011 și 31.12.2012 în traducere din limba germană, de către traducător autorizat.

Față de documentele prezentate de ofertant, prin adresa nr. 38389/17.12.2013, autoritatea contractantă a solicitat următoarea clarificare: "2. Referitor la cerința de calificare privind cifra de afaceri. Având în vedere documentația de atribuire (Formulare 7A și 7B), clarificările autorității contractante din perioada de depunere oferte, nr. 18/02.10.2013, 22/04.10.2013 și 26/10.10.2013, publicate în SEAP și documentele prezentate de terțul susținător economico – financiar, German Company Meyer & John GmbH & Co. KG – Vilnius Branch, vă solicităm să clarificați modul cum este îndeplinită cerința de calificare privind cifra medie de afaceri globală pe ultimii 3 ani, având în vedere următoarele: angajamentul terțului susținător și declarația anexă la angajament nu respectă documentația de atribuire (Formularul 7A, Formularul 7B) și nu respectă nici clarificările autorității contractante nr. 18, 22, 26 pentru următoarele motive: angajamentul de susținere nu menționează suma (valoarea totală/parțială din propunerea financiară), necesară pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a

contractului de achiziție publică; declarația anexă la angajament nu menționează în coloana *Forma de constituire*, forma legală de constituire a valorii (sumei) în lei.”

În referire la clarificarea amintită, prin adresa nr. 3981/18.12.2013, contestatoarea a prezentat următorul răspuns: “2. ... Vă facem cunoscut faptul că, pentru îndeplinirea cerinței privind cifra de afaceri, societatea ... a beneficiat de susținere privind capacitatea economică și financiară din partea societății Meyer & John GmbH & Co. KG. Pentru demonstrarea îndeplinirii cerinței privind cifra de afaceri, au fost depuse în ofertă angajamentul 7A, angajamentul 7B și bilanțurile 2010-2012 ale societății susținătoare. Conform alineatelor (3) și (4) ale art. 11¹ din HG nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare: (3) În cazul în care susținerea terțului se referă la asigurarea unor resurse care pot fi puse efectiv la dispoziția ofertantului - fonduri financiare, utilaje, echipamente, personal -, angajamentul ferm prezentat de ofertant/candidat trebuie să prevadă care sunt resursele respective și să evidențieze faptul că disponibilizarea acestora se va realiza necondiționat, în funcție de necesitățile care apar pe parcursul îndeplinirii contractului în cauză. (4) În cazul în care susținerea terțului vizează îndeplinirea unor cerințe minime de calificare cum ar fi experiența similară reflectată prin prezentarea unor liste de produse/servicii/lucrări furnizate/prestate/ executate într-o perioadă anterioară sau îndeplinirea unui nivel minim al cifrei de afaceri în domeniul de activitate aferent obiectului contractului de achiziție publică, angajamentul ferm prezentat de ofertant/candidat trebuie să garanteze autorității contractante faptul că, în cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, persoana susținătoare se obligă să asigure îndeplinirea completă și reglementară a obligațiilor contractuale prin implicarea sa directă. Vă facem cunoscut faptul că cerința de a completa Formularul 7A cu o anumită valoare este excesivă și nelegală, deoarece obiectul angajamentului – Formularul 7A, în cazul de față, nu este de a ne pune la dispoziție resurse efective pe care să ne bazăm pe perioada derulării contractului, conform alineatului (3) al art. 11 din HG nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare. Din angajament – Formularul 7A, reiese clar faptul că societatea Meyer & John GmbH & Co. KG pune la dispoziția ofertantului doar cifra medie de afaceri pe ultimii trei ani, conform art. 186 din OUG nr. 34/2006, coroborat cu art. 11 alin. (4) din HG nr. 925/2006 cu modificările și completările ulterioare. Valorile cifrelor de afaceri aferente fiecărui an și media cifrei de afaceri pe ultimii trei ani se regăsesc în Formularul 7B – Declarație terț susținător economic și financiar, iar forma de constituire a acestor resurse este indicată în acest formular, respectiv *Susținere cifră de afaceri*, care conform articolelor 185 și 186 din OUG nr. 34/2006 cu modificările și completările ulterioare este forma legală de constituire. Suntem de acord cu autoritatea contractantă, privind faptul că cifra de afaceri nu constituie resursă efectivă, pe care ofertantul se va putea baza, pe perioada derulării contractului. Vă amintim, totuși faptul că ofertantul, pentru îndeplinirea cerinței privind disponibilitățile bănești, a depus în ofertă Scrisoare de bonitate nr. 559/25.11.2013, emisă de către Pireus

Bank, conform căreia, în cazul în care societatea ... va fi declarată câștigătoare, va avea disponibilități bănești în valoare de 5.100.000 lei, suma necesară asigurării fluxului de numerar, pentru execuția contractului de lucrări, pentru minim trei luni de derulare a contractului”.

În condițiile celor precizate de contestatoare, prin raportul procedurii nr., față de îndeplinirea cerinței de calificare privind cifra medie de afaceri, s-a reținut: "... terțul susținător nu pune la dispoziția ofertantului nicio sumă reprezentând valoarea totală/parțială din propunerea financiară, necesară pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică. Răspunsul nu este concludent", oferta fiind respinsă ca inacceptabilă în temeiul art. 36 alin. (1) lit. b) din OUG nr. 34/2006, pentru neîndeplinirea unei cerințe de calificare și neconformă potrivit art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006, pentru lipsa de concludență a explicațiilor prezentate.

Având în vedere prevederile coroborate ale art. 186 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, cu cele ale art. 11¹ alin. (4) din HG nr. 925/2006, care reglementează posibilitatea de îndeplinire a cerinței privind cifra de afaceri, inclusiv modalitatea de dovedire a îndeplinirii acesteia, Consiliul consideră că respingerea ofertei prezentate de contestatoare este nelegală.

Potrivit prevederilor art. 186 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, *În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1), de către o altă persoană, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, de regulă, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care aceasta confirmă faptul că va pune la dispoziția ofertantului/candidatului resursele financiare invocate. Persoana care asigură susținerea financiară nu trebuie să se afle în situația care determină excluderea din procedura de atribuire, conform prevederilor art. 180 și ale art. 181 lit. a), c¹) și d), iar în conformitate cu art. 11 alin. (4) din HG nr. 925/2006, În cazul în care susținerea terțului vizează îndeplinirea unor cerințe minime de calificare cum ar fi experiența similară reflectată prin prezentarea unor liste de produse/servicii/lucrări furnizate/prestate/executate într-o perioadă anterioară sau îndeplinirea unui nivel minim al cifrei de afaceri în domeniul de activitate aferent obiectului contractului de achiziție publică, angajamentul ferm prezentat de ofertant/candidat trebuie să garanteze autorității contractante faptul că, în cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, persoana susținătoare se obligă să asigure îndeplinirea completă și reglementară a obligațiilor contractuale prin implicarea sa directă.*

Fiind expres reglementat, pe de o parte, că prin angajamentul prezentat de terțul susținător pentru demonstrarea situației economice și financiare, acesta trebuie să confirme că va pune la dispoziția ofertantului resursele financiare invocate, iar pe de altă parte, că se obligă la asigurarea îndeplinirii complete și reglementare a obligațiilor contractuale prin implicarea sa directă, în cazul în care contractantul întâmpină

dificultăți pe parcursul derulării contractului, contestatoarea (prin terțul susținător) avea obligația de a prezenta oferta în consecință.

Prin Formularul 7A – *Angajament privind susținerea financiară a ofertantului/candidatului/grupului de operatori economici*, susținătorul a indicat: "... noi, German Company Meyer & John GmbH & Co. KG – Vilnius Branch ... ne obligăm, în mod ferm, necondiționat și irevocabil, să punem la dispoziția ... CIFRA MEDIE DE AFACERI PE ULTIMII TREI ANI în vederea îndeplinirii cerinței minime impusă de autoritatea contractantă, necesară pentru îndeplinirea integrală și la termen a tuturor obligațiilor asumate de aceasta conform ofertei prezentate și contractului de achiziție publică ce urmează a fi încheiat între ofertant și autoritatea contractantă."

Prin angajamentul prezentat, terțul susținător s-a obligat să pună la dispoziția ... cifra medie de afaceri pe ultimii trei ani, conform prevederilor art. 186 alin. (2) din ordonanță, respectând modelul angajamentului pus la dispoziție de autoritatea contractantă, obligându-se pentru îndeplinirea integrală și la termen a tuturor obligațiilor asumate conform ofertei (paragraf 3 din angajament).

Asigurându-se susținerea în cazul de față pentru cifra de afaceri, terțul susținător trebuia să se oblige în sensul art. 11¹ alin. (4) din hotărâre, la asigurarea îndeplinirii complete și reglementare a obligațiilor contractuale prin implicarea sa directă. Câtă vreme autoritatea contractantă nu i-a pus la dispoziție un formular care să cuprindă explicit o astfel de obligație, nu se poate constata o culpă a contestatoarei.

În condițiile în care s-a obligat să pună la dispoziția ... cifra medie de afaceri pe ultimii trei ani în vederea îndeplinirii cerinței minime impusă de autoritatea contractantă, necesară pentru îndeplinirea integrală și la termen a tuturor obligațiilor asumate de aceasta conform ofertei prezentate și contractului de achiziție publică ce urmează a fi încheiat între ofertant și autoritatea contractantă, se constată că angajamentul respectă formularul pus la dispoziție de achizitoare, sub acest aspect.

În angajament s-a indicat cifra medie de afaceri ca resursă unică pentru asigurarea integrală și la termen a tuturor obligațiilor asumate de ofertant conform ofertei prezentate și contractului de achiziție publică ce urmează a fi încheiat între ofertant și autoritatea contractantă, dar, pe lângă acestea, angajamentul trebuia să garanteze autorității contractante faptul că, în cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, persoana susținătoare se obligă să asigure îndeplinirea completă și reglementară a obligațiilor contractuale prin implicarea sa directă. O astfel de obligație, a îndeplinirii complete și reglementare, a contractului, prin implicarea directă a terțului susținător, trebuia precizată explicit și distinct.

Cât privește lipsa din angajamentul susținătorului a valorii pe care se va baza pe perioada de derulare a contractului, precum și a formei de constituire a acesteia din declarația anexă la angajament, Consiliul constată că, pentru terțul care asigură susținerea, autoritatea contractantă are obligația de a verifica incidența prevederilor art. 180 și 181 lit. a), c¹) și d) din ordonanță, iar nu deținerea altor resurse

financiare decât cele pentru care se acordă susținerea, cum este în cazul de față cifra de afaceri.

Într-adevăr, atât în paragraful 1 din angajament, cât și în paragraful 3, susținătorul nu a făcut referire la anumite resurse financiare sau la valoarea totală/partială din propunerea financiară, dar, nefiind susținută decât cifra de afaceri, acesta nu avea motive să indice alte resurse, cum în mod greșit a solicitat autoritatea contractantă.

Faptul că autoritatea contractantă a respectat la întocmirea documentației de atribuire, respectiv a formularelor necesare prevederile Ordinului ministrului Mediului și Pădurilor și al președintelui Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice nr. 2266/2012, astfel cum rezultă din punctul de vedere față de contestație, nu poate constitui o justificare a motivului de respingere reținut.

Cu toate că normele avute în vedere de autoritatea contractantă la stabilirea cerințelor documentației de atribuire sunt veridice acestea nu au forța juridică necesară pentru a deroga de la dispozițiile superioare din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 și Hotărârea Guvernului nr. 925/2006.

Câtă vreme prevederile art. 186 alin. (2) din ordonanță impun în sarcina terțului susținător prezentarea de dovezi că nu îi sunt incidente prevederile art. 180 și ale art. 181 lit. a), c¹) și d) din ordonanță, autoritatea contractantă nu poate impune ofertanților alte solicitări, precum precizarea de către terțul susținător a valorii avute în vedere pentru îndeplinirea contractului, precum și a formei de constituire a acesteia, astfel cum s-a procedat.

Se determină în aceste condiții că motivul de respingere a ofertei prezentate de contestatoare a fost eronat reținut de autoritatea contractantă, lipsa valorii avute în vedere de terțul susținător pentru îndeplinirea contractului (în cazul în care contractantul întâmpină dificultăți), și a formei de constituire a acesteia, nefiind în conformitate cu prevederile coroborate ale art. 186 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, cu cele ale art. 11¹ alin. (4) din HG nr. 925/2006, potrivit celor mai sus constatate.

Față de cele de mai sus, pentru a fi respectate prevederile art. 11¹ alin. (4) din HG nr. 925/2006, autoritatea contractantă trebuia să solicite ofertantului în temeiul art. 35 și 78 din HG nr. 925/2006, depunerea unui angajament care să cuprindă obligația îndeplinirii complete și reglementare a obligațiilor contractuale, de către susținător, prin implicarea sa directă, în cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului.

În aceste condiții, în temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din OUG nr. 34/2006, Consiliul admite contestația formulată de ... în contradictoriu cu ... și anulează raportul procedurii nr., în partea care privește oferta contestatoarei și oferta declarată câștigătoare, precum și comunicările cu rezultatul procedurii transmise acestora. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei ... și la stabilirea rezultatului procedurii cu întocmirea unui nou raport al procedurii în termen de 10 zile de la data

primirii prezentei. Comunicările privind rezultatul procedurii se vor transmite în termenul legal operatorilor economici implicați.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

...

MEMBRU COMPLET,

Redactată în 4 exemplare originale, cuprinde 15 (cincisprezece) pagini.