



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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.cnsr.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. ... / ... / ...
Data: 24.04.2015

Prin contestația nr. 1401/27.02.2015, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 2838/27.02.2015, depusă de SC ... SRL, cu sediul în ..., ..., județul ..., CUI ..., privind procedura de cerere de oferte pentru atribuirea contractului de lucrări de refacere a habitatelor naturale și speciilor sălbatice în cadrul siturilor Natura 2000 ROSPA0031 și ROSCI0065 din Delta Dunării, cod CPV 45200000-9, cu data de deschidere a ofertelor 14.10.2014, organizată de ..., cu sediul în ..., ..., județul ..., CIF 3722040, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire și reevaluarea ofertelor.

În baza legii și mijloacelor de probă aflate la dosar,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 278 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, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestația SC ... SRL nr. 1401/27.02.2015, în contradictoriu cu ..., și anulează raportul procedurii nr. 3399/23.02.2015, precum și adresele autorității contractante de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii de atribuire. Obligă autoritatea contractantă

la reevaluarea ofertelor și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea legislației în vigoare privind achizițiile publice, în termen de cel mult cincisprezece zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertelor, autoritatea va comunica ofertanților rezultatul procedurii potrivit ordonanței.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare.

MOTIVARE

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 266 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu amendamentele ulterioare, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SC ... SRL reclamă decizia autorității contractante de atribuire a contractului menționat în partea introductivă către asocierea SC Cacioianu Industrie SRL - SC Romwaclean Construct SRL, în urma reevaluării dispuse prin decizia Consiliului nr. 96/C11/3705/26.01.2015. În motivarea demersului său, contestatoarea afirmă că declararea câștigătoare a ofertei respectivei asocieri este nelegală și neîntemeiată, învederând că autoritatea contractantă, prin adresa nr. 1766/02.02.2015, a cerut asocierii să prezinte dovada îndeplinirii întocmai a cerinței de calificare privind media cifrei de afaceri în domeniul de activitate aferent obiectului contractului pe ultimii trei ani (2011, 2012, 2013), de cel puțin 14.100.882,00 lei, iar asocierea, în răspunsul dat, se limitează să afirme că mai mult de 25% din cifrele de afaceri ale terțului susținător al său sunt realizate din activități CAEN 4291 - Construcții hidrotehnice, fără nicio dovadă în acest sens (contracte comerciale, facturi, situații de lucrări etc). Față de acest răspuns, se impunea o revenire din partea autorității pentru demonstrarea realității afirmației asocierii. În plus, autoritatea trebuia să constate că, potrivit certificatului constatator nr. 220137/09.02.2015, emis de Oficiul Național al Registrului Comerțului, singura activitate autorizată conform art. 15 din Legea nr. 359/2004 și pe care terțul susținător SC Specialist Consulting SRL are dreptul să o desfășoare este CAEN 7112 - Activități de inginerie și consultanță tehnică legate de acestea, deci nu CAEN 4291 - Construcții hidrotehnice (obiectul contractului include lucrări de decolmatare a 30 km canale și gârle din zona complexurilor acvatice Sontea-Fortuna și Matita-Merhei). SC Specialist Consulting SRL nu este autorizată să execute niciuna dintre activitățile din domeniul "lucrări", inclusiv "construcții hidrotehnice".

Prin urmare, răspunsul dat de asociere era unul neconcludent, devenind incidente dispozițiile art. 79 alin. (1), coroborate cu cele

ale art. 81 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, autoritatea contractantă având obligația de a respinge oferta asocierii.

Contestatoarea solicită Consiliului să anuleze rezultatul achiziției și să analizeze toate documentele aferente ei, iar în ipoteza în care constată că și alte acte încalcă prevederile Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006, să facă aplicarea art. 278 alin. (3) din aceasta.

Cu adresa nr. 7848/06.04.2015, înregistrată la Consiliu cu nr. 5294/08.04.2015, autoritatea contractantă a transmis documentația de desfășurare a achiziției publice, fără a formula, în apărarea sa, un punct de vedere asupra contestației. Faptul că reprezentantul autorității a înțeles să nu își exercite dreptul la apărare prin formularea legală a unui punct de vedere asupra contestației nu împiedică soluționarea ei de către Consiliu, în condițiile în care art. 274 alin. (1) teza finală din ordonanță prevede expres că *lipsa punctului de vedere al autorității contractante nu împiedică soluționarea contestației/contestațiilor, în măsura în care s-a făcut dovada comunicării acesteia/acestora.*

SC ... SRL, în urma consultării documentelor primite de la autoritate de către Consiliu, a transmis acestuia concluziile scrise nr. 2634/10.04.2015, în cuprinsul cărora sunt reluate argumentele din contestație.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin invitația de participare nr. ..., publicată în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ..., autoritatea contractantă ... a inițiat o procedură de cerere de oferte în vederea achiziționării de lucrări de decolmatare a 30 km canale și gârle din zona complexurilor acvatice Sontea-Fortuna și Matita-Merhei, pentru refacerea anumitor habitate naturale din Delta Dunării, lucrări estimate valoric la 7.755.485 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ..., alături de invitația de participare.

La procedură au fost depuse două oferte, respectiv cea a SC ... SRL și cea a asocierii SC Cacioianu Industrie SRL - SC Romwaclean Construct SRL, iar câștigătoare a fost declarată oferta asocierii. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate anterior, SC ... SRL a investit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației ce formează obiectul prezentei cauze.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de lucrări, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie

atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru asocierea declarată câștigătoare. 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 art. 256 ind. 2 alin. (1) lit. b), coroborat cu alin. (2), din ordonanța privind achizițiile publice.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 170 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 – ofertanții au obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. Principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea aceluiași condiții impuse de autoritate, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității.

Principiile egalității de tratament și transparenței, care au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele,

cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C-19/00, pct. 34, și Hotărârea din 4 decembrie 2003, EVN și Wienstrom, C-448/01, pct. 47), constituie într-adevăr, temeiul directivelor privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (Hotărârea Universale-Bau și alții, C-470/99, pct. 91, și Hotărârea din 19 iunie 2003, GAT, C-315/01, pct. 73), iar obligația autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive (în acest sens sunt Hotărârea din 17 septembrie 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, pct. 81, și Hotărârea din 3 martie 2005, Fabricom, C-21/03 și C-34/03, pct. 26).

Depășind această scurtă introducere de subliniere a importanței respectării întru totul a regulilor impuse de autoritate în documentația de atribuire, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că una dintre cerințele care trebuiau îndeplinite de ofertanți pentru calificare este cea de la pct. III.2.2) - *Capacitatea economică și financiară* din fișa de date a achiziției: "*Media cifrei de afaceri a ofertantului în domeniul de activitate aferent obiectului contractului pe ultimii trei ani (2011, 2012, 2013) să fie cel puțin egală cu suma de: 14.100.882,00 lei.*" SC ... SRL pretinde că asocierea declarată câștigătoare nu a dovedit îndeplinirea acestei cerințe, context în care oferta ei ar fi trebuit respinsă.

Chestiunea îndeplinirii cerinței a mai fost supusă atenției Consiliului, prin precedentă contestație a SC ... SRL, soluționată prin decizia nr. 96/C11/3705/26.01.2015, în considerentele căreia s-a reținut, între altele:

[...] Pentru îndeplinirea cerinței de la punctul III.2.2 Capacitatea economică și financiară, ofertantul declarat câștigător a uzat de susținerea terțului SC SPECIALIST CONSULTING SRL, pentru care s-a depus Declarația pe proprie răspundere a acestuia, Formularul nr. 19 - Informații generale aferente ultimilor trei ani, precum și bilanțurile aferente anilor 2011, 2012, 2013, din care rezultă media cifrei de afaceri realizată, fără însă, a se evidenția domeniul de activitate în care a fost realizată această cifră de afaceri. Toate acestea, cu atât mai mult cu cât obiectul de activitate declarat al SC SPECIALIST CONSULTING SRL este, potrivit CAEN Rev.2, cod 7112 - Activități de inginerie și consultanță tehnică legate de aceasta, aparent fără nici o legătură cu domeniul de activitate aferent obiectului contractului - Lucrări - astfel cum s-a solicitat prin fișa de date.

[...] din cele prezentate în motivare, reiese, fără putință de tăgadă, că autoritatea contractantă nu a înțeles să își exercite dreptul și obligația corelativă, de a solicita clarificări ofertantului declarat câștigător, cu privire la conformitatea ofertei raportat la cerințele documentației de atribuire, în referire la cerințele privind „Media cifrei de afaceri a ofertantului în domeniul de activitate aferent obiectului contractului pe ultimii trei ani (2011, 2012, 2013)” [...].

Prin dispozitivul deciziei a fost admisă contestația și obligată autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei asocierii SC Cacioianu

Industrie SRL - SC Romwaclean Construct SRL, de la etapa verificării îndeplinirii criteriilor de calificare, cu solicitarea de clarificări potrivit celor precizate în motivare. Deși nu s-a consemnat în dispozitiv, raportul procedurii și actele de comunicare a rezultatului, emise de autoritate, se presupune că au fost anulate de către Consiliu.

În același dispozitiv s-a atras atenția că decizia este obligatorie pentru părți. Conform art. 280 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, decizia prin care Consiliul anulează în parte sau în tot actul atacat este obligatorie pentru autoritatea contractantă. Totodată, la alin. (3) al aceluiași articol se prevede că decizia este obligatorie pentru părți. Niciuna dintre părți nu a atacat decizia cu plângere la instanța de judecată, acceptând implicit că ea este în concordanță cu situația factuală a speței și cu prevederile legale. Existând autoritate de lucru judecat, nu se pot readuce în discuție cele statuate odată de Consiliu cu privire la critica pe care contestatoarea o aduce evaluării ofertei asocierii din perspectiva cerinței cifrei de afaceri.

Procedând la punerea în executare a deciziei, cu adresa nr. 1766/02.02.2015, autoritatea achizitoare a comunicat asocierii:

Referitor la cerința privind media cifrei de afaceri, asocierea SC Cacioianu Industrie SRL - SC Romwaclean Construct SRL a uzat de susținerea terțului SC Specialist Consulting SRL pentru care s-a depus Declarația pe proprie răspundere a acestuia, Formularul nr. 19 - Informații generale aferente ultimilor trei ani, precum și bilanțurile aferente anilor 2011, 2012, 2013, din care rezultă media cifrei de afaceri realizată, fără însă a se evidenția domeniul de activitate în care a fost realizată această cifră de afaceri. Drept urmare, se consideră necesar să prezentați dovada îndeplinirii întocmai a acestei cerințe, respectiv media cifrei de afaceri în domeniul de activitate aferent obiectului contractului pe ultimii trei ani (2011, 2012, 2013) să fie cel puțin egală cu suma de 14.100.882,00 lei.

Adresa în discuție nu a fost contestată de asociere, care a prezentat autorității următorul răspuns:

Referitor la solicitarea clarificării îndeplinirii condiției privitoare la cifra de afaceri pe activități specifice contractului:

- SC CACIOIANU INDUSTRIE SRL - cifrele de afaceri: 175.673 lei, 97.491 lei, 1.238.144 lei, conform bilanțurilor depuse la documentație;
- SC ROMWACLEAN CONSTRUCT SRL - cifrele de afaceri: 10.565 lei, 305.047 lei, 211.417 lei conform bilanțurilor depuse la documentație;
- SC CONSULTING SPECIALIST SRL - cifrele de afaceri : 4.474 446 lei, 8.001.688 lei, 10.062.302 lei, conform bilanțurilor depuse la documentație. Mai mult de 25% din cifrele de afaceri declarate este realizata din activitati conform codului caen 4291 Constructii hidrotehnice.

Astfel:

- SC CACIOIANU INDUSTRIE SRL: 251.884 lei
- SC ROMWACLEAN CONSTRUCT: 175.676.33 lei
- SC CONSULTING SPECIALIST SRL: 6.922.880,67 lei

Prin urmare, asocierea CACIOIANU INDUSTRIE - ROMWACLEAN CONSTRUCT, impreuna cu tertul sustinator indeplinesc conditia solicitata prin caietul de sarcini (Cifra de afaceri solicitata este de 14.100.882 lei, insa pentru

IMM-uri se reduce cu 50%), avand in vedere ca societatile implicate fac parte din categoria IMM-urilor.

SPECIALIST CONSULTING SRL are in obiectul de activitate toate activitatile aferente tipului de lucrări ce urmeaza a se executa conform Caietului de sarcini, începând de la consultanta, proiectare pana la execuție. Au expertiza necesara in ceea ce inseamna inginerie si execuție, asistenta tehnica si management, deci cifra de afaceri este relevanta in situatia de fata si îndeplinește cerința din Fisa de date. In plus, nu se specifica niciun cod CAEN concret in vederea îndeplinirii acestei cerințe, considerând ca obiectele de activitate ale tertului sustinator financiar sunt mai mult decât suficiente in îndeplinirea acestei cerințe, respectiv:

Activitatea principală: conform codificării (Ordin 337/2007) Rev. Caen (2), 7112 - Activități de inginerie și consultanță tehnică legate de acestea

Activitățile secundare: conform codificării (Ordin 337/2007) Rev. Caen (2)

4213 - Construcția de poduri și tuneluri

4291 - Construcții hidrotehnice

4299 - Lucrări de construcții a altor proiecte ingineresti n.c.a

4312 - Lucrări de pregătire a terenului

4313 - Lucrări de foraj și sondaj pentru construcții

4399 - Alte lucrări speciale de construcții n.c.a.

5040 - Transportul de marfă pe căi navigabile interioare

5222 - Activități de servicii anexe transportului pe apă

7022 - Activități de consultanță pentru afaceri și management

7111 - Activități de arhitectură

7120 - Activități de testări și analize tehnice

Se precizeaza ca rolul Tertului sustinator financiar este acela de a susține din punct de vedere financiar contractul incheiat cu Autoritatea Contractanta in cazul in care Ofertantul ramane fara resurse financiare. Deci, prin angajamentul asumat, Terțul sustinator financiar confirma faptul ca va pune la dispoziția Ofertantului resursele financiare necesare. Ceea ce tine de partea de execuție, cade in sarcina Ofertantului sau a Tertului sustinator tehnic si profesional.

Asocierea nu a furnizat autorității niciun mijloc de probă din care să reiasă că suma de 6.922.880,67 lei atribuită susținătorului SC Specialist Consulting SRL provine exclusiv din afaceri ale societății *în domeniul de activitate aferent obiectului contractului pe ultimii trei ani*, astfel cum s-a prevăzut în fișa de date a achiziției. Solicitarea primită din partea autorității a fost limpede, în sensul prezentării dovezii îndeplinirii întocmai a cerinței de calificare, iar nu doar a simplei declarări a cifrei de afaceri a tertului susținător.

În situațiile financiare anuale ale SC Specialist Consulting SRL, incluse în ofertă, nu se face nicio distincție în funcție de domeniul în care a fost dobândită cifra de afaceri, împrejurare în care ele nu ajută cu nimic la elucidarea cifrei care interesează în speță. Media anuală a cifrei pe toată sfera de activitate a firmei, asumată, prin semnătura reprezentantului ei (Cezar Romică Șerban), în formularul 19, este de 7.512.812 lei, diferită de suma de 6.922.880,67 lei declarată de o persoană nenumită din partea asocierii SC Cacioianu Industrie SRL - SC Romwaclean Construct SRL. Așadar, suma de 6.922.880,67 lei nici măcar nu este asumată de un reprezentant al

SC Specialist Consulting SRL, ci de o persoană nenumită din partea altor firme (cele două societăți asociate).

Din niciun act nu reiese că suma de 6.922.880,67 lei nu este declarată aleatoriu de persoana semnată în numele societăților asociate, doar pentru a îndeplini cerința de calificare și câștiga contractul, respectiv dovedirea veridicității ei. Nici față de afirmația că "*mai mult de 25% din cifrele de afaceri declarate este realizata din activitati conform codului caen 4291 Constructii hidrotehnice*" nu există deus vreun mijloc de probă, în pofida cerinței exprese a autorității de prezentare a unei dovezi de îndeplinire a cerinței de calificare.

Simpla declarație a unei persoane necunoscute, care nici măcar nu este reprezentantul SC Specialist Consulting SRL, în sensul că media cifrei de afaceri a acestei societăți pentru domeniul de activitate aferent obiectului contractului licitat (lucrări de decolmatore) este de 6.922.880,67 lei, adică peste 92% din întreaga medie a cifrei de afaceri a societății pe trei ani, nu poate fi acceptată pur și simplu. O asemenea declarație nu este suficientă pentru calificare, ci trebuie însoțită de documente prin care să se demonstreze în mod limpede îndeplinirea cerinței – a se vedea în această direcție decizia nr. 1046/R-CONT din 27 martie 2013 a Curții de Apel Pitești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal.

Pragul de 14.100.882 lei impus de autoritate, diminuat cu 50%, în baza art. 16 alin. (2) din Legea nr. 346/2004 privind stimularea înființării și dezvoltării întreprinderilor mici și mijlocii, dacă toate societățile implicate se încadrează în categoria IMM-urilor, înseamnă 7.050.441 lei, iar asocierea pretinde că, împreună cu media cifrei de afaceri a susținătorului, atinge valoarea de 7.350.441 lei (251.884 lei + 175.676.33 lei + 6.922.880,67 lei), cât să depășească limita minimă de 7.050.441 lei. Atribuirea susținătorului a unei medii a cifrei de afaceri specifice de 6.922.880,67 lei înseamnă că peste 92% din valoarea tuturor afacerilor susținătorului din anii de referință a fost dobândită din lucrări de decolmatore și aferente acestora, ceea ce este puțin probabil în lipsa unor acte justificative (contracte, procese-verbale de recepție, facturi, chitanțe, ordine de plată, extrase de cont, declarații ale beneficiarilor și altele asemenea).

SC Specialist Consulting SRL are ca obiect principal de activitate prestarea de "activități de inginerie și consultanță tehnică legate de acestea" (CAEN 7112), iar nu execuție de lucrări de decolmatore. Însăși denumirea societății evocă domeniul principal de activitate al ei (consultanța). În plus, societatea are o multitudine de activități secundare înregistrate în registrul comerțului, chiar și "coafură și alte activități de înfrumusețare" CAEN 9602, iar cifra sa

de afaceri globală provine din oricare dintre aceste activități, alături de cea principală (inginerie și consultanță).

Știind că asupra problemei dovedirii și certitudinii îndeplinirii cerinței în referință de către asocierea SC Cacioianu Industrie SRL - SC Romwaclean Construct SRL a mai existat un proces pe rolul Consiliului, proces în cadrul căruia asocierea a avut calitate de intervenientă accesorie în sprijinul autorității contractante, asocierea trebuia să manifeste o minimă diligență și să furnizeze autorității contractante dovezi pertinente și concludente asupra cifrelor de afaceri specifice pe care le invocă, cu specială privire asupra celei de 6.922.880,67 lei, atribuită firmei de consultanță SC Specialist Consulting SRL.

Este adevărat că legislația pe linie de achiziții publice admite susținerea ofertantului de către un terț pentru îndeplinirea cerinței de calificare privind cifra de afaceri, dovadă fiind și textul art. 11 ind. 1 alin. (4) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, respectiv că asocierea nu a încălcat dispozițiile legale prin cooptarea susținătorului SC Specialist Consulting SRL, dar și cifra de afaceri în domeniul contractului a acestuia trebuie dovedită la fel cum trebuie dovedită cifra asociaților ofertanți, în scopul de a se verifica dacă este reală și acoperă pragul minimal stabilit de autoritate. Îndeplinirea cerinței de calificare nu poate fi verificată prin simple afirmații ale celor care aspiră la obținerea contractului, fără niciun suport probator. Altminteri, nici nu ar mai fi necesare și utilizate documentele de calificare, ofertanții putând declara orice doresc, neexistând riscul că va fi verificată realitatea celor declarate.

Din niciunul dintre documentele răspunsului asocierii nr. 1405/09.02.2015 nu reiese realitatea valorilor mediilor cifrei de afaceri din domeniu ale asocierii și terțului susținător, iar membrii comisiei de evaluare nu s-au preocupat să verifice dacă cele trei societăți implicate au executat, într-adevăr, lucrări de decolmatare sau alte lucrări similare de 7.350.441 lei (251.884 lei + 175.676.33 lei + 6.922.880,67 lei). Consiliul nu tăgăduiește că aceste cifre nu ar fi corecte, însă răspunsul dat de asocierea nu are capacitatea de a le proba în vreun fel. Dimpotrivă, cifra de 6.922.880,67 lei nici măcar nu este plauzibilă, întrucât este aproape imposibil ca 92% din activitățile (92%) firmei de consultanță SC Specialist Consulting SRL să fi constat în execuția de lucrări (nu servicii) și nu în orice domeniu, ci doar în cel hidro.

Faptul că autoritatea nu a indicat un anumit cod CAEN al lucrării nu înseamnă că acesta nu poate fi identificat, mai cu seamă că atât ofertanții asociați SC Cacioianu Industrie SRL și SC Romwaclean Construct SRL, cât și susținătorul lor SC Specialist Consulting SRL, se presupune că sunt operatori economici

profesioniști, care au capacitatea de a identifica și executa lucrările pe care le licitează.

În decizia anterioară a Consiliului, comunicată inclusiv intervenientei, s-a precizat că nu este evidențiat domeniul de activitate în care a fost realizată cifra de afaceri, iar codul CAEN 7112, al SC Specialist Consulting SRL, este "aparent fără nici o legătură cu domeniul de activitate aferent obiectului contractului" (execuția de lucrări). Cu toate acestea, în răspunsul său nr. 1405/09.02.2015, asocierea îl include în obiectele de activitate ale terțului susținător, alături de alte coduri CAEN fără vreo conexiune cu lucrările de decolmatare:

- 4213 - Construcția de poduri și tuneluri
- 4299 - Lucrări de construcții a altor proiecte ingineresti n.c.a
- 4312 - Lucrări de pregătire a terenului
- 4313 - Lucrări de foraj și sondaj pentru construcții
- 4399 - Alte lucrări speciale de construcții n.c.a.
- 5040 - Transportul de marfă pe căi navigabile interioare
- 5222 - Activități de servicii anexe transportului pe apă
- 7022 - Activități de consultanță pentru afaceri și management
- 7111 - Activități de arhitectură
- 7120 - Activități de testări și analize tehnice.

Dacă 6.922.880,67 lei constituie media cifrei de afaceri a SC Specialist Consulting SRL din activitățile enumerate, atunci în mod cert ea nu respectă condiția impusă de autoritate în fișa de date, de a fi fost realizată în domeniul de activitate aferent obiectului contractului. Nici măcar autoritatea contractantă nu a fost în măsură să susțină admisibilitatea ofertei asocierii în privința chestiunii analizate, dovadă că nici punct de vedere de combatere a contestației nu a formulat.

Pe de altă parte, cum s-a arătat mai sus, pentru a putea fi avute în vedere la evaluare, era necesar ca cifrele declarate, determinate după nu se știe ce criteriu și documente, să fi fost confirmate prin prezentarea unor înscrisuri economice semnate și de SC Specialist Consulting SRL (pentru valoarea de 6.922.880,67 lei), însă asocierea nu a prezentat niciun astfel de înscris. Asocierea nu amintește de denumirea vreunei lucrări în domeniul hidrotehnic executate de SC Specialist Consulting SRL, cu valoarea aferentă, nemaivorbind de prezentarea unei copii a contractului de lucrări.

Întocmirea deficitară a răspunsului este imputabilă asocierii care l-a prezentat, iar nu autorității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor documentației, verificând amănunțit, nu formal, existența și conținutul înscrisurilor care să dovedească îndeplinirea întocmai a cerinței de calificare – art. 72 alin. (2) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006: comisia de evaluare are

obligația de a verifica îndeplinirea criteriilor de calificare de către ofertanți.

În speță, oferta asocierii SC Cacioianu Industrie SRL - SC Romwaclean Construct SRL se circumscrie art. 79 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, care prevede respingerea ei ca neconformă *"în cazul în care ofertantul nu transmite în perioada precizată de comisia de evaluare clarificările/răspunsurile solicitate sau în cazul în care explicațiile prezentate de ofertant nu sunt concludente"*, dat fiind că asocieria ei nu a reușit să furnizeze autorității explicații și documente relevante în sensul îndeplinirii cerințe cifrei de afaceri în domeniul contractului de achiziție publică.

Mai mult, din răspunsul nr. 1405/09.02.2015, se desprinde concluzia că asocieria a urmărit să beneficieze de susținerea financiară a SC Specialist Consulting SRL pentru execuția contractului, în cazul în care asocieria rămâne fără resurse financiare, ceea ce face inutilizabil angajamentul de susținere din perspectiva îndeplinirii cerinței de calificare constând în indicatorul financiar "cifra de afaceri". Există o diferență substanțială și de efecte între angajamentul pentru susținerea cu resurse financiare și angajamentul pentru susținerea cu indicatori financiari netransmisibili, diferență reglementată la art. 11 ind. 1 alin. (3) și (4) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006:

(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.

Dat fiind răspunsul semnat de Cacioianu Flori-Alexandra în numele asociaților SC Cacioianu Industrie SRL și SC Romwaclean Construct SRL ("rolul Tertului sustinator financiar este acela de a susține din punct de vedere financiar contractul incheiat cu Autoritatea Contractanta in cazul in care Ofertantul ramane fara resurse financiare. Deci, prin angajamentul asumat, Tertul sustinator financiar confirma faptul ca va pune la dispoziția Ofertantului resursele financiare necesare. Ceea ce tine de partea de execuție, cade in sarcina Ofertantului sau a Tertului sustinator tehnic si profesional."), angajamentul de susținere din partea SC Specialist Consulting SRL își schimbă regimul juridic, manoperă interzisă de legislația în vigoare. În discuție este îndeplinirea cerinței de calificare privind

cifra de afaceri (indicator al trecutului economic), iar nu finanțarea ulterioară a contractului. În angajamentul depus, SC Specialist Consulting SRL se obligă să pună la dispoziția asocierii resursele financiare pentru îndeplinirea criteriului cifra de afaceri pe ultimii trei ani, iar nu să asigure finanțarea contractului cu 7.050.441 lei. Faptul că asocierea nu înțelege instituțiile juridice aplicabile în materia achizițiilor publice nu o exonerează de suportarea consecințelor răspunsurilor pe care le furnizează.

În continuare, chestiunea care trebuie lămurită este dacă nivelul mediei cifrei de afaceri cerut de autoritate poate fi probat în condițiile legii prin cumularea mediilor cifrelor de afaceri ale SC Cacioianu Industrie SRL (251.884 lei) și SC Romwaclean Construct SRL (175.676,33 lei) cu cea a SC Specialist Consulting SRL (6.922.880,67 lei). Răspunsul pe care îl îmbrățișează Consiliul este unul negativ, după cum a statuat și în decizia nr. 1515/168C9/1630/22.05.2014:

"[...] Se observă din dispozițiile citate că, în cazul în care susținerea vizează o cerință minimă de calificare, cum este experiența similară, angajamentul ferm prezentat trebuie să garanteze autorității că terțul susținător se obligă să asigure îndeplinirea completă a contractului.

Or, în mod firesc, câtă vreme terțul susținător trebuie să îndeplinească contractul în cazul în care ofertantul întâmpină dificultăți, nu se poate aprecia că cerința poate fi îndeplinită parțial de către susținător.

Spre deosebire de cerințele care privesc resurse transferabile (tehnice, umane) și care pot fi îndeplinite prin cumul cu susținătorul (art. 11¹ alin. 3 din hotărâre), în cazul cerințelor minime de calificare, precum cifra de afaceri sau experiența similară, cerința trebuie îndeplinită fie de ofertant (asociere), fie prin intermediul unui terț susținător, neputându-se admite un cumul între experiența ofertantului (unui asociat) și a terțului.

De altfel, aceasta este și rațiunea pentru care Ordinul președintelui ANRMAP nr. 509/2011 a prevăzut, în anexa 2, la cerința privind experiența similară – ofertă comună + susținător că cerința privind experiența similară solicitată va fi îndeplinită în întregime de către un singur susținător.

Mai mult, în finalul anexei 2, se prevede că, indiferent dacă există un singur sau mai mulți susținători, cerințe privind cifra de afaceri sau cea privind experiența similară va fi îndeplinită în întregime de către o singură persoană respectiv un singur terț susținător.

În ordin se folosește cuvântul "cerința", la modul singular, pentru că există un singur criteriu de calificare (cerință) care privește experiența similară, și nu mai multe criterii de calificare (cerințe) care să privescă experiența similară.

Terțul susținător este cel care asigură autorității contractante îndeplinirea completă a contractului în locul ofertantului, astfel că, în mod firesc, cerința în discuție trebuie îndeplinită integral de un singur terț susținător. [...]"

Aceste argumente își găsesc pe deplin întrebuintare și în speța de față, în care se observă că în fișa de date a achiziției este prevăzută o unică cerință privind cifra de afaceri, care trebuia îndeplinită integral fie de către cei doi asociați, fie de către terțul susținător. Cerinței îi sunt aplicabile dispozițiile Ordinului nr. 509/2011, conform căroră, în cazul unei oferte comune (asociați) + terț susținător, cerința privind cifra de afaceri solicitată va fi

îndeplinită în întregime de către un singur susținător (deci nu prin cumul între acesta și ofertanții asociați sau alți susținători). Urmând aceeași logică, în finalul anexei nr. 2, președintele Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice stabilește că *"Indiferent dacă există un singur sau mai mulți susținători, cerința privind cifra de afaceri sau cea privind experiența similară va fi îndeplinită în întregime de către o singură persoană respectiv un singur terț susținător"*.

Consiliul constată că, în cazul asocierii SC Cacioianu Industrie SRL - SC Romwaclean Construct SRL, cerința privind cifra de afaceri nu este îndeplinită în întregime nici de către asocierea ofertantă și nici de către terțul susținător, ci în mod cumulat de asociere și de terțul susținător SC Specialist Consulting SRL, ceea ce contravine prevederilor legale evocate. Cu alte cuvinte, prin prisma acestor prevederi, nu este permisă cumularea cifrei susținătorului (6.922.880,67 lei) cu cea a celor doi ofertanți (251.884 lei + 175.676,33 lei) pentru a proba îndeplinirea cerinței de calificare a cifrei de afaceri (7.050.441 lei), ci se impune ca aceasta să fie deținută fie de către ofertanții asociați, fie de către susținător. Opțiunea combinării cifrei de afaceri a ofertanților cu cea a susținătorului nu este una validă din perspectiva normelor legale amintite.

Conform anexei nr. 2 la Ordinul nr. 509/2011, în cazul unei oferte comune (asociați) + terț susținător, nu toate cerințele de calificare se cumulează între ofertanții asociați și susținător:

- experiența similară și cifra de afaceri, ca elemente abstracte, fără o existență fizică, netransferabile, nu se cumulează;

- resursele financiare (lichiditățile), cele umane și cele tehnice, transferabile, se cumulează,

iar unele cerințe, cum sunt standardele de protecție a mediului și de calitate, nici măcar nu pot face obiectul susținerii.

Raționamentul operării acestei distincții își are originea în caracterul susținerii de excepție de la regula îndeplinirii cerințelor de calificare de către ofertanți și în normele art. 11 ind. 1 alin. (3) și (4) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006:

"(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."

Îndeplinirea completă și reglementară a obligațiilor contractuale prin implicarea directă a terțului presupune ca acesta să aibă măcar cifra de afaceri cerută ofertanților în fișa de date, nefiind permis ca acesta să dețină o cifră ne semnificativă sau pentru alte domenii ale lucrării, cum se întâmplă în cazul de față, care nu i-ar permite angajarea sa în îndeplinirea integrală a obligațiilor contractuale asumate de asocierea ofertantă pe care o susține (subrogarea acesteia). Pe de altă parte, susținerea ofertantului cu elemente abstracte (istoric al lucrărilor, indicatori financiari etc) nu reprezintă altceva decât o ficțiune, care nici măcar nu ar fi trebuit legiferată prin normele de aplicare a ordonanței, întrucât contravine art. 186 și 190 din ordonanță și admite vicierea rezultatului oricărei proceduri competitive de achiziție prin înlocuirea ofertantului declarat câștigător cu susținătorul său în etapa de executare a contractului.

Viziunea asocierii și autorității contractante din speță nu poate fi acceptată ca judicioasă de către Consiliu, întrucât s-ar ajunge ca niciunul dintre cei doi ofertanți asociați și nici susținătorul lor să nu dețină nivelul minim al cifrei de afaceri fixat de autoritate. Din acest motiv, Ordinul nr. 509/2011 stabilește că cifra de afaceri solicitată va fi îndeplinită în întregime de către un singur susținător (deci nu prin cumul între acesta și ofertanții asociați sau alți susținători).

Nimic nu i-a oprit pe SC Cacioianu Industrie SRL și SC Romwaclean Construct SRL să se asocieze și cu SC Specialist Consulting SRL, astfel încât să nu existe discuții relative la îndeplinirea cerinței de calificare.

Art. 170 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 dispune că ofertanții au obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire, iar în baza art. 34 alin. (1), art. 37 alin. (2), art. 72 alin. (2) lit. b) și art. 81 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006:

- comisia de evaluare are obligația de a verifica modul de îndeplinire a criteriilor de calificare, astfel cum au fost prevăzute în documentația de atribuire, de către fiecare ofertant în parte;

- oferta câștigătoare se stabilește numai dintre ofertele admisibile și numai pe baza criteriului de atribuire precizat în documentația de atribuire;

- comisia de evaluare are obligația de a verifica îndeplinirea criteriilor de calificare de către ofertanți;

- comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și ofertele neconforme.

În aceeași direcție, art. 200 din ordonanță dispune că autoritatea contractantă are obligația de a stabili oferta câștigătoare

pe baza criteriului de atribuire precizat în anunțul de participare și în documentația de atribuire, în condițiile în care ofertantul respectiv îndeplinește criteriile de selecție și calificare impuse.

Consecința participării la procedură cu o susținere parțială a cifrei de afaceri, nu integrală, cum prevede Ordinul nr. 509/2011, constă în respingerea fără ezitare a ofertei, căreia îi sunt incidente dispozițiile art. 36 alin. (1) lit. b) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 (*oferta este considerată inacceptabilă dacă ofertantul nu îndeplinește una sau mai multe dintre cerințele de calificare*) și cele ale art. 81 din același act normativ (*comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile*) - singura decizie legală cu privire la aceasta fiind cea de respingere a ei ca inacceptabilă, din cauza expusă. Întocmirea deficitară a ofertei este imputabilă asocierii care a prezentat-o, iar nu autorității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor documentației.

Așadar, se observă că autoritatea a procedat nelegal la constatarea îndeplinirii cerinței de calificare a cifrei de afaceri de către asocieria SC Cacioianu Industrie SRL - SC Romwaclean Construct SRL și la declararea câștigătoare a ofertei ei.

Față de ansamblul considerentelor expuse în paginile de mai sus se constată că evaluarea ofertei asocierii amintite s-a realizat cu nerespectarea dispozițiilor legale în vigoare și, pe cale de consecință, critica societății contestatoare privind nelegalitatea admiterii ofertei este fondată. Astfel fiind, în baza art. 278 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va admite contestația SC ... SRL nr. 1401/27.02.2015, în contradictoriu cu ..., va anula raportul procedurii nr. 3399/23.02.2015 și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea legislației în vigoare și a documentației de atribuire.

În baza aceluiași temei legal, va anula adresele autorității contractante de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii, subsecvente și dependente de raportul procedurii, și va obliga autoritatea să comunice ofertanților, după reevaluarea ofertelor, rezultatul procedurii de atribuire, conform Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

Redactată în patru exemplare, conține cincisprezece pagini.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...