



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

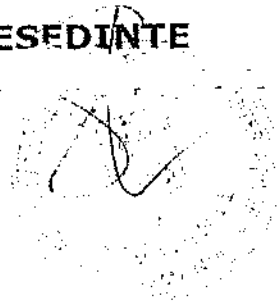
69464/04.07.2016
C.N.S.C.

Nr. 1991/1235/30 .06.2016

Către,
PRIMĂRIA MUNICIPIULUI IAȘI
Iași, b-dul Ștefan cel Mare și Sfânt nr. 11, județul Iași

În conformitate cu dispozițiile art. 27 alin. (8) 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 C.N.S.C., vă transmitem alăturat Decizia înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 1156/C7/1235 din 30.06.2016.

PRESEDINTE





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. 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. 1156/C7/1235

Data: 30.06.2016

Prin contestația nr. 16835/10.06.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 17749/10.06.2016, formulată de către S.C. _____, cu sediul în _____

nr. _____, județul _____, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. _____, având CUI RO _____, împotriva răspunsului nr. 61050/08.06.2016 la notificarea prealabilă emisă de către MUNICIPIUL IAȘI, cu sediul în Iași, b-dul Ștefan cel Mare și Sfânt nr. 11, județul Iași, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „Achiziționarea unui număr de 8 (opt) bucăți autobuze noi, cu podea joasă, destinate transportului public local de persoane”, se solicită admiterea contestației, anularea adresei nr. 58220/01.06.2016, de comunicare a rezultatului procedurii de achiziție publică, anularea raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente și conexe acestuia, reanalizarea și reevaluarea ofertei depuse de S.C. _____

în cadrul procedurii de atribuire și stabilirea ofertelor admisibile și conforme potrivit prevederilor din documentația de atribuire, dispozițiilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice, în ceea ce privește capacitatea economico-financiară a ofertantului S.C. _____

S.A. de a duce la îndeplinire toate obligațiile asumate, inclusiv cele referitoare la garanție și instruire personal, în raport cu propunerea financiară asumată.

Prin adresa nr. 235/23.06.2016, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 19150/24.06.2016, S.C. _____, cu sediul în _____

șos. _____, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. _____, având CUI RO _____ a înaintat

Consiliului cererea de intervenție accesorie, prin care solicită admiterea, în principiu, a acesteia și respingerea contestației S.C.

. ca inadmisibilă și, în subsidiar, ca nefondată.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul S.C. reclamă

decizia autorității contractante de declarare a ofertei depusă de S.C.

. ca fiind câștigătoare și corespunzătoare din punct de vedere al cerințelor documentației de atribuire, încălcarea dispozițiilor Anexei nr. 2 din Ordinul nr. 509/2011 cu privire la faptul că „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 de un singur terț susținător”, a dispozițiilor art. 3 alin. (1) din Instrucțiunea nr. 1 din 25.08.2015 a Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, emisă în aplicarea prevederilor art. 186 și 190 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, precum și nefolosirea la evaluarea ofertelor a sistemului concurențial și a cerințelor stabilite în legislația privind achizițiile publice, având ca scop final urmărit desemnarea ofertantului S.C.

. ca fiind câștigător, cu încălcarea normelor stabilite în legislația privind achizițiile publice și a principiului eficienței folosirii fondurilor publice.

Contestatorul arată că atât în cuprinsul anunțului de participare, cât și al documentației de atribuire, pct. III.2.2, subpunctul 2, se specifică faptul că *„În cazul unei asocieri, fiecare asociat este obligat să prezinte Formularul Informații Generale referitor la Cifra de afaceri, iar cerința minimă se va considera îndeplinită în mod cumulativ”*.

Astfel, contestatorul susține că la data de 01.06.2016, prin adresa nr. 58220, autoritatea contractantă i-a comunicat decizia de declarare a ofertei sale ca fiind admisibilă, dar necâștigătoare, deoarece s-a clasat pe locul 2, precum și faptul că *„oferta S.C. . a fost desemnată câștigătoare și corespunzătoare din punct de vedere al cerințelor documentației de atribuire”*.

În data de 07.06.2016, contestatorul, în calitate de persoană vătămată, a notificat autoritatea contractantă cu privire la motivele de nelegalitate care îi prejudiciază interesele comerciale și încalcă prevederile legislației privind achizițiile publice, în ceea ce privește declararea ofertei S.C. ca fiind câștigătoare.

Prin adresa nr. 61050 din 08.06.2016, autoritatea contractantă a răspuns că își menține atât comunicarea nr. 58220 din 01.06.2016, cât și raportul procedurii și toate actele subsecvente și conexe acestuia.

Cu privire la oferta depusă în data de 09.05.2016 de S.C. [redacted] pentru furnizarea a 8 (opt) autobuze noi cu podea joasă, precum și imposibilitatea acestuia de a susține financiar furnizarea respectivelor produse, deoarece a fost necesar suportul financiar a unui număr de 2 (doi) terți susținători, respectiv S.C. [redacted]

și S.C. [redacted], contestatorul apreciază că se încalcă grav prevederile Anexei nr. 2 din Ordinul nr. 509/2011 care prevede că *„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 de un singur terț susținător”*.

În consecință, chiar dacă inițial autoritatea contractantă creează o aparentă stare de legalitate, contestatorul menționează că ofertantul declarat câștigător nu poate demonstra o suficientă stabilitate pentru îndeplinirea contractului, conform cifrei de afaceri prezentate de acesta, iar terții susținători nu pot pune la dispoziție, individual, nicio sumă transferabilă reprezentând valoarea totală din propunerea financiară necesară pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, respectiv nu este îndeplinită cerința din fisa de date a achiziției: *„media cifrei de afaceri globale pe ultimii 3 ani (2013, 2014, 2015) să fie mai mare sau cel puțin egală cu 12.000.000 lei”*.

De asemenea, contestatorul evocă faptul că, în cazul resurselor netransferabile, cum este cifra de afaceri, terțul susținător trebuia să se oblige și să facă dovada că se implica 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 tuturor resurselor, inclusiv experiență pentru realizarea contractului.

Contestatorul susține că acest fapt este recunoscut și de autoritatea contractantă prin adresa nr. 61050 din 08.06.2016, în care menționează că terțul susținător trebuie *„să ofere garanții autorității contractante că, în cazul în care ofertantul în cauză nu reușește să livreze, să presteze sau să execute produsele/serviciile în cauză, acesta va fi ajutat sau înlocuit, fără costuri suplimentare, pentru a nu fi afectat termenul de livrare”*, dar se limitează în a considera suficientă Anexa nr. 1 la Angajamentul ferm, care menționează că *„terții susținători s-au obligat să pună la dispoziția autorității contractante cifra medie de afaceri pe ultimii trei ani”*, care este o resursă netransferabilă.

Astfel, S.C. [redacted] și S.R.L. [redacted] consideră că prezentarea de către S.C. [redacted] a unui număr de 2 (doi) terți susținători nu a profitat autorității contractante, deoarece s-a partajat între aceștia o cerință de calificare obligatorie, astfel încât fiecare terț susținător, luat în parte, nu a demonstrat că este apt să garanteze îndeplinirea completă și corespunzătoare a obligațiilor pentru

care acordă susținere, conform Anexei nr. 2 din Ordinul nr. 509/2011 și art. 11¹ alin. (4) din H.G. nr. 925/2006, iar în conformitate cu art. 1.447 alin. (1) din Cod civil - Creditorul (autoritatea contractantă) poate cere îndeplinirea obligației oricărui dintre debitorii solidari, fără ca acesta să îi poată opune beneficiul de diviziune.

În consecință, contestatorul consideră că această acțiune de verificare necorespunzătoare a terțului/terților susținători, a permis autorității contractante să nu se asigure că ofertantul câștigător S.C.

va fi, într-adevăr, capabil să utilizeze orice resursă transferabilă pe care se bazează pe toată perioada acoperită de contract (Cauza C-176/98,

parag. 28) și a conferit ofertantului declarat câștigător, premisele ofertării unui preț nereserios și implicit a furnizării unor produse, cu încălcarea principiului eficienței fondurilor publice și o neasigurării garanțiilor legale solicitate.

Cu privire la terții susținători S.C.

S.R.L. și S.C. contestatorul afirmă că acestea nu sunt întreprinderi legate sau afiliate cu S.C.

S.A. în sensul art. 44 din Legea nr. 346/2004, respectiv niciuna dintre aceste societăți nu deține majoritatea drepturilor de vot ale acționarilor sau ale asociațiilor celeilalte societăți, pentru o putea dispune de resursele financiare ale celeilalte societăți, conform certificatelor constatatoare de la Registrul Oficiul Comerțului.

În continuare, contestatorul evocă prevederile art. 3 alin. (1) din Instrucțiunea nr. 1 din 25.08.2015 a Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, emisă în aplicarea prevederilor art. 186 și 190 din O.U.G. nr. 34/2006, art. 2 alin. (2) din Legea nr. 93/2009 privind instituțiile financiare nebancare, precum și art. 273 lit. c) din Legea nr. 31/1990.

Mai mult decât atât, contestatorul consideră că terții susținători S.C. și S.C.

., conform informațiilor de la Registrul Comerțului, nu au activitate autorizată de comerț cu alte autovehicule - 4519, în conformitate cu art. 15 din Legea nr. 359/2004 și nici experiența necesară în desfășurarea comerțului cu autovehicule, deoarece au ca activități principale de activitate comerț cu aparate de uz gospodăresc, respectiv întreținerea și repararea autovehiculelor.

În consecință, având în vedere cele menționate, precum și principiul eficienței fondurilor publice, contestatorul consideră că respectivii terți susținători nu dispun de resursele financiare necesare susținerii S.C. ., neprezentând dovezi concludente în acest sens, iar transferul acestora de la terți către S.C.

. nu se va putea face cu respectarea prevederilor legale din domeniul financiar-bancar și contabil.

De asemenea, S.C. . apreciază ca insuficientă capacitatea financiară a ofertantului S.C.

. de a duce la îndeplinire toate obligațiile asumate, inclusiv cele

referitoare la garanție și instruire personal, în raport cu propunerea financiară asumată, în cuantum de 4.912.200 lei, respectiv 614.025 lei/buc, având în vedere că pentru îndeplinirea condițiilor de calificare referitoare la capacitatea economico-financiară (cifra de afaceri), a avut nevoie de susținerea financiară nu a unui singur terț susținător, ci a doi terți susținători, care nu au nicio minimă experiență în domeniu, iar luați individual, nu pot să garanteze autorității contractante susținerea financiară pentru îndeplinirea contractului conform ofertei prezentate și a contractului de achiziție publică ce urmează a fi încheiat între ofertant și autoritatea contractantă.

În considerarea motivelor expuse în cuprinsul contestației, S.C. S.R.L. solicită C.N.S.C. să constate nelegalitatea/netemeinicia și întocmirea necorespunzătoare a documentelor menționate mai sus și, pe cale de consecință, admiterea contestației, anularea adresei nr. 58220/01.06.2016 de comunicare a rezultatului procedurii de achiziție publică, anularea raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente și conexe acestuia, reanalizarea și reevaluarea ofertei depuse de S.C. în cadrul procedurii de atribuire și stabilirea ofertelor admisibile și conforme potrivit prevederilor din documentația de atribuire, dispozițiilor legale în vigoare în materia achizițiilor publice, în ceea ce privește capacitatea economico-financiară a ofertantului S.C. de a duce la îndeplinire toate obligațiile asumate, inclusiv cele referitoare la garanție și instruire personal, în raport cu propunerea financiară asumată.

În drept, S.C. .. arată că își întemeiază contestația pe dispozițiile art. 8 și urm. din Legea nr. 101/2016, precum și pe toate celelalte prevederi legale mai sus menționate, în vigoare la data organizării procedurii de atribuire, iar în susținere, anexează o serie de documente justificative.

Prin adresele nr. 63392/15.06.2016 și nr. 63768/15.06.2016, înregistrate la C.N.S.C. cu nr. 18637/21.06.2016, MUNICIPIUL IAȘI a transmis punctul său de vedere cu privire la contestația formulată, dosarul achiziției publice și ofertele depuse de către S.C.

Prin punctul de vedere transmis, autoritatea contractantă solicită C.N.S.C. admiterea excepției lipsei garanției de bună conduită, în temeiul art. 271¹ din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare și, pe fondul cauzei, respingerea contestației ca fiind nefondată și netemeinică, pentru următoarele considerente:

Pe cale de excepție, MUNICIPIUL IAȘI solicită Consiliului admiterea excepției lipsei garanției de bună conduită și respingerea contestației formulate, având în vedere faptul că ofertantul S.C.

nu și-a îndeplinit obligația de a constitui și depune garanția de bună conduită, prevăzută la art. 271¹ alin. (1), alin. (2) și alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006.

Cu privire la susținerile invocate de către contestator, pe fond, autoritatea contractantă susține că acestea sunt nelegale, nefondate și netemeinice, fiind formulate în mod tendențios, subliniind și afirmând faptul că s-au respectat stricto-sensu dispozițiile legale statuate prin O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, precum și pe cele ale H.G. nr. 925/2006, ale Hotărârii nr. 66/2016 și ale Instrucțiunii nr. 1 din 25.08.2015.

Cu privire la susținerea contestatorului, conform căreia, *„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 de un terț susținător”*, autoritatea contractantă invocă dispozițiile art. 3 din Hotărârea nr. 66/2016 privind modificarea și completarea H.G. nr. 925/2006, care statuează că la articolul 11¹, după alin. (6) se introduce un nou alineat, alin. (7), cu următorul cuprins: *„Atunci când ofertantul/candidatul demonstrează îndeplinirea unei cerințe de calificare legată de situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și/sau profesională, acesta poate invoca susținerea acordată de unul sau mai mulți terți, în condițiile art. 186, respectiv art. 190 din ordonanța de urgență, capacitatea acestuia/acestora urmând a fi cumulată cu cea a ofertantului/candidatului în ceea ce privește respectiva/respectiv cerință/cerințe”*.

Astfel, autoritatea contractantă arată că prezentarea de către S.C. _____, a unui număr de doi susținători, respectiv S.C. _____

și

S.R.L., profită din plin acesteia, deoarece capacitatea terților susținători va fi cumulată cu cea a ofertantului declarat câștigător, asigurând astfel îndeplinirea cerinței de calificare privind susținerea financiară pentru executarea contractului conform ofertei prezentate.

Autoritatea contractantă evocă instituția terțului susținător, care a fost introdusă în legislația achizițiilor publice pentru a promova concurența între operatorii economici, prin posibilitatea participării în cadrul procedurilor de atribuire și a unor ofertanți care nu îndeplinesc din anumite motive criteriile de calificare legate de capacitatea economică și/sau financiară și de capacitatea tehnică și/sau profesională, prevederile art. 186 și art. 190 din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, statuând, în mod explicit, această interpretare, citând prevederile art. 186 din ordonanță și art. 11 alin. (4) din H.G. nr. 925/2006.

MUNICIPIUL IAȘI susține că prin Formularul nr. 5a din documentația de atribuire - Angajament privind susținerea financiară a cifrei de afaceri globale a ofertantului, cei doi terți susținători au declarat că: *„... ne obligăm ca, în situația în care contractantul*

întâmpină dificultăți de natură financiară, pe parcursul derulării contractului, să garantăm, necondiționat și irevocabil, autorității contractante achizitoare, susținerea financiară pentru îndeplinirea contractului conform ofertei prezentate și a contractului de achiziție

publică ce urmează a fi încheiat între ofertant și autoritatea contractantă”.

În această situație, prin angajamentul prezentat și prin anexa nr. 1 la Angajamentul ferm privind susținerea financiară a cifrei de afaceri, terții susținători s-au obligat să pună la dispoziția autorității contractante, cifra medie de afaceri pe ultimii trei ani, conform prevederilor art. 186 alin. (2) din ordonanța de urgență aplicabilă, respectând modelul angajamentului pus la dispoziție de autoritatea contractantă, obligându-se pentru îndeplinirea integrală și la termen a tuturor obligațiilor asumate conform ofertei (paragraf 4 din angajament).

Având în vedere cerința din fișa de date a achiziției, că „*media cifrei de afaceri globale pe ultimii 3 ani (2013, 2014, 2015) să fie mai mare sau cel puțin egală cu 12.000.000 lei*”, precum și declarațiile privind cifra de afaceri a ofertantului și a celor doi terți susținători, autoritatea contractantă apreciază că această cerință este îndeplinită, cifra de afaceri globală cumulată a celor trei fiind de 13.739.725 lei.

Autoritatea contractantă menționează faptul că prevederile art. 11¹ alin. (3) - corespondentul art. 3 alin. (1) din Instrucțiunea nr. 1/25.08.2015 a ANAP, invocat de către contestator, precum și alin. (4) din H.G. 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, atât timp cât cifra de afaceri nu poate fi considerată o resursă transferabilă, se impune asigurarea implicării directe și necondiționate a terțului susținător în îndeplinirea contractului atunci când apar dificultăți, așa cum în speță s-a și realizat prin intermediul angajamentului terților.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă apreciază că necesitatea indicării în angajament a unei anumite valori (totală/parțială din propunerea financiară) necesară pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică, apare ca fiind inaplicabilă.

Cât privește susținerea S.C.

conform căreia autoritatea contractantă a realizat o „*acțiune de verificare necorespunzătoare a terților susținători*”, aceasta consideră că, pentru terțul/terții care asigură susținerea, avea 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.

În susținerea argumentelor sale, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 186 alin. (2) din O.U.G. nr. 34/2006, precum și cele ale art. 11¹ alin. (4) din H.G. nr. 925/2006 și solicită Consiliului să constate că angajamentul în cauză respectă dispozițiile legale, întrucât susținerea terților vizează îndeplinirea unei cerințe minime de calificare și anume nivelul minim al cifrei de afaceri.

Câtă vreme prevederile art. 186 alin. (2) din ordonanță impun în sarcina terțului/terților susținători prezentarea de dovezi că nu le sunt incidente prevederile art. 180 și ale art. 181 lit. a), c¹) și d) din ordonanță, autoritatea contractantă menționează că 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 susține contestatorul.

Potrivit dispozițiilor art. 1 alin. (2) din Instrucțiunea nr. 1 din 25.08.2015, „în scopul demonstrării acestor capacități, ofertantul/candidatul poate fi susținut, în vederea îndeplinirii contractului, și de o altă persoană denumită terț susținător, indiferent de natura relațiilor juridice existente între ofertant/candidat și persoana respectivă”, autoritatea contractantă menționează că terții susținători nu trebuie să fie întreprinderi „legate” sau afiliate cu S.C. S.A.

Astfel, autoritatea contractantă susține că în angajamentul terților 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 acestora garantează autorității contractante faptul că, în cazul în care contractantul întâmpină dificultăți pe parcursul derulării contractului, persoanele susținătoare se obligă să asigure îndeplinirea completă și reglementară a obligațiilor contractuale prin implicarea lor directă. Prin urmare, ofertantul câștigător a îndeplinit și această condiție prevăzută de art. 3 din Instrucțiunea nr. 1 din 25.08.2015.

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 apreciază că 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 în mod greșit susține contestatorul.

Autoritatea contractantă consideră că angajamentul ferm, concis și legal al terților susținători este mai mult decât suficient pentru dovedirea îndeplinirii criteriilor din caietul de sarcini, iar argumentele contestatorului exced legii, practic conturându-se fără echivoc intenția acestuia de a folosi în mod discreționar o cale procedurală administrativă statuată prin lege doar în scopul de a bloca autoritatea contractantă în îndeplinirea misiunii de a asigura serviciile publice necesare comunității.

Raportat la cele evocate și ținând seama de atribuțiile comisiei de evaluare, expres și imperativ prevăzute de lege, MUNICIPIUL IAȘI solicită Consiliului să constate că verificarea ofertei depuse de contestator s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica acesteia privind nelegalitatea evaluării ofertelor este nefondată, urmând să fie respinsă.

MUNICIPIUL IAȘI solicită C.N.S.C. să constate caracterul profund netemeinic al contestației formulate de S.C.

S.R.L., pe care solicită să fie respinsă ca nefondată, urmând ca, prin decizia pe care o va pronunța, să dispună menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă și continuarea procedurii de achiziție publică.

Prin adresa nr. 235/23.06.2016, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 19150/24.06.2016, S.C. a înaintat Consiliului

cererea de intervenție accesorie, prin care solicită admiterea în principiu a acesteia și respingerea contestației formulată de S.C.

. ca inadmisibilă și, în subsidiar, ca nefondată.

În principal, intervenientul consideră contestația formulată de ca fiind inadmisibilă, întrucât acesta nu a făcut dovada achitării garanției de bună conduită, condiție impusă de art. 271¹ din O.U.G. nr. 34/2006.

În subsidiar, intervenientul solicită Consiliului respingerea contestației ca nefondată, având în vedere că întreaga procedură de atribuire a contractului de achiziție publică respectă prevederile O.U.G. nr. 34/2006, precum și ale celorlalte acte normative incidente în materie.

Intervenientul apreciază că, în soluționarea contestației, trebuie avută în vedere forța juridică a fiecărui act normativ care reglementează achizițiile publice și, în acest sens, pe cea mai înaltă treaptă se află O.U.G. nr. 34/2006, urmată de H.G. nr. 925/2006, emisă în aplicarea celei dintâi, și abia apoi alte acte normative cu forță juridică inferioară, precum Ordinul nr. 509/2011. Totodată, trebuie observat principiul aplicării imediate a legii noi.

Pornind de la aceste aspecte prealabile, intervenientul învederează Consiliului faptul că susținerea sa de către doi terți susținători nu încalcă prevederile art. 186 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 și ale art. 11¹ din H.G. nr. 925/2006, pe care le citează împreună cu alin. (7) al aceluiași articol.

Intervenientul apreciază că din dispozițiile anterioare rezultă că cerința situației economice și financiare este reputată ca îndeplinită și prin susținerea acordată ofertantului de către unul sau mai mulți terți susținători. Astfel, alin. (2) al art. 186 din O.U.G. nr. 34/2006 impune prezentarea unui angajament ferm al terților susținători, spre a proba situația economică și financiară a ofertantului.

S.C. precizează că angajamentele ferme din 06.05.2016 ale celor doi terți susținători, S.C.

S.R.L. și S.C. L., au fost depuse în termenul legal la autoritatea contractantă în cadrul ofertei sale. Angajamentele ferme ale celor doi terți susținători reprezintă condiția necesară și suficientă, alături de celelalte înscrisuri depuse la autoritatea contractantă, spre a dovedi capacitatea sa economică și financiară. Ca efect al angajamentelor ferme, cei doi terți susținători sunt, alături de intervenienta, codebitori solidari în raport cu autoritatea contractantă. Solidaritatea pasivă reprezintă cea mai eficientă formă de garanție

personală pentru autoritatea contractantă, în cazul în care intervenientul ar întâmpina dificultăți de natură financiară pe parcursul executării contractului.

Astfel, intervenientul arată că, potrivit anunțului de participare nr. 166890/24.03.2016, media cifrei de afaceri globale pe ultimii trei ani (2013, 2014 și 2015) să fie mai mare sau cel puțin egală cu 12.000.000 lei, iar cifra sa de afaceri, cumulată cu cei doi susținători, depășește 12.000.000 lei, ridicându-se la nivelul de 13.739.725 lei și îndeplinind prevederile art. 11¹ alin. (7) din H.G. nr. 925/2006, ce prevăd cumularea situației economice și financiare a sa cu cele ale terților susținători.

În susținerea celor evocate, intervenientul menționează că prevederea din Anexa nr. 2 la Ordinul președintelui ANRMAP nr. 509/2011 nu se aplică din două motive: reprezintă un act cu forță juridică inferioară O.U.G. nr. 34/2006 și H.G. nr. 925/2006, iar alin. (7) al art. 11¹ din H.G. nr. 925/2006, a fost introdus prin H.G. nr. 66/2016 (în vigoare de la 25.02.2016), astfel că reprezintă o lege nouă, de imediată aplicare, iar Anexa nr. 2 face parte dintr-un act normativ emis în anul 2011.

Intervenientul arată că aplicarea prevederilor Ordinului președintelui ANRMAP nr. 509/2011, chiar și după intrarea în vigoare a art. 11¹ alin. (7) din H.G. nr. 925/2006, nu numai că ignoră ierarhia izvoarelor de drept și încalcă principiul aplicării imediate a legii noi, dar este de neconceput, dată fiind abrogarea sa implicită prin adoptarea art. 11¹ alin. (7) din H.G. nr. 925/2006. Dacă Consiliul nu ar accepta teza abrogării implicite a respectivei Anexe, intervenientul precizează că, oricum, ea nu este aplicabilă, de vreme ce situațiile în care legea veche activează, trebuie reglementate expres.

Văzând și mențiunea înscrisă în anunțul de participare, privind Legea nr. 346/2004, care precizează că: *„Dacă este cazul se poate prezenta Declarația pe propria răspundere privind încadrarea în categoria IMM”* și *„În cazul în care ofertantul se încadrează în categoria întreprinderilor mici și mijlocii, așa cum acestea sunt definite prin Legea nr. 346/2004 privind stimularea înființării și dezvoltării întreprinderilor mici și mijlocii, publicată în M.O. nr. 681/29 iulie 2004, cu modificările și completările ulterioare, acesta beneficiază de reducerea cu 50% a cerinței privind cifra de afaceri, garanția de participare și garanția de bună execuție. În aceste situații, ofertantul trebuie să completeze și să atașeze la ofertă Declarația pe propria răspundere privind încadrarea în categoria IMM”*, S.C. susține că a completat și atașat la oferta sa declarația pe proprie răspundere privind încadrarea în categoria IMM.

Intervenientul precizează că terțul său susținător S.C.

..., a prezentat media anuală a cifrei de afaceri pe ultimii 3 ani ca fiind 6.115.079 lei.

Astfel, intervenientul subliniază faptul că oferta sa este conformă și a fost declarată în mod legal câștigătoare, respectând atât prevederile legale invocate, cât și toate condițiile prevăzute de anunțul de

participare. Totodată, acesta precizează și faptul că a anexat ofertei sale și înscrisuri din care reiese că niciunul dintre terții susținători nu se găsește în vreo situație care să determine excluderea din procedura de atribuire, conform art. 180 și art. 181 lit. a), c¹) și d) din O.U.G. nr. 34/2006.

În concluzie, S.C. arată că, deși art. 186 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006 prevede că natura relațiilor juridice existente între ofertant/candidat și terțul/terții susținător(i) este indiferentă în aprecierea asupra situației economice și financiare, terțul său susținător S.C. S.R.L. prestează în favoarea sa servicii de service pentru autobuzele pe care le distribuie, iar Kilic Erhan, unul dintre acționari (41,93% din capitalul social), este asociatul unic al acestei societăți comerciale. Aceste două aspecte vin să confirme susținerea oferită de S.C. S.R.L., grefată pe raporturi comerciale stabile între cele două societăți.

S.C. solicită Consiliului admiterea în principiu a cererii sale de intervenție accesorie și respingerea contestației formulată de S.C. S.R.L. ca inadmisibilă și, în subsidiar, ca nefondată.

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

În calitate de autoritate contractantă, MUNICIPIUL IAȘI a inițiat o procedură de atribuire, prin licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect „Achiziționarea unui număr de 8 (opt) bucăți autobuze noi, cu podea joasă, destinate transportului public local de persoane”, cod CPV 34121400-5 Autobuze cu podea joasă (Rev.2), prin publicarea în S.E.A.P. a anunțului de participare nr. 166890/24.03.2016, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”, iar valoarea estimată a contractului de furnizare-6.129.030 lei, fără TVA.

Conform mențiunilor existente în procesul-verbal nr. 48899/09.05.2016 al ședinței de deschidere a ofertelor, 2 operatori economici au depus oferte, unul dintre aceștia fiind S.C. S.R.L.

S.R.L., contestatorul din prezenta cauză, în raportul procedurii nr. 58195/01.06.2016, întocmit în urma evaluării ofertelor, consemnându-se faptul că oferta depusă de către S.C. S.R.L.

S.R.L. a fost admisibilă dar oferta declarată câștigătoare în urma aplicării criteriului de atribuire a fost cea depusă de către S.C. S.A., cu o propunere financiară de 4.912.200 lei, fără T.V.A.

Comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire a fost făcută de către autoritatea contractantă către S.C. S.R.L.

S.R.L. prin adresa nr. 58220/01.06.2016, împotriva acestui rezultat fiind formulată prezenta contestație, S.C. S.A.

aducând critici legate de oferta depusă de către S.A. sub aspectul neîndeplinirii cerinței minime de calificare privind cifra de afaceri.

S.C. ... a transmis autorității contractante notificarea prealabilă nr. 16828/07.06.2016, aceasta răspunzând prin adresa nr. 61050/08.06.2016, în sensul menținerii deciziei sale.

În soluționarea cauzei, Consiliul are în vedere, ca o chestiune prealabilă, faptul că după depunerea contestației de către S.C.

..., a depus cerere de intervenție în interes propriu S.C. solicitând admiterea acesteia, în sensul prevederilor art. 61 alin. (2) din Codul de procedură civilă, respingerea contestației formulate de către S.C.

ca nefondată și menținerea rezultatului procedurii prin care oferta depusă de S.C. a fost desemnată câștigătoare a contractului aferent procedurii de atribuire în cauză.

Cu privire la admiterea în principiu a cererii de intervenție formulată de S.C. având în vedere faptul că interesul acestui ofertant, în calitate de câștigător al procedurii, este evident, Consiliul o va admite în principiu.

În temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul are în vedere că, prin punctul de vedere nr. 63392/15.06.2016 și prin adresa nr. 235/23.06.2016, autoritatea contractantă și intervenientul S.C.

susțin că S.C. ... nu a constituit garanția de bună conduită, conform dispozițiilor art. 271¹ alin. (1), (2) și (3) din O.U.G. nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Astfel, Consiliul va proceda, mai întâi, la soluționarea excepției neconstituirii garanției de bună conduită odată cu depunerea contestației, invocată de autoritatea contractantă și de intervenient, în baza art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia *„Consiliul 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”*.

Cu privire la excepția neconstituirii garanției de bună conduită odată cu depunerea contestației, invocată de autoritatea contractantă și de intervenient, Consiliul reține că S.C. ... a depus contestația nr. 16835/10.06.2016, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 17749/10.06.2016, fără a prezenta, în copie, dovada constituirii garanției de bună conduită, în conformitate cu prevederile art. 271¹ alin. (3) din O.U.G. nr. 34/2006, așa cum a fost modificat prin O.U.G. nr. 51/2014.

Asupra acestui aspect, Consiliul reține că O.U.G. nr. 34/2006 a fost abrogată prin Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, iar prin art. 69 alin. (1) și (2) se precizează că: *„(1) Contestațiile/Cererile/Plângerile aflate în curs de soluționare la Consiliu/instanța de judecată la data intrării în vigoare a prezentei legi continuă să fie soluționate în condițiile și cu procedura*

prevăzute de legea în vigoare la data la care au fost depuse. (2) Dispozițiile prezentei legi se aplică numai contestațiilor /cererilor/plângerilor formulate după intrarea ei în vigoare”.

Prin urmare, întrucât S.C. S.R.L. a depus contestația nr. 16835/10.06.2016, înregistrată la C.N.S.C. cu nr. 17749/10.06.2016, după data intrării în vigoare a Legii nr. 101/2016, respectiv 26.05.2016, Consiliul constată că acesteia i se fac aplicabile prevederile acestei legi, prin care nu i se mai impune contestatorului să constituie garanția de bună conduită.

Așadar, raportat la cele expuse mai sus, pentru motivele reținute anterior, în baza art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge excepția neconstituirii garanției de bună conduită odată cu depunerea contestației, invocată de către autoritatea contractantă MUNICIPIUL IAȘI și de către intervenientul S.C. , urmând a analiza pe fond criticile contestatorului.

Verificând susținerile contestatorului S.C.

S.R.L. legate de neîndeplinirea de către S.C. a cerinței minime de calificare privind cifra de afaceri, Consiliul constată netemeinicia acestora, prin raportare la conținutul cerinței minime de calificare și a dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice aplicabile în speță.

Astfel, se are în vedere faptul că prin documentația de atribuire, fișa de date a achiziției, pct. III.2.2), autoritatea contractantă a impus prezentarea de cocumente justificative legate de media cifrei de afaceri globale pe ultimii 3 ani (2013,2014,2015), „mai mare sau cel puțin egală cu 12.000.000 lei”.

De asemenea, s-a prevăzut „Informații privind susținerea economică și financiară a ofertantului de către o altă persoană (conform prevederilor art. 186 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare). Capacitatea economică și financiară a ofertantului poate fi susținută, pentru îndeplinirea unui contract, de o altă persoană, indiferent de natura relațiilor juridice existente între ofertant și persoana respectivă. Se va prezenta un angajament ferm al persoanei respective, prin care acesta confirmă faptul că va pune la dispoziția ofertantului resursele financiare invocate(...).”

Verificând documentele de calificare prezentate de către S.C.

, Consiliul constată că acesta a prezentat „Declarația” nr. 49137/10.05.2016 (a se vedea fila 157 din dosarul achiziției publice) în conținutul căreia a declarat doi terți susținători, respectiv pe S.C.

și S.C.

la paginile 22-23 din vol. „Documente calificare S.C.

S.A., transmis de autoritatea contractantă la dosarul cauzei, regăsindu-se Formularele nr. 5a-„Angajament privind susținerea financiară a cifrei de afaceri globală a ofertantului”, semnate de cei doi terți susținători ai ofertantului S.C.

Constatând că divergența dintre părți este legată de dispozițiile legale aplicabile, contestatorul susținând, pe de-o parte, că sunt

incidente dispozițiile Ordinului nr. 509/2011-Anexa nr. 2; conform căruia „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 de un singur terț susținător”, a dispozițiilor art. 3 alin. (1) din Instrucțiunea nr. 1 din 25.08.2015 a Autorității Naționale pentru Reglementarea și Monitorizarea Achizițiilor Publice, emisă în aplicarea prevederilor art. 186 și 190 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, iar autoritatea contractantă și intervenientul S.C. , pe de altă parte, susținând că sunt incidente prevederile HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, care la alin. (7) al art. 11¹ prevăd că: „Atunci când ofertantul/candidatul demonstrează îndeplinirea unei cerințe de calificare legată de situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și/sau profesională, acesta poate invoca susținerea acordată de unul sau mai mulți terți, în condițiile art. 186, respectiv art. 190 din ordonanța de urgență, capacitatea acestuia/acestora urmând a fi cumulată cu cea a ofertantului/candidatului în ceea ce privește respectiva/respectivele cerință/cerințe” (alineat introdus prin Hotărârea nr. 66/2016, privind modificarea și completarea HG nr. 925/2006), Consiliul reține în soluționare, ca fiind incidente în speță, următoarele prevederi legale în materia achizițiilor publice:

- art. 186 din OUG nr. 34/2006, conform căruia „(1) Capacitatea economică și financiară a ofertantului/candidatului poate fi susținută, pentru îndeplinirea unui contract, și de ao altă persoană, indiferent de natura relațiilor juridice existente între ofertant/candidat și persoana respectivă. (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(...)”;

- art. 3 din Hotărârea nr. 66/2016, privind modificarea și completarea H.G. nr. 925/2006, conform căruia la articolul 11¹, după alin. (6) se introduce un nou alineat, alin. (7), cu următorul cuprins: „Atunci când ofertantul/candidatul demonstrează îndeplinirea unei cerințe de calificare legată de situația economică și financiară și/sau capacitatea tehnică și/sau profesională, acesta poate invoca susținerea acordată de unul sau mai mulți terți, în condițiile art. 186, respectiv art. 190 din ordonanța de urgență, capacitatea acestuia/acestora urmând a fi cumulată cu cea a ofertantului/candidatului în ceea ce privește respectiva/respectivele cerință/cerințe”.

Așadar, din textele legale citate anterior reiese dreptul unui ofertant de a opta să invoce susținerea acordată de unul sau mai mulți terți pentru îndeplinirea unei cerințe de calificare impusă de o autoritate contractantă prin documentația de atribuire, completarea adusă de HG nr. 66/2006, privind modificarea și completarea H.G. nr. 925/2006, fiind

În avantajul ofertanților care pot îndeplini cerința de calificare impusă în baza art. 186 din ordonanța de urgență, prin cumularea capacității lor economice și financiare cu cea a terțului/terților susținători, cum este în prezenta speță.

Astfel, Consiliul are în vedere faptul că, în vederea îndeplinirii cerinței minime de calificare în discuție, ofertantul S.C.

S.A. a uzat de dreptul conferit de art. 186 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, coroborat cu art. 11¹ alin. (7) din HG nr. 925/2006, modificat prin HG nr. 66/2016, propunând un număr de doi terți susținători (S.C.

- și S.C.

a căror capacitate financiară urma să fie cumulată cu cea a societății sale, demersul ofertantului S.C. fiind în concordanță cu dispozițiile legale citate anterior în motivare, motiv pentru care se constată că susținerile contestaorului sub acest aspect sunt neîntemeiate.

Prin angajamentele prezentate de cei doi terți susținători S.C.

și S.C.

(a se vedea Formularele nr. 5a din vol. „Documente de calificare ale ofertantului S.C. , din D.A.P.) se constată că aceștia, în concordanță cu prevederile legale citate și cu condițiile impuse de autoritatea contractantă, au declarat că: „(...) ne obligăm ca, în situația în care contractantul S.C. întâmpină dificultăți de natură financiară, pe parcursul derulării contractului, să garantăm, necondiționat și irevocabil, autorității contractante achizitoare, susținerea financiară pentru îndeplinirea contractului conform ofertei prezentate și a contractului de achiziție publică ce urmează a fi încheiat între ofertant și autoritatea contractantă”.

Prin raportare la media cifrei de afaceri globale pe ultimii 3 ani impusă de Municipiul Iași prin fișa de date a achiziției, și anume 12.000.000 lei, Consiliul constată că, în mod întemeiat, autoritatea contractantă a apreciat că S.C. a îndeplinit cerința minimă de calificare (13.739.725 lei).

În soluționare, Consiliul reține ca fiind pertinente susținerile autorității contractante conform cărora prevederile art. 11¹ alin. (3) - corespondentul art. 3 alin. (1) din Instrucțiunea nr. 1/25.08.2015 a ANAP, invocat de către contestator, precum și alin. (4) din H.G. 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, atât timp cât cifra de afaceri nu poate fi considerată o resursă transferabilă, se impune asigurarea implicării directe și necondiționate a terțului susținător în îndeplinirea contractului atunci când apar dificultăți, așa cum în speță s-a și realizat prin intermediul angajamentului terților.

De asemenea, se au în vedere și argumentele acesteia conform cărora necesitatea indicării în angajamentul de susținere a unei anumite

valori (totală/parțială din propunerea financiară) necesară pentru îndeplinirea integrală, reglementară și la termen a contractului de achiziție publică, apare ca fiind inaplicabilă.

Așadar, în evaluarea ofertelor, în ceea ce privește verificarea îndeplinirii cerinței de calificare privind cifra de afaceri, în conformitate cu prevederile art. 72 alin. (2) lit. b) din HG nr. 925/2006, comisia de evaluare s-a raportat, în mod corect, la conținutul cerinței de calificare impusă de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, obligația comisiei fiind aceea de a verifica incidența prevederilor art. 180 și 181 lit. a), c¹) și d), precum și cele art. 186 din ordonanță, coroborate cu cele ale art. 11¹ din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, iar nu deținerea altor resurse financiare decât cele pentru care se acordă susținerea, cum este în cazul de față cifra de afaceri.

Consiliul respinge susținerile contestatorului conform cărora cei doi terți susținători nu sunt întreprinderi „legate” sau afiliate cu S.C.

În speță fiind incidente dispozițiile art. 1 alin. (2) din Instrucțiunea nr. 1 din 25.08.2015, care prevăd că „În scopul demonstrării acestor capacități, ofertantul/candidatul poate fi susținut, în vederea îndeplinirii contractului, și de o altă persoană denumită terț susținător, indiferent de natura relațiilor juridice existente între ofertant/candidat și persoana respectivă”, care nu impun astfel de condiții în sarcina ofertantului/terțului.

În aceste condiții, pentru considerentele anterioare, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, Consiliul respinge contestația formulată de către S.C.

S.R.L., în contradictoriu cu autoritatea contractantă MUNICIPIUL IAȘI, ca nefondată și dispune continuarea procedurii de atribuire.

Pe cale de consecință, dată fiind soluția pronunțată pe fondul cauzei, în urma căreia Consiliul menține evaluarea efectuată de către autoritatea contractantă MUNICIPIUL IAȘI, Consiliul admite cererea de intervenție formulată de către S.C.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția neconstituirii garanției de bună conduită odată cu depunerea contestației, de către S.C.

S.R.L., invocată de autoritatea contractantă și de către intervenientul

Respinge contestația formulată de către S.C.

, cu sediul în

județul Ilfov, în contradictoriu cu MUNICIPIUL IAȘI, cu sediul în Iași, b-dul Ștefan cel Mare și Sfânt nr. 11, județul Iași, ca nefondată.

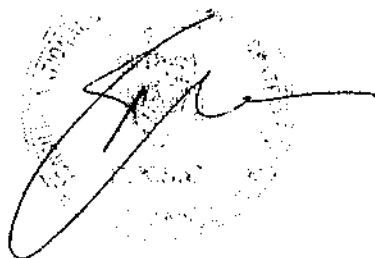
Admite cererea de intervenție formulată de către _____, județul _____, cu sediul în _____

Dispune continuarea procedurii de atribuire.


Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,



MEMBRU,



MEMBRU,



Redactată în 5 (cinci) exemplare, conține 17 (șaptesprezece) pagini.