

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. 620/C1/523

Data: 11.03.2024

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 11036/22.02.2024, formulată de L în calitate de lider al Asocierii L - SRL, cu sediul în, ..., jud., având CUI RO, înregistrată la Oficiul Registrul Comerțului sub nr., împotriva rezultatului procedurii, emis de către, cu sediul în, str., județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate organizate în vederea atribuirii contractului de achiziție având ca obiect: „Proiectare și execuție pentru lucrări de „Consolidare terasamente și refacere DJ220, km 88+950 - 92+853, comuna Sărulești, Județul” cod CPV 45233330-1, s-a solicitat:

- anularea comunicării privind rezultatul reevaluării ofertei, emisă de în calitate de autoritate contractantă ca urmare a Deciziei CNSC 1478/C1/1349 din 29.06.2023, rămasă definitivă prin Decizia Curții de Apel nr. 631/17.08.2023, în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție - Procedura simplificata „Consolidare terasamente și refacere DJ 220, km. 88+950 - 92+853, com. Sărulești, jud.” cod unic de identificare a achiziției/2022/L, a tuturor actelor subsecvente, precum și a rezultatului procedurii, respectiv declararea ca ofertă câștigătoare cea depusă de Asocierea SRL;

- anularea raportului procedurii, înregistrat sub nr. 3028/14.02.2024 și a tuturor actelor subsecvente acestora în ceea ce privește respingerea (excluderea) ofertei depusa de Asocierea L - SRL, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) și i) dar și declararea ca neconformă a ofertei sale în temeiul art. 137 alin (3) lit. d) din HG nr. 395/2016 și în ceea ce privește rezultatul procedurii, respectiv declararea ca oferta câștigătoare pe cea depusa de Asocierea SRL;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor cu luarea în considerare a ofertei asocierii al cărei lider este și, în cazul în care se va considera necesar, efectuarea tuturor demersurilor legale necesare constatării acceptabilității și conformității ofertei sale, în regim de continuitate și, ulterior, stabilirea în mod legal a ofertei câștigătoare.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

Contestatorul precizează că în data de 12.12.2022, a primit, din partea autorității contractante, adresa nr. 20061 prin care i s-a

comunicat faptul că oferta depusă de Asocieria L - SRL a fost respinsă, ca inacceptabilă, în baza art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, pentru modificarea conținutului propunerii financiare prin răspunsul la clarificări și i s-a adus la cunoștință că a fost declarată câștigătoare oferta depusă de Asocieria SRL pentru prețul de 8.533.327,84 lei fără TVA.

Împotriva rezultatului menționat mai sus, contestatorul susține că formulat contestația înregistrată la CNSC, contestație care a fost soluționată prin Decizia CNSC nr. 117/C1/3098 din 16.01.2023, admitându-se contestația formulată, anulându-se raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente acestuia și obligându-se autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei cu respectarea prevederilor legale și a motivării aferente deciziei pronunțate, în termen de 10 zile de la comunicare. Decizia CNSC mai sus menționată nu a fost atacată cu plângere la Curtea de Apel.

După finalizarea procesului de reevaluare a ofertei sale, conform Deciziei CNSC menționată mai sus și comunicată autorității contractante în data de 20.01.2023, s-a hotărât că oferta asocierii sale a fost respinsă în urma reevaluării financiare, invocându-se următoarele motive:

1. „ofertă inacceptabilă în baza art. 124 alin. (3) din HG nr. 395/2016 pentru că ofertantul nu s-a conformat solicitării autorității contractante de a prelungi valabilitatea garanției de participare implicit valabilitatea ofertei, în regim de continuitate în urma Înștiințării din 12.12.2022 transmisă prin mijloace electronice, tuturor ofertanților participanți la procedura de achiziție publică (lideri de asociere, asociați, subcontractanți) utilizând adresele de e-mail declarate de operatorii economici în propriile declarații DUAЕ.

2. ofertă inacceptabilă în baza art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 pentru modificarea conținutului propunerii financiare prin răspunsul din 18.10.2022 la clarificările solicitate în 17.10.2022, constatată în urma reevaluării propunerii financiare pe baza devizului care a fundamentat oferta de preț, prezentat de ofertant prin răspunsul din 23.01.2023 la clarificările solicitate în 20.01.2023;

3. ofertă inacceptabilă în baza art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 pentru răspunsuri neconcludente constând în refuzul repetat de a justifica o ofertă revizuită pentru prețul unor materiale, în urma clarificărilor solicitate în 27.01.2023, respectiv 31.01.2023 și refuzul de a declara pe propria răspundere dacă asociatul SC SRL a primit pe adresa de e-mail declarată în DUAЕ, înștiințarea din 12.12.2022 privind solicitarea de a fi prelungită valabilitatea garanției de participare și implicit valabilitatea ofertei în regim de continuitate”.

Împotriva rezultatului menționat mai sus, contestatorul precizează că a formulat din nou contestație la CNSC, contestație care a fost

soluționată prin Decizia CNSC nr. 609/C1/354 din 17.03.2023, admitându-se din nou contestația formulată de el, anulându-se raportul procedurii și actele subsecvente și dispunându-se reevaluarea ofertei sale cu respectarea întocmai a celor dispuse prin Decizia CNSC nr. 117/C1/3098 din 16.01.2023, a legislației incidente, a motivării Deciziei CNSC nr. 609/C1/354 din 17.03.2023, în termen de 10 zile de la comunicare.

Împotriva Deciziei CNSC nr. 609/C1/354 din 17.03.2023, autoritatea contractantă a formulat plângere, plângere ce a fost

respinsă, ca tardivă, de Curtea de Apel Ploiești prin Decizia nr. 457/04.05.2023 pronunțată în dosarul nr. 381/42/2023, astfel încât, decizia CNSC a rămas definitivă.

Contestatorul arată că în urma reevaluării conform Deciziilor CNSC menționate mai sus, s-a hotărât că oferta asocierii sale a fost respinsă în urma celei de-a doua reevaluări financiare, ignorându-se complet Deciziile CNSC nr. 117/C1/3098 din 16.01.2023 și nr. 609/C1/354 din 17.03.2023, emițându-se raportul de evaluare nr. 90005/15.05.2023, invocându-se următoarele motive:

«1. „ofertă inacceptabilă în baza art. 124 alin. (3) din HG nr. 395/2016 pentru că ofertantul nu s-a conformat solicitării autorității contractante de a prelungi valabilitatea garanției de participare implicit valabilitatea ofertei, în regim de continuitate în urma înștiințării din 12.12.2022 transmisă prin mijloace electronice, tuturor ofertanților participanți la procedura de achiziție publică (lideri de asociere, asociați, subcontractanți) utilizând adresele de e-mail declarate de operatorii economici în propriile declarații DUAЕ. Motivul de respingere a fost reanalizat în baza Deciziei nr. 609/C1/354/17.03.2023 în care s-a constatat că CNSC a omis menționarea dovezilor incontestabile pe care le-a avut la dispoziție pentru reevaluarea contestației și anume dovada recepționării de către ofertant a mesajului transmis de autoritatea contractantă și răspunsul primit din partea Autorității pentru Digitalizarea României care administrează platforma SEAP.

2. ofertă Inacceptabilă în baza art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 pentru modificarea conținutului propunerii financiare prin răspunsul din 18.10.2022 la clarificările solicitate în 17.10.2022, constatată și în urma reevaluării propunerii financiare prin analiza în principal a excepției prevăzută de art. 134 alin. (10) din HG nr. 395/2016 invocată de CNSC în Decizia nr. 117/C1/3098 din 16.01.2023 pe baza devizului care a fundamentat oferta generală de preț, prezentat de ofertant după deschiderea ofertelor prin răspunsul din 23.01.2023 la clarificările solicitate în 20.01.2023. În urma reevaluării excepției prevăzută de art. 134 alin. (10) din HG nr. 395/2016, prin refacerea calculelor aferente implicit alături de prețul total al ofertei, s-a constatat că abaterea nu este minoră, întrucât nu se încadrează în limitele excepției prevăzută de art. 134 alin. (9) lit. a) din HG nr. 395/2016, depășind 1% din prețul total al ofertei. Motivul de respingere s-a fundamentat ținând cont și de alte excepții reglementate legal, cum ar fi excepția prevăzută de art. 134 alin. (9) lit. e) din HG nr. 395/2016, pentru faptul că Fișa de date a achiziției a exclus în mod clar posibilitatea ca ofertanții să se abată de la cerințele exacte ale respectivei documentații, iar oferta inițială nu a fost în conformitate cu aceste cerințe pentru faptul că s-a regăsit o listă de

prețuri prin care ofertantul și-a propus să execute contractul prin decontarea în execuție a unor prețuri mai mari la fierul beton, față de cele justificate în oferta inițială prin oferta furnizorului, încălcând astfel prevederile art. 165¹ alin. (2) din HG nr. 395/2016 care reglementează că „pe parcursul execuției contractului nu este permisă modificarea prețurilor din ofertă în funcție de variațiile prețurilor practicate de furnizorii de la care contractantul se aprovizionează”.

3. ofertă inacceptabilă în baza art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 pentru răspunsuri neconcludente constând în refuzul repetat

de a justifica o ofertă revizuită pentru prețul unor materiale, în urma clarificărilor solicitate în 27.01.2023, respectiv 31.01.2023 și refuzul de a declara pe propria răspundere dacă asociatul SC SRL a primit pe adresa de e-mail declarată în DUAЕ, înștiințarea din 12.12.2022 privind solicitarea de a fi prelungită valabilitatea garanției de participare și implicit valabilitatea ofertei în regim de continuitate.

4. ofertă neconformă în baza art. 137 alin. (3) lit. d) din HG nr. 395/2016 pentru că propunerea financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice, referitor la cantitatea de fier beton propusă inițial în oferta tehnică comparativ cu cea din devizul propunerii financiare, ceea ce ar putea conduce la „executarea defectuoasă a contractului” conform excepției prevăzută de art. 134 alin. (9) lit. d) din HG nr. 395/2016».

Contestatorul precizează că, împotriva raportului procedurii nr. 90005/15.05.2023, a formulat contestație care a fost admisă de CNSC prin Decizia CNSC nr. 1478/C1/1349 din 29.06.2023 prin care s-a dispus anularea raportului procedurii și a actelor subsecvente și a dispus reevaluarea ofertei depuse cu respectarea întocmai a documentației de atribuire, a Deciziei nr. 609/C1/354 din 17.03.2023, a legislației incidente și motivării aferentă acestei decizii, în termen de 10 zile de la comunicare.

Împotriva acestei decizii a CNSC, a formulat plângere autoritatea contractantă, plângere care a fost respinsă de Curtea de Apel Ploiești prin Decizia nr. 631/17.08.2023 care a dispus și reevaluarea ofertei.

Contestatorul arată că, deși Decizia Curții de Apel Ploiești își producea efectele din data de 17.08.2023, dată la care a rămas definitivă, până în data de 14.02.2024 nu a fost executată obligația menționată mai sus, fiind chiar prelungită, în mod nelegal, perioada de evaluare, încălcându-se toate prevederile legislative incidente.

De asemenea, arată că, după 6 luni, în care autoritatea contractantă a refuzat efectiv să își îndeplinească obligațiile legale, perioadă în care s-a încercat orice în scopul evitării declarării câștigătoare a ofertei sale (inclusiv propunându-se, nelegal, anularea procedurii), a fost emis raportul înregistrat sub nr. 3028/14.02.2024 prin care s-a hotărât respingerea (excluderea) ofertei sale în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) și i), dar și declararea, ca neconformă, a ofertei sale în temeiul art. 137 alin. (3) lit. d) din HG nr. 395/2016 și declararea, ca ofertă câștigătoare, cea depusă de Asocieria SRL.

Cu privire la modalitatea în care a fost reevaluată pentru a treia oară oferta sa, consideră că autoritatea contractantă dă încă o dată dovadă de rea-credință și neprofesionalism ignorând, efectiv prevederile legale incidente, dar și dispozitivul și considerentele Deciziilor CNSC pronunțate, care au caracter obligatoriu.

Mai mult decât atât, precizează că în întreaga activitate de evaluare, așa cum rezultă aceasta din înscrisurile atașate raportului, rezultă foarte clar faptul că s-au încălcat flagrant prevederile legale incidente și chiar s-au fabricat înscrisuri utilizându-se numere de înregistrare din alte zile decât cele în care au fost emise înscrisurile (sens în care solicită a se vedea mențiunile aflate pe PV 18.077/24.10.2023), s-au alterat în raportul procedurii punctele de vedere emise de membrii comisiei, dar s-au și ignorat efectiv prevederile legale privind modalitatea de lucru și de luare a deciziilor de către Comisia de evaluare.

De asemenea, susține că în scopul încercării inducerii în eroare și favorizării asocierii declarate câștigătoare, la pagina 5 a raportului procedurii, la capitolul „& din valoarea estimată”, a fost chiar menționat eronat procentul aferent asocierii declarată ulterior ca și câștigătoare ca fiind de 85,69 % deși prețul era mai mare decât cel pe care asocierea sa îl avea, iar în cazul asocierii sale a fost trecut procentul de 87,12 % deși prețul său era cel mai mic dintre participanți.

În opinia sa, trebuie avut în vedere faptul că forma raportului contestat este una mai mult decât deficitară, existând motive de respingere presupus însușite de membrii comisiei de evaluare, dar și un motiv însușit numai de președintele comisiei de evaluare, motiv care a fost respins de ceilalți doi membri astfel că acesta nu putea fi inserat în justificarea rezultatului procedurii, în conformitate cu prevederile legale.

Astfel, arată că un prim motiv ale prezentei contestații îl reprezintă modalitatea în care a fost adoptată soluția de respingere/excludere a sa din procedura de atribuire, reținându-se din capitolul Concluzii faptul că toți membrii comisiei de evaluare au fost de acord cu primele două motive invocate, iar cel de-al treilea motiv, deși inclus în acest capitol, a aparținut numai președintelui comisiei, ceilalți doi membri nefiind de acord cu acesta.

În realitate, susține că așa cum rezultă din procesul verbal încheiat în data de 12.02.2024 în urma ședinței de reevaluare a ofertei sale rezultă faptul că a existat un punct de vedere însușit numai de președintele comisiei de evaluare care reține ca motiv de respingere incidența prevederilor art. 137 alin. (3) lit. d) din HG nr. 395/2016 și anume că „propunerea financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice” ceea ce ar conduce la „executarea defectuoasă a contractului” dar și un motiv de excludere, invocându-se prevederile art. 167 alin. (1) lit. i) din Legea nr. 98/2016, respectiv o imaginară încercare de influențare nelegală a procesului decizional al autorității contractante.

Susține că, în continuarea procesului-verbal, sunt consemnate punctele de vedere ale celorlalți doi membri ai comisiei de evaluare care au fost întocmite prin Nota individuală nr. 17080/05.10.2023, adresa nr. 20489/06.12.2023 (Prahoveanu Vetuța) și Nota Individuală nr. 17062/05.10.2023 (Rinja Cristian), dar și prin PV 18077/24.10.2023 și Nota de completare la PV 18.077/24.10.2023 (documente comune), înscrisuri din care rezultă, fără putință de tăgadă că opinia celorlalți doi membri ai comisiei de evaluare a fost una foarte clară în sensul admiterii ofertei sale și reevaluării ofertelor conform dispozițiilor legale.

Cu toate acestea, arată că la capitolul concluzii, atât în procesul verbal de reevaluare dar și în raportul procedurii se arată că primele două motive de respingere, art. 167 alin. (1) lit. g) și i) din Legea nr.

98/2016 sunt însușite de toți membrii comisiei, în totală contradicție cu ceea ce a arătat mai sus.

Față de această situație, consideră că rezultatul procedurii este lovit de nulitate fiind încălcate prevederile art. 131 din HG nr. 395/2016 care stabilesc că:

„(3) Deciziile comisiei de evaluare se iau cu votul a cel puțin 2/3 dintre membrii săi cu drept de vot.

(6) În cazul în care există divergențe de păreri între membrii comisiei de evaluare sau când există o diferență considerabilă între

punctajele acordate de aceștia, președintele comisiei de evaluare va solicita reanalizarea punctelor de divergență, în scopul finalizării în timp util a etapei de evaluare a ofertelor și de stabilire a ofertei câștigătoare.

(7) Procesul de reanalizare a punctelor de divergență se consemnează într-un proces-verbal, justificându-se opiniile contrare.

(8) În cazul în care, în situația prevăzută la alin. (6), comisia de evaluare nu ajunge la un acord după reanalizarea punctelor de divergență, decizia finală se adoptă cu votul majorității membrilor săi.

(9) Membrii comisiei de evaluare care nu sunt de acord cu decizia adoptată potrivit dispozițiilor alin. (8) au obligația de a-și prezenta punctul de vedere în scris, elaborând în acest sens o notă individuală care devine anexă la raportul procedurii de atribuire în condiții similare precum cele stabilite prin dispozițiile art. 128 alin. (6).

Așa cum rezultă din raportul procedurii, dar și din înscrisurile atașate, consideră că nu a fost respectată procedura arătată mai sus, neexistând nicio dovadă că a fost întrunită măcar majoritatea cu privire la vreun motiv de respingere, sau măcar că primele două motive de respingere au fost puse în discuția comisiei.

Mai mult decât atât, susține că trebuie avut în vedere că pe toată perioada procedurii și mai ales după emiterea Deciziilor CNSC a existat o contradicție totală între cei trei membri ai comisiei de evaluare, cei doi membri având păreri contrare față de președintele comisiei privind admisibilitatea ofertei sale.

De asemenea, consideră că nu poate fi acceptat ca în cuprinsul raportului procedurii să fie inserat ca motiv de excludere separat un motiv pe care nu și l-a însușit decât președintele comisiei de evaluare, aceasta procedură nefiind prevăzută de prevederile legale și dovedind nelegalitatea modalității de soluționare a prezentei spețe.

Un alt motiv pe care înțelege să îl invoce în prezenta contestație este reprezentat de faptul că, din raportul procedurii, nu rezultă dacă Asocieria declarată câștigătoare a avut depuse pe toată perioada desfășurării procedurii documentele justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare și selecție, inclusiv prelungirea garanției de participare la licitație valabilă până în acest moment. Din ceea ce este menționat în ultimul paragraf din pagina 12 din raportul de evaluare, rezultă că aceste documente erau valabile pentru evaluarea din 15.05.2023 fără a se menționa exact dacă acestea mai sunt valabile și în acest moment, implicit la momentul declarării ca și câștigătoare a Asocierii SRL.

Chiar și trecând peste criticile arătate mai sus, consideră ca nelegale motivele de respingere invocate în actele contestate, urmând a se avea în vedere următoarele:

1. În ceea ce privește motivul de respingere nr. 1, respectiv incidența prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 respectiv faptul că SRL, și-ar fi încălcat în mod grav obligațiile principale ce îi reveneau în cadrul contractului de achiziție publică nr. 92/50965/11.08.2020 încheiat cu CNAIR SA în care a avut calitatea de asociat, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract și plata de daune interese conform documentului constatator nr. 92/41898/26.05.2022, solicită a se avea în vedere faptul că, deși, în răspunsurile la clarificările solicitate de către autoritatea contractantă a

arătat în mod clar faptul că nu sunt îndeplinite condițiile legale pentru excluderea sa pe baza acestui temei legal, comisia de evaluare a ignorat efectiv apărările sale, neluându-le nici măcar în discuție.

Cu privire la situația de fapt și de drept existentă în speță, arată următoarele:

La data de 11 august 2020, între CNAIR, în calitate de Beneficiar, și Asocieria formată din SRL & SRL(„Asocieria”), în calitate de Antreprenor s-a încheiat Contractul nr. 92/50965/11.08.2020 („Contractul”) având ca și obiect „Proiectare și Execuție pentru finalizarea autostrăzii Brașov - Tg. Mureș - Cluj - Oradea, Secțiunea 3C: Suplacu de Barcău - Borș (km 4+200 - km 64+450) lot 2 -

Subsecțiunea 3C2: Chiribiș - Biharea, km 30 + 550 - km 59+ 100”. În data de 26.05.2022, CNAIR SA a emis Documentul constatator nr. 92/41898/26.05.2022, document care nu a fost postat pe SEAP astfel că membrii comisiei de evaluare nu cunosc și nu aveau cum să cunoască conținutul acestuia, astfel că toată presupusa analiză a acestuia se bazează numai pe presupuneri, fără nicio bază legală.

Cu privire la contractul arătat mai sus, dar și la documentul constatator nr. 92/41898/26.05.2022 contestatorul arată că există mai multe cauze pe rolul instanțelor de judecată, arătând și stadiul acestora, (situația juridică a speței nefiind în acest moment soluționată definitiv în niciun dosar): Nr. Dosar: 15588/3/2022 Instanța: Tribunalul București Obiectul dosarului: Solicitare de Anulare a rezilierii notificate de către CNAIR, reziliere ce a stat la baza emiterii Documentului Constatator Stadiul dosarului (fond/apel/recurs/etc.): pe rol, instanța de fond Termen: 09.02.2024 Nr. Dosar: 22368/3/2022* Instanța: Tribunalul București Obiectul dosarului: Anulare Document Constatator Stadiul dosarului (fond/apel/recurs/etc.): pe rol, instanța de fond Termen: Suspendat Nr. Dosar: 5077/3/2022* Instanța: Tribunalul București Obiectul dosarului: Acțiune anulare penalități Stadiul dosarului (fond/apel/recurs/etc.): pe rol, instanța de fond Termen: Suspendat Stadiul dosarului (fond/apel/recurs/ etc.): S-a dispus suspendarea judecării cauzei până la soluționarea definitivă a cauzei ce face obiectul dosarului nr. 15588/3/2022, ce are ca obiect anularea rezilierii contractului 3C2.

Ca un prim aspect, contestatorul precizează că a înțeles să arate comisiei de evaluare faptul că, așa cum rezultă din cele arătate mai sus, în prezent modalitatea de reziliere a contractului pe care SRL l-a încheiat cu CNAIR și toate aspectele ulterioare acestei rezilieri sunt supuse analizei instanțelor de judecată (fiind contestat inclusiv Documentul constatator nr.92/41898/26.05.2022), instanțele judecătorești fiind singurele care pot analiza legalitatea și temeinicia

actelor întocmite. Așa cum rezultă chiar din analiza documentului constatat în discuție, se constată că în cadrul acestuia, beneficiarul nu a menționat față de îndeplinirea obligațiilor în mod necorespunzător că „operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice” astfel că acest act nu poate fi completat sau interpretat în alt mod decât în cel în care a fost emis de autoritatea contractantă.

Mai mult decât atât, trebuie avut în vedere că prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) nu trebuie utilizate ca un instrument de excludere a

oricăru operator economic care a greșit la un moment în contextul îndeplinirii unui contract, cu atât mai mult cu cât este posibil să existe o culpă comună a autorității contractante și executantului. Astfel, aprecierea lăsată la latitudinea autorității contractante nu trebuie interpretată ca fiind echivalentă cu un drept ce poate fi exercitat în orice condiții, sau că existența documentului constatator, conduce, de drept, la respingerea ofertantului. Deși dispozițiile art. 166 din HG nr. 395/2016 arată că documentul constatator este un act administrativ, de aici nu se poate desprinde concluzia că el este prezumat a fi valabil și obligatoriu pentru alte autorități contractante, din moment ce însuși legiuitorul obligă autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, să verifice dacă cele cuprinse în conținutul său respectă condițiile prevăzute în lege. Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Arată că, în acest caz, nu se află în prezența unui document constatator negativ, nefiind îndeplinite condițiile cumulative din cadrul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, potrivit art. 166 alin. (8) din Anexa la HG nr. 395/2016, atunci când o autoritate contractanta ia decizia de respingere a unui candidat/ ofertant pe baza unui document constatator negativ, autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, are obligația de a analiza dacă este incident și se îndeplinesc cumulativ condițiile prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, iar în măsura în care se constată această incidență, comisia de evaluare este obligată să ceară clarificări prin raportare la prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, consideră că comisia de evaluare avea obligația de a verifica îndeplinirea tuturor condițiilor impuse de lege, de a analiza toate aspectele și documentele relevante în acest sens și de a dispune toate măsurile care se impun în vederea clarificării eventualelor incertitudini în ceea ce privește existența sau inexistența situației de excludere.

Astfel, pentru a fi exclus dintr-o procedură de atribuire în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, operatorul economic trebuie: • fie să-și fi încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune, încheiat anterior; • fie să-și fi încălcat în mod repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune, încheiat anterior; și, în același timp, respectivele încălcări să fi condus: • fie la încetarea anticipată a respectivului contract; • fie la plata de daune-interese; • fie la alte sancțiuni comparabile cu una dintre cele două susmenționate.

În același timp, arată că legislația permite acceptarea în procedură a unui operator economic aflat în situația de excludere sus-menționată, (conform art. 171 din Legea nr. 98/2016, care transpune prevederile art. 57 paragraful (6) din Directiva 2014/24/UE) în cazul în care acesta poate furniza dovezi prin care să arate că a luat măsuri suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea, dovezi care se pot referi inclusiv la efectuarea de plăți sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate. Astfel dispozițiile art. 171 alin. (1) din Legea nr.

98/2016 prevăd următoarele: „(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere”.

În speța menționată, așa cum au fost invocate și dosarele arătate mai sus, documentul constatator a reprezentat doar o măsură abuzivă a Beneficiarului, menită să acopere propria culpă a acestuia prin sancționarea nejustificată a Antreprenorului. Pretinsele abateri în executarea contractului, consemnate drept motive de emiteră a documentului constatator, sunt contrare realității faptice care a caracterizat raporturile contractuale statornicite între părți. Documentul constatator, în forma în care a fost emis, nu îndeplinește, practic, însuși scopul pentru care a fost reglementat, nefiind în măsură să reflecte o conduită efectivă. Practic, consideră că se află în situația în care documentul constatator atestă o situație în care Antreprenorul/Asocierea a adoptat exact măsurile de remediere care i-au fost solicitate, în mod expres. Nici condițiile legale și contractuale nu au fost respectate, nici realitatea faptică nu a fost corespunzător avută în vedere, Beneficiarul reziliind Contractul și emițând documentul constatator doar pentru că nu a putut identifica modalitatea de finanțare/plată a lucrărilor suplimentare a căror necesitate a rezultat din chiar studiile și expertizele elaborate de către Antreprenor și nu a fost apt să implementeze soluțiile indicate și confirmate de către însăși ANAP.

Prin urmare, consideră că Documentul constatator nr. 92/41898/26.05.2022 nu poate sta la baza unei excluderi din prezenta procedură de achiziție, raportat la următoarele aspecte: - caracterul conform al proiectului tehnic elaborat de către Antreprenor cu respectarea termenelor și cerințelor legale și contractuale; - inexistența vreunor prejudicii imputabile Antreprenorului dată fiind respectarea tuturor obligațiilor sale.

Mai mult decât atât, comisia de evaluare trebuie să aibă în vedere faptul că, ulterior rezilierii Contractului, Antreprenorul a adoptat măsuri corective efectuând plata în integralitate a sumelor provenite din penalitățile stabilite în cadrul celor 3 revendicări ale Beneficiarului. De altfel, aceste aspecte sunt evidențiate și în cadrul documentului constatator, care menționează efectuarea plăților antemenționate.

Referitor la penalitățile respective, contestatorul consideră că trebuie menționat și faptul că la data de 16.06.2022, CNAIR a returnat deja Antreprenorului o parte din această sumă (60.000 lei) întrucât Inginerul a stabilit netemeinicia pretențiilor Beneficiarului CNAIR. Totodată dorește să menționeze faptul că CNAIR nu a aplicat nici un fel de penalitate rezultată din rezilierea contractului din presupusa culpă a

Antreprenorului, singurele penalități fiind cele aplicate pe parcursul derulării contractului, care au fost integral achitate și totodată a căror temeinicie a fost contestată în instanță.

În realitate, arată că în speța în care a fost emis Documentul constatator, Tribunalul Bihor a menționat în hotărârea adoptată faptul că: „Depășirea valorii de contract nu reprezintă o neconformitate a proiectului tehnic și nu poate constitui motiv de reziliere în condițiile în care clauza referitoare la încadrarea în valoarea contractului are în vedere numai lucrările previzibile. Poziția exprimată de către ANAP nu a

infirmat posibilitatea aprobării proiectului tehnic și a confirmat posibilitatea organizării unei noi proceduri de atribuire sau încheierea unui act adițional la contract privind modificarea valorii”.

Mai concret, CNAIR nu poate imputa societăților costurile suplimentare dacă apar lucrări suplimentare care nu au fost prevăzute în contract, așa cum a fost cazul și aici.

„Pe de altă parte, nu trebuie omis că beneficiarul (CNAIR n.r.) nu a repudiat în etapa imediată predării soluțiilor tehnice de către reclamante necesitatea implementării lor, făcând chiar demersuri la ANAP în vederea conturării unor soluții legale ce să permită executarea efectivă a lucrării. Mai mult, ulterior rezilierii contractului a inițiat o nouă procedură de licitație ce are ca și termen de depunere a ofertelor data de 17 octombrie 2022. Valoarea contractului este însă de 877.779.000 lei fără TVA, sumă mult superioară celei pentru care a fost încheiat contractul cu reclamantele”.

De asemenea, arată că în anul 2023, ... SRL a fost declarată câștigătoare, împreună cu alte societăți, și a încheiat mai multe contracte de achiziție publică, unele chiar cu CNAIR, emitenta documentului constatator precizat, aceasta fiind entitatea care cunoștea foarte bine situația existentă în contractul reziliat și nu a considerat că sunt aplicabile prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul atașează prezentei o listă cu exemple de contracte încheiate ca urmare a procedurilor de achiziție publică, ulterior datei de 13.12.2022, nefiind invocate prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult decât atât, analizând prevederile legale antemenționate, rezultă că autoritatea contractantă, pentru a putea exclude un operator economic, trebuie să constate îndeplinirea cumulativă, și nu alternativă, a următoarelor condiții: - operatorul economic a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i revineau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune; - încălcarea acestor obligații a condus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Susține că, pentru a uza de prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 referitoare la excluderea ofertei societății sale, autoritatea contractantă trebuie să aibă certitudinea îndeplinirii condițiilor cumulative mai sus menționate, iar în cazul de față nu există nicio astfel de certitudine, nefiind îndeplinite condițiile stabilite de lege pentru o măsură excepțională. De asemenea, arată că din analiza documentului constatator în discuție, se constată că în cadrul acestuia, beneficiarul nu a menționat față de îndeplinirea obligațiilor în mod necorespunzător că „operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau

repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice” astfel că acest act nu poate fi completat sau interpretat în alt mod decât în cel în care a fost emis de autoritatea contractantă.

Mai mult decât atât, susține că a arătat comisiei de evaluare faptul că, în ceea ce privește contractul nr. 9/50965/11.08.2020 încheiat de CNAIR SA invocat de autoritatea contractantă, aceasta se află într-o gravă eroare referitoare la faptul că acesta a fost încheiat cu SRL întrucât, în realitate, în acest contract, alături de CNAIR SA a fost parte

ASOCIEREA SRL - SRL (care reprezintă o altă entitate juridică), ... SRL având doar calitatea de asociat.

În condițiile arătate mai sus, dar și raportat la conținutul Documentului Constatator nr. 92/41898/26.05.2022, consideră că situația juridică expusă în cadrul acestuia nu poate fi opusă decât entității juridice SRL - SRL și nu asociaților individual.

De asemenea, arată că conform art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016, se definește operator economic ca fiind „orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități, care oferă în mod licit pe piață executarea de lucrări, furnizarea de produse ori prestarea de servicii...”.

În condițiile arătate mai sus, consideră că trebuie avut în vedere că un astfel de certificat emis pentru o asociere (operatorul economic în contractul cu CNAIR) nu poate crea efecte negative directe, respectiv aplicarea prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) pentru o altă entitate juridică (alt operator economic) respectiv asocierea L - SRL, această din urmă asociere (operatorul economic din prezenta procedură) neavând emis niciun astfel de certificat.

Mai mult decât atât, susține că certificatul emis nu împiedică SRL să participe la proceduri de atribuire, acesta neavând caracteristica unui certificat negativ nefiind îndeplinite condițiile prevăzute de lege în acest sens.

Cu privire la contractul încheiat cu CNAIR de Asocierea SRL - SRL, arată că pe rolul Tribunalului București, există dosarul nr. 15588/3/2022, având ca obiect solicitarea de anulare a rezilierii notificate de către CNAIR, reziliere ce a stat la baza emiterii documentului constatator, dosarul având termen de judecată pe data de 09.02.2024.

Mai mult decât atât, reiterează faptul că, chiar și după emiterea certificatului constatator, pe data de 21.09.2023, ... SRL a fost declarată câștigătoare, împreună cu alte societăți, în procedura de atribuire organizată de CNAIR SA, chiar emitentul certificatului neconsiderând acest înscris ca fiind un impediment pentru atribuirea acestui nou contract.

Cu privire la documentul constatator nr. 92/41898/26.05.2022 emis de CNAIR, arată că trebuie avut în vedere faptul că, în concepția legiuitorului, rolul documentului constatator final este limitat la prezentarea unor informații cu privire la situația contractului, din punctul de vedere al autorității contractante, fără a modifica în vreun fel ordinea juridică existentă. Documentele constatatoare finale, fiind obligatoriu publicate în SEAP, sunt mijlocul prin care autoritățile contractante aduc

la cunoștința publicului aceste informații, ce pot fi relevante în aprecierea cu privire la fiabilitatea operatorului economic cu ocazia unei proceduri viitoare de achiziție publică la care același operator ar dori să oferteze. În acest caz, autoritatea contractantă care va organiza noua procedură de atribuire urmează să aprecieze, pe baza informațiilor din documentele constatatoare publicate, dacă în privința operatorului economic ar putea fi incident motivul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, deci existența acestuia nu produce efecte obligatorii și directe în alte proceduri de achiziție.

Astfel, arată că prin Concluziile prezentate în cauza C-267/18, EU:C:2019:826, paragraful 30, s-a statuat explicit faptul că, în măsura în care s-a dispus, în cadrul unui contract anterior, una din sancțiunile prevăzute de directivă, în primul rând, autoritatea contractantă care organizează nouă procedură „va trebui să îndeplinească o sarcină suplimentară de evaluare a încălcării reproșate (...) și să verifice dacă sunt îndeplinite sau nu cerințele prevăzute la articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24”. Acest aspect a fost statuat în mod explicit și de CJUE care a subliniat că măsura excluderii va putea fi dispusă numai dacă, după ce a procedat la propria evaluare a integrității și a fiabilității operatorului economic vizat de rezilierea contractului de achiziții publice anterior, autoritatea contractantă care organizează această procedură de achiziție publică ulterioară apreciază că o astfel de subcontractare determină ruperea legăturii de încredere cu operatorul economic în cauză.” (hotărârea CJUE DIN 03.10.2019 cauza C - 267/18, EU:C:2019826).

Contestatorul precizează că după cum se poate observa autoritatea nu a procedat la nicio analiză în ceea ce privește îndeplinirea celor două condiții, ci luând ca atare informațiile din documentul constatator a apreciat ca acestea sunt îndeplinite.

De asemenea, arată că ÎCCJ a clarificat că documentul constatator final „este un act întocmit în timpul executării contractului de achiziție publică” și „nu face parte din procedura de atribuire, ci se referă la modalitatea în care au fost îndeplinite obligațiile contractuale” (Decizia RIL nr. 25/2021, paragraf 40), astfel că trebuie să se considere că acesta produce efecte numai față de părțile contractante, conform principiului relativității efectelor actului juridic civil. Chiar și având în vedere natura de act administrativ, acesta are caracter de act unilateral, cu caracter individual, producând efecte juridice obligatorii numai pentru persoana pentru care s-a emis și nefiind obligatoriu pentru alte persoane de drept public sau privat.

Chiar și în condițiile în care ar fi existat vreo posibilitate de încadrare în prevederile legale invocate de autoritatea contractantă, contestatorul susține că urmează a se observa faptul că erau incidente prevederile art. 183 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 care arată foarte clar: „Dacă terțul/ terții nu îndeplinește/îndeplinesc criteriile relevante privind capacitatea sau se încadrează în unul dintre motivele de excludere prevăzute la art. 164,165 și 167, autoritatea contractantă solicită, o singură dată, ca operatorul economic să înlocuiască terțul/terții susținător/susținători fără ca acest aspect să aducă atingere principiului tratamentului egal prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b”.

În cazul său, susține că autoritatea nu a procedat în modalitatea arătată mai sus, nu i-a solicitat înlocuirea SRL, trecând direct la

respingerea ofertei sale, arătând, încă o dată, faptul că nu se urmărește decât eliminarea sa din procedura de licitație în vederea favorizării asocierii care a fost declarată câștigătoare de fiecare dată.

Contestatorul precizează că un al doilea motiv de excludere invocat este acela referitor la faptul că ar fi încercat să influențeze nelegal procesul decizional, aplicându-se prevederile art. 167 alin. (1) lit. i) din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește acest motiv arată că simpla menționare a acestuia este o dovadă clară a relei-credințe și necunoașterii prevederilor legale, dar și a termenilor juridici.

În realitate, arată că se invocă ca fiind încercare de influențare a procesului decizional faptul că el ar fi solicitat înlocuirea comisiei de evaluare printr-o adresă transmisă conducerii autorității prin care, în realitate, solicita luarea unor măsuri de remediere prevăzute de lege, solicitând numai aplicarea prevederilor legale.

Mai mult decât atât, susține că nu a obligat pe nimeni să ia vreo măsură, încercând numai să solicite, pe căile legale, aplicarea prevederilor legale în speță, în condițiile în care deși avea două decizii ale CNSC și una a Curții de Apel Ploiești favorabile, comisia de evaluare continuă să încalce legea flagrant. Consideră că depunerea unei adrese în mod oficial nu poate constitui vreo încercare de influențare a membrilor comisiei de evaluare.

De asemenea, precizează că nu își poate da seama cum ar fi influențat membrii comisiei solicitarea sa de schimbare a comisiei de evaluare, depusă în 19.05.2023 atât timp cât aceștia trebuiau doar să își îndeplinească obligațiile legale, iar înlocuirea lor nu putea fi dispusă decât de conducătorul autorității contractante și nu doar la solicitarea sa, această măsură fiind prevăzută și de legislația în vigoare ca posibilitate de remediere.

Consideră că din economia textului legal invocat rezultă foarte clar faptul că o simplă adresă emisă de el în mod oficial nu poate fi încadrată ca fiind drept încercare de influențare nelegală, motivul invocat în raportul contestat fiind mai mult decât neîntemeiat.

În ceea ce privește cel de-al treilea motiv de respingere, cel prevăzut de art. 137 alin. (3) lit. d) din HG nr. 395/2016, că propunerea financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice, referitor la cantitatea de fier beton propusă inițial în oferta tehnică comparativ cu cantitatea constatată în Devizul ofertei financiare, ceea ce ar putea conduce la „executarea defectuoasă a contractului” conform excepției prevăzută de art. 134 alin (9) lit. d) din HG nr. 395/2016, contestatorul solicită a se avea în vedere faptul că pentru a susține în continuare incidența acestui motiv, președintele comisiei de evaluare pornește de la o premisa juridică greșită, dând dovadă chiar de incompetență și necunoaștere a noțiunilor juridice.

Astfel, arată că acesta pleacă de la premisa că acest motiv de respingere a rămas definitiv și executoriu prin raportul de evaluare nr. 90005/15.05.2023, invocând că acest motiv nu a fost infirmat de CNSC sau de o instanță de judecată.

În realitate, arată că prin Decizia CNSC 1478/C1/1349 din 29.06.2023, la pagina 29 se arată că au fost analizate toate motivele de

neconformitate invocate în raportul contestat, respectiv 90005/15.05.2023 și s-a stabilit cu titlu definitiv „că nu există motive pentru confirmarea deciziei autorității cu privire la neconformitatea ofertei în cauză” motivul de neconformitate analizat de CNSC la acel moment fiind chiar cel prevăzut de art. 137, alin. (3), lit. d) din HG nr. 395/2016.

Astfel, în opinia sa este evident că CNSC a analizat și acest motiv și a considerat că în mod netemeinic oferta sa a fost respinsă ca neconformă de către autoritatea contractantă.

În plus, arată că decizia CNSC sub toate aspectele ei, deci inclusiv cu privire la susținerea că nu există motive pentru confirmarea deciziei autorității contractante cu privire la neconformitatea ofertei sale, dar și cu privire la anularea raportului procedurii a fost menținută de Curtea de Apel Ploiești prin Decizia Civila nr. 631/17.08.2023.

Mai mult, de vreme ce, așa cum a arătat, raportul procedurii a fost anulat în tot, niciun motiv de respingere a ofertei sale în baza acelui raport nu mai poate produce efecte juridice.

Pe fondul motivului invocat, deși acest motiv de respingere a ofertei sale nu a mai fost precizat în mod expres în primele două rapoarte ale procedurii anulate de CNSC, în opinia sa motivele invocate (prețul la fier beton) se circumscriu celor arătate și în cazul respingerii ca inacceptabilă în baza art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, motiv pentru care apreciază că, și raportat la acest motiv, există putere de lucru judecat.

Pe lângă cele stabilite anterior cu privire la transmiterea ofertei revizuite a furnizorului, menționează că cele arătate de autoritatea contractantă în raportul procedurii nu corespund cu situația de fapt. Cantitatea estimată de fier beton pentru piloți la care se face referire în cadrul ofertei (oferta despre care s-a stabilit că a fost încărcată dintr-o eroare) are exclusiv caracter estimativ/orientativ în scopul stabilirii unei relații comerciale între părți. Secțiunile caracteristice ale lucrărilor de construcții (implicit și cantitatea de armatură piloți foraj) se vor stabili în cadrul procesului de proiectare, conform legislației și a normativelor tehnice în vigoare. Proiectarea, implicit și definirea secțiunilor caracteristice se realizează ulterior atribuirii contractului.

În opinia sa, cele reținute de autoritatea contractantă în raport reprezintă o dovadă a faptului că, fie nu cunoaște procedura în care se află, fie dă dovadă de rea-credință și o conduită abuzivă.

Mai mult decât atât, așa cum a arătat în prima parte a contestației formulate, decizia de respingere a ofertei ca neconforma în baza art. 137 alin. (3) lit. d) din HG nr. 395/2016 a fost însușită doar de președintele Comisiei, nefiind întrunită majoritatea de 2/3 cerută de lege în vederea adoptării unei decizii, ceilalți doi membri ai comisiei de evaluare exprimându-și în mod clar poziția privind netemeinicia acestui motiv.

Față de toate cele arătate mai sus, consideră întemeiată contestația formulată, solicitând admiterea cu toate consecințele ce se impun.

În drept, invocă prevederile art. 8 și următoarele din Legea nr. 101/2016.

În susținere anexează un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 3790/26.02.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 12055/27.02.2024, ... transmite punctul de vedere cu privire la contestație, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

Autoritatea contractantă arată că, în fapt, contestația este îndreptată împotriva deciziei comisiei de evaluare de excludere a ofertantului din procedură, decizia fiind comunicată către Asocieria L - SRL în 15.02.2024 direct în SEAP și privește raportul de evaluare nr. 3028/14.02.2024 aferent anunțului de participare simplificat nr. SCN1111346 din 22.07.2022.

Motivele excluderii din procedura au fost consemnate în Procesul verbal nr. 2723/12.02.2024, publicat în SEAP odată cu raportul de evaluare nr. 3028/14.02.2024, ca anexă la acesta.

Procesul Verbal nr. 2723/12.02.2024, cuprinde atât detalierea reevaluării ofertei L în urma Deciziei Curții de Apel Ploiești nr. 631/17.08.2023 definitivă, cât și detalierea celor două motive de excludere din procedură a ofertantului, ambele motive fiind hotărâte cu votul unanim al comisiei de evaluare.

Analizând contestația ofertantului, autoritatea susține că se poate observa că acesta contestă o reevaluare a ofertei sale, al cărui rezultat nu a stat la baza respingerii ofertei prin excluderea din procedură.

Privitor la reevaluarea ofertei L în baza Deciziei Curții de Apel Ploiești nr. 631/17.08.2023 definitivă, autoritatea precizează că au fost atașate ca anexe la procesul verbal nr. 2723/12.02.2024 mai multe documente constând în puncte de vedere ale membrilor comisiei de evaluare din care se poate observa și aprecia motivarea fiecăruia, obiectivă / subiectivă, legală/ nelegală.

Președintele comisiei de evaluare, fiind împotriva deciziei membrilor comisiei de evaluare de a accepta propunerea financiară a ofertei L doar cu votul a 2/3 din membrii cu drept de vot și fără o analiză a aspectelor reținute de Curtea de Apel Ploiești, a descris în detaliu propria motivare, analizând punctual toate reținerile instanței superioare CNSC, având această obligație în situația în care există divergențe între membrii comisiei și datorită faptului că s-a aflat în minoritate față de aceștia.

Autoritatea contractantă precizează că în cadrul documentelor anexate există și dovada încălcării prevederilor art.131alin. (4) din HG nr. 395/2016 din partea celorlalți doi membrii ai comisiei de evaluare, în concepția președintelui comisiei, întrucât aceștia au dorit să accepte oferta L doar prin prisma votului a 2/3 din membrii cu drept de vot, fără o fundamentare a deciziei pe elemente concrete. Dovada se regăsește în procesul verbal nr.18077/24.10.2023 modificat de aceștia și prezentat președintelui comisiei în data de 27.10.2023, unde se poate constata că nu există nicio analiză/ reevaluare a ofertei prin prisma celor 3 decizii CNSC, așa cum a hotărât Curtea de Apel Ploiești. Președintele comisiei a considerat în primul rând, că nu au fost identificate motivele de respingere care au fost anulate de CNSC și care nu. La pag.21 în decizie, Curtea de Apel Ploiești a reținut și precizat în mod clar care au fost motivele de respingere anulate de CNSC și anume:

- 1)- lipsa prelungirii garanției de participare
- 2)- modificarea conținutului propunerii financiare
- 3)- răspuns pretins neconcludent de justificare a prețului la unele materiale.

Pentru reevaluarea ofertei L, conform deciziei instanței de recurs, autoritatea contractantă susține că trebuie ținut cont de toate cele 3 decizii CNSC, adică inclusiv de cea de-a treia decizie CNSC nr.

1478/C1/1349 din 29.06.2023 care a fost contestată în termen de autoritatea contractantă, contestație pentru care s-a emis Decizia Curții de Apel Ploiești nr. 631/17.08.2023 definitivă.

În concluzie arată că, dacă Curtea de Apel Ploiești a reținut că prin ultima decizie CNSC nr. 1478/C1/1349 din 29.06.2023, doar 3 motive de respingere au fost anulate de CNSC, fiind identice cu motivele de respingere anulate prin Decizia CNSC anterioară nr. 609/C1/354 din 17.03.2023, atunci comisia de evaluare trebuia să respecte aceste

constatări ale unei instanțe superioare CNSC, mai ales că decizia Curții este una definitivă.

Comparând motivele de respingere anulate de CNSC prin Decizia 1478/C1/1349 din 29.06.2023 și analizată de Curtea de Apel Ploiești, cu cele din raportul de evaluare nr. 9005/16.05.2023 care a stat la baza acestei decizii CNSC, în opinia sa se poate constata că un motiv de respingere a ofertei L nu a fost anulat și anume al 4-lea:

- „Oferta neconformă în baza art. 137 alin. (3) lit. d) din HG nr. 395/2016 pentru că propunerea financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice, referitor la cantitatea de fier beton propusă inițial în oferta tehnică comparativ cu cantitatea constatată în Devizul ofertei financiare, ceea ce ar putea conduce la executarea defectuoasă a contractului conform excepției prevăzută de art. 134 alin. (9) lit. d) din HG nr. 395/2016”.

Autoritatea contractantă susține că din decizia Curții de Apel Ploiești în care este invocată Decizia HP nr. 66/2018 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, care statuează o chestiune de drept, se înțelege că un raport de evaluare în măsura în care confirmă aspecte contestate dar neinfirmate de CNSC, privit ca act administrativ, este definitiv și executoriu sub acest aspect. Cu atât mai mult, Curtea de Apel precizează că în situația dată, nu se poate extinde procesul de reevaluare asupra celorlalte oferte declarate admisibile sau inadmisibile și în privința cărora raportul de evaluare nu a fost contestat.

Astfel, prin Decizia definitivă a Curții de Apel Ploiești, președintele comisiei a considerat că oferta L este deja respinsă prin efectul reevaluării ofertei realizată prin punerea în aplicare a celei de-a doua decizii CNSC nr. 609/C1/354 din 17.03.2023, atunci când au fost hotărâte 4 motive de respingere, cu votul unanim al comisiei de evaluare, cf. raportului de evaluare nr. 9005/15.05.2023, aprobat de conducătorul autorității contractante.

Așadar, având în vedere că decizia de respingere a ofertei L, în baza celui de-al 4-lea motiv identificat la a doua reevaluare, a fost argumentată de comisia de evaluare în raportul procedurii nr. 9005/15.05.2023 și pentru faptul că instanța de recurs nu a identificat anularea acestui motiv de respingere în decizia CNSC nr. 1478/C1/1349 din 29.06.2023 contestată de autoritatea contractantă, identificând numai 3 motive de respingere anulate de CNSC, iar decizia instanței de recurs este definitivă, această situație reprezintă profitul autorității contractante. În aceste condiții, din punct de vedere legal, consideră că nicio instanță de judecată nu mai poate interveni prin a rectifica această decizie a Curții de Apel Ploiești pentru faptul că este definitivă și nici motivul de respingere rămas neanulat nu mai poate fi contestat încă o dată de ofertant, întrucât este aplicabil principiul puterii lucrului judecat.

În legătură cu acest motiv de respingere neidentificat de instanța de recurs ca fiind anulat de CNSC și care inițial a fost aprobat de către întreaga comisie de evaluare, prin raportul de evaluare nr. 9005/15.05.2023, ceilalți doi membrii ai comisiei de evaluare au avut păreri contrare, reevaluarea ofertei L prin prisma Deciziei nr. 631/17.08.2023 a Curții de Apel Ploiești fiind motivată de către aceștia, conform documentelor anexate la procesul verbal de evaluare nr. 2723/12.02.2024, considerația acestora fiind că oferta L este admisibilă la etapa financiară. Susține că președintele comisiei a încercat

să extragă detalii din motivările expuse de ceilalți doi membrii, pentru a le insera în procesul verbal de evaluare dar nu a reușit să facă o corelare a celor expuse, alegând să atașeze pur și simplu documentele semnate de către aceștia.

Motivarea excluderii din procedură a ofertantului:

Autoritatea contractantă precizează că având în vedere că asociatul SRL a declarat în DUAЕ, în Partea III: Motive de excludere, secțiunea C, referitor la încetarea anticipată a unui contract, faptul că acesta deține un Document Constatator având nr. 92/41898/26.05.2022 emis de CNAIR SA, pentru care a depus contestație, comisia de evaluare a acceptat la momentul evaluării DUAЕ, oferta depusă de Asocieria L - SRL.

La acest moment, autoritatea contractantă susține că deține dovezi că prin Hotărârea nr. 172/13.12.2022 a Curții de Apel Oradea, definitivă, s-a dispus respingerea cererii de suspendare a efectelor aceluia documentului constatator, admisă inițial de Tribunalul Bihor prin Hotărârea nr. 180/28.09.2022.

Astfel, arată că în urma deciziei Curții de Apel Oradea, documentul constatator negativ emis de CNAIR SA își produce în continuare efectele, fiind un motiv de excludere pentru operatorul economic SRL din această procedură de achiziție publică, respectiv a Asocierii L - SRL.

Autoritatea precizează că motivul de excludere vizează situația încetării anticipate a unui contract de achiziții publice prin <reziliere>, în speță fiind contractul nr. 92/50965/11.08.2020 încheiat cu CNAIR SA, în care SRL a avut calitatea de asociat, situația de excludere fiind reglementată de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

În această situație privind un contract atribuit unei asocieri de operatori economici, având în vedere reglementările art. 185 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 care prevăd că în cazul unei participări comune/asocieri, răspunderea membrilor grupului pentru executarea unui contract de achiziție publică este <solidară>, atunci documentul constatator nr. 92/41898/26.05.2022 emis de CNAIR SA își produce efectele pentru toți operatorii economici care au format grupul/asocieria care a încheiat contractul nr. 92/50965/11.08.2020 cu CNAIR, indiferent din vina cărui asociat s-a dispus încetarea anticipată a contractului.

Ca o observație, autoritatea contractantă arată că în cazul de față, din documentul constatator nr. 92/41898/26.05.2022 emis de CNAIR SA, reiese faptul că rezilierea contractului nr. 92/50965/11.08.2020 a avut loc chiar din vina proiectantului SRL, care nu a elaborat proiectul tehnic în condițiile ofertate și contractate, iar lucrările la un tronson de autostrada nu au putut începe vreme de aproape 2 ani până

când în 12.05.2022 CNAIR a decis rezilierea acelui contract de proiectare și execuție lucrări.

Autoritatea contractantă susține că în legislația achizițiilor publice aceste reglementari ale art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind excluderea unui ofertant din procedură, sunt coroborate cu cele ale art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016.

În situația operatorului economic SRL, consideră că toate condițiile de excludere prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 sunt îndeplinite datorită următoarelor argumente:

- conform informațiilor de pe Portalul Instanțelor de Judecată, a fost vorba de încetarea anticipată a contractului nr. 92/50965/11.08.2020 încheiat cu CNAIR SA, prin reziliere.

- rezilierea unui contract se face numai în condiții de neîndeplinire a obligațiilor contractuale în mod <culpabil și repetat>, altfel existând situația <rezoluțiunii>.

- rezilierea unui contract este exclusiv rezultatul unor <încălări grave> a obligațiilor principale ce-i reveneau unui contractant, în speță fiind neexecutarea contractului.

În legislația achizițiilor publice, pentru invocarea situației de excludere prevăzută de art. 167 (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, consideră că este suficientă îndeplinirea uneia din condițiile menționate în prima teză a articolului de lege, cumulativ cu una dintre condițiile menționate în teza a doua, nefiind necesară îndeplinirea cumulativă a tuturor condițiilor prevăzute în prima teză, respectiv a tuturor celor prevăzute în a doua teză. Explicația aparține ANAP prin Notificarea cu privire la situația de excludere reglementată la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Conform argumentelor de mai sus, <situația de reziliere> a unui contract, îndeplinește în mod clar una din condițiile menționate în prima teză a art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, adică <încălcare în mod grav> sau <încălcare în mod repetat> a obligațiilor contractuale, care se cumulează cu cel puțin una din condițiile menționate în teza a doua a articolului de lege, adică <încetarea anticipată a respectivului contract> sau <plata de daune interese> sau <alte sancțiuni comparabile>.

Astfel, arată că situația în care se afla operatorul economic SRL, de <încetare anticipată a unui contract prin reziliere>, nu trebuie să fie însoțită în mod obligatoriu și de <plata de daune-interese/alte sancțiuni comparabile>, întrucât este în mod clar o consecință a unei încălcări grave sau a unei încălcări repetate a obligațiilor contractuale, altfel nu s-ar fi hotărât <rezilierea> respectivului contract de către autoritatea contractantă CNAIR SA.

Mai mult de atât, așa cum explica și ANAP în Notificare, pentru ca situația să fie considerată motiv de excludere, încălcarea gravă a obligațiilor contractuale nu trebuie să fie și repetată, dar trebuie să fi condus la cel puțin una din consecințele enumerate în teza a doua sau încălcările repetate nu trebuie să fie grave, dar trebuie să fi condus la una dintre consecințele enumerate în teza a doua.

În concluzie, consideră că datorită rezilierii acelui contract de achiziții publice încheiat cu CNAIR SA, operatorul economic asociat SRL se află în mod clar în cel puțin una din situațiile precizate anterior, în speță aflându-se chiar în toate situațiile de

excludere prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, fiind vorba de o încetare anticipată a unui contract, adică un contract neexecutat și nu de situația unui contract executat în condiții de neîndeplinire / întârziere la îndeplinirea obligațiilor contractuale pentru care s-au datorat penalități, caz în care operatorul economic trebuie să prezinte dovezi care se pot referi la plata penalităților respective sau la asumarea obligației de plată a despăgubirilor față de autoritatea contractantă beneficiară.

În scopul asigurării desfășurării corespunzătoare a procedurii, în temeiul art. 196 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, în data de 22.01.2024 respectiv în 29.01.2024, având în vedere că cererea de suspendare a efectelor documentului constatator a fost respinsă definitiv de Curtea de Apel Oradea prin Hotărârea nr. 172/13.12.2022, comisia de evaluare a solicitat două clarificări ofertantului, în sensul celor explicate mai sus, solicitând prezentarea unei hotărâri judecătorești privind anularea documentului constatator nr. 92/41898/26.05.2022 emis de CNAIR SA, întrucât participarea operatorului economic SRL la această procedura de atribuire este condiționată de acest lucru.

Ofertantul a răspuns în data de 23.01.2024 respectiv în 30.01.2024, respectând termenul acordat, prin prezentarea unor explicații care nu-l scot din sfera prevederilor legale privind excluderea din procedură, prezentând totodată documentul constatator și o listă cu 11 contracte atribuite de alte autorități contractante dintre care 9 contracte au fost atribuite înainte de hotărârea definitivă a Curții de Apel Oradea, iar celelalte 2 contracte au fost atribuite la 1 lună respectiv 3 luni după decizia instanței de recurs; în opinia sa, au are nicio relevanță dacă respectivele autorități contractante au cunoscut situația sau cum procedează alte autorități contractante, aceste aspecte fiind răspunderea lor.

În opinia sa, toate explicațiile ofertantului nu au nicio relevanță atât timp cât documentul constatator își produce efectele în urma hotărârii definitive a Curții de Apel Oradea, care este obligatorie, fiind opozabilă ofertantului atât timp cât aceasta din urmă nu face, în condițiile legii, dovada contrară, adică de anulare a efectelor acelui document constatator de către o instanță de judecată.

În legătură cu motivul principal de excludere din procedură, reglementat de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, toți membrii comisiei de evaluare au fost de acord, decizia fiind luată cu votul unanim al acestora.

Documentul constatator nr. 92/41898/26.05.2022 a fost anexat la procesul verbal de evaluare nr. 2723/12.02.2024, implicit la raportul de evaluare nr. 3028/14.02.2024.

Autoritatea contractantă precizează că un alt motiv de excludere din procedură a fost constatat pentru operatorul economic L, în urma adresei nr. 9382/19.05.2023 transmisă de acesta, conducerii autorității contractante, prin care a solicitat măsuri de remediere și înlocuirea comisiei de evaluare, invocând prevederile art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care nu sunt aplicabile pentru vreo înlocuire a membrilor comisiei de evaluare la cererea expresă a unui ofertant, acest comportament fiind sancționat de legea achizițiilor.

Având în vedere că art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 nu obligă autoritatea contractantă să adopte măsuri de remediere și nici vreo posibilitate legală de a fi înlocuită o comisie de evaluare la cererea ofertanților, legea sancționează un astfel de comportament al unui ofertant într-o procedură de achiziții publice, prin reglementările art. 167 (1) lit. i) din Legea nr. 98/2016.

Adresa nr. 9382/19.05.2023 a fost anexată la procesul verbal de evaluare nr. 2723/12.02.2024, implicit la raportul de evaluare nr. 3028/14.02.2024.

În legătură cu respingerea cererii de suspendare a efectelor documentului constatator negativ, face precizarea că ofertantul avea obligația legală să anunțe autoritatea contractantă că a intervenit un motiv de excludere din procedură, pe parcursul procedurii, adică imediat după data de 13.12.2022 atunci când Hotărârea nr. 172/13.12.2022 a Curții de Apel Oradea a rămas definitivă, întrucât această ascundere a informațiilor poate fi considerată tot o încercare de a influența procesul decizional al autorității contractante, fiind aplicabile tot prevederile art. 167 alin. (1) lit. i) din Legea nr. 98/2016.

În final, considerând că cele 2 motive de excludere din procedură a ofertantului Asociera L- SRL, au fost stabilite conform reglementărilor legale în domeniul achizițiilor publice și pentru faptul că excluderea din procedură a ofertantului reprezintă obligația legală a autorității contractante, solicită Consiliului să respingă contestația ca nefondată.

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 12674/29.02.2024 contestatorul transmite răspuns la punctul de vedere al autorității contractante precizând următoarele:

Sub un prim aspect, contestatorul precizează că punctul de vedere transmis în numele autorității contractante nu poate fi avut în vedere întrucât nu este însoțit de autoritatea contractantă nici prin ștampilă, nici prin semnătura reprezentantului legal, purtând doar semnătură președintelui comisiei de evaluare, care nu are competența de a reprezenta, în nume propriu, instituția în cadrul procedurii de contestație.

În opinia sa responsabilul cu procedura nu deține și calitatea de al autorității contractante, orice acte ce emană de la autoritatea contractantă trebuind să poarte semnătura reprezentantului legal și ștampila instituției, acesta fiind singurul abilitat să reprezinte instituția în relațiile cu terții.

Conform art. 68 din Legea nr. 101/2016, dispozițiile acesteia se completează, printre altele cu cele ale Legii nr. 134/2010, în măsura în care prevederile acestora din urmă nu sunt contrare.

De asemenea arată că în conformitate cu art. 84 alin. (1) Cod procedură civilă, persoanele juridice pot fi reprezentate convențional în fața instanțelor de judecată numai prin consilier juridic sau avocat, în condițiile legii.

Apreciază că aceste dispoziții sunt aplicabile prin analogie și în speța de față, reprezentarea autorității contractante neputându-se face de către președintele comisiei de evaluare, acesta neavând calitatea nici de și nici de reprezentant convențional al autorității contractante.

Ca urmare, solicită să nu se țină cont de punctul de vedere transmis și de înscrisurile atașate întrucât acestea nu au fost însușite de autoritatea contractantă.

Sub un alt aspect, urmează a se observa că nu sunt formulate apărări concrete față de motivele de nelegalitate invocate de el, ci se reia conținutul raportului de evaluare, autoritatea contractantă (în speță, președintele comisiei de evaluare personal) nereușind să aducă niciun argument prin care să combată motivele de nelegalitate invocate prin contestație.

Pentru motivele arătate, solicită să se înlăture punctul de vedere formulat întrucât nu este însușit de autoritatea contractantă prin reprezentantul legal al acesteia, pe fond să respingă apărările formulate și să admită contestația formulată, cu toate consecințele ce se impun.

Prin adresa nr. 147/26.02.2024, înregistrată la CNSC sub nr. 12076/27.02.2024, contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii din data de 23.02.2024, eliberată de Banca Comercială Română SA, în cuantum de 88.000,00 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată în vederea atribuirii contractului de achiziție având ca obiect: „Proiectare și execuție pentru lucrări de „Consolidare terasamente și refacere DJ220, km 88+950 - 92+853, comuna Sărulești, Județul” cod CPV 45233330-1, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând în SEAP, anunțul de participare simplificat SCN111346/22.07.2022, conform căruia valoarea estimată a procedurii este 9.794.688,79 lei. Conform cap. II.2.5 din anunț, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut”.

Procedând la analiza pe fond a cauzei, se reține că asocierea SC L – SC SRL critică modul de reevaluare a ofertei sale la procedura având ca obiect: „Consolidare terasamente și refacere DJ220, km 88+950 - 92+853, comuna Sărulești, Județul”, ca urmare a punerii în aplicare a deciziei Consiliului nr. 1478/C1/1349 din 29.06.2023, pronunțată anterior în cadrul procedurii, prin care s-a dispus următoarele:

„Admite contestația formulată de asocierea SC L – SC SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă, va anula raportul procedurii și actele subsecvente și va dispune reevaluarea ofertei depuse de contestator cu respectarea întocmai a documentației de atribuire, a Deciziei nr. 609/C1/354 din 17.03.2023, a legislației incidente și a motivării aferentă prezentei, în termen de 10 zile de la comunicare.

Obligatorie.

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

Se reține în soluționare, faptul că, urmare a reevaluării ofertei contestatorului, autoritatea contractantă a invocat în cadrul Raportului procedurii nr. 3028/14.02.2024 și a comunicării rezultatului procedurii, ca motiv principal de respingere a ofertei, prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, respectiv, faptul că operatorul economic SRL, membru al asocierii L –..... SRL, și-a încălcat, în mod grav ,obligațiile principale ce îi reveneau în cadrul

contractului de achiziții publice nr. 92/50965/11.08.2020 încheiat anterior, cu CNAIR SA, de o altă asocierie de operatori economici, în care a avut calitatea de asociat, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract și plata de daune interese conform documentului constatator nr. 92/41898/26.05.2022 emis de CNAIR SA.

Analizând motivul principal de respingere a ofertei contestatorului, Consiliul reține că acesta nu a făcut obiectul Deciziei nr. 609/C1/354 din 17.03.2023, pronunțate anterior, motiv pentru care, Consiliul va analiza

acest motiv de respingere prin raportare la cerințele documentației de atribuire și legislația specifică în materie.

Referitor la încălcarea, în mod grav, a obligațiilor principale ce îi reveneau în cadrul contractului de achiziții publice nr. 92/50965/11.08.2020, încheiat anterior cu CNAIR SA, în care SRL a avut calitatea de asociat, Consiliul reține că, la secțiunea „III.1.1) Capacitatea de exercitare a activității profesionale, inclusiv cerințele privind înscrierea în registrele profesionale sau comerciale,” din anunțul de participare simplificat, autoritatea contractantă a formulat următoarea cerință minimă de calificare:

„Se va completa DUAЕ, care reprezintă o declarație pe propria răspundere în sensul neîncadrării ofertantului în situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167 din Legea 98/2016. În vederea completării DUAЕ se va folosi fișierul pus la dispoziție în SEAP. Atât subcontractanții, cât și terții susținători nu trebuie să se încadreze în prevederile art. 164, 165 și 167, aceștia urmând să prezinte DUAЕ conform art. 170 alin. (3) și art. 183 alin. (1) din Legea nr. 98/2016. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ și care urmează a fi prezentate la solicitarea autorității contractante, doar de către ofertantul clasat pe primul loc în clasamentul intermediar, întocmit la finalizarea evaluării ofertelor, pot fi : - certificate constatatoare privind lipsa datoriilor restante cu privire la plata impozitelor, taxelor sau a contribuțiilor la bugetul general consolidat (buget local, buget de stat etc.) la momentul prezentării; - cazierul judiciar al operatorului economic și al membrilor personalului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, sau a celor ce au putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia, așa cum rezultă din certificatul constatator emis de ONRC / actul constitutiv; - după caz, documente prin care se demonstrează faptul că operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art. 166 alin. (2), art. 167 alin. (2), art. 171 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice; - alte documente edificatoare, după caz”.

Având în vedere cerința de calificare anterior menționată, Consiliul va reține incidența, în speță, a următoarelor prevederi ale Legii nr. 98/2016, în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire:

- art. 167 alin. (1) lit. g), h) și i) și alin. (8): *„(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...)*

g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea

anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile;

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate;

(...)

(8) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract”;

- art. 169: „Autoritatea contractantă exclude un operator economic în orice moment al procedurii de atribuire în care ia la cunoștință că operatorul economic se află, având în vedere acțiunile sau inacțiunile săvârșite înainte sau în cursul procedurii, în una dintre situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire”;

- art. 171 alin. (1), alin. (2), alin. (3), alin. (3¹), alin. (3²) și alin. (5) lit. b):

„(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

(2) În cazul în care autoritatea contractantă consideră dovezile prezentate de operatorul economic în conformitate cu prevederile alin. (1) ca fiind suficiente pentru demonstrarea în concret a credibilității, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 le poate furniza autorității contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plății sau la asumarea de către operatorul economic a obligației de plată a despăgubirilor în ceea ce privește eventualele prejudicii cauzate printr-o infracțiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor și împrejurărilor în care a fost comisă infracțiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autoritățile care efectuează investigația, și la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete și adecvate la nivel tehnic, organizațional și în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele și organizațiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control și raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispozițiilor legale și a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea și plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârșirea unor noi infracțiuni sau alte fapte ilicite.

(3¹) Autoritatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu prevederile alin. (3), ținând

seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere.

(3²) În cazul în care măsurile prevăzute la alin. (31) sunt considerate insuficiente de către autoritatea contractantă, aceasta transmite operatorului economic o expunere a motivelor care au condus la luarea deciziei de excludere a acestuia din procedura de atribuire.

(...)

(5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a

participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/ acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică:

(...)

b) dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant”.

Din analiza coroborată a prevederilor documentației de atribuire cu dispozițiile legale mai sus iterate, Consiliul reține că operatorii economici participanți la procedură au obligația de a descrie, în declarația DUAЕ, toate situațiile în care și-au încălcat, în mod grav sau repetat, obligațiile principale ce le reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, iar, aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, astfel încât, autoritatea contractantă, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 127 alin. (1) lit. b) din HG nr. 395/2016, să poată verifica dacă dovezile furnizate de către operatorul economic aflat în situațiile prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 sunt suficiente pentru demonstrarea, în concret, a credibilității acestuia.

Consiliul reține, în soluționare, faptul că asociatul SRL a declarat în DUAЕ, în Partea III: Motive de excludere, secțiunea C, referitor la încetarea anticipată a unui contract, faptul că are un Document Constatator, având nr. 92/41898/26.05.2022, emis de CNAIR SA pentru care a depus contestație în instanță, comisia de evaluare acceptând la momentul evaluării DUAЕ, oferta depusă de Asocieria L - SRL.

Analizând conținutul Documentului constatator nr. 92/41898/26.05.2022 emis de CNAIR, Consiliul reține că acesta se referă la neîndeplinirea obligațiilor contractuale din cadrul **Contractului nr. 92/50965/11.08.2020**, având ca obiect : „Proiectare și execuție pentru finalizarea Autostrăzii Brașov – Tg. Mureș – Cluj - Oradea, Secțiunea 3C- Suplacu de Barcău – Borș, Lot 2 – Subsecțiunea 3C2 : Chiribiș – Biharia, km 30- 550- km 59 – 100”, unde la **pct. 8** se menționează: Contractul **NU** a fost îndeplinit corespunzător, iar la **pct. 9**, faptul că „Execuția lucrării nu a început, având în vedere că activitatea de proiectare nu a fost finalizată, fiind dispusă: **Rezilierea contractului**”.

De asemenea, se reține că CNAIR la pct. 10 din documentul **constatator, a reținut 2 categorii de prejudicii:**

1. „Prejudicii aduse autorității contractante, respectiv penalitățile de întârziere în execuția contractului (cuantificate la: 4.400.000.00 lei, 237,000.00 lei și 60.000,00 lei)”

și

2. „Prejudicii aduse autorității contractante în urma rezilierii contractului”, în cadrul căreia se menționează:

*„CNAIR SA va notifica Antreprenorul cu privire la îndreptățirea sa la **costurile ce urmează a fi suportate ca urmare a obligațiilor contractuale** de către Antreprenor cât și din **cauza rezilierii contractului de lucrări din culpa Antreprenorului**, astfel:*

- costuri și/sau întârzieri, rezultate ca urmare a nefinalizării contractului de lucrări nr. 92/50965/11.08.2020, conform condițiilor din contract;

- întârzieri și/sau costuri atrase de o eventuală nouă procedură de achiziție publică în vederea atribuirii unui nou contract de proiectare și execuție lucrări;

- costuri cu asistența juridică necesară CNAIR SA;

- costuri și / sau întârzieri ca urmare a necesității realizării unei noi expertize tehnice a lucrărilor existente pentru care nu s-au luat măsuri de conservare;

- costuri cu paza și conservarea lucrărilor existente;

- pierderi și / sau daune suportate de către beneficiar și/sau orice alte costuri suplimentare rezultate în urma rezilierii contractului de lucrări;

- eventualele prejudicii / corecții financiare / cheltuieli necorespunzătoare stabilite de către Organismele Abilitate de Control Naționale și / sau Internaționale;

- sumele rezultate sau ce vor rezulta din posibilele revendicări ale CNAIR SA;

- orice alte costuri pe care inginerul le determină ca urmare a rezilierii contractului din culpa antreprenorului".

Ulterior, autoritatea contractantă, luând la cunoștință, că, prin Hotărârea 172/13.12.2022 a Curții de Apel Oradea, s-a dispus: „(...) Respingerea cererii de suspendare a efectelor documentului constatator emis de CNAIR sub nr. 92/41898/26.05.2022 - Definitivă”, a solicitat asocierii L - SRL, prin adresele nr. 1227/22.01.2024 și nr. 1745/29.01.2024, clarificări cu privire la acest document și incidența situației de excludere, reglementată de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98 /2016, mai sus iterată.

Or, deși, contestatorului i s-au solicitat clarificări privind documentul constatator, acesta nu a fost în măsură să furnizeze dovezi, care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra, în concret, credibilitatea, prin raportare la motivele de excludere, astfel cum stipulează prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016, mai sus indicate, limitându-se la critici privind legalitatea și conținutul documentului constatator, fără relevanță în prezenta cauză. Indiferent de aprecierea proprie a acestuia cu privire la legalitatea documentului constatator sau a măsurii de reziliere a contractului, ofertantul în cauză avea obligația clară de a furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, iar, în lipsa acestora de a-și asuma, ca atare, posibilitatea de a fi exclus din procedură, inclusiv de a urma proceduri judiciare în cadrul cărora să fie analizată relevanța acestor acte; o asemenea soluție este impusă, inclusiv, de principiul tratamentului egal, în sensul art. (2) din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, motivul de excludere vizează situația încetării anticipate a unui contract de achiziții publice prin reziliere, în speță, fiind contractul nr. 92/50965/11.08.2020 încheiat cu CNAIR SA, în care SRL a avut calitatea de asociat, situația de excludere fiind reglementată de art.167 (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Consiliul reține că, pentru a fi incidente prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă trebuie să verifice, potrivit mențiunilor din DUAE, îndeplinirea simultană a 2 condiții cumulative:

-pe de o parte, faptul că operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior

și,

-pe de altă parte, faptul că aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Rolul acestor documente constatatoare, emise în temeiul art. 166 din HG nr. 395/2016, este de a oferi celorlalte autorități contractante care inițiază în viitor proceduri, informații cu privire la îndeplinirea sau neîndeplinirea corespunzătoare a contractelor anterioare, este o *„oglină a operatorului economic executant/prestator/furnizor”*, astfel încât, autoritățile contractante să nu își asume riscul, ca, în cadrul procedurii, să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa, în bune condiții, contractul.

De asemenea, potrivit art. 14 alin. (1) din Legea nr. 554/2004: *„În cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, o dată cu sesizarea, în condițiile art. 7, a autorității publice care a emis actul, persoana vătămată poate să ceară instanței competente să dispună suspendarea executării actului administrativ până la pronunțarea instanței de fond”*, iar conform art. 15 alin. (1) din aceeași lege: *„Suspendarea executării actului administrativ unilateral poate fi solicitată de reclamant și prin cererea adresată instanței competente pentru anularea, în tot sau în parte, a actului atacat. În acest caz, instanța va putea dispune suspendarea actului administrativ atacat, până la soluționarea definitivă și irevocabilă a cauzei. Cererea de suspendare se poate formula o dată cu acțiunea principală sau printr-o acțiune separată, până la soluționarea acțiunii în fond”*.

Din analiza coroborată a textelor legale mai sus prezentate, rezultă că documentele constatatoare, pe care autoritatea contractantă este obligată să le emită, sunt considerate acte administrative ce prezintă o situație de fapt, rolul lor fiind acela de a oferi informații cu privire la capacitatea unui ofertant de a-și îndeplini în mod corespunzător obligațiile contractuale, fără a aduce prejudicii autorității contractante. Fiind vorba de un act administrativ unilateral, acesta, potrivit legii contenciosului administrativ, se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate, trăsături care constituie fundamentul caracterului executoriu.

Suspendarea efectelor actului administrativ poate fi dispusă de instanța de judecată în condițiile reglementate de art. 14 și art. 15 din Legea nr. 554/2004.

Față de aceste aspecte și ținând seamă de Hotărârea nr. 172/13.12.2022 a Curții de Apel Oradea, prin s-a dispus: „(...) *Respingerea cererii de suspendare a efectelor documentului constatator emis de CNAIR sub nr.92/41898/26.05.2022 - Definitivă*”, Consiliul constată că documentului constatator emis de CNAIR sub nr. 92/41898/26.05.2022, este în vigoare și își produce efectele juridice.

Orice act administrativ are forță juridică obligatorie atât față de persoanele fizice sau juridice cărora li se adresează, cât și față de autoritatea care l-a emis, ținută să-l respecte ea însăși, pe tot parcursul

valabilității lui. Această obligativitate a actului administrativ derivă din faptul că el este dat pe baza și în executarea legii și, din această cauză, se bucură de prezumția de legalitate.

De asemenea, actul administrativ este executoriu, de îndată, fără a fi necesară întocmirea unor formalități ulterioare, ca în cazul unei hotărâri judecătorești rămasă definitivă, care, pentru a fi executată, trebuie investită cu formulă executorie. Având în vedere aceste aspecte și ținând cont de faptul că actul administrativ, respectiv, documentul constatator nr. 92/41898/26.05.2022, nu a fost revocat (retras de către însăși organul care l-a emis ori ce către organul ierarhic superior acestuia sau de instanța de judecată) sau anulat (măsura luată de către organul ierarhic superior celui care a adoptat sau emis actul sau de instanța de judecată prevăzută de lege, care face să înceteze efectele juridice ale acestui act), la dosar nefiind depuse documente/înscrisuri/alte mijloace de probă, în acest sens, el își produce în continuare efecte juridice. După cum a reținut și **Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 2199 din 14 aprilie 2009**, actul administrativ se bucură de prezumția de legalitate, care, la rândul său, se bazează pe prezumția autenticității și veridicității, în același timp fiind și executoriu, din oficiu.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că, în speță, sunt îndeplinite cele 2 condiții cumulative, prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, respectiv, ca abaterea să fie „*gravă sau repetată*”, respectiv ca abaterea să fi condus la încetarea anticipată (rezilierea) a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Este relevant în prezenta cauză, răspunsul **CJUE la întrebările preliminare ce au făcut obiectul cauzei C-387/14** potrivit căruia: *„Articolul 45 alineatul (2) litera (g) din Directiva 2004/18, care permite excluderea unui operator economic de la participarea la un contract de achiziții publice printre altele dacă s-a făcut „grav vinovat” de declarații false prin furnizarea informațiilor solicitate de autoritatea contractantă, trebuie interpretat în sensul că poate fi aplicat atunci când operatorul în cauză s-a făcut răspunzător de o neglijență de o anumită gravitate, și anume o neglijență de natură să aibă o influență determinantă asupra deciziilor de excludere, de selectare sau de atribuire a unui contract de achiziții publice, independent de constatarea unei abateri intenționate în sarcina acestui operator”.*

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare și stabilire a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme, precum și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. j) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că

această verificare s-a făcut, în cazul ofertei depuse de asocieria L
- SRL, cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale
de consecință, criticile contestatorului privind nelegalitatea evaluării
ofertei sale sunt nefondate, urmând să fie respinse.

Față de cele mai sus menționate, Consiliul nu mai analizează restul
criticilor din contestație, câtă vreme indiferent de natura acestora nu
poate fi înlăturat caracterul inacceptabil al ofertei, rezultatul fiind același.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art.
26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările

ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de asocieria L –..... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de asocieria L –..... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Obligatorie.

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

**Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:**

Consilier de soluționare

.....

PREȘEDINTE

.....

Consilier de soluționare

.....

Redactat practicaua deciziei

.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 31 (treizecișiuna) pagini