

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. .../.../..., ..., ..., ..., ...

Data: ...

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de către ...SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., reprezentată legal prin ..., având funcția de administrator și convențional prin avocat ..., cu sediul profesional în ..., sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură, împotriva rezultatului procedurii de atribuire, la lotul 3, emis de către ..., cu sediul în localitatea ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „...”, s-a solicitat Consiliului să dispună:

- anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. ..., a raportului procedurii nr. ..., precum și a tuturor actelor anterioare și/sau subsecvente acestora care privesc modalitatea de evaluare a ofertei sale;

- obligarea autorității contractante să adopte măsurile necesare restabilirii legalității procedurii de atribuire, cu consecința stabilirii caracterului acceptabil al ofertei sale;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea contestației, potrivit dovezilor ce vor fi depuse la dosarul cauzei;

- acces la dosarul achiziției.

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de către ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., reprezentată legal prin ... având funcția de administrator și convențional prin ..., cu sediul profesional în municipiul ..., sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură, împotriva rezultatului procedurii de atribuire, la lotul 1, emis de către ..., cu sediul în localitatea ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „...”, s-a solicitat Consiliului să dispună:

- admiterea contestației;
- anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. ..., a actelor care au stat la baza emiterii acesteia, precum și a celor subsecvente;
- anularea raportului procedurii nr. ..., în partea care privește respingerea ofertei sale, a actelor care au stat la baza emiterii acestuia, precum și a celor subsecvente;
- anularea deciziei autorității contractante prin care oferta sa a fost exclusă din procedură;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei sale.

Prin contestația nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de către ... SRL, cu sediul ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., reprezentată legal prin ... având funcția de administrator și convențional prin ..., cu sediul profesional în municipiul ..., sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură, împotriva rezultatului procedurii procedurii de atribuire, la lotul 5, emis de către ..., cu sediul în localitatea ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „...”, s-a solicitat Consiliului să dispună:

- admiterea contestației;
- anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. ..., a actelor care au stat la baza emiterii acesteia, precum și a celor subsecvente;
- anularea raportului procedurii nr. ..., în partea care privește respingerea ofertei sale, a actelor care au stat la baza emiterii acestuia, precum și a celor subsecvente;
- anularea deciziei autorității contractante prin care oferta sa a fost exclusă din procedură;
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei sale.

Prin contestația fără număr de înregistrare din data de 22.05.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de către ... SRL, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., reprezentată convențional prin avocat ..., cu adresă de comunicare a actelor de procedură în municipiul ..., împotriva rezultatului procedurii de atribuire, la lotul 2, emis de către ..., cu sediul în localitatea ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „...”, s-a solicitat Consiliului să dispună:

- anularea comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire nr. ..., prin care oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă;

- anularea raportului procedurii de atribuire nr. ... și a actelor anterioare sau subsecvente și/sau conexe acestuia, în ceea ce privește declararea ofertei depuse de ...SRL ca fiind câștigătoare, respectiv de excludere a ofertei sale;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea temeinică și legală a ofertei sale, cu consecința constatării caracterului admisibil al acesteia;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de ofertantul declarat câștigător ...SRL, cu consecința emiterii unui nou raport/rezultat al procedurii, în conformitate cu prevederile legale și în condițiile/limitele stabilite în decizia ce se va pronunța.

Prin contestația fără număr de înregistrare din data de 22.05.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de către ... SRL, cu sediul în municipiul ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., reprezentată convențional prin avocat ..., cu adresă de comunicare a actelor de procedură în ..., împotriva rezultatului procedurii de atribuire, la lotul 4, emis de către ..., cu sediul în localitatea ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „...”, s-a solicitat Consiliului să dispună:

- anularea comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire nr. ..., prin care oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă;

- anularea raportului procedurii de atribuire nr. ... și a actelor anterioare sau subsecvente și/sau conexe acestuia, în ceea ce privește evaluarea nelegală a ofertei sale;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea temeinică și legală a ofertei sale, cu consecința constatării caracterului admisibil al acesteia și emiterea unui nou raport/rezultat al procedurii, în conformitate cu prevederile legale și în condițiile/limitele stabilite în decizia ce se va pronunța.

Pentru a se asigura pronunțarea unei soluții unitare, Consiliul a procedat la conexarea contestațiilor formulate în cadrul aceleiași proceduri, în conformitate cu dispozițiile art. 17 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.

Procedura de soluționare în fața Consiliului s-a desfășurat în scris.

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

I. Prin contestația formulată, ...SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de licitație deschisă, critică decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă, în baza art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare coroborat cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g, art. 167 alin. (8), art. 169 din Legea nr. 98/2016.

1. Informațiile și documentele aflate la dispoziția autorității contractante:

Contestatoarea susține că, în evaluarea ofertei sale, ... a ignorat:

a. - faptul că ...SRL nu a participat efectiv la executarea lucrărilor care au atras pretenziile prejudicii calculate în legătură cu termenele din cadrul contractului; în acest sens, relevant este faptul că membrii asocierii care formează antreprenorul au încheiat acordul nr. 1/03.03.2015, parte integrantă a acordului de asociere, prin care ...a cedat/încredințat către ...SA responsabilitatea executării tuturor lucrărilor, ...nefiind așadar, implicat nicidecum în executarea efectivă a lucrărilor.

b.- faptul că, urmare a executării contractului, autoritatea contractantă a emis documente constatatoare distincte pentru fiecare dintre membrii asocierii care formau antreprenorul, fără a face, însă, o corectă circumstanțiere a situației de fapt și fără a analiza atribuțiile efectiv exercitate de către fiecare contractant, aspecte deja sancționate, în mod definitiv, de către instanța investită cu verificarea legalității lor, mai exact:

- documentul constatator nr. ..., emis pentru ...SRL, în data de 01.02.2021, prin care se rețin pretenziile abateri urmare a nerespectării termenelor contractuale de executare a lucrărilor, deși ...SRL nu și-a asumat responsabilitatea acestora.

- documentul constatator nr. ..., emis pentru societatea ...SA, în data de 25.01.2021, prin care se rețin aceleași abateri precum în documentul constatator emis pentru ...(acesta fiind singurul operator economic implicat, efectiv, în execuția lucrărilor); și

- documentul constatator nr. ..., emis pentru societatea ... SA, în data de 01.02.2021, (acest document nu a fost indicat în actele atacate; operatorul economic vizat nu participă la actuala procedură de atribuire).

c. faptul că documentul constatator emis pentru ...SRL a fost anulat, în mod definitiv, reținându-se în motivare tocmai lipsa de implicare și responsabilitate a ...în derularea contractului anterior. Concret:

- prin Sentința civilă nr. ... s-a dispus anularea documentului constatator emis pentru ...SRL;

- prin Decizia civilă nr. ..., apelul formulat de către ...împotriva Sentinței civile a fost respins; prin urmare, considerentele și dispozitivul

Sentinței civile au fost menținute ca fiind legale și temeinice de către Curtea de Apel București.

2. Actele atacate. Respingerea nelegală și netemeinică a ofertei ...SRL.

Aceasta arată că fără a adresa nicio solicitare prealabilă și, implicit, fără a-i acorda posibilitatea de a demonstra neîncadrarea în motivul de excludere, în mod nelegal și netemeinic, autoritatea contractantă a respins, ca inacceptabilă, oferta ...SRL sub pretextul incidenței motivului de excludere reglementat de pct. g) al art. 167 din Legea nr. 98/2016.

Deși, prin actele atacate, se pretinde verificarea „îndeplinirii condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege”, autoritatea contractantă s-a limitat exclusiv la a indica preținsele prejudicii indicate în două documente constatatoare, demers care demonstrează însuși faptul că autoritatea contractantă cunoaște și, totodată, confirmă imposibilitatea constatării îndeplinirii cumulative a condițiilor.

II. Temeinicia contestației

Punctual, arată, în continuare aspecte relevante privind neîncadrarea ...SRL în motivul de excludere, greșit reținut de autoritatea contractantă ca fiind aplicabil:

A. Nelegalitatea respingerii ofertei sub pretextul existenței documentului constatat în contextul anulării anterioare a acestuia. ... eludează caracterul obligatoriu și autoritatea de lucru judecat de care se bucură Sentința civilă, nefiind permisă încadrarea juridică diferită față de ceea ce instanța a stabilit.

Contestatoarea arată că:

- sentința civilă se bucură atât de un caracter obligatoriu, respectiv caracter executoriu, cât și de autoritate de lucru judecat, rămânând, la acest moment, definitivă prin respingerea apelului promovat de către

- autoritatea contractantă a eludat caracterul obligatoriu, definitiv și autoritatea de lucru judecat a Sentinței civile; concret, din simpla analiză a actelor atacate se constată că, în mod nelegal, autoritatea contractantă:

- a) a ignorat faptul că Sentința civilă era obligatorie, inclusiv pentru ...și totodată, îi era opozabilă în contextul în care a fost parte în soluționarea dosarului având ca obiect anularea documentului constatat, iar, pe de altă parte, a formulat și calea de atac a apelului, respinsă prin Decizia Curții de Apel București;

- b) a exclus oferta ...SRL în baza unui act administrativ anulat printr-o hotărâre judecătorească definitivă;

- c) a reținut îndeplinirea condițiilor prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 prin raportare la preținsele prejudicii în raport de care, prin Sentința civilă, se reține că acestea sunt, de fapt, imputabile însăși

Apreciază că măsura respingerii ofertei se impune a fi anulată în contextul în care, cu autoritate de lucru judecat și caracter obligatoriu și definitiv, prin Sentința civilă s-a tranșat atât nelegalitatea și netemeinicia documentului constatator emis pentru ...SRL, cât și faptul că acest operator economic nu poate fi ținut responsabil nici de pretinse abateri, nici de pretinse prejudicii constatate de către autoritatea contractantă în derularea contractului.

B. Netemeinicia respingerii ofertei ...SRL. Condițiile impuse de lege pentru aplicarea măsurii de excludere a ofertei nu sunt întrunite ci, dimpotrivă, infirmate prin hotărârile judecătorești

1. În mod netemeinic, a reținut ...incidența motivului de excludere în contextul în care:

a) Din economia dispozițiilor legale incidente, precum și din jurisprudența relevantă rezultă că, pentru a se dispune excluderea unui ofertant din cadrul procedurii de atribuire, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) coroborat cu art. 171 din Legea nr. 98/2016 și art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, trebuie îndeplinite, în mod cumulativ, următoarele condiții:

- încălcarea de către ofertant, în mod grav sau repetat, a obligațiilor principale din contract; și

- încălcările să fi condus fie la încetarea anticipată a contractului, fie la plata de daune - interese, fie la aplicarea altor sancțiuni comparabile.

b) Condițiile impuse pentru incidența motivului de excludere statuat de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 nu sunt îndeplinite de către ...:

- ...SRL nu și-a încălcat grav sau repetat obligațiile principale ce îi reveneau în cadrul contractului. ...nu ar fi putut să-și încalce obligațiile aferente execuției lucrărilor în contextul în care responsabilitățile aferente acestora au fost preluate de un alt membru al asocierii, astfel cum acordul completator demonstrează.

- Conduita ...nu a condus nici la prejudiciile indicate de către ...în cadrul actelor; această condiție a fost, în mod greșit, considerată de către autoritatea contractantă ca fiind îndeplinită în contextul în care prejudiciile indicate prin actele atacate au fost analizate prin Sentința civilă, reținându-se, cu autoritate de lucru judecat că *„Obligarea reclamantei ...la plata sumelor solicitate cu titlu de despăgubiri este nejustificată (...) nu există suport contractual sau legal care să prevadă dreptul Beneficiarului de a recupera de la Antreprenor/...contravaloarea unor prestații personale ale acestuia. (...) Posibilitatea obligării antreprenorului la acoperirea unui eventual prejudiciu implică demonstrarea culpei reclamantei în ceea ce privește neexecutarea Contractului dar, având în vedere faptul că nu există nicio legătură de cauzalitate între faptele imputate ...prin Documentul constatator și*

prejudiciile pretinse de către Beneficiar, nu se poate ajunge decât la concluzia că reclamanta nu datorează sumele indicate."

- Este incontestabilă neîncadrarea ...SRL în motivul de excludere reglementat de pct. g) al art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și implicit, corecta completare a DUAЕ depus în procedura de atribuire în contextul în care, urmare a administrării probelor și informațiilor depuse la dosarul cauzei care demonstrează conduita sa pe parcursul derulării contractului, explicit se confirmă prin Sentința civilă:

- faptul că ...nu a fost în culpă în executarea obligațiilor principale contractuale și, oricum, nu a îndeplinit niciuna dintre activitățile care ar fi atras pretinsele întârzieri constatate de către ...;

- faptul că au fost analizate exact categoriile de prejudicii în raport de ...a dispus măsura excluderii, constatându-se, că nu există o legătură de cauzalitate între conduita ...și aceste prejudicii care, de altfel, se află exclusiv în responsabilitatea ...și, prin urmare, nici nu pot fi imputate altor persoane.

- simpla emitere a documentelor constatatoare nu conduce, în mod automat, la excluderea din procedura de atribuire, dimpotrivă, autoritatea contractantă verifică incidența motivelor de excludere în raport de conduita concretă a ofertantului care, în speță, nu putea fi necorespunzătoare în contextul în care execuția lucrărilor nu s-a aflat în responsabilitatea ...; și, totodată, chiar Sentința civilă confirmă nelegalitatea aspectelor sesizate de către ...prin intermediul documentelor constatatoare.

În opinia sa, nu există o conduită culpabilă a ...în executarea contractului și, implicit, nici prejudicii, astfel cum corect s-a tranșat prin sentința civilă.

2. Incidența cazurilor de excludere se analizează doar în raport de conduita operatorului economic care s-ar încadra în respectiva situație.

În acest sens, relevante sunt următoarele aspecte:

- Temeiul legal invocat de către ...pentru pretinsa incidență a cazurilor de excludere este art. 167 alin. (1) pct. g) din Legea nr. 98/2016; analizând dispozițiile legale se constată că acestea vizează situația în care *„operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, iar aceste încălcări au dus la (...) plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile”*; așadar, motivul de excludere invocat de către ...se raportează exclusiv la faptele/conduita operatorului economic participant în cadrul procedurii de atribuire.

- Excluderea unui operator economic din procedura de atribuire poate fi apreciată strict în raport de regulile impuse în cadrul materiei achizițiilor publice, fără a avea incidență interpretările extensive ale textelor de lege doar pentru ca ...să poată justifica o pretinsă incidență a motivelor de excludere.

- Deși dispozițiile legale vizează explicit și limitativ conduita ofertantului din cadrul unui alt contract de achiziție publică, în mod nepermis, ...extinde această aplicabilitate și la conduita altui operator economic.

3. Documentul constatator emis pentru ... nu poate, oricum, justifica măsura excluderii ofertei ...din procedura de atribuire, relevantă în acest sens este Hotărârea CJUE din data de 26 ianuarie 2023 emisă în cauza C-682/21.

c) Orice neclaritate a autorității contractante ar fi trebuit clarificată anterior dispunerii cele mai drastice dintre măsuri; omisiunea ...de a proceda astfel a condus la încălcarea principiului proporționalității.

Punctual, în continuare, evidențiază dispozițiile legale în raport de care omisiunea ...de a solicita clarificări este vădit nelegală:

- dispozițiile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și art. 127 alin. (1) lit. i) coroborate cu cele ale art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/1016;

- art. 171 din Legea nr. 98/2016 și ale art. 57 din Directiva nr. 2014/24/UE prevăd fără echivoc posibilitatea ofertantului de a furniza dovezi care să arate că măsurile luate sunt suficiente pentru a-și proba credibilitatea;

- jurisprudența este unanimă în a susține obligația ...de a se edifica asupra situației reale intervenite anterior respingerii unei oferte din procedura de atribuire prin transmiterea unei clarificări ofertantului.

Concluzionând, susține că se impune anularea actelor atacate dat fiind că ...SRL nu se încadrează în motivul de excludere reglementat de dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 atât timp cât documentul constatator emis față de acesta a fost anulat; documentul constatator emis față de ... vizează conduita altui operator economic diferit de ofertantul din procedura de atribuire; autoritatea contractantă nu a solicitat clarificări ofertantului și, implicit, nu i-a acordat acestuia posibilitatea de a arăta motivele pentru care nu se încadrează în cazurile de excludere.

Prin punctul de vedere nr. ..., înregistrat la Consiliu cu nr. ..., ... a solicitat respingerea contestației formulate de ...SRL, ca nefondată și neîntemeiată.

Autoritatea contractantă prezintă istoricul procedurii arătând că urmare a finalizării procesului de evaluare, conform raportului procedurii nr. ..., comisia de evaluare a hotărât să declare câștigătoare la lot 3 ..., oferta depusă de ...SRL care s-a clasat pe primul loc cu un preț al ofertei de 14.662.568,00 lei, fără TVA, ce reprezintă valoarea maximă aferentă acordului-cadru determinată pe baza cantităților maxime aferente celor 4 ani.

Arată că, în ceea ce privește oferta depusă de contestatoare, comisia de evaluare a hotărât respingerea acesteia în conformitate cu

prevederile art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016 actualizată, ca fiind inacceptabilă în baza art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare coroborat cu prevederile art. 167 alin (1) lit. g), art. 167 alin. (8) art. 169 din Legea nr. 98/2016 actualizată.

Aceasta susține că, în fapt, motivul pentru care oferta contestatoarei a fost respinsă îl reprezintă existența documentelor constatatoare nr. ... din data de 25.01.2021 emis de ...SA - ... nr. 2115/25.01.2021 către ...SA și nr. ... din data de 01.02.2021 emis de ...SA - ... nr. 7854/22.03.2021 către ...SRL.

Menționează că pentru a lua o decizie cu privire la încadrarea sau nu a respectivului document în prevederile art. 167 alin (1) lit. g) din cadrul Legii nr. 98/2016 (actualizată), comisia de evaluare a procedat la analiza îndeplinirii condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege, astfel cum prevede art. 166 alin. 8 din HG nr. 395/2016 (actualizată).

Analizând documentele constatatoare, membrii comisiei de evaluare au constatat că, în cadrul acestora, se menționează, la pct. 9, cu titlu de *„prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului”*:

- valoarea de 54.712,41 lei, reprezentând taxe plătite de beneficiar către ...;

- valoarea de 8.401,60 lei, fără TVA, reprezentând contravaloarea facturii întocmită de SC ...SRL pentru servicii de consultanță.

Susține faptul că ...nu a declarat la nivel de DUAЕ documentele constatatoare.

Referitor la documentele constatatoare invocate, precizează că la data de 01.02.2021, ...SA prin ... a emis pentru ...SRL documentul constatator nr. .../01.02.2021 întrucât a considerat ca fiind incidente în acea speță prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, precizează că, la data de 11.04.2022, în cadrul dosarului nr. 14110/3/2021*, Tribunalul București a dispus prin Hotărârea nr. 721/2022 anularea documentului constatator nr. .../01.02.2021, atacată la data de 20.02.2023 cu apel de către ...SA prin

Subliniază faptul că data limită de depunere a ofertelor a fost 13.02.2023, dată la care Hotărârea nr. 721/2022 nu era definitivă, astfel că documentul constatator trebuia menționat în cadrul DUAЕ depus, ...SRL având posibilitatea de a prezenta orice dovezi, informații și/sau documente edificatoare prin care să își demonstreze credibilitatea.

Astfel, arată că, în cadrul DUAЕ, completat de contestatoare până la data limită de depunere a ofertelor, respectiv 13.02.2023 ora 15.00, aceasta nu a declarat existența respectivului document constatator de îndeplinire necorespunzătoare a acordului contractual nr.

926/07.11.2013 și totodată, completarea cu informațiile pe care contestatoarea le consideră drept dovezi de autocorectare, conform formularului DUAЕ.

Cu privire la critica contestatoarei referitoare la netemeinicia deciziei autorității contractante de respingere a ofertei deoarece la data formulării contestației, respectiv 19.05.2023 documentul constatator a fost anulat, de către Curtea de Apel București, arată că la data luării deciziei de respingere a ofertei sale, respectiv 13.03.2023, documentul constatator nu era anulat printr-o decizie definitivă a instanței.

Mai mult, susține că prin nedeclararea în DUAЕ a existenței documentelor constatatoare negative, oferta depusă intră și sub incidența art. 167 alin. (1) lit. h), i) din Legea nr. 98/2016.

Cât privește critica potrivit căreia nu i-au fost solicitate clarificări, aceasta arată că avea cunoștință de faptul că ofertantul ...SRL a fost sancționat prin documentul constatator nr. ... emis chiar de către ...SA prin ... și la data depunerii ofertelor se afla în situația de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, motiv pentru care nu se impunea să fie solicitate clarificări raportat la declarația din DUAЕ, ci se impunea tocmai excluderea din procedură în conformitate cu prevederile art. 169 din Legea nr. 98/2016.

Menționează că, înainte de a respinge oferta contestatoarei în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, comisia de evaluare a procedat la verificarea îndeplinirii condițiilor de încadrare a documentului constatator nr. .../01.02.2021 în respectivele prevederi legale, astfel cum prevede inclusiv Notificarea ANAP cu privire la situația de excludere reglementată la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

În opinia sa, conduita acestui operator economic a fost de a furniza informații eronate atât autorității contractante, prin nedeclararea în DUAЕ a existenței unui document constatator negativ, cât și CNSC, prin omiterea datei la care *„acest act administrativ a fost anulat prin hotărâre judecătorească rămasă definitivă*, respectiv 20.04.2023, dată ulterioară datei limită de depunere a ofertelor, 13.02.2023, fapt ce genera obligația declarării acestuia în DUAЕ.

Astfel, autoritatea contractantă apreciază că, în mod corect, a respins oferta ...SRL, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016 actualizată, deoarece aceasta a fost declarată, ca inacceptabilă, în baza art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare coroborat cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g), art. 167 alin. (8), art. 169 din Legea nr. 98/2016 actualizată.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., ...SRL a transmis documentul „Note scrise”, în replică față de punctul de vedere al autorității contractante.

A. Excepția inadmisibilității motivelor noi de respingere a ofertei ...SRL, invocate pentru prima dată prin punctul de vedere și care nu se regăsesc în actele atacate. De altfel, motivele noi, suplimentare, sunt (și) netemeinice .

În acest sens arată că:

1. Se impune a fi admisă excepția inadmisibilității criticilor noi, suplimentare motivelor de respingere a ofertei Secol, invocate de către autoritatea contractantă, pentru prima dată, prin punctul de vedere întrucât:

- Punctul de vedere transmis de autoritatea contractantă trebuie să se raporteze pe de o parte, la actele emise, iar, pe de altă parte, la motivele pentru care contestatoarea înțelege să solicite anularea acestora; aceste limite nu pot fi depășite/completate prin punctul de vedere doar pentru a justifica, din perspectiva unor motive suplimentare, o respingere nelegală în raport de care, de fapt, ...trebuia să adopte măsurile de remediere în contextul în care confirmă explicit că documentul constatator a fost anulat;

- Nicio dispoziție legală sau practică nu acordă autorității contractante posibilitatea de a completa, prin punctul de vedere, aspectele redată în actele atacate;

- principiile disponibilității, legalității, celerității, contradictorialității și dreptul la apărare statuează expres că învestirea Consiliului este limitată la legalitatea și temeinicia actului atacat și, implicit, la motivele abordate prin contestație;

- Autoritatea contractantă nu a respins oferta ...în raport de ceea ce invocă prin punctul de vedere, mai exact:

- din cadrul actelor atacate explicit rezultă că excluderea ...din procedura de atribuire a fost dispusă exclusiv urmare a pretensei constatări a incidenței pct. q) al art. 167 alin. (1);

- prin punctul de vedere, întreaga argumentație a autorității contractante se raportează exclusiv la o pretinsă omisiune a ...de a fi indicat în cuprinsul DUAЕ existența documentului constatator, act anulat la momentul depunerii ofertei (aspect pe care inclusiv ...îl confirmă).

2. Suplimentar caracterului inadmisibil al motivelor noi de excludere a ofertei asocierii Secol, raționamentul autorității contractante este, de altfel, și netemeinic întrucât:

- lipsește cu desăvârșire motivarea în drept.

- Secol nu avea obligația de a declara în DUAЕ nici existența documentului constatator și nici eventualele abateri și/sau prejudicii greșit reținute de către autoritatea contractantă în contextul în care:

- documentul constatator a fost anulat încă din data de 11.04.2022 urmare a pronunțării Sentinței civile;

- sentința civilă a fost comunicată în data de 25.01.2023, moment la care ...a luat la cunoștință despre faptul că nici neexecutarea obligațiilor, nici prejudiciile invocate nu pot fi imputate Secol;

- ...a declarat apel față de Sentința civilă, ulterior depunerii ofertei și, prin Decizia civilă, calea de atac a fost respinsă;

• condițiile impuse de pct. h) ale art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 nu sunt, așadar îndeplinite întrucât Secol:

- nu trebuia să prezinte informații privind existența documentului constatator tocmai pentru că acesta era anulat la momentul depunerii ofertei;

- nu s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere întrucât condițiile impuse de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 nu erau îndeplinite, aspect confirmat prin Sentința civilă, obligatorie atât pentru ..., cât și pentru Secol.

• Nici motivul de excludere reglementat de pct. i) al art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 nu putea fi reținut întrucât:

- incidența motivului de excludere reglementat de pct. i) al art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 nu poate fi reținută în același timp în care se consideră aplicabil și motivul reglementat de pct. h) al aceluiași articol de lege, în contextul în care acestea implică forme de vinovăție distincte în raport de aceeași faptă.

- simplul fapt că ...a concluzionat că ar fi incident și acest motiv de excludere este insuficient și nemotivat, în contextul în care documentele efectiv analizate și nici raționamentul efectiv al comisiei față de conduita Secol nu au fost aduse la cunoștința Secol pentru care a considerat că ar fi „furnizat din neglijență informații eronate”;

- argumentele detaliate pentru demonstrarea inaplicabilității pct. h) al art. 167 din Legea nr. 98/2016 sunt, de asemenea, elocvente și pentru constatarea netemeinicii acestui motiv de excludere, ...prezentând, de fapt, o aplicabilitate a motivelor de excludere, neclară.

B. Nelegalitatea și netemeinicia respingerii ofertei ...în temeiul unui act administrativ anulat. Nicio condiție impusă de lege nu este, de fapt, îndeplinită

Anularea actelor atacate este singura măsură posibil a fi adoptată pentru asigurarea legalității procedurii de atribuire având în vedere că:

1. Ambele condiții impuse pentru aplicarea motivului de excludere reglementat de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 sunt contrare considerentelor Sentinței civile.

2. Nici emiterea documentului constatator față de ... nu poate justifica măsura respingerii ofertei Secol; în acest sens, relevante sunt

următoarele repere: Hotărârea CJUE din data de 26 ianuarie 2023 emisă în cauza C-682/21; dispozițiile legale pretins analizate de către ...care confirmă dincolo de orice dubiu faptul că doar fapta operatorului economic, ofertant în Procedura de atribuire, este relevantă, nicidecum a membrului asociat; decizia CNSC publicată în Buletinul Oficial nr. 328/2023.

II. Prin contestația sa, ... SRL critică decizia autorității contractante de excludere a ofertei sale din procedură, în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. d) și alin. (5) lit. a) din Legea nr. 98/2016 având în vedere că propunerile tehnice depuse la lot 1 de către ... SRL și asocierea ...prezintă asemănări semnificative din punct de vedere al conținutului documentelor nestandardizate, respectiv Programul de control al calității și procedura tehnică privind frezarea inclusă în cadrul Metodologiei Lucrărilor.

Aceasta apreciază decizia autorității contractante ca fiind netemeinică și nelegală, cu încălcarea legislației în materia achizițiilor publice, dar și a principiului proporționalității.

Consideră că autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit obligația legală de a-i solicita clarificări în ceea ce privește situația constatată de către comisia de evaluare; or, în condițiile în care autoritatea contractantă are ca scop semnarea contractului de achiziție publică, nu respingerea ofertelor primite, prin modul de analiză și de evaluare aceasta trebuie să aibă certitudinea că ofertele respinse nu asigură respectarea cerințelor tehnice și de calitate enunțate în caietul de sarcini fiind eliminate orice inadvertențe nesemnificative, precum și să confere securitate juridică sporită deciziei sale prin solicitarea de clarificări clare din punct de vedere al obiectului motivate, prin raportare la prevederile documentației de atribuire și cu un termen de răspuns adaptat.

În susținere invocă Decizia CNSC nr. ... din 05.07.2018, precum și Decizia civilă nr. ... din 24 mai 2012 pronunțată de Curtea de Apel București.

Nu în ultimul rând, arată că la soluționarea contestației sunt relevante dispozițiile art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016, art. 49 din Legea nr. 98/2016, inclusiv cele reținute de Curtea de Apel București - Secția a IX-a contencios administrativ și fiscal prin decizia civilă nr. 272/03.02.2022.

Susține că aceeași este situația inclusiv în cauza dedusă judecății, în condițiile în care, cu nerespectarea prevederilor imperative din anexa la HG nr. 395/2016, comisia de evaluare nu i-a solicitat să clarifice presupusele asemănări între propunerea sa tehnică și a unui alt participant la procedură, aspect pentru care inclusiv sub acest aspect decizia de excludere este netemeinică și nelegală.

Arată, că în același sens, în raport de concluziile comisiei de evaluare, în primul rând simpla evidențiere a unor pagini din propunerea

sa tehnică, care ar prezenta asemănări cu informațiile din propunerea tehnică depusă de un alt participant la procedură, în niciun caz nu poate corespunde unei motivări legale, aceasta cu atât mai mult cu cât nu a avut acces la oferta asocierii în cauză.

În al doilea rând, contrar celor reținute de comisia de evaluare, la întocmirea propunerii tehnice nu a existat vreo comunicare cu asocierea ...SRL.

Totodată, arată că ceea ce omite autoritatea contractanta este că, procedurile tehnice de execuție conțin tehnologii de execuție ce se execută la fel de toate societățile în domeniu, acesta fiind cel mai probabil considerentul pentru care ar exista asemănări în ceea ce privește procedura de frezare; în același sens, planul calității este un document standard care se particularizează pe fiecare procedură în parte.

Referitor la programul calității, fără a cunoaște conținutul propunerii tehnice depuse de asocierea ...SRL, contestatoarea susține că are dubii în ceea ce privește legalitatea concluziei comisiei de evaluare, dat fiind că numărul de pagini este diferit, planul calității prezentat de societatea sa fiind expus pe 45 de pagini, iar cel al asocierii competitorare pe 71 de pagini.

Totodată, arată că în același sens, contrar concluziilor comisiei de evaluare, propunerea sa tehnică conține declarații în numele societății, utilaje (însoțite de documente doveditoare de deținere), care, în niciun caz, nu pot fi declarate și de alt ofertant, fiind, în mare, parte proprietatea sa și nu au fost închiriate altui participant la procedură. Tot astfel, planul calității conține 13 proceduri tehnice de execuție, dintre care comisia reține că una dintre ele ar prezenta asemănări cu cea a unui alt participant, ceea ce conduce clar la concluzia ca excluderea este una disproporțională, aceasta cu atât mai mult cu cât, procedurile tehnice de execuție conțin tehnologii de execuție ce se execută la fel de toate societățile în domeniu.

Contestatoarea subliniază că nu trebuie omis nici faptul că, deși comisia ar fi constatat asemănări între propunerea sa tehnică și cea a asocierii ...SRL, potrivit informațiilor raportului procedurii doar oferta ... SRL a fost respinsă pentru acest motiv, aspect care face dovada faptului că, în niciun caz, nu se poate reține existența unor indicii rezonabile/informații concrete pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză.

În temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016, contestatoarea solicită acces la dosarul achiziției.

Prin punctul de vedere nr. ..., înregistrat la Consiliu cu nr. ..., ... a solicitat respingerea contestației formulate de ... SRL, ca nefondată și neîntemeiată.

Autoritatea contractantă prezintă istoricul procedurii arătând că urmare a finalizării procesului de evaluare, conform raportului procedurii nr. ..., comisia de evaluare a hotărât să declare câștigătoare la lot 1 ..., oferta depusă de ...SRL care s-a clasat pe primul loc cu un preț al ofertei de 28.037.797,50 lei, fără TVA, ce reprezintă valoarea maximă aferentă acordului-cadru determinată pe baza cantităților maxime aferente celor 4 ani.

Arată că, în ceea ce privește oferta depusă de contestatoare, comisia de evaluare a hotărât excluderea acesteia în temeiul art. 167 alin. (1) lit. d) și alin. (5) lit. a) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare.

Aceasta arată că, în urma evaluării propunerilor tehnice și pe baza informațiilor prezentate de ofertant, comisia de evaluare a constatat că propunerile tehnice depuse de către:

- ..., pe de o parte și pe de altă parte, asocierea ... la Lot 1 ...
- ..., pe de o parte și pe de altă parte, asocierea ... Lot 5 ...

prezintă asemănări semnificative din punct de vedere al conținutului documentelor nestandardizate, respectiv Programul de control al calității și procedura tehnică privind frezarea inclusă în cadrul Metodologiei lucrărilor.

Menționează că, potrivit art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare din următoarele situații: *d) autoritatea contractantă are suficiente indicii rezonabile/informații concrete pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză.*

Totodată, arată că potrivit art. 167 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 în sensul dispozițiilor alin. (1) lit. d), se consideră că autoritatea contractantă are suficiente indicii plauzibile pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză, în următoarele situații, reglementate cu titlu explicativ:

a) ofertele sau solicitările de participare transmise de 2 sau mai mulți operatori economici participanți la procedura de atribuire prezintă asemănări semnificative din punct de vedere al conținutului documentelor nestandardizate potrivit documentației de atribuire.

Menționează că au fost identificate asemănări semnificative din punct de vedere al conținutului documentelor nestandardizate și anume:

NR. LOT	...	...
---------	-----	-----

LOT 5	pagina 48-50-Metodologia privind frezarea; pagina 193-261-Programul calității	pagina 9-10-Metodologia privind frezarea; pagina 52-97-Programul calității
-------	--	---

NR. LOT	...	...
LOT 1	pagina 37-39-Metodologia privind frezarea pagina 122-193 Programul calității	pagina 7-9-Metodologia privind frezarea pagina 30-75 Programul calității

Susține că potrivit art. 167 alin. (1) lit. d); alin. (5) lit. a) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, membrii comisiei de evaluare au exclus din procedura de atribuire a contractului de achiziție ofertantul ... SRL.

Referitor la argumentele prezentate de contestatoare în cadrul contestației învederează faptul că oferta depusă de ... nu a fost respinsă în temeiul art. 167 alin. (1) lit. d); alin. (5) lit. a) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare deoarece aceasta fusese, în prealabil, respinsă în faza anterioară, respectiv în faza de evaluare a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare, fiind declarată inacceptabilă potrivit art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare coroborat cu art. 137 alin (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare din motivele expuse în Raportul procedurii nr. ... și comunicate ofertantului cu adresa nr.

Cât privește decizia comisiei de evaluare de a nu-i solicita contestatoarei clarificări cu privire la cele constatate menționează că aceasta s-a bazat pe faptul că însuși legiuitorul nu a impus o astfel de obligație raportat la prevederile art. 167 alin. (1) lit. d); alin. (5) lit. a) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, astfel cum este impusă în alte situații de excludere. Mai mult, situația constatată de comisia de evaluare nu se subsumează situațiilor reglementate de articolul invocat de contestatoare, respectiv art. 134 alin. (1) din cadrul HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

În drept, sunt invocate prevederile art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., ... SRL a transmis documentul „Concluzii scrise”, în replică față de punctul de vedere al autorității contractante, solicitând admiterea contestației astfel cum a fost formulată, iar, pe cale de consecință, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei sale.

Aceasta, fără a reitera motivele de fapt și de drept din contestație, arată că excluderea sa din procedură a fost consecința concluziei comisiei de evaluare potrivit căreia propunerea sa tehnică ar prezenta asemănări semnificative din punctul de vedere al documentelor nestandardizate cu cea a asocierii ...SRL.

Menționează că decizia de excludere este nelegală și netemeinică, fiind luată cu încălcarea dispozițiilor art. 167 alin. (6) și (7) din Legea nr. 98/2016, dat fiind că, din informațiile dosarului achiziției nu rezultă că autoritatea contractantă ar fi solicitat, în scris, Consiliului Concurenței punctul de vedere cu privire la indiciile identificate care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura de atribuire în cauză.

Contestatoarea reiterează faptul că, deși comisia ar fi constatat asemănări între propunerea tehnică depusă de ... SRL și cea a asocierii ...SRL, potrivit informațiilor raportului procedurii doar oferta sa a fost respinsă pentru acest motiv, aspect care face dovada faptului că în niciun caz nu se poate reține existența unor indicii rezonabile/informații concrete pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză.

Cu privire la susținerea potrivit căreia asocierea ...SRL nu a fost respinsă, în baza art. 167 din legea nr. 98/2016, deoarece fusese, în prealabil, respinsă în faza anterioară, respectiv în faza de evaluare a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare arată că o astfel de afirmație este contrară legislației în materia achizițiilor publice, dar și a informațiilor de la dosar, în condițiile în care, într-o asemenea situație, autoritatea contractantă nu ar mai fi avut posibilitatea evaluării ofertei asocierii în cauză.

III. Prin contestația sa, ... SRL critică decizia autorității contractante de excludere a ofertei sale din procedură, în conformitate cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. d) și alin. (5) lit. a) din Legea nr. 98/2016 având în vedere că propunerile tehnice depuse la lot 5 de către ... SRL și asocierea ... prezintă asemănări semnificative, din punct de vedere al conținutului documentelor nestandardizate, respectiv Programul de control al calității și procedura tehnică privind frezarea inclusă în cadrul Metodologiei Lucrărilor.

Aceasta apreciază decizia autorității contractante, ca fiind netemeinică și nelegală, cu încălcarea legislației în materia achizițiilor publice, dar și a principiului proporționalității.

Consideră că autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit obligația legală de a-i solicita clarificări în ceea ce privește situația constatată de către comisia de evaluare; or, în condițiile în care autoritatea contractantă are ca scop semnarea contractului de achiziție publică, nu

respingerea ofertelor primite, prin modul de analiză și de evaluare aceasta trebuie să aibă certitudinea că ofertele respinse nu asigură respectarea cerințelor tehnice și de calitate enunțate în caietul de sarcini fiind eliminate orice inadvertențe nesemnificative, precum și să confere securitate juridică sporită deciziei sale prin solicitarea de clarificări clare din punct de vedere al obiectului motivate, prin raportare la prevederile documentației de atribuire și cu un termen de răspuns adaptat.

În susținere invocă Decizia CNSC nr. ... din 05.07.2018, precum și Decizia civilă nr. ... din 24 mai 2012 pronunțată de Curtea de Apel București.

Nu în ultimul rând, arată că la soluționarea contestației sunt relevante următoarele dispoziții care obligă autoritatea contractantă la transmiterea unei solicitări de clarificare a presupuselor neclarități ale comisiei de evaluare: art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016, art. 49 din Legea nr. 98/2016.

La soluționarea contestației relevante sunt inclusiv cele reținute de Curtea de Apel București - Secția a IX-a contencios administrativ și fiscal prin decizia civilă nr. 272/03.02.2022.

Susține că aceeași este situația inclusiv în cauza dedusă judecății, în condițiile în care, cu nerespectarea prevederilor imperative din anexa la HG nr. 395/2016, comisia de evaluare nu i-a solicitat să clarifice presupusele asemănări între propunerea sa tehnică și a unui alt participant la procedură, aspect pentru care inclusiv sub acest aspect decizia de excludere este netemeinică și nelegală.

Arată că, în același sens, în raport de concluziile comisiei de evaluare, în primul rând simpla evidențiere a unor pagini din propunerea sa tehnică, care ar prezenta asemănări cu informațiile din propunerea tehnică depusă de un alt participant la procedură, în niciun caz nu poate corespunde unei motivări legale, aceasta cu atât mai mult cu cât nu a avut acces la oferta asocierii în cauză.

În al doilea rând, contrar celor reținute de comisia de evaluare, la întocmirea propunerii tehnice nu a existat vreo comunicare cu asocierea ...SRL.

Totodată, arată că ceea ce omite autoritatea contractanta este că, procedurile tehnice de execuție conțin tehnologii de execuție ce se execută, la fel, de toate societățile în domeniu, acesta fiind cel mai probabil considerentul pentru care ar exista asemănări în ceea ce privește procedura de frezare; în același sens, planul calității este un document standard care se particularizează pe fiecare procedură în parte.

Referitor la programul calității, fără a cunoaște conținutul propunerii tehnice depuse de asocierea ...SRL, contestatoarea susține că are dubii în ceea ce privește legalitatea concluziei comisiei de evaluare, dat fiind că numărul de pagini este diferit, planul calității prezentat de

societatea sa fiind expus pe 45 de pagini, iar cel al asocierii competitive pe 71 de pagini.

Totodată, arată că în același sens, contrar concluziilor comisiei de evaluare, propunerea sa tehnică conține declarații în numele societății, utilaje (însoțite de documente doveditoare de deținere), care în niciun caz nu pot fi declarate și de alt ofertant, fiind, în mare parte, proprietatea sa și nu au fost închiriate altui participant la procedură. Tot astfel, planul calității conține 13 proceduri tehnice de execuție, dintre care comisia reține că una dintre ele ar prezenta asemănări cu cea a unui alt participant, ceea ce conduce clar la concluzia că excluderea este una disproportională, aceasta cu atât mai mult cu cât, procedurile tehnice de execuție conțin tehnologii de execuție ce se execută la fel de toate societățile în domeniu.

Contestatoarea subliniază că nu trebuie omis nici faptul că, deși comisia ar fi constatat asemănări între propunerea sa tehnică și cea a asocierii ...SRL, potrivit informațiilor raportului procedurii doar oferta ... SRL a fost respinsă pentru acest motiv, aspect care face dovada faptului că, în niciun caz, nu se poate reține existența unor indicii rezonabile/informații concrete pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză.

În temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016, contestatoarea solicită acces la dosarul achiziției.

Prin punctul de vedere nr. ..., înregistrat la Consiliu cu nr. ..., ... a solicitat respingerea contestației formulate de ... SRL ca fiind nefondată și neîntemeiată.

Autoritatea contractantă prezintă istoricul procedurii arătând că urmare a finalizării procesului de evaluare, conform raportului procedurii nr. ..., comisia de evaluare a hotărât să declare câștigătoare, la lot 5 ..., oferta depusă de ...SRL care s-a clasat pe primul loc cu un preț al ofertei de 45.487.679,60 lei, fără TVA, ce reprezintă valoarea maximă aferentă acordului-cadru determinată pe baza cantităților maxime aferente celor 4 ani.

Arată că, în ceea ce privește oferta depusă de contestatoare, comisia de evaluare a hotărât excluderea acesteia în temeiul art. 167 alin. (1) lit. d) și alin. (5) lit. a) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare.

Aceasta arată că, în urma evaluării propunerilor tehnice și pe baza informațiilor prezentate de ofertant, comisia de evaluare a constatat că propunerile tehnice depuse de către:

- ..., pe de o parte și pe de altă parte, asocierea ... la Lot 1 ...
- ..., pe de o parte și pe de altă parte, asocierea ... Lot 5 ...

prezintă asemănări semnificative din punct de vedere al conținutului documentelor nestandardizate, respectiv Programul de

control al calității și procedura tehnică privind frezarea inclusă în cadrul Metodologiei lucrărilor.

Menționează că, potrivit art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare din următoarele situații: (..) *d) autoritatea contractantă are suficiente indicii rezonabile/informații concrete pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză.*

Totodată, arată că potrivit art. 167 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 în sensul dispozițiilor alin. (1) lit. d), se consideră că autoritatea contractantă are suficiente indicii plauzibile pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză, în următoarele situații, reglementate cu titlu explicativ: *a) ofertele sau solicitările de participare transmise de 2 sau mai mulți operatori economici participanți la procedura de atribuire prezintă asemănări semnificative din punct de vedere al conținutului documentelor nestandardizate potrivit documentației de atribuire.*

Menționează că au fost identificate asemănări semnificative din punct de vedere al conținutului documentelor nestandardizate pe care le redă.

Susține că potrivit art. 167 alin. (1) lit. d); alin. (5) lit. a) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, membrii comisiei de evaluare au exclus din procedura de atribuire a contractului de achiziție ofertantul ... SRL.

Referitor la argumentele prezentate de contestatoare, în cadrul contestației, învederează faptul că oferta depusă de ... a fost respinsă din motivele expuse în raportul procedurii nr 14273 din 10.05.2023 și comunicate ofertantului cu adresa nr. 14539/11.05.2023.

Cât privește decizia comisiei de evaluare de a nu-i solicita contestatoarei clarificări cu privire la cele constatate menționează că aceasta s-a bazat pe faptul că însuși legiuitorul nu a impus o astfel de obligație raportat la prevederile art. 167 alin. (1) lit. d); alin. (5) lit. a) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, astfel cum este impusă în alte situații de excludere. Mai mult situația constatată de comisia de evaluare nu se subscie situațiilor reglementate de articolul invocat de contestatoare, respectiv art. 134 alin (1) din cadrul HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare.

În drept, sunt invocate prevederile art. 18 alin. (1) din Legii nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

IV. Prin contestația sa, ... SRL, critică decizia autorității contractante de a respinge oferta sa ca inacceptabilă, precum și declararea ca fiind câștigătoare a ofertei depuse de ...SRL, la lotul 2.

1. Scurtă prezentare a contextului contestației

Prezintă succint istoricul procedurii arătând că, prin adresa nr. 14532/11.05.2023, i-a fost adus la cunoștință faptul că oferta sa „a fost respinsă, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016 actualizată (...), ca fiind inacceptabilă în baza art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare coroborat cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g), art. 167 alin. (8) art. 169 din Legea nr. 98/2016 actualizată”.

Menționează că, la data de 15.05.2023, urmare a solicitării, a primit acces la o parte din documentele din dosarul achiziției publice (procesul-verbal din data de 15.05.2023) neavând acces la oferta declarată câștigătoare și nici la procesul-verbal de evaluare a propunerilor tehnice.

2. Considerații prealabile

În temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ... SRL solicită accesul la dosarul constituit la Consiliu, inclusiv la acele documente declarate de ofertantul câștigător ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, pentru care acest ofertant nu a depus și dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, în acest sens, invocând prevederile art. 57 din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere limitările reglementate de legiuitor privind confidențialitatea ofertei, contestatoarea consideră că se impune acordarea accesului la documentele din dosarul achiziției referitoare la oferta depusă de ofertantul declarat câștigător, precum și la procesul-verbal de evaluare a propunerilor tehnice.

3. Nelegalitatea excluderii ofertei Neîndeplinirea condițiilor legale în ceea ce privește excluderea ofertei ... SRL în temeiul art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016

Apreciază că, autoritatea contractantă, în mod nelegal, a reținut incidența cazului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 în privința ofertei ... SRL.

Arată că pentru a fi incident cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, ar fi fost necesar a fi îndeplinite două condiții cumulative:

- ... să-și fi încălcat, în mod grav sau repetat, obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții;
- încălcarea să fi condus la rezilierea contractului, la plata de daune interese sau la o sancțiune similară.

Subliniază faptul că niciuna dintre aceste două condiții legale nu este îndeplinită în speță.

Menționează că în ceea ce privește prima condiție (încălcarea, în mod grav sau repetat, a obligațiilor contractuale) menționează că ... a emis documentul constatator nr. 2600/14.09.2021, pe motiv că *„nu a fost predată documentația tehnică (Proiectul tehnic actualizat în conformitate cu Expertizele tehnice actualizate în 2019) împreună cu toate avizele/acordurile aferente”*.

Documentul constatator a fost emis pentru toate societățile care făceau parte din asocierie, fără ca ... să țină cont căruia asociat îi revenea efectiv această obligație. Or, conform celor detaliate pe larg în DUAE depus în cadrul procedurii și astfel, cum rezultă din documentele ce țin de executarea contractului de execuție lucrări și prestări servicii de proiectare nr. 775 din 19.05.2010, obligații în materie de proiectare pentru a căror neîndeplinire a fost emis documentul constatator, nu erau în sarcina ... SRL, ci, în sarcina ..., în calitate de lider al asocierii.

Ca atare, menționează că prin actul adițional la acordul de asocierie nr. 79 din 17.12.2009 încheiat între societățile ... AG, ... SRL, ... SA și ...SRL, noul lider al asocierii, ... a preluat oricare și toate obligațiile fostului lider (... AG), precum și întreaga răspundere conform contractului și legii, ce revine liderului asocierii.

Mai mult, arată că în Anexa 1 la actul adițional la acordul de asocierie, au fost stabilite, în mod expres, obligațiile ce revin fiecărui membru al Asocierii. În acest sens, ... AG și ... SRL și-au asumat responsabilitatea execuției exclusiv a următoarelor lucrări de reabilitare:

- art. 1 lista nr. 9 Dispozitive de colectare și evacuare a apelor - Șanțuri noi neprotejate -1480 m;

- art. 47 lista de cantități nr. 61 - Pod peste valea ... la km 175+822 - Demolare pod - lungimea suprastructurii L, 12,00m.

Acesta susține că este relevantă în acest sens inclusiv Notificarea ANAP cu privire la situația de excludere reglementată la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

De asemenea, menționează că în ceea ce privește cea de-a doua condiție prevăzută de lege (încălcarea să fi condus la rezilierea contractului, la plata de daune interese sau la o sancțiune similară), nici aceasta nu este îndeplinită în speță.

Astfel, contractul nu este, în prezent reziliat față de Prin Decizia nr. 6130/2022 din 29.11.2022 pronunțată de Tribunalul București în dosarul nr. 15563/3/2019/a100 (fiind asociat dosarului de insolvență privind pe ... SRL) având ca obiect cererea formulată de ... privind rezilierea judiciară a contractului s-a dispus: *„Respinge solicitarea reclamantei de constatare a intervenirii rezilierii de drept a contractului nr. 775 din 19.05.2010 ca inadmisibilă. Dispune rezilierea contractului de lucrări nr. 775 din 19.05.2010 din culpa debitoare”*.

Prin urmare, arată că atât timp cât, pe de o parte, Tribunalul București a respins solicitarea ...- ... de constatare a intervenirii rezilierii

de drept a contractului, reziliere ce a stat la baza emiterii Documentului Constatator de către ...-... și a dispus rezilierea judiciară a contractului din culpa debitoarei ...(și nu a ... SRL), iar, pe de altă parte, hotărârea privind rezilierea contractului nu este încă definitivă, emiterea documentului constatator, care menționează ca motivație/cauză - „rezilierea contractului” este prematură și nelegală.

Nu în ultimul rând, arată că stabilirea prin Documentul constatator (pct. 9) a sumei de 371.649,13 lei, cu titlu de *„prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului”* este lipsită de orice temei legal sau contractual, câtă vreme nu există o faptă culpabilă a ... constând în neîndeplinirea obligațiilor contractuale asumate.

Subliniază faptul că, în contextul dat, este relevantă și Cauza C-267/18.

Pe de altă parte, arată că până la soluționarea definitivă a litigiului având ca obiect rezilierea contractului (dosarul nr. 15563/3/2019/a100, fiind asociat dosarului de insolvență privind pe ... SRL), nu se poate considera că pretinsa neîndeplinire a obligațiilor de către ... ar fi condus la *„plata de daune-interese”* în contextul în care aplicarea acestora nu a fost validată/confirmată printr-o hotărâre judecătorească definitivă.

Concluzionând, susține că neexistând absolut niciun motiv de excludere din procedura de atribuire, autoritatea contractantă a acționat pur subiectiv motivându-și decizia pe existența documentului constatator.

În susținere, invocă Hotărârea nr. 2504/2022 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, precum și Hotărârea nr. 239/2022 pronunțată de Curtea de Apel Iași.

3.1 Autoritatea contractantă nu a realizat nicio analiză asupra credibilității ... prin raportare la motivul de excludere

Arată că autoritatea contractantă nu a realizat analiza motivelor de excludere, în mod concret, prin raportare la declarația din cuprinsul DUAЕ, respectiv nu a ținut seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale pretinsei „abateri” și nici nu a solicitat eventuale clarificări, considerându-se pe deplin edificată asupra lipsei de capacitate tehnică, financiară și umană a ... de a executa viitorul acord-cadru.

Apreciază că aceasta ar fi trebuit să verifice incidența motivului de excludere în raport de conduita concretă a ofertantului care, în speță, nu putea fi nici greșită, nici gravă și nici repetată în contextul în care toate celelalte contracte încheiate de ..., ulterior încheierii contractului, au fost executate corespunzător.

3.2. Practica de la nivelul instanțelor naționale este în sensul că documentul constatator din speță nu poate atrage excluderea ... din alte proceduri de atribuire

Menționează că problema existenței documentului constatator a fost ridicată în două dosare soluționate, în mod definitiv, de Curtea de Apel Craiova în favoarea ..., respectiv:

- dosarul nr. 1345/54/2022, în care prin Hotărârea nr. 2480/2022, Curtea de Apel Craiova a respins plângerea formulată de un ofertant competitor împotriva deciziei CNSC prin care a fost menținut ... ca și câștigător al procedurii de atribuire; în această speță, ... a analizat documentul costător și a concluzionat că acesta nu este de natură să justifice excluderea ... din procedură, decizie validată de CNSC, și ulterior de Curtea de Apel Craiova;

- dosarul nr. ..., în care prin Hotărârea nr. 2560/2022, Curtea de Apel Craiova a respins plângerea autorității contractante (Comuna Rogova) împotriva deciziei CNSC prin care a fost anulat rezultatul procedurii de atribuire prin care ... a fost exclus din procedură strict prin raportare la existența documentului constatator; în speță, autoritatea contractantă a interpretat că simpla existență a documentului constatator ar atrage excluderea ... din procedură, însă această decizie ar fi invalidată de CNSC, iar decizia a fost ulterior menținută de Curtea de Apel.

Prin urmare, menționează că, în prezent, practica instanțelor naționale cu privire la efectele documentului constatator din această speță este în sensul că acesta nu justifică excluderea ... din alte proceduri de atribuire, argument în plus în sensul nelegalității deciziei ... de a exclude ... din prezenta procedură de atribuire tocmai pe acest motiv.

3.3 Autoritatea contractantă ar fi trebuit să solicite clarificări înainte de adoptarea deciziei de respingere a ofertei ...

Menționează că în baza obligației legale de a solicita clarificări, dar și al rolului activ ce-i revine în procesul de evaluare, aceasta avea obligația să efectueze acele demersuri care să conducă la lămurirea oricăror aspecte legate de pretinsa incidență a unui caz de excludere și nu să ia măsura total disproporționată a respingerii ofertei, ca inacceptabilă, în absența unei minime verificări.

În susținere, invocă Hotărârea nr. 210/2020 pronunțată de Curtea de Apel Târgu Mureș

4. Nelegalitatea evaluării ofertei depuse de ...SRL

4.1 Oferta ...SRL este inacceptabilă sub aspectul neîndeplinirii cerinței privind deținerea utilajelor, instalațiilor și echipamentului tehnic necesare pentru execuția contractului

Susține că ofertantul ...SRL nu a prezentat utilajul multifuncțional cu tracțiune integrală cu echipamente pentru activitatea de întreținere curentă pe timp de vară (dotat cu echipamente: perie mecanică, picamer, picon pentru spargere dale din beton).

Arată că, din analiza informațiilor publicate în SEAP, rezultă că societății ...SRL i-au fost atribuite numai în prima parte a anului 2023 mai multe acorduri-cadru cu obiect similar celui care face obiectul prezentei proceduri de atribuire, ceea ce presupune, în mod evident, faptul că vor fi angrenate aceleași utilaje și echipamente, fiind puțin probabil ca operatorul economic să dispună de un număr atât de mare de utilaje încât să execute simultan toate contractele subsecvente ce îi vor fi atribuite.

În opinia sa, în situația în care autoritatea contractantă ar fi verificat, riguros și diligent, situația propriilor acorduri-cadru atribuite, ar fi constatat faptul că, prin raportare la numărul semnificativ al acestora, ...SRL nu are capacitatea de a executa contractul prin prisma indisponibilității utilajelor, echipamentelor și instalațiilor tehnice angrenate în executarea altor contracte.

4.2 Oferta ...SRL este neconformă

Menționează că ofertantul declarat câștigător nu a respectat cerințele caietului de sarcini privind metodologia de execuție pentru „Tratarea burdușirilor locale - pentru DN”. Astfel, în oferta acestui operator economic nu sunt cuprinse și straturile de piatră brută 150/200 - 40 cm (impuse prin documentația de atribuire, conform extras prezentat mai jos). Pe cale de consecință, nici costurile cu execuția acestora nu sunt cuprinse în propunerea financiară.

Susține că ofertantul avea obligația ca, în pregătirea ofertei sale, să ia în considerare clarificările din perioada anterioară depunerii ofertelor și să coteze corespunzător toate activitățile care fac obiectul contractului. În egală măsură, autoritatea contractantă avea obligația să analizeze în concret și în detaliu oferta acestui operator economic.

Apreciază că și în situația în care s-ar solicita clarificări privind aceste lipsuri de la nivelul ofertei câștigătoare, eventualele răspunsuri ale ofertantului ar conduce la o modificare nelegală a ofertei.

Prin punctul de vedere nr. ..., înregistrat la Consiliu cu nr. ..., ... a solicitat respingerea contestațiilor formulate de ... SRL, la lot 2 și lot 4, ca nefondate și neîntemeiate .

Autoritatea contractantă prezintă istoricul procedurii arătând că urmare a finalizării procesului de evaluare, conform raportului procedurii nr. ..., comisia de evaluare a hotărât să declare câștigătoare la:

- lot 2-...ofertantul ...SRL care s-a clasat pe primul loc cu un preț al ofertei de 12.560.503,20 lei, fără TVA, ce reprezintă valoarea maximă aferentă acordului-cadru determinată pe baza cantităților maxime aferente celor 4 ani.

- lot 4-...ofertantul ...SRL care s-a clasat pe primul loc cu un preț al ofertei de 36.785.311,60 lei, fără TVA, ce reprezintă valoarea maximă aferentă acordului-cadru determinată pe baza cantităților maxime aferente celor 4 ani.

Arată că în ceea ce privește ofertele depuse de contestatoare, la loturile 2 și 4, comisia de evaluare a hotărât respingerea acestora în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare coroborat cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g), art. 167 alin. (8), art. 169 din Legea nr. 98/2016 actualizată.

Cu privire la refuzul de acces la dosarul achiziției publice, autoritatea contractantă arată că în cadrul declarațiilor privind partea/părțile din propunerea financiară și tehnică care are caracter confidential, ofertantul declarat câștigător a prezentat ce documente/informații/părți au caracter confidențial dovedind ce drepturi i-ar fi încălcate dacă ar fi dezvăluite elementele sau informațiile declarate confidențiale.

Susține că a respectat și protejat accesul la informațiile confidențiale întrucât acestea au fost indicate și dovedite chiar în cuprinsul ofertei. În conformitate cu prevederile art. 57 din Legea nr. 98/2016, în caz contrar fiind încălcate, fie secretele de afaceri/comerciale și/sau dreptul de proprietate intelectuală, fie legislația privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date.

Cu privire la legalitatea excluderii din procedura de atribuire a contractului de achiziție a ofertantului ... SRL arată că documentele constatatoare nr. 2599 și nr. 2600 din 19.04.2021 au fost emise ca urmare a neîndeplinirii obligațiilor contractuale ale executantului, respectiv întreaga asociere, fiind eliberate în conformitate cu prevederile art. 166 din HG nr. 395/2016.

Susține că, deși ... a fost liderul asocierii mai bine de 7 ani, nu s-a îngrijit să întreprindă demersuri în vederea depunerii documentației tehnice cu toate că a avut cunoștință că întârzierea a tergiversat executarea lucrărilor, acum susține că documentele constatatoare au fost emise nelegal, inducând în eroare CNSC, cum că documentul constatator 2600 din 19.04.2021 a vizat obligații care nu erau în sarcina sa, respectiv obligații privind prestarea serviciilor de proiectare.

Precizează că ... SRL nu poate invoca culpa liderului de asociere pentru serviciile de proiectare în condițiile în care chiar această societate s-a angajat prin contracte de prestări servicii pentru efectuarea serviciilor de proiectare încheiate cu ...SRL Ploiești și ... SRL

Având în vedere existența documentelor constatatoare nr. 2600/14.09.2021 și nr. 2599/14.09.2021, emise de ...SA - ... către ... SRL, autoritatea contractantă arată că pentru a lua o decizie cu privire la încadrarea sau nu a respectivului document în prevederile art. 167 alin. 1 lit. g) din Legea nr. 98/2016, a procedat la analiza îndeplinirii condițiilor cumulative prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege, astfel cum prevede art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016.

Menționează că din cuprinsul documentului constatator analizat se observă că au fost încălcate, în mod grav și repetat, obligațiile contractuale, precum și faptul că acest contract a fost reziliat și au fost dispuse plăți cu titlu de daune interese sau alte sancțiuni, plăți care nici până în prezent nu au fost achitate.

Astfel, aceasta arată că având în vedere cele expuse, rezultă că documentul constatator nr. 2600 atrage aplicarea art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016

Cu privire la practica la nivelul instanțelor naționale face precizarea că, în prezenta procedură, comisia de evaluare a făcut o evaluare proprie și obiectivă a ofertei ... SRL, în conformitate cu deciziile repetate ale CJUE potrivit cărora *„autoritățile contractante, iar nu instanța națională sunt cele cărora le-a fost încredințată sarcina de a aprecia dacă un operator economic trebuie să fie exclus dintr-o procedură de achiziții publice”*.

Apreciază că, în acest caz, relevante sunt:

- dosarul nr. 33578/3/2021* având ca obiect suspendarea executării documentului constatator; instanța a respins cererea de suspendare a executării documentelor constatatoare nr. 2599/14.09.2021 și nr. 2600/14.09.2021. Deci, la data prezentă, documentele constatatoare produc efecte juridice, fiind valabile.

- dosarul nr. 33788/3/2021* prin care ... solicită anularea documentului constatator și executarea contractului; instanța a dispus suspendarea judecării cauzei până la soluționarea definitivă a cauzei ce formează obiectul dosarului nr. 15563/3/2019/a100. Deci, la data prezentă documentele constatatoare produc efecte juridice, fiind valabile.

- dosarul nr. 15563/3/2019/a100 vizează dosarul de insolvență privind ... SRL. În acest dosar ... este parte în vederea recuperării prejudiciului provocat în cadrul contractului nr. 775/19.05.2010. Nu a fost dispusă nicio suspendare sau anulare privind documentul constatator, emis pe numele ... SRL. Mai mult, la data de 29.12.2022 Tribunalul București a dispus rezilierea contractului nr. 775 din 19.10.2010.

Astfel, autoritatea contractantă susține că documentul constatator nr. 2600 atrage aplicarea art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Subliniază faptul că această situație a fost analizată de CNSC într-o speță identică, prin Decizia CNSC nr. ..., menținută ca temeinică și legală de către Curtea de Apel București prin Hotărârea nr. 318/2023 pronunțată în dosarul nr. ..., care viza o altă procedură de atribuire organizată tot de către ...- ..., în cadrul căreia autoritatea contractantă a respins pentru aceleași considerente oferta depusă de ... SRL.

Astfel, față de considerentele Deciziei CNSC nr. ..., autoritatea contractantă înțelege să invoce autoritatea de lucru judecat în ceea ce

privește criticile cu privire la documentul constatator emis pe numele ... SRL și pe cale de consecință, solicită Consiliului să respingă contestația ca nefondată și neîntemeiată.

Cu privire la nesolicitarea clarificărilor înainte de adoptarea deciziei de respingere a ofertei ... SRL precizează că aceasta nu a furnizat nicio dovadă prin care să arate care sunt măsurile luate pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere, potrivit art. 171 din Legea nr. 98/2016, nedepunând niciun fel de documente în susținere, ci limitându-se la a preciza în cadrul DUAЕ documentele constatatoare expunându-și propriul punct de vedere asupra legalității acestora.

În aceste condiții, autoritatea contractantă precizează că a făcut o evaluare proprie și obiectivă a ofertei ... SRL, în conformitate cu deciziile repetate ale CJUE potrivit cărora *„autoritățile contractante, iar nu instanța națională, sunt cele cărora le-a fost încredințată sarcina de a aprecia dacă un operator economic trebuie să fie exclus dintr-o procedură de achiziții publice”*

Cu privire la critica adusă ofertei depuse de către ofertantul declarat câștigător ...- LOT 2 ...

1. Deținerea utilajelor

Referitor la dovada deținerii tuturor utilajelor și echipamentelor precizează că ... SRL nu a avut acces la propunerile tehnice ale celorlalți ofertanți, prin urmare, consideră că afirmațiile acestuia sunt lipsite de fundament.

Arată că evaluarea conformității propunerii tehnice, cu cerințele caietului de sarcini, se regăsesc în cadrul procesului-verbal nr. 12340 din data 24.04.2023 și anume - utilaj multifuncțional cu tracțiune integrală cu echipamente pentru activitatea de întreținere curentă pe timp de vară (dotat cu echipamente: perie mecanică, picamer, picon pentru spargere dale din beton) 3 proprietate ...: MH 12 RUT MH 13 RUT MH 14 RUT MH 15 RUT pag.122-131.

Comisia de evaluare a verificat aspectele semnalate și a constatat că acestea nu se susțin.

2. Referitor la metodologia de execuție pentru tratarea burdușirilor locale - pentru DN

Referitor la dovada deținerii tuturor utilajelor și echipamentelor precizează că ... SRL nu a avut acces la propunerile tehnice și financiare ale celorlalți ofertanți, prin urmare, consideră că susținerile acestuia sunt lipsite de fundament.

Arată că evaluarea conformității propunerii tehnice cu cerințele caietului de sarcini se regăsesc în cadrul procesului-verbal nr. 12340 din data 24.04.2023.

Comisia de evaluare a verificat aspectele semnalate și a constatat că acestea nu se susțin.

În drept, sunt invocate prevederile art. 18 alin. (1) din Legii nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

V. Prin contestația sa, ... SRL, critică decizia autorității contractante de a-i respinge oferta, ca inacceptabilă, la lotul 4.

1. Scurtă prezentare a contextului contestației

Prezintă succint istoricul procedurii arătând că prin adresa nr. 14532/11.05.2023 i-a fost adus la cunoștință faptul că oferta sa „a fost respinsă, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (1) din OUG nr. 395/2016 actualizată (...), ca fiind inacceptabilă în baza art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare coroborat cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g), art. 167 alin. (8) art. 169 din Legea nr. 98/2016 actualizată”.

Menționează că, la data de 15.05.2023, urmare a solicitării, a primit acces la o parte din documentele din dosarul achiziției publice (procesul-verbal din data de 15.05.2023) neavând acces la oferta declarată câștigătoare și nici la procesul-verbal de evaluare a propunerilor tehnice.

2. Considerații prealabile

În temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, ... SRL solicită accesul la dosarul constituit la Consiliu, inclusiv la acele documente declarate de ofertantul câștigător ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, pentru care acest ofertant nu a depus și dovada care le conferă caracterul de confidențialitate, în acest sens, invocând prevederile art. 57 din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere limitările reglementate de legiuitor privind confidențialitatea ofertei, contestatoarea consideră că se impune acordarea accesului la documentele din dosarul achiziției referitoare la oferta depusă de ofertantul declarat câștigător, precum și la procesul-verbal de evaluare a propunerilor tehnice.

3. Nelegalitatea excluderii ofertei Neîndeplinirea condițiilor legale în ceea ce privește excluderea ofertei ... SRL în temeiul art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016

Apreciază că, autoritatea contractantă, în mod nelegal, a reținut incidența cazului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 în privința ofertei ... SRL.

Arată că pentru a fi incident cazul de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, ar fi fost necesar a fi îndeplinite două condiții cumulative:

- ... să-și fi încălcat, în mod grav sau repetat, obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții;
- încălcarea să fi condus la rezilierea contractului, la plata de daune interese sau la o sancțiune similară.

Subliniază faptul că niciuna dintre aceste două condiții legale nu este îndeplinită în speță.

Menționează că în ceea ce privește prima condiție (încălcarea în mod grav sau repetat a obligațiilor contractuale) menționează că ... a emis documentul constatator nr. 2600/14.09.2021, pe motivul că *„nu a fost predată documentația tehnică (Proiectul tehnic actualizat în conformitate cu Expertizele tehnice actualizate în 2019) împreună cu toate avizele/acordurile aferente”*.

Documentul constatator a fost emis pentru toate societățile care făceau parte din asocierie, fără ca ... să țină cont căruia asociat îi revenea efectiv această obligație. Or, conform celor detaliate pe larg în DUAE depus în cadrul procedurii și astfel cum rezultă din documentele ce țin de executarea contractului de lucrări și servicii de proiectare nr. 775 din 19.05.2010, obligații în materie de proiectare pentru a căror neîndeplinire a fost emis documentul constatator nu erau în sarcina ... SRL, ci în sarcina ..., în calitate de lider al asocierii.

Ca atare, menționează că prin actul adițional la acordul de asocierie nr. 79 din 17.12.2009 încheiat între ... AG, ... SRL, ... SA și ...SRL, noul lider al asocierii, ... a preluat oricare și toate obligațiile fostului lider (... AG), precum și întreaga răspundere conform contractului și legii, ce revine liderului asocierii.

Mai mult, arată că în Anexa 1 la actul adițional la acordul de asocierie, au fost stabilite, în mod expres, obligațiile ce revin fiecărui membru al Asocierii. În acest sens, ... AG și ... SRL și-au asumat responsabilitatea execuției exclusiv a următoarelor lucrări de reabilitare:

- art. 1 lista nr. 9 Dispozitive de colectare și evacuare a apelor - Șanțuri noi neprotejate -1480 m;

- art. 47 lista de cantități nr. 61 - Pod peste valea Răchita la km 175+822 - Demolare pod - lungimea suprastructurii L, 12,00m.

Aceasta susține că este relevantă în acest sens inclusiv Notificarea ANAP cu privire la situația de excludere reglementată la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

De asemenea, menționează că în ceea ce privește cea de-a doua condiție prevăzută de lege (încălcarea să fi condus la rezilierea contractului, la plata de daune interese sau la o sancțiune similară), nici aceasta nu este îndeplinită în speță.

Astfel, contractul nu este, în prezent reziliat față de Prin Decizia nr. 6130/2022 din 29.11.2022 pronunțată de Tribunalul București în dosarul nr. 15563/3/2019/a100 (fiind asociat dosarului de insolvență privind pe ... SRL) având ca obiect cererea formulată de ... privind rezilierea judiciară a contractului, s-a dispus: *„Respinge solicitarea reclamantei de constatare a intervenirii rezilierii de drept a contractului nr. 775 din 19.05.2010 ca inadmisibilă. Dispune rezilierea contractului de lucrări nr. 775 din 19.05.2010 din culpa debitoare”*.

Prin urmare, arată că atât timp cât, pe de o parte, Tribunalul București a respins solicitarea ...- ... de constatare a intervenirii rezilierii de drept a contractului, reziliere ce a stat la baza emiterii Documentului Constatator, de către ...-... și a dispus rezilierea judiciară a contractului din culpa debitoarei ...(și nu a ... SRL), iar, pe de altă parte, hotărârea privind rezilierea contractului nu este încă definitivă, emiterea documentului constatator, care menționează ca motivație/cauză - „rezilierea contractului” este prematură și nelegală.

Nu în ultimul rând, arată că stabilirea prin Documentul constatator (pct. 9) a sumei de 371.649,13 lei, cu titlu de „*prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului*” este lipsită de orice temei legal sau contractual, câtă vreme nu există o faptă culpabilă a ... constând în neîndeplinirea obligațiilor contractuale asumate.

Subliniază faptul că, în contextul dat, este relevantă și Cauza C-267/18.

Pe de altă parte, arată că până la soluționarea definitivă a litigiului având ca obiect rezilierea contractului (dosarul nr. 15563/3/2019/a100, fiind asociat dosarului de insolvență privind pe ... SRL), nu se poate considera că pretinsa neîndeplinire a obligațiilor de ... ar fi condus la „*plata de daune-interese*” în contextul în care aplicarea acestora nu a fost validată/confirmată printr-o hotărâre judecătorească definitivă.

Concluzionând, susține că neexistând absolut niciun motiv de excludere din procedura de atribuire, autoritatea contractantă a acționat pur subiectiv motivându-și decizia pe existența documentului constatator.

În susținere, invocă Hotărârea nr. 2504/2022 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, precum și Hotărârea nr. 239/2022 pronunțată de Curtea de Apel Iași.

3.1 Autoritatea contractantă nu a realizat nicio analiză asupra credibilității ... prin raportare la motivul de excludere

Arată că autoritatea contractantă nu a realizat analiza motivelor de excludere, în mod concret, prin raportare la declarația din cuprinsul DUAЕ, respectiv nu a ținut seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale preinsei „abateri” și nici nu a solicitat eventuale clarificări, considerându-se pe deplin edificată asupra lipsei de capacitate tehnică, financiară și umană a ... de a executa viitorul acord-cadru.

Apreciază că aceasta ar fi trebuit să verifice incidența motivului de excludere în raport de conduita concretă a ofertantului care, în speță, nu putea fi nici greșită, nici gravă și nici repetată în contextul în care toate celelalte contracte încheiate de ... ulterior încheierii contractului, au fost executate corespunzător.

3.2. Practica de la nivelul instanțelor naționale este în sensul că documentul constatator din speță nu poate atrage excluderea ... din alte proceduri de atribuire

Menționează că problema existenței documentului constatator a fost ridicată în două dosare soluționate, în mod definitiv, de Curtea de Apel Craiova în favoarea ..., respectiv:

- dosarul nr. ..., în care prin Hotărârea nr. 2480/2022, Curtea de Apel Craiova a respins plângerea formulată de un ofertant competitor împotriva deciziei CNSC prin care a fost menținut ... ca și câștigător al procedurii de atribuire; în această speță, Autoritatea Contractantă (CJ Mehedinți) a analizat documentul constatator și a concluzionat că acesta nu este de natură să justifice excluderea ... din procedură, decizie validată de CNSC, și ulterior de Curtea de Apel Craiova;

- dosarul nr. ..., în care prin Hotărârea nr. 2560/2022, Curtea de Apel Craiova a respins plângerea autorității contractante (Comuna Rogova) împotriva deciziei CNSC prin care a fost anulat rezultatul procedurii de atribuire prin care ... a fost exclus din procedură strict prin raportare la existența documentului constatator; în speță, autoritatea contractantă a interpretat că simpla existență a documentului constatator ar atrage excluderea ... din procedură, însă această decizie ar fi invalidată de CNSC, iar decizia a fost ulterior menținută de Curtea de Apel.

Prin urmare, menționează că, în prezent, practica instanțelor naționale cu privire la efectele documentului constatator din această speță este în sensul că acesta nu justifică excluderea ... din alte proceduri de atribuire, argument în plus în sensul nelegalității deciziei ... de a exclude ... din prezenta procedură de atribuire tocmai pe acest motiv.

3.3 Autoritatea contractantă ar fi trebuit să solicite clarificări înainte de adoptarea deciziei de respingere a ofertei ...

Menționează că în baza obligației legale de a solicita clarificări, dar și al rolului activ ce-i revine autorității contractante în procesul de evaluare, aceasta avea obligația să efectueze acele demersuri care să conducă la lămurirea oricăror aspecte legate de pretinsa incidență a unui caz de excludere și nu să ia măsura total disproporționată a respingerii ofertei, ca inacceptabilă, în absența unei minime verificări.

În susținere invocă Hotărârea nr. 210/2020 pronunțată de Curtea de Apel Târgu Mureș.

În probațiune, sunt depuse, înscrisuri.

Consiliul constată că:

- ...SRL a înaintat Consiliului contestația nr. ..., depunând, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ... emisă de ... în data de 19.05.2023, stabilită potrivit art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în sumă de ... lei (dosar nr. ...);

- ... SRL a înaintat Consiliului contestația nr. ..., depunând, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ... emisă de ... în data de 24.05.2023, stabilită potrivit art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în sumă de ... lei (dosar nr. ...);

- ... SRL a înaintat Consiliului contestația nr. ..., depunând, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ... emisă de ... în data de 24.05.2023, stabilită potrivit art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în sumă de ... lei (dosar nr. ...);

- ... SRL a înaintat Consiliului contestația fără număr de înregistrare din data de ..., depunând, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ... emisă de Raiffeisen Bank în data de ..., stabilită potrivit art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în sumă de ... lei (dosar nr. ...).

- ... SRL a înaintat Consiliului contestația fără număr de înregistrare din data de 22.05.2023, depunând, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ... emisă de ... în data de 24.05.2023, stabilită potrivit art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în sumă de ... lei (dosar nr. ...)

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o licitație deschisă în vederea atribuirii acordului-cadru, pe loturi, având ca obiect „...”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... din 05.01.2023, valoarea totală estimată a acordului-cadru fiind de ... lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire fiind „prețul cel mai scăzut”.

Nemulțumite de rezultatul procedurii, ...SRL, ... SRL și ... SRL au formulat prezentele contestații solicitând cele menționate în partea introductivă.

Potrivit adresei nr. ..., de comunicare a rezultatului procedurii, oferta ...SRL, depusă la lotul 3, a fost respinsă, ca inacceptabilă, întrucât: „(...) Analizând documentele constatatoare membrii comisiei de evaluare au constatat că în documentele constatatoare se menționează, la punctul 9, cu titlu de „prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului”: valoarea de 54.712,41 lei, reprezentând taxe plătite de beneficiar către ...; valoarea de 8.401,60 lei, fără TVA, reprezentând contravaloarea facturii întocmită de SC ...SRL, pentru servicii de consultanță. Subliniem faptul că nu ați declarat la nivel de DUAE documentele constatatoare (...) prin raportare la documentul constatator nr. ... din data de 01.02.2021 și a documentului constatator nr. ... din data de 25.01.2021 (...) în baza art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare coroborat cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g), art. 167 alin. (8), art. 169 din Legea nr. 98/2016 actualizată (...).”.

Așadar problema care urmează a fi soluționată de Consiliu, vizează activitatea derulată de comisia de evaluare vizavi de documentele constatatoare nr. ... din data de 01.02.2021 și nr. ... din data de 25.01.2021 dar și de lipsa declarării lor la nivelul DUAЕ, prin raportare la dispozițiile legale incidente în speță.

Procedând la analiza documentelor constatatoare, reținute de autoritatea contractantă, prin raportare la susținerile/documentele prezentate de părți, Consiliul constată următoarele:

- documentul constatator nr. ..., din data de 01.02.2021, emis de ...-... pentru ...SRL a fost anulat de Tribunalul București, la data de 11.04.2022, prin sentința civilă nr. 721 pronunțată în dosarul nr. ..., anterior datei depunerii ofertelor (13.02.2023). Totodată, sentința civilă nr. 721/11.04.2022 a rămas definitivă, la data de 20.04.2023, prin hotărârea nr. 607, pronunțată de Curtea de Apel București, anterior emiterii și comunicării rezultatului procedurii;

- documentul constatator nr. ..., din data de 25.01.2021, emis de ...-... pentru ...SA, nu pentru contestatoarea ...SRL.

Față de diferendul dedus judecății, Consiliul reține relevanța următoarelor dispoziții legale:

Legea nr. 98/2016:

- art. 167 alin. (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 revineau 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;

- i) operatorul economic a încercat să influențeze în mod nelegal procesul decizional al autorității contractante, să obțină informații confidențiale care i-ar putea conferi avantaje nejustificate în cadrul procedurii de atribuire sau a furnizat din neglijență informații eronate care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor autorității contractante privind excluderea din procedura de atribuire a respectivului operator economic, selectarea acestuia sau atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru către respectivul operator economic;

- art. 167 alin. (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 improprie utilizării conform destinației prevăzute în contract;

HG nr. 395/2016:

- art. 166: (1) Autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, după cum urmează:

a) pentru contractele de furnizare atribuite printr-o procedură de atribuire: în termen de 14 zile de la data finalizării livrării produselor care fac obiectul respectivului contract/contract subsecvent și, suplimentar, în termen de 14 zile de la data expirării perioadei de garanție tehnică a produselor în cauză; (...)

(4) Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2) pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare.

(5) Documentele constatatoare emise de autoritatea contractantă pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, pentru eventualele prejudicii se publică în SEAP, în termen de 60 de zile de la data emiterii, dar nu mai devreme de data expirării termenului pentru depunerea contestațiilor.

(5¹) Autoritatea contractantă are obligația de a actualiza în SEAP informațiile cu privire la documentul prevăzut la alin. (5) în termen de 5 zile de la momentul luării la cunoștință că situația de fapt ce a stat la baza emiterii respectivului document constatator trebuie modificată din cauze obiective. (...)

(8) 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 Lege.

Din interpretarea acestor dispoziții legale, rezultă faptul că autoritatea contractantă are obligația de a exclude operatorul care se află în situațiile de excludere prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016 [în speță, lit. g)], operator care, la rândul său, are posibilitatea de a furniza dovezi care să arate că măsurile luate sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea; de aici, concluzia că, pe de o parte, existența unui document constatator al situației nu conduce, în mod automat, la excludere, iar, pe de altă parte, că, prezentarea unor astfel de dovezi poate sau nu să convingă autoritatea contractantă, care-și poate asuma răspunderea de a păstra în procedură ofertantul.

Prin urmare, autoritatea contractantă dispune de un drept de apreciere în ceea ce privește excluderea din procedură, în cazul incidenței situației prevăzute la art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Însă, stabilirea incidenței acestei situații de excepție este lăsată la aprecierea autorității contractante, aspect în strânsă legătură cu principiul asumării răspunderii statuat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, comisiei de evaluare revenindu-i sarcina de a stabili dacă prin documentele/informațiile prezentate, ofertantul dovedește că are capacitatea de a furniza/presta/executa bunurile/serviciile/lucrările ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Concluzionând, Consiliul are în vedere că documentele constatatoare, în cauză, au fost emise de ...-..., autoritate contractantă și în prezenta procedură.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept, Consiliul constată temeinicia criticilor contestatoarei, confirmându-se situația de fapt relatată de aceasta, respectiv:

- documentul constatator nr. ..., din data de 01.02.2021, emis de ...-..., pentru ...SRL, a fost anulat de Tribunalul București, la data de 11.04.2022, prin sentința civilă nr. 721 pronunțată în dosarul nr. 14110/3/2021 *, anterior datei limită de depunere a ofertelor (13.02.2023). Totodată, sentința civilă nr. 721/11.04.2022 a rămas definitivă, la data de 20.04.2023, prin hotărârea nr. 607, pronunțată de Curtea de Apel București, anterior emiterii și comunicării rezultatului procedurii;

- documentul constatator nr. ..., din data de 25.01.2021, emis de ...-... nu este emis pentru contestatoarea ...SRL ci, pentru ...SA.

Prin urmare, Consiliul constată deficiențe în procesul de evaluare, documentele constatatoare nr. ..., din data de 01.02.2021, emis de ...-..., pentru ...SRL și nr. ..., din data de 25.01.2021, emis de ...-..., pentru ...SA nu pot reprezenta motiv de excludere pentru ofertantul ...SRL.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept prezentate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de ...SRL, în contradictoriu cu ...SA-..., va anula rezultatul procedurii, la lotul 3, consemnat în raportul procedurii nr. 14273/10.05.2023 și adresele de comunicare, în partea ce privește evaluarea/excluderea ofertei ...SRL. Totodată, va obliga autoritatea contractantă să reevalueze oferta contestatoarei, cu luarea în considerare a acesteia, pe aspectul analizat, conform celor reținute în considerente, în termen de maximum 10 zile lucrătoare de la primirea prezentei decizii.

Cererea contestatoarei privind acordarea de cheltuieli de judecată, va fi respinsă ca nedovedită, la dosarul cauzei neexistând documente în susținere.

Procedând la analizarea contestației formulate de ... SRL ce face obiectul dosarului nr. ..., Consiliul constată că, potrivit adresei nr. ..., de comunicare a rezultatului procedurii, oferta ... SRL a fost exclusă din procedură, la lotul 1, întrucât: „Comisia de evaluare a constatat că propunerile tehnice depuse de către dumneavoastră, pe de o parte și pe de altă parte, ...la lot 1 ... și lot 5 ... prezintă asemănări semnificative din punct de vedere al conținutului documentelor nestandardizate, respectiv Programul de control al calității și procedura tehnică privind frezarea inclusă în cadrul Metodologiei lucrărilor. Potrivit art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă exclude din procedură (...) d) autoritatea contractantă are suficiente indicii rezonabile/informații concrete pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză (...) comisia de evaluare a identificat asemănări semnificative din punct de vedere al conținutului documentelor nestandardizate și anume (...) potrivit art. 167 (1)-d); (5)-a) din Legea 98/2016 cu modificările și completările ulterioare comisia de evaluare exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție ofertantul ... (...).”

Din susținerile părților, Consiliul reține că disputa din litigiu este asupra incidenței motivului de excludere privitor la denaturarea concurenței, cauzată, în opinia autorității contractante, de asemănări semnificative din punct de vedere al conținutului documentelor nestandardizate.

În soluționarea cauzei, sunt relevante prevederile art. 167 din Legea nr. 98/2016:

„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: (...)

d) autoritatea contractantă are suficiente indicii rezonabile/informații concrete pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză; (...)

(5) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. d) se consideră că autoritatea contractantă are suficiente indicii plauzibile pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză în următoarele situații, reglementate cu titlu exemplificativ:

a) ofertele sau solicitările de participare transmise de 2 sau mai mulți operatori economici participanți la procedura de atribuire prezintă

asemănări semnificative din punct de vedere al conținutului documentelor nestandardizate potrivit documentației de atribuire;

b) în cadrul organelor de conducere a 2 sau mai multor operatori economici participanți la procedura de atribuire se regăsesc aceleași persoane sau persoane care sunt soț/soție, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care au interese comune de natură personală, financiară sau economică sau de orice altă natură;

c) un ofertant/candidat a depus două sau mai multe oferte/solicitări de participare, atât individual cât și în comun cu alți operatori economici sau doar în comun cu alți operatori economici;

d) un ofertant/candidat a depus ofertă/solicitare de participare individuală/în comun cu alți operatori economici și este nominalizat ca subcontractant în cadrul unei alte oferte/solicitări de participare.

(6) Înainte de excluderea unui operator economic în temeiul alin. (1) lit. d), autoritatea contractantă solicită în scris Consiliului Concurenței punctul de vedere cu privire la indiciile identificate care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura de atribuire în cauză, pe care acesta îl va înainta în termen de maximum 15 zile.

(7) Autoritatea contractantă are obligația furnizării tuturor informațiilor solicitate de Consiliul Concurenței, în vederea formulării punctului de vedere, conform dispozițiilor alin. (6)".

Procedând la analiza documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea corespondență avută de autoritatea contractantă cu Consiliul Concurenței, pe aspectul criticat:

- prin adresa nr. ..., autoritatea contractantă a solicitat: „(...) în urma evaluării propunerilor tehnice și pe baza informațiilor prezentate de ofertanții la procedura în speță, comisia de evaluare a constatat că propunerile tehnice depuse de către ..., pe de o parte și pe de altă parte, ...la lot 1 ... și lot 5 ... prezintă asemănări semnificative din punct de vedere al conținutului documentelor nestandardizate, respectiv Programul de control al calității și procedura tehnică privind frezarea inclusă în cadrul Metodologiei lucrărilor (...) dacă aceste aspecte vizează denaturarea concurenței în cadrul procedurii de atribuire menționate mai sus (...) vă solicităm punctul dumneavoastră de vedere referitor la aspectele menționate (...)"

- prin adresa nr. ..., Consiliul Concurenței a solicitat autorității contractante următoarele: „(...) vă solicităm să ne transmiteți, în cel mai scurt timp, următoarele documente și informații referitoare la ofertanții menționați mai sus, necesare emiterii punctului de vedere: (...)"

- prin adresa nr. ..., autoritatea contractantă a transmis Consiliului Concurenței un set de documente;

- prin adresa nr. ..., Consiliul Concurenței a revenit cu o nouă solicitare: „(...) pentru a formula punctul de vedere prevăzut la art. 167

alin. (6) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, Consiliul Concurenței analizează toate documentele depuse de către ofertanți (...) inclusiv ofertele financiare, precum și comportamentul acestora pe tot parcursul derulării procedurii (...). În acest context, întrucât prin adresele dvs. anterioare ați furnizat numai o parte din documentele necesare emiterii punctului de vedere solicitat, vă rugăm să ne puneți la dispoziție, în cel mai scurt timp, ofertele financiare, precum și documentele întocmite în urma deschiderii acestora (...);

- prin adresa nr. ..., autoritatea contractantă a transmis Consiliului Concurenței următorul răspuns: „(...) Subliniem faptul că la acest moment procedura se află la etapa de evaluare tehnică și că ofertele financiare nu sunt accesibile comisiei de evaluare, ele fiind criptate în SICAP. Decriptarea lor se poate realiza după finalizarea de către comisie a evaluării tehnice și doar dacă operatorul economic a primit calificativul Admis la toate evaluările anterioare etapei de evaluare financiară (...) drept urmare, ofertanții ... și ... la lot 1 ... și lot 5 ... nu au primit calificativul Admis la etapa de evaluare tehnică, pe cale de consecință membrii comisiei de evaluare nu vă pot pune la dispoziție ofertele financiare și documentele întocmite în urma deschiderii acestora (...);

- prin adresa nr. ..., autoritatea contractantă a transmis Consiliului Concurenței procesul-verbal nr. 12340/24.04.2023, privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini;

- prin adresa nr. ..., autoritatea contractantă a transmis Consiliului Concurenței raportul procedurii de atribuire nr. 14273/10.05.2023, însoțit de comunicări;

- prin adresa nr. ..., Consiliul Concurenței a răspuns: „(...) având în vedere analiza Consiliului Concurenței a indicilor prezentate de către autoritatea contractantă și dat fiind faptul că în acest caz criteriul de atribuire luat în considerare este prețul cel mai scăzut, neavând în vedere posibilitatea de a analiza comportamentul ofertanților în ceea ce privește concurența lor prin preț (...) vă comunicăm că nu se mai justifică emiterea unui punct de vedere de către Consiliul Concurenței (...).”

Din expunerea autorității contractante și a documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că aceasta nu prezintă elemente sau informații prin care să demonstreze o înțelegere între ofertanții ... SRL/... și ... SRL, la loturile 1 și 5, care să distorsioneze concurența. Existența unor asemănări din punct de vedere al conținutului documentelor nestandardizate potrivit documentației de atribuire nu demonstrează faptul că între aceștia sunt înțelegeri de natură care să afecteze ceilalți participanți la procedură, ori că ar fi influențat conținutul ofertelor pe care le-au depus în procedura contestată.

Constatarea unor asemănări din punct de vedere al conținutului documentelor nestandardizate potrivit documentației de atribuire nu poate genera o excludere automată a lor dintr-o procedură de atribuire.

O decizie în acest sens ar fi împotriva normelor UE, din Directiva nr. 24/2014, care au fost adoptate în cadrul realizării pieței unice, care urmărește să asigure libera circulație și să elimine practicile care restrâng concurența: *(1) Atribuirea contractelor de achiziții publice de către sau în numele autorităților statelor membre trebuie să respecte principiile Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE), mai exact libera circulație a mărfurilor, libertatea de stabilire și libertatea de a furniza servicii, precum și principiile care derivă din acestea, cum ar fi egalitatea de tratament, nediscriminarea, recunoașterea reciprocă, proporționalitatea și transparența (a se vedea în acest sens Hotărârea din 19 mai 2009, Assitur, C 538/07, EU:C:2009:317, punctul 25 și art. 33 din hotărârea din 8 februarie 2018, în cauza C-144/17 Lloyd's of London).*

Totodată, prevederile din legea achizițiilor, evocate în cauză, nu incumbă autorității contractante obligația respingerii imediate a ofertelor în cauză (asupra cărora planează suspiciunea unei înțelegeri anticoncurențiale). Autoritatea contractantă exclude din procedură ofertanții doar dacă are suficiente indicii plauzibile că aceștia ar fi denaturat concurența. Așadar, autorității contractante îi revenea sarcina analizei și aprecierii situației în cauză, nu a excluderii automate.

Totodată, Consiliul constată că autoritatea contractantă a respins, la lotul 1, ca inacceptabilă, oferta ... SRL, întrucât nu îndeplinește cerința solicitată la pct. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională/utilaje, instalații și echipament tehnic din cadrul fișei de date. Documentele existente la dosarul cauzei (procese-verbale de evaluare) nu confirmă evaluarea ofertei ... SRL, la lotul 1.

De asemenea, Consiliul constată că, ofertanților în cauză, la lotul 1, (... SRL și ...SRL) nu le-a solicitat punct de vedere.

Pe de altă parte, chiar în situația în care ofertanții ar fi făcut parte din același grup de firme, ar fi existat raporturi de control, autoritatea contractantă avea obligația verificării incidenței unor eventuale înțelegeri care să influențeze rezultatul unei proceduri de atribuire, nu a excluderii automate doar a unuia dintre participanți.

În acest sens s-a pronunțat și CJUE, prin hotărârea din 8 februarie 2018, în cauza C-144/17 Lloyd's of London:

37 În această privință, trebuie amintit că Curtea a reținut deja că grupările de întreprinderi pot avea forme și obiective variabile și nu exclud în mod necesar posibilitatea ca întreprinderile controlate să se bucure de o anumită autonomie în cadrul gestiunii politicii lor comerciale și a activităților lor economice, în special în domeniul participării la proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice. Astfel, raporturile dintre întreprinderile din cadrul aceluiași grup pot fi

reglementate de dispoziții speciale de natură să garanteze atât independența, cât și confidențialitatea la momentul elaborării ofertelor care ar fi depuse simultan de întreprinderile în cauză în cadrul aceleiași cereri de ofertă (Hotărârea din 19 mai 2009, Assitur, C 538/07, EU:C:2009:317, punctul 31).

38 Respectarea principiului proporționalității impune, așadar, ca autoritatea contractantă să aibă obligația de a examina și de a aprecia faptele, pentru a stabili dacă raportul existent între două entități a exercitat o influență concretă asupra conținutului ofertelor depuse de fiecare dintre acestea în cadrul aceleiași proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, constatarea unei asemenea influențe, indiferent de forma ei, fiind suficientă pentru ca întreprinderile menționate să fie excluse din procedură (a se vedea în acest sens Hotărârea din 19 mai 2009, Assitur, C 538/07, EU:C:2009:317, punctul 32).

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept prezentate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ...SA-..., va anula rezultatul procedurii, la lotul 1, consemnat în raportul procedurii nr. ... și adresele de comunicare, în partea ce privește evaluarea/excluderea ofertei ... SRL, în lipsa unei analize și probe concludente. Totodată, va obliga autoritatea contractantă să reevalueze oferta contestatoarei, cu luarea în considerare a acesteia, pe aspectul analizat, conform celor reținute în considerente, în termen de maximum 10 zile lucrătoare de la primirea prezentei decizii.

În aceste condiții, Consiliul stabilește că aceleași considerente rămân valabile și pentru soluționarea contestației formulate de ... SRL, la lotul 5, ce face obiectul dosarului nr.

Prin urmare, luând în considerare aspectele de fapt și de drept prezentate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de ... SRL, în contradictoriu cu ...SA-..., va anula rezultatul procedurii, la lotul 5, consemnat în raportul procedurii nr. ... și adresele de comunicare, în partea ce privește evaluarea/excluderea ofertei ... SRL, în lipsa unei analize și probe concludente. Totodată, va obliga autoritatea contractantă să reevalueze oferta contestatoarei, cu luarea în considerare a acesteia, pe aspectul analizat, conform celor reținute în considerente, în termen de maximum 10 zile lucrătoare de la primirea prezentei decizii.

Procedând la analizarea contestației formulate de ... SRL ce face obiectul dosarului nr. ..., Consiliul constată că, potrivit adresei nr. ..., de comunicare a rezultatului procedurii, oferta ... SRL a fost respinsă din procedură, la lotul 2, ca inacceptabilă, întrucât: „Având în vedere

existența documentului constatator nr. 2600/14.09.2021 emis de ...SA-... către ... SRL și a documentului constatator nr. 2599/14.09.2021 emis de ...SA-... către ... AG pentru a lua o decizie cu privire la încadrarea sau nu a respectivului document în prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 (...) Analizând documentele constatatoare membrii comisiei de evaluare au constatat că în documentele constatatoare se menționează, la punctul 9, cu titlu de „prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului” valoarea de 371.649,13 lei, reprezentând suma echivalentă cu o cotă de 0,1% din prețul contractului calculată ca penalități pentru neîndeplinirea obligațiilor asumate de Asocieră (...) în baza art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare coroborat cu prevederile art. 167 alin. (1) lit. g), art. 167 alin. (8), art. 169 din Legea nr. 98/2016 actualizată (...).

Procedând la analiza excepției puterii de lucru judecat, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul constată temeinicia ei.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere decizia CNSC nr. ..., precum și considerentele acesteia, fiind analizate următoarele aspecte, la pag. 42-47: «Pe de altă parte, Consiliul va reține că în documentele constatatoare nr. 2599 și nr. 2600 emise la data de 14.09.2021, de către ...SA-... referitor la îndeplinirea obligațiilor contractuale, sunt precizate, după cum urmează:

Document constatator nr. 2599

Contractant : JV ... AG, cu sediul în Spittal an der Drau, Ortenburgerstrasse nr. 27, A-9800, Austria, tel. +43(0)/4762-620-0, fax +43(0)/4762-620-453, înmatriculată la Registrul Firmelor din Austria sub nr. FN 61689w, cod unic de înregistrare R 17640195.

Calitatea în care a participat la îndeplinirea contractului:

☐ contractant ☒ X contractant asociat

Procedura de achiziție/data organizării: Licitație deschisă

Numărul, data și obiectul contractului : ...

☐ Da ☒ X Nu

Motivație/motivații:

b) nerespectarea termenelor contractuale de livrare produse/prestare servicii/executare lucrări din culpă : nu a fost predată documentația tehnică (Proiectul tehnic actualizat în conformitate cu Expertizele tehnice actualizate în 2019) împreună cu toate avizele/acordurile aferente.

Rezilierea contractului: ☒ X Da ☐ Nu

Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (dacă este posibil cuantificarea valorică a acestora):

- 371.649,13 lei, reprezentând suma echivalentă cu o cotă de 0,1% din prețul contractului calculată ca penalități pentru neîndeplinirea obligațiilor asumate de Asociația S.C. ...S.R.L. (Lider de Asociere), JV ... AG, S.C. ... S.R.L. și S.c.'...SRL.

Document constatator nr. 2600

Contractant: S.C. ... S.R.L., ...

Calitatea în care a participat la îndeplinirea contractului:

☐ X contractant asociat

Procedura de achiziție/data organizării: Licitatie deschisă

Numărul, data și obiectul contractului : Contract de lucrări nr. 775/19.05.2010 având ca obiect prestare servicii de proiectare (elaborare expertiză tehnică, PTH, DDE, AT) și execuție de lucrări la obiectivul "Modernizare DN 67B Scoarța - Pitești km 0+000 - km 188+200"

Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător

☐ Da ☒ X Nu

Motivație/motivații:

f) rezilierea contractului: ☐ X Da ☐ Nu

Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (dacă este posibil cuantificarea valorică a acestora):

- 371.649,13 lei, reprezentând suma echivalentă cu o cotă de 0,1% din prețul contractului calculată ca penalități pentru neîndeplinirea obligațiilor asumate de Asociația S.C. ...S.R.L. (Lider de Asociere), JV ... AG, S.C. ... S.R.L și S.C. ...S.R.L.

În ceea ce privește regimul documentelor constatatoare, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 166 alin. (1) , (5) și (8) din HG nr. 395/2016, care stabilesc: „(1) Autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, după cum urmează: (...); (5) Documentele constatatoare emise de către autoritatea contractantă pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, pentru eventualele prejudicii, se publică în SEAP, în termen de 60 de zile de la data emiterii, dar nu mai devreme de data expirării termenului/soluționării contestațiilor, în situația în care acestea au fost depuse. (...); (8) 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 Lege.”

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.

În acest sens, Consiliul va reține că atâta timp cât efectele juridice ale documentelor constatatoare în cauză nu au fost suspendate de instanța de judecată în condițiile reglementate de art. 14 și 15 din Legea nr. 554/2004, acestea produc efecte, fiind incident cazul de excludere din procedură prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice. Prin urmare, orice act administrativ se bucură de prezumția de legalitate, care poate fi răsturnată doar printr-o hotărâre judecătorească definitivă de anulare a actului administrative, motiv pentru care documentele constatatoare nr. 2599 și nr. 2600, emise de ...-... la data de 14.09.2021, se bucură, în continuare, de prezumția de legalitate și produc efecte juridice, intrând în circuitul civil.

În același sens, s-a pronunțat Curtea de Apel București, Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal, în Decizia nr. 586 din 5 februarie 2016: „respingerea ofertei pe baza unui document ce constată neîndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale anterioare este legală, chiar dacă pe rolul tribunalului există un litigiu privind documentul constatator, care se bucură de prezumția de legalitate ”; și Decizia civilă nr. 6386/19.11.2018 pronunțată de Curtea de Apel București precizează că: „Prin urmare, documentele constatatoare nu au fost anulate, astfel că este corectă aprecierea CNSC că atâta timp cât nu au fost anulate sau suspendate printr-o decizie a instanței de judecată, ele se bucură de prezumția de legalitate și produc 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.

În acest sens este și Decizia nr. 212/30.10.2019, pronunțată de către Curtea de Apel Constanța – Secția de Contencios Administrativ, conform căreia: *„Astfel existența unui document constatator, deși nu reprezintă un motiv de excludere automat din procedura de atribuire, constituie o prezumție în defavoarea ofertantului, iar autoritatea contractantă, în aplicarea prevederilor Legii nr. 98/2016 și a normelor sale de aplicare, trebuie să excludă ofertantul respectiv dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, ofertantul nu furnizează dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt*

suficiente pentru a-și demonstra concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere”.

Nu în ultimul rând, Consiliul apreciază ca relevantă fiind și Hotărârea nr. 269/16.12.2021, emisă de Curtea de Apel Constanța, care a menținut Decizia CNSC nr.

Or, potrivit datelor existente pe portalul oficial [www. ro](http://www....ro), și susținerilor ... SRL, documentele constatatoare nr. 2599 și nr. 2600, emise de ...-... la data de 14.09.2021, nu au fost suspendate de la executare, astfel, producându-și efectele juridice.

Prin urmare, Consiliul constată că autoritatea contractantă, în mod corect, a respins ofertele ... SRL, pentru loturile 3 și 4 ale procedurii, în temeiul art. 167 alin. 1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, conform căruia *„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”.*

În aceste condiții, Consiliul constată că întoarcerea la reevaluarea ofertelor ... SRL, pentru loturile 3 și 4, nu este posibilă, acestea trebuind a fi excluse, pentru motivul mai sus precizat.

În sensul celor consemnate mai sus, Consiliul constată că jurisprudența în materia achizițiilor publice este constantă, practica statornică fiind în sensul celor antemenționate.

Art. 8 alin. (1)1 din Legea nr. 554/2004 își găsește pe deplin aplicabilitatea și în contenciosul achizițiilor publice, sens în care persoanele fizice sau juridice pot formula cereri de cerere prin care invocă apărarea unui interes legitim public numai în subsidiar, în măsura în care vătămarea interesului legitim public decurge logic din încălcarea dreptului subiectiv sau a interesului legitim privat.

Atât în materia contenciosului administrativ, astfel cum este reglementat de dreptul comun, cât și în materia contenciosului special în domeniul achizițiilor publice, reglementat de Legea nr. 101/2016, este consacrată concepția contenciosului subiectiv, criticile referitoare la încălcarea unor prevederi legale putând fi reținute numai în măsura în care au produs o vătămare persoanei care le invocă (decizia civilă nr. 2862 din 16 august 2012 a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal).

În Hotărârea Curții de Justiție a Comunităților Europene din 19 iunie 2003, cauza C-249/01, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de Bundesvergabeamt, în procedura

Werner Hackermüller împotriva Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) și Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED), Curtea de Justiție a Comunităților Europene a statuat că, în conformitate cu art. 1 alin. (3) din Directiva 89/665, statele membre sunt obligate să se asigure că procedurile de revizuire stabilite de directivă sunt disponibile „cel puțin” oricărei persoane care are sau a avut un interes în obținerea unui anumit contract public și care a fost sau riscă să fie lezată de o presupusă încălcare a dreptului comunitar privind contractele de achiziții publice sau normele interne de aplicare a legii. Este, așadar, evident că prevederea nu obligă statele membre să instituie căile de atac disponibile pentru orice persoană care dorește să obțină un contract de achiziție publică, ci le permite să solicite ca persoana în cauză să fi fost sau să riște să fie lezată de încălcarea pe care o invocă. Prin urmare, art. 1 alin. (3) din Directiva 89/665 nu se opune ca respectivele căi de atac să fie disponibile pentru persoanele care doresc să obțină un anumit contract public decât dacă au fost sau riscă să fie lezate de încălcarea pe care o invocă.

În numeroase decizii de speță, instanțele de validare a deciziilor Consiliului au stabilit că o contestație a unui ofertant descalificat corect, este lipsită de interes - Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 396 din 28 februarie 2008, Curtea de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 781 din 3 iulie 2008, Curtea de Apel Brașov, Secția de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 503/R din 8 august 2008 etc.

Și practica recentă a instanțelor judecătorești este în același sens:

- Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a Civilă de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 8543 din 22 octombrie 2014: Pentru petentă analiza pe fond a ofertei câștigătoare prezintă interes doar în situația în care propria sa ofertă ar fi fost declarată eligibilă (acceptabilă), ceea ce nu s-a întâmplat. Față de împrejurarea ca oferta reclamantei, în urma soluționării prezentului litigiu nu va putea fi reținută de către autoritatea contractantă ca întrunind cerințele legale, pentru a putea fi aleasă ca fiind oferta câștigătoare, este inutil (lipsit de interes) a fi analizată pe fondul ei oferta câștigătoare.

- Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 7353 din 24 octombrie 2014: În privința criticilor aduse de către asocierea petentă deciziei de desemnare a SC ... SRL drept ofertant câștigător al procedurii, lipsa de interes reținută prin Decizia Consiliului este întemeiată, în condițiile în care oferta proprie a petentei a fost declarată inacceptabilă ... în mod legal.

- Curtea de Apel București, Secția a VIII-a Contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 2305 din 20 octombrie 2011: ...Interesul în declararea drept inacceptabilă a ofertei câștigătoare se subsumează în

totalitate păstrării calității de participant în procedura achiziției, calitate pe care petenta nu o mai întrunește...

- Curtea de Apel Craiova, Secția Contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 1395 din 02 iunie 2010: Criticile privind oferta depusă de către ofertantul declarat câștigător vor fi reținute ca lipsite de interes în condițiile în care oferta petentei a fost reținută ca neconformă, astfel că nu ar putea obține niciun folos material direct din reținerea ca neconformă a ofertei declarate câștigătoare.

- Curtea de Apel Craiova, Secția Contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 577 din 05 februarie 2015: Criticile privind oferta depusă de către ofertantul declarat câștigător sunt apreciate ca lipsite de interes în condițiile în care oferta petentei a fost reținută ca neconformă, neputând obține niciun folos material și direct din reținerea ca neconformă a ofertei declarate câștigătoare.

După cum s-a arătat în doctrină, interesul este o condiție de promovabilitate a oricărui demers judiciar, iar în mod special, în materia achizițiilor publice, interesul în promovarea unei contestații este dat de vătămarea pe care operatorul economic o suferă într-un drept sau interes legitim prin modul de desfășurare a procedurii de achiziție publică. Or, prin prisma tuturor celor mai sus expuse, la momentul soluționării contestației, condițiile prevăzute la art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 trebuie îndeplinite în mod cumulativ.

În condițiile în care nu mai există nicio posibilitate de atribuire a contractului ... SRL, nu mai există niciun interes actual și direct al acestora sau posibilitatea cauzării unui prejudiciu ca urmare a unui act al autorității contractante.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondate, contestațiile formulate de ... SRL, vizând loturile 3 și 4 ale procedurii de atribuire».

În speță, Consiliul constată că decizia CNSC nr. ..., este definitivă potrivit hotărârii nr. 318/07.02.2023, pronunțată de Curtea de Apel București în dosarul nr. ..., fiind incidente dispozițiile art. 634 din Codul de procedură civilă, conform cărora:

„(1) Sunt hotărâri definitive:

1. hotărârile care nu sunt supuse apelului și nici recursului;

2. hotărârile date în primă instanță, fără drept de apel, neatacate cu recurs;

3. hotărârile date în primă instanță, care nu au fost atacate cu apel;

4. hotărârile date în apel, fără drept de recurs, precum și cele neatacate cu recurs;

5. hotărârile date în recurs, chiar dacă prin acestea s-a soluționat fondul pricinii;

6. orice alte hotărâri care, potrivit legii, nu mai pot fi atacate cu recurs.

(2) Hotărârile prevăzute la alin. (1) devin definitive la data expirării termenului de exercitare a apelului ori recursului sau, după caz, la data pronunțării”.

Or, în condițiile în care, potrivit art. 430 alin. (2) din Codul de procedură civilă: „(2) *Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă*”, rezultă faptul că, în speță, considerentele deciziei CNSC nr. ..., se bucură de lucru judecat. În aceste condiții, părțile din cauză sunt obligate să respecte întocmai decizia pronunțată de CNSC.

Puterea de lucru judecat semnifică faptul că o cerere nu poate fi judecată, în mod definitiv, decât o singură dată (bis de eadem re ne sit actio) iar hotărârea este prezumată a exprima adevărul și nu trebuie să contrazică o altă hotărâre (res iudicata pro veritate habetur).

Efectele puterii de lucru judecat prezintă un dublu aspect: un aspect negativ pentru partea care a pierdut litigiul, în sensul că nu mai poate repune în discuție dreptul său într-un alt litigiu și un aspect pozitiv, pentru partea care a câștigat procesul, în sensul că se poate prevala de dreptul recunoscut într-o nouă judecată.

Luând în considerare cele mai sus menționate, Consiliul constată că, respingând oferta contestatoarei, comisia de evaluare nu a făcut altceva decât să pună în executare decizia CNSC nr. ... care este definitivă și ale cărei considerente se bucură de lucru judecat, astfel încât, pentru considerentele anterior menționate, Consiliul apreciază că, în mod corect, autoritatea contractantă a respins oferta contestatoarei, motiv pentru care Consiliul va respinge contestația formulată de ... SRL, la lotul 2, ce face obiectul dosarului nr.

În aceste condiții, Consiliul stabilește că aceleași considerente rămân valabile și pentru soluționarea contestației formulate de ... SRL, la lotul 4, ce face obiectul dosarului nr.

Luând în considerare cele mai sus menționate, Consiliul constată că, respingând oferta contestatoarei, comisia de evaluare nu a făcut altceva decât să pună în executare decizia CNSC nr... din data de 26.10.2022 care este definitivă și ale cărei considerente se bucură de lucru judecat, astfel încât, pentru considerentele anterior menționate, Consiliul apreciază că, în mod corect, autoritatea contractantă a respins oferta contestatoarei, motiv pentru care Consiliul va respinge contestația formulată de ... SRL, la lotul 4, ce face obiectul dosarului nr.

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

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

Conexează contestațiile formulate de ...SRL, ... SRL și de ... SRL.

Admite contestația formulată de ...SRL, în contradictoriu cu ...SA-..., va anula rezultatul procedurii, la lotul 3, consemnat în raportul procedurii nr. ... și adresele de comunicare, în partea ce privește evaluarea/excluderea ofertei ...SRL. Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta contestatoarei, cu luarea în considerare a acesteia, pe aspectul analizat, conform celor reținute în considerente, în termen de maximum 10 zile lucrătoare de la primirea prezentei decizii.

Respinge, ca nedovedită, cererea contestatoarei de acordare cheltuieli de judecată.

Admite contestațiile formulate de ... SRL, în contradictoriu cu ...SA-..., va anula rezultatul procedurii, la lotul 1 și 5, consemnat în raportul procedurii nr. ... și adresele de comunicare, în partea ce privește evaluarea/excluderea ofertei ... SRL, în lipsa unei analize și probe concludente. Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta contestatoarei, cu luarea în considerare a acesteia, pe aspectul analizat, conform celor reținute în considerente, în termen de maximum 10 zile lucrătoare de la primirea prezentei decizii.

Respinge contestațiile formulate de ... SRL, la lotul 2 și 4, ce fac obiectul dosarelor nr. ... și

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat practicaua deciziei

...

Redactată în 6 (şase) exemplare, conţine 51 (cincizecişunu) pagini.