



În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 1772/C5/1801

Data: 23.08.2022

Prin contestația nr. 1360/28.07.2022, transmisă prin mijloace electronice (e-mail) și în original, prin poștă, înregistrată la Consiliu sub nr. 37577/29.07.2022 și, respectiv, sub nr. 37875/01.08.2022, ... SRL, cu sediul în municipiul, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CIF RO, reprezentată legal prin administrator, dna. și convențional prin SCPA, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la SCPA în municipiul, a contestat adresa nr. 4196/21.07.2022, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii și Raportul procedurii nr. 4194/21.07.2022, documente întocmite în cadrul procedurii de atribuire „simplificată”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Lucrări de execuție pentru proiectul «Modernizarea și extinderea rețelei de iluminat public în orașul, jud. Bihor»”, cod CPV 45310000-3 (Rev.2), inițiată de ORAȘUL, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în orașul, ... și a solicitat următoarele:

- anularea actelor atacate și „obligarea autorității contractante la reluarea procedurii prin reevaluarea ofertei subscrisei, a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acesteia, precum și a actelor subsecvente”;

- anularea deciziei prin care oferta sa a fost declarată ca fiind inacceptabilă, în baza prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016;

- „anularea comunicării rezultatului procedurii, a Raportului procedurii, în partea privind evaluarea ofertei asocierii SRL, prin care, în mod nelegal, oferta acestei asocieri a fost declarată admisibilă, conformă, a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acesteia, precum și a actelor subsecvente”;

- „obligarea autorității contractante la reluarea procedurii prin reevaluarea ofertei asocierii SRL în conformitate cu cele reținute prin Decizia CNSC nr. 1352/C5/1240 din 30.06.2022”;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată efectuate de societatea sa pentru soluționarea contestației, potrivit dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016;

- asigurarea accesului la dosarul constituit la Consiliu, inclusiv la oferta depusă de asocierea SRL;

- în temeiul art. 26 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, sesizarea atât a Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, cât și a Curții de Conturi, „cu motivarea că autoritatea contractantă nu a respectat Decizia CNSC”.

În cauza care formează obiectul prezentului dosar s-a depus, prin mijloace electronice (e-mail), cererea de intervenție nr. 195/08.08.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 39569/09.08.2022, formulată de SA, în calitate de lider al asocierii SRL, cu sediul în localitatea, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CIF RO, reprezentată prin dl., în calitate de președinte al Consiliului Administrație și, convențional, prin CABINET DE AVOCAT, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la CABINET DE AVOCAT în municipiul, prin care s-au solicitat următoarele:

- pe cale de excepție, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, admiterea excepției lipsei de interes a ofertantului SRL și, pe cale de consecință, respingerea contestației ca inadmisibilă;

- pe cale de excepție, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, admiterea excepției autorității de lucru judecat a capătului de cerere prin care se solicită *„Anularea deciziei prin care oferta SRL a fost declarată ca fiind inacceptabilă, în baza prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016”*;

- pe cale de excepție, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, admiterea excepției inadmisibilității criticilor vagi și neprobate cu privire la reevaluarea ofertei depuse de asocierea SRL;

- pe fondul cauzei, în ipoteza în care se vor respinge excepțiile invocate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respingerea contestației formulată de SRL, ca nefondată și, pe cale de consecință, menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale.

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

În conținutul contestației sale, autoarea acesteia aduce la cunoștință că, prin Decizia CNSC nr. 1352/C5/1240/30.06.2022 a fost admisă, în parte, contestația formulată de societatea sa, însă, autoritatea contractantă nu a pus-o în aplicare în referire la criticile admise în legătură cu oferta asocierii SRL.

Astfel, contestatoarea arată că, ulterior pronunțării deciziei CNSC, autoritatea contractantă a procedat la excluderea ofertei sale, fără a face aplicabilitatea dispozițiilor art. 171 alin. (3¹) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora aceasta avea obligația legală de a analiza dovezile

prezentate de SRL pentru demonstrarea credibilității în legătură cu deținerea documentului constatator.

Contestatoarea menționează că decizia de reziliere a acestui contract nu este definitivă, ... SRL formulând cerere de chemare în judecată prin care a solicitat atât suspendarea, cât și anularea deciziei de reziliere a contractului și a documentului constatator, litigiul fiind în curs de soluționare. Însă, luând în considerare că actele administrative indicate anterior, nu au fost, până în prezent, nici suspendate, nici anulate, pentru confirmarea faptului că acest caz de reziliere este unul izolat, contestatoarea încunoștințează că a decis ca, până la soluționarea definitivă a litigiului, în concordantă cu dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016, respectiv cu prevederile art. 184 din Legea nr. 99/2016 și art. 84 din Legea nr. 100/2016, una dintre măsurile de dovedire a credibilității să vizeze tocmai asumarea unui angajament de plată de către SRL, cu privire la prejudiciul indicat, sens în care s-a transmis acest angajament autorității contractante și s-a solicitat și contul bancar în care să se poată achita prejudiciul, urmând ca, de îndată ce i se va indica contul, să se efectueze plata.

Contestatoarea menționează că autoritatea contractantă s-a limitat, exclusiv, la afirmația potrivit căreia, conform Documentului constatator nr. 39030/16.11.2021, ... și-a încălcat în mod grav obligațiile principale care îi reveneau în cadrul contractului de lucrări, ceea ce a dus la încetarea anticipată a contractului și plata de daune interese sau alte sancțiuni comparabile.

De asemenea, contestatoarea evidențiază măsurile pe care le-a indicat pentru păstrarea credibilității, respectiv: implementarea unui sistem CRM-CAS în scopul optimizării activității; conștientizarea angajaților de riscurile aferente derulării contractelor de achiziție publică; măsuri de reorganizarea internă a activității; selecția mai riguroasă a partenerilor contractuali, invocându-se și seriozitatea și profesionalismul cu care au fost implementate peste 250 de contracte de achiziție publică în sectorul iluminatului public stradal la nivel național. Cu alte cuvinte, din informațiile prezentate rezultă faptul că incidentul în analiză este un caz izolat, iar credibilitatea societății sale a fost dovedită.

În ceea ce privește oferta depusă de asocierea SRL, contestatoarea reiterează că autoritatea contractantă nu a pus în aplicare Decizia CNSC, aspecte ce rezultă din cuprinsul Raportului procedurii, în cadrul căruia se menționează că, în urma Deciziei CNSC, propunerile tehnice au fost evaluate pe baza informațiilor prezentate în propunerea tehnică, iar rezultatul evaluării se regăsește în Procesul-verbal nr. 4192/21.07.2022, autoritatea contractantă nerespectând, prin urmare, decizia în cuprinsul căreia se indică, în mod expres, că propunerea tehnică nu este completă și conformă.

Astfel, contestatoarea susține că asocierea câștigătoare nu a îndeplinit următoarele cerințe:

- nu a prezentat licența de marcă/fabricație emisă de către un organism de certificare acreditat în conformitate cu SR EN 17065:2013;
- în cadrul fișelor tehnice s-a solicitat „Se va prezenta raport de testare pentru încercările la temperatură de funcționare a aparatului, ce

va confirma respectarea următoarelor standarde: SR EN 60068-2-1:2007 - încercare Ae, emis de un laborator acreditat”;

- în cadrul fișelor tehnice s-a solicitat „Se va prezenta raport de testare pentru determinarea coeficienților aerodinamici specifici aparatelor de iluminat stradale prin încercări în tunelul de vânt în conformitate cu ISO 4354:2009. Testul va fi efectuat pentru cel puțin 5 poziții de încercare. Testul se va realiza în condiții de vânt de minim 180 km/h”;

- cerința privind prezentarea fișei tehnice/foii de catalog a echipamentului, dar și poze cu ecranul în funcțiune.

În final, contestatoarea solicită accesul la dosarul cauzei.

În dovedirea contestației sale, ... SRL a depus la dosarul cauzei, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 37973/1801/C5/01.08.2022, Consiliul a solicitat contestatoarei SRL să transmită la dosarul cauzei, în original, Recipisa de consemnare a cauțiunii, în quantum de 88.000 lei. Referitor la solicitarea de a i se permite accesul la dosarul cauzei, Consiliul a înștiințat contestatoarea despre prevederile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Prin corespondența transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 38391/03.08.2022, ... SRL a făcut dovada constituirii cauțiunii.

Prin adresa transmisă, în original, prin poșta rapidă, înregistrată la Consiliu sub nr. 38572/03.08.2022, contestatoarea a depus, în original, Recipisa de consemnare nr. 208281883/1 din 02.08.2022, eliberată de CEC Bank – Sucursala Iași, în sumă de 88.000 lei.

Prin adresa nr. 4427/04.08.2022, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 38814/04.08.2022, autoritatea contractantă, ORAȘUL, a transmis punctul de vedere referitor la contestație.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă aduce la cunoștință că, împotriva Deciziei CNSC nr. 1352/C5/1240/30.06.2022, ... SRL a formulat plângere, la data de 04.08.2022 instanța de judecată respingând plângerea, ca nefondată.

Autoritatea contractantă consideră nefondată contestația și susține că, din Documentul constatator nr. 39030/16.11.2021, reiese faptul că executantul SRL nu a demarat executarea lucrărilor ce fac obiectul investiției, deși ordinul de începere a fost emis de achizitor prin adresa nr. 26618/13.08.2021, respectiv, executantul SRL a refuzat să prezinte un grafic general de realizare a investiției actualizat, deși a fost notificat cu privire la acest aspect prin adresa nr. 37084/ 02.11.2021. Astfel, contractul de lucrări nr. 23452/19.07.2021 a fost reziliat (notificare de reziliere nr. 39048/ 16.11.2021). Au fost constatate prejudicii: daune interese prevăzute cu clauză penală de art. 23.3 din contractul de lucrări nr. 23452/19.07.2021 în sumă de 89.211,52 lei (quantumul garanției de bună execuție), la care se adaugă eventualele prejudicii cauzate de executant ca urmare a pierderii finanțării lucrărilor ce fac obiectivul investiției.

În vederea stabilirii întrunirii condițiilor prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă învederează că

membrii comisiei de evaluare, analizând conținutul Documentului Constatator nr. 39030/16.11.2021, au constatat că SRL a încălcat în mod grav obligațiile principale ce îi reveneau în cadrul unui contract de achiziție publică, prin neînceperea executării lucrărilor ce au făcut obiectul investiției și care au condus la încetarea anticipată a respectivului contract și la plata de daune-interese. Comisia de evaluare a solicitat ofertantului, prin adresa nr. 1841/30.03.2022, să clarifice încadrarea/neîncadrarea în situația de excludere, prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, răspunsul acestuia fiind comunicat prin adresa nr. 1901/01.04.2022.

În urma analizării documentelor depuse la ofertă și a răspunsului la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă arată că autoarea contestației a prezentat un set de 4 măsuri, după cum urmează:

1. Implementarea unui sistem CRM – CAS;
2. Conștientizarea angajaților de riscurile aferente derulării contractelor de achiziție publică;
3. Măsuri de reorganizare internă a activității;
4. Selecția mai riguroasă a partenerilor contractuali.

Față de cele mai sus prezentate, autoritatea contractantă a constatat că rezilierea contractului cu SRL a cauzat Orașului Cernavodă prejudicii în sumă de 89.211,52 lei, la care se adaugă eventuale prejudicii ca urmare a pierderii finanțării, prin urmare fiind îndeplinite toate condițiile legale prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Făcând trimitere la art. 171 alin. (1) și (3) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă consideră că cerința legală prevăzută de aceste dispoziții nu este îndeplinită în prezenta cauză, întrucât nu există nicio dovadă sau mențiune în înscrisul intitulat „Măsurile de dovedire a credibilității”, privind plata prejudiciului în sumă de 89.211,52 lei. Dimpotrivă, toate actele emise de Orașul Cernavodă au fost contestate de către SRL, existând pe rolul Tribunalului Iași dosarul 613/99/2022, în care nu s-a dispus suspendarea efectelor actului administrativ pentru a nu opera obligația de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la criticile formulate de contestatoare în legătură cu oferta depusă de asocieria SRL, autoritatea contractantă le consideră neîntemeiate și, pe cale de consecință, solicită respingerea contestației, ca nefondată.

În cauza care formează obiectul prezentului dosar s-a depus, prin mijloace electronice (e-mail), cererea de intervenție nr. 195/08.08.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 39569/09.08.2022, formulată de SA, în calitate de lider al asocierii SRL, reprezentată convențional prin CABINET DE AVOCAT, prin care a solicitat următoarele:

- pe cale de excepție, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, admiterea excepției lipsei de interes a ofertantului SRL și, pe cale de consecință, respingerea contestației ca inadmisibilă;

- pe cale de excepție, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, admiterea excepției autorității de lucru judecat a capătului de cerere prin care se solicită „Anularea deciziei prin care oferta SRL a

fost declarată ca fiind inacceptabilă, în baza prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016”;

- pe cale de excepție, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, admiterea excepției inadmisibilității criticilor vagi și neprobate cu privire la reevaluarea ofertei depuse de asocieria SRL;

- pe fondul cauzei, în ipoteza în care se vor respinge excepțiile invocate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respingerea contestației formulată de SRL, ca nefondată și, pe cale de consecință, menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale.

În ceea ce privește excepția lipsei de interes a ofertantului SRL, intervenienta arată că, din conținutul raportului procedurii nr. 2744 din 17.05.2022, a Deciziei CNSC nr. 1352/C5/1240/30.06.2022 și a Deciziei nr. 481/2022 pronunțată în data de 04.08.2022 de Curtea de Apel Oradea în dosarul nr. 343/35/2022, rezultă că oferta a fost respinsă definitiv în data de 04.08.2022. Sub acest aspect, sunt invocate dispozițiile art. 2 alin. (1), art. 3 alin. (1) lit. f) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016, din care rezultă faptul că, ofertantul care a fost respins definitiv din cadrul unei proceduri de atribuire, este prezumat că nu mai justifică un interes în promovarea unei căi de atac împotriva actelor emise de autoritatea contractantă, contestația SRL impunându-se a fi respinsă ca lipsită de interes, atât prin prisma criticilor formulate împotriva deciziei de respingere a ofertei SRL, cât și prin prisma deciziei de declarare ca admisibilă și câștigătoare a ofertei asocierii SA.

Suplimentar, față de aspectele prezentate anterior, contestatoarea învederează că este lipsit de relevanță faptul că, la momentul formulării contestației, decizia de respingere a ofertei SRL nu era definitivă, Curtea de Apel Oradea pronunțându-se abia în data de 04.08.2022, având în vedere că demersul SRL trebuie să justifice condiția interesului atât la momentul introducerii contestației cât și pe toată perioada de soluționare a acesteia, inclusiv în căile de atac.

În acest sens, se face trimitere la practica ICCJ, a CNSC și a instanței de judecată.

În ceea ce privește excepția autorității de lucru judecat a criticilor vizând decizia de respingere a ofertei SRL, intervenienta constată că, în prezenta contestație sunt reluate criticile din contestația ce a făcut obiectul dosarului nr. 1240/C5/2022, critici ce au fost analizate de Consiliu în cadrul procesual anterior, iar în cuprinsul Deciziei CNSC nr. 1352/C5/1240/30.06.2022, filele 20-25 se prezintă considerentele pe care Consiliul le-a avut în vedere în vederea respingerii contestației. De asemenea, se arată că toate aceste critici au fost introduse și în plângerea ce a făcut obiectul dosarului nr. 343/35/2022 de pe rolul Curții de Apel Oradea.

Pe fondul cauzei, intervenienta consideră nefondate criticile formulate de contestatoare, solicitând respingerea contestației, ca nefondată și menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale.

Prin adresele nr. 40052/1801/C5/11.08.2022 și nr. 40052/C5/1801/11.08.2022, Consiliul a informat părțile despre faptul că pot transmite susțineri față de cererea de intervenție formulată de SA.

Contestatoarea SRL a răspuns la solicitarea CNSC nr. 40052/1801/C5/11.08.2022, prin adresa nr. 1470/16.08.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 40718/17.08.2022, solicitând respingerea, ca nefondate a excepțiilor invocate de intervenientă.

Cu referire la excepția lipsei de interes a ofertantului SRL, contestatoarea invocă dispozițiile art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. f) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și învederează că, la data formulării contestației care face obiectul dosarului CNSC nr. 1801/2022, respectiv, la data de 28.07.2022, ... SRL nu avea calitatea de ofertant exclus, definitiv, din procedură.

Astfel, contestația nr. 1 formulată de SRL, atât cu privire la propria sa excludere, cât și cu privire la oferta depusă de asocierea SA - SRL, care a format obiectul dosarului CNSC nr. 1240/2022, a vizat următoarele acte: Adresa înregistrată cu nr. 2746/17.05.2022, reprezentând Comunicarea rezultatului procedurii și Raportul procedurii cu nr. 2744/17.05.2022. În acest sens a fost pronunțată Decizia CNSC cu nr. 1352/C5/1240 din 30.06.2022, contestația SRL fiind admisă în parte, respectiv: au fost admise 4 (patru) critici în legătură cu oferta declarată câștigătoare, depusă de asocierea SA-....SRL. Împotriva Deciziei CNSC, ... SRL a formulat plângere, atât cu privire la propria excludere, cât și cu privire la oferta depusă de asocierea SA-....SRL, fiind constituit dosarul nr. 343/35/2022, soluționat abia la data de 04.08.2022, prin Hotărârea nr. 481/04.08.2022, plângerea formulată de SRL fiind respinsă, ca nefondată.

Față de aceste aspecte, contestatoarea susține că, la data de 28.07.2022, când a fost formulată contestația care formează obiectul prezentului dosar, ... SRL nu avea calitatea de ofertant exclus, definitiv din cadrul procedurii, având în vedere că plângerea a fost soluționată abia la data de 04.08.2022, susținerea sa fiind confirmată chiar de intervenientă.

Mai mult, contestatoarea învederează că prin contestația nr. 2, care face obiectul dosarului nr. 1801/2022, sunt vizate adresa nr. 4196/21.07.2022 reprezentând Comunicarea rezultatului procedurii și Raportul procedurii nr. 4194/21.07.2022, aceste acte fiind emise de către autoritatea contractantă în procesul de punere în aplicare a Deciziei CNSC nr. 1352/C5/1240/30.06.2022 și vizând atât oferta SRL, cât și oferta depusă de Asocierea SA - SRL.

Cu alte cuvinte, contestatoarea încunoștințează că i-a fost notificată respingerea ofertei abia la data de 21.07.2022. În acest sens, prin contestația care face obiectul dosarului CNSC nr. 1801/2022, ... SRL a formulat critici atât cu privire la decizia de respingere ca inacceptabilă și neconformă a ofertei sale, cât și împotriva deciziei de declarare ca admisibilă și câștigătoare a ofertei depusă de Asocierea SA - SRL. Sub acest aspect, contestatoarea face trimitere la jurisprudența CJUE, Cauza C -131/16, Archus sp. z.o.o., Gama Jacek Lipik, reținută de Curtea de Apei București, în dosarul 7687/2/2021.

În ceea ce privește excepția autorității de lucru judecat, autoarea contestației reiterează că prin contestația care a format obiectul dosarului nr. 1240/2022 s-a făcut referire la adresa nr. 2746/17.05.2022, reprezentând Comunicarea rezultatului procedurii și Raportul procedurii nr. 2744/17.05.2022, iar prin contestația care formează obiectul dosarului nr. 1801/2022, s-a făcut referire la adresa nr. 4196/21.07.2022 reprezentând Comunicarea rezultatului procedurii și Raportul procedurii nr. 4194/21.07.2022, documentele contestate în prezenta cauză fiind acte emise de către autoritatea contractantă în procesul de punere în aplicare a Deciziei CNSC nr. 1352/C5/1240/30.06.2022.

În referire la cheltuielile de judecată, contestatoarea solicită obligarea autorității contractante la plata sumei de 5.712 RON, cu titlu de cheltuieli de judecată, reprezentând onorariu avocat.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

ORAȘUL, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire „simplificată”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică având ca obiect „Lucrări de execuție pentru proiectul «Modernizarea și extinderea rețelei de iluminat public în orașul, jud. Bihor»”, cod CPV 45310000-3 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ..., stabilind „termenul limită pentru primirea ofertelor” la data de 15.03.2022, ora 15:00, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și valoarea estimată, fără TVA, de 7.703.002,72 RON.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire a fost depusă contestația nr. 968/24.05.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 26583/25.05.2022, formulată de SRL, împotriva deciziei de respingere a ofertei lui precum și a deciziei de stabilire a ofertantului câștigător, soluționată de CNSC prin Decizia nr. 1352/C5/1240/30.06.2022, prin care au fost dispuse următoarele:

„Respinge excepția invocată de intervenientă, privind inadmisibilitatea capătului de cerere care vizează reevaluarea ofertei intervenientei.

Admite, în parte, contestația formulată de SRL în contradictoriu cu ORAȘUL, în calitate de autoritatea contractantă, anulează în parte, raportul procedurii nr. 2744/17.05.2022 și actele subsecvente acestuia, respectiv referirile la oferta depusă de asocierea SA – SRL și la aplicarea criteriului de atribuire și obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea prezentei decizii, să continue procedura de atribuire prin reevaluarea ofertei depusă de asocierea SA – SRL, cu respectarea considerentelor prezentei decizii, a documentației de atribuire și a legislației incidente.

Respinge, ca nefondate, capetele de cerere formulate de contestatoare cu privire la decizia de respingere a ofertei sale.

Admite, în parte, capătul de cerere formulat de contestatoare cu privire la obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației, obligă autoritatea contractantă la plata către contestatoare a sumei de 2.064 lei cu titlu de cheltuieli ocazionate de soluționarea contestației și respinge cererea

contestatoarei de obligare a autorității contractante la plata sumei de 4.124 lei reprezentând cheltuieli disproporționate, pentru considerentele expuse în motivarea deciziei.

Respinge cererea de intervenție formulată de asocieria SA - SRL.

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”.

.... SRL a atacat cu plângere la Curtea de Apel Oradea – Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, Decizia nr. 1352/C5/1240 din 30.06.2022, sens în care instanța a constituit Dosarul nr. 343/35/CA/2022, prin Decizia nr. 481/04.08.2022, Curtea de Apel Oradea – Secția de Contencios Administrativ și Fiscal respingând plângerea, ca nefondată.

Ulterior primirii Deciziei nr. 1352/C5/1240/30.06.2022, emisă de Consiliu, autoritatea contractantă a pus în aplicare această decizie, în sensul că:

- a anulat, în parte, raportul procedurii nr. 2744/17.05.2022 și actele subsecvente acestuia, respectiv referirile la oferta depusă de asocieria SA - SRL și la aplicarea criteriului de atribuire, respectiv: comunicarea nr. 2745/17.05.2022 și, parțial, procesele verbale de evaluare tehnică nr. 2287/27.04.2022 și nr. 2344/29.04.2022, Anexa nr. 3 înregistrată sub nr. 2345/29.04.2022 în ceea ce privește criticile considerate întemeiate prin Decizia CNSC;

- a menținut rezultatul procedurii în ceea ce privește ofertantul SRL;

- a reevaluat oferta depusă de asocieria SA - SRL în ceea ce privește criticile considerate întemeiate prin Decizia CNSC și a stabilit noul rezultat al procedurii de atribuire, consemnat în raportul procedurii nr. 4194/21.07.2022, potrivit căruia a fost declarată câștigătoare oferta depusă de asocieria SA - SRL.

Prin adresa nr. 4196/21.07.2022, autoritatea contractantă i-a comunicat operatorului economic SRL decizia de respingere a ofertei sale, în baza art. 167 alin. (1) lit. g) din legea nr. 98/2016..

Nemulțumit de decizia autorității contractante, ofertantul SRL a depus contestația care formează obiectul prezentului dosar, în cadrul căruia contestă atât decizia de respingere a ofertei sale, cât și decizia de stabilire a ofertei câștigătoare.

Din documentele depuse la dosarul cauzei rezultă că autoarea contestației a făcut dovada respectării dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, în sensul că, prin corespondența înregistrată la Consiliu sub nr. 38572/03.08.2022, a depus, în original, Recipisa de consemnare nr. 208281883/1 din 02.08.2022, eliberată de CEC Bank – Sucursala Iași, în sumă de 88.000 lei.

Recipisa de consemnare se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

În cauza care formează obiectul prezentului dosar, ... SA în calitate de lider al asocierii SA - SRL, ofertant câștigător, reprezentată

convențional prin CABINET DE AVOCAT, a transmis Consiliului cererea de intervenție accesorie nr. 195/08.08.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 39569/09.08.2022, prin care a solicitat următoarele:

- pe cale de excepție, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, admiterea excepției lipsei de interes a ofertantului SRL și, pe cale de consecință, respingerea contestației ca inadmisibilă;

- pe cale de excepție, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, admiterea excepției autorității de lucru judecat a capătului de cerere prin care se solicită „Anularea deciziei prin care oferta SRL a fost declarată ca fiind inacceptabilă, în baza prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016”;

- pe cale de excepție, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, admiterea excepției inadmisibilității criticilor vagi și neprobate cu privire la reevaluarea ofertei depuse de asocierea SRL;

- pe fondul cauzei, în ipoteza în care se vor respinge excepțiile invocate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respingerea contestației formulată de SRL, ca nefondată și, pe cale de consecință, menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă ca fiind temeinice și legale.

Cu privire la această cerere de intervenție accesorie transmisă prin mijloace electronice (e-mail), la data de 08.08.2022, Consiliului, autorității contractante și contestatoarei, CNSC constată că aceasta a fost formulată cu respectarea prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 [*„(3) Până la soluționarea contestației de către Consiliu, operatorii economici interesați să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanți la procedura de atribuire pot formula cerere de intervenție voluntară în litigiu, potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare, în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a contestației. În cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, termenul de 10 zile se calculează de la data comunicării contestației”*], în condițiile în care, așa cum rezultă din documentele depuse la dosarul cauzei, autoritatea contractantă a publicat contestația în SEAP la data de 01.08.2022, astfel că termenul limită de depunere a unei astfel de cereri, calculat prin aplicarea dispozițiilor anterior citate, s-a împlinit la data **11.08.2022**, rezultând că această cerere de intervenție transmisă Consiliului, autorității contractante și contestatoarei la data de **08.08.2022**, a fost formulată în cadrul termenului legal anterior calculat.

Având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu prevederile art. 61 alin. (3), art. 63, art. 64, art. 65 și art. 67 din Codul de procedură civilă, dar și faptul că în cadrul procedurii de atribuire în cauză, asocierea SA – SRL, a fost declarată câștigătoare, iar cererea sa privește respingerea contestației formulată de SRL, deci, implicit, menținerea deciziei autorității contractante de a poziționa pe locul 1 oferta sa, Consiliul admite, în principiu, cererea de intervenție.

Din conținutul contestației care face obiectul Dosarului nr. 1801/2022, rezultă că SRL a criticat acțiunile autorității contractante

efectuate ulterior emiterii de către CNSC a Deciziei nr. 1352/C5/1240/30.06.2022 și a solicitat următoarele:

- anularea actelor atacate și „obligarea autorității contractante la reluarea procedurii prin reevaluarea ofertei subscrisei, a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acesteia, precum și a actelor subsecvente”;

- anularea deciziei prin care oferta sa a fost declarată ca fiind inacceptabilă, în baza prevederilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016;

- „anularea comunicării rezultatului procedurii, a Raportului procedurii, în partea privind evaluarea ofertei asocierii SRL, prin care, în mod nelegal, oferta acestei asocieri a fost declarată admisibilă, conformă, a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acesteia, precum și a actelor subsecvente”;

- „obligarea autorității contractante la reluarea procedurii prin reevaluarea ofertei asocierii SRL în conformitate cu cele reținute prin Decizia CNSC nr. 1352/C5/1240 din 30.06.2022”;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată efectuate de societatea sa pentru soluționarea contestației, potrivit dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016;

- asigurarea accesului la dosarul constituit la Consiliu, inclusiv la oferta depusă de asocieria SRL;

- în temeiul art. 26 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, sesizarea atât a Agenției Naționale pentru Achiziții Publice, cât și a Curții de Conturi, „cu motivarea că autoritatea contractantă nu a respectat Decizia CNSC”.

În temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza, cu prioritate, excepția privind lipsa de interes a contestatoarei în formularea contestației care face obiectul Dosarului nr. 1801/2022.

Așa cum s-a reținut într-un paragraf anterior, contestația formulată de către SRL (Dosarul nr. 1240/2022) împotriva deciziei de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă, în temeiul dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, a fost respinsă, de Consiliu, prin Decizia nr. 1352/C5/1240/30.06.2022 (*„Respinge, ca nefondate, capetele de cerere formulate de contestatoare cu privire la decizia de respingere a ofertei sale”*).

Plângerea formulată de contestatoare împotriva acestei decizii a fost respinsă, ca nefondată, de instanța competentă (Curtea de Apel Oradea – Secția de Contencios Administrativ și Fiscal), prin Decizia nr. 481/CA/04.08.2022.

Astfel, în cadrul Deciziei nr. 481/CA/04.08.2022, prin care s-a respins plângerea formulată de SRL împotriva Deciziei CNSC nr. 1352/C5/1240/30.06.2022, în legătură cu decizia de respingere a ofertei contestatoarei, instanța a reținut corectitudinea aprecierii autorității contractante, precum și corectitudinea deciziei Consiliului, respectiv:

«În ceea ce privește soluția Consiliului cu privire la dispoziția din actele administrative atacate referitoare la declararea ofertei sale ca inacceptabilă, instanța de control judiciar constată că potrivit 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, forma în vigoare la data emiterii actelor administrative atacate, „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;"

Articolul 171 alin. (1) - (3) din același act normativ statuează că „Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

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

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

Din interpretarea sistematică a acestor dispoziții legale rezultă că reprezintă un motiv de excludere facultativă din cadrul procedurii de atribuire încălcarea de către un ofertant, în mod grav sau repetat, a obligațiilor 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, în condițiile în care aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Caracterul facultativ al acestui motiv de excludere implică existența unui drept de apreciere proprie al autorității contractante care desfășoară procedura de atribuire cu privire la caracterul grav sau repetat al abaterii săvârșite de ofertant în executarea unui contract anterior și referitor la posibilitatea respectivului ofertant de a-și îndeplini corespunzător obligațiile care i-ar reveni dacă i s-ar atribui contractul pentru care se desfășoară procedura.

De asemenea, din interpretarea sistematică a dispozițiilor legale menționate, care transpun în dreptul intern legislația secundară a U.E. în materie de achiziții publice, rezultă că dreptul autorității contractante de a aprecia dacă se impune sau nu excluderea ofertantului aflat în situația prevăzută de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 mai cunoaște o limitare constând în obligația autorității contractante de a-i da posibilitatea ofertantului interesat să aducă dovezi privind luarea unor măsuri corective, de natură a înlătura cauzele care au determinat incidența motivului de excludere.

Pe de altă parte, asupra caracterului adecvat pentru demonstrarea credibilității ofertantului al măsurilor luate de acesta din urmă, autoritatea

contractantă este de asemenea îndreptătită să aibă o apreciere proprie, însă această apreciere trebuie să fie una motivată.

În jurisprudența C.J.U.E. (cauza Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA - C- 267/18, ECLI:EU:C:2019:826), s-a statuat că

„25. Astfel cum rezultă din modul de redactare a articolului 57 alineatul (4) din Directiva 2014/24, legiuitorul Uniunii a intenționat să încredințeze autorității contractante și doar acesteia, în faza de selecție a ofertanților, sarcina de a aprecia dacă un candidat sau un ofertant trebuie să fie exclus de la o procedură de achiziție publică (Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C41/1Q, EU:C:2019:507, punctul 34).

26. Această posibilitate de care dispune orice autoritate contractantă de a exclude un ofertant de la o procedură de achiziție publică este menită în special să îi permită să aprecieze integritatea și fiabilitatea fiecăruia dintre ofertanți. În special, cauza facultativă de excludere menționată la articolul 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24 coroborat cu considerentul (101) al acestei directive are la bază un element esențial al relației dintre ofertantul câștigător și autoritatea contractantă, și anume fiabilitatea ofertantului, pe care se întemeiază încrederea acordată acestuia de autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punctele 29 și 30).

27. Stabilirea unei relații de încredere între autoritatea contractantă și ofertantul câștigător presupune, așadar, ca această autoritate contractantă să nu fie în mod automat ținută de aprecierea făcută, în cadrul unui contract de achiziții publice anterior, de o altă autoritate contractantă, în special pentru a fi în măsură să acorde o atenție deosebită principiului proporționalității la momentul aplicării cauzelor facultative de excludere (a se vedea în acest sens Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punctele 30 și 32). Astfel, acest principiu impune ca autoritatea contractantă să examineze și să aprecieze ea însăși faptele, în această privință astfel cum a arătat domnul avocat general la punctul 32 din concluziile sale, din modul de redactare a articolului 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24 reiese că neregula săvârșită de ofertant trebuie să fi fost suficient de gravă pentru a justifica, din perspectiva principiului proporționalității, rezilierea contractului.

28. Rezultă că o autoritate contractantă nu poate deduce în mod automat din decizia unei alte autorități contractante de a rezilia un contract de achiziții publice anterior, pentru motivul că ofertantul ar fi subcontractat o parte din lucrări fără autorizarea sa prealabilă, că acest ofertant a dat dovadă de deficiențe semnificative sau persistente, în sensul articolului 57 alineatul (4) litera (g) din Directiva 2014/24, referitor la îndeplinirea unei cerințe de fond aferente acestui contract de achiziții publice.

29. Revine, astfel autorității contractante sarcina de a efectua propria evaluare a comportamentului operatorului economic vizat de rezilierea unui contract de achiziții publice anterior. În această privință, ea trebuie să examineze, în mod diligent și imparțial, pe baza tuturor elementelor relevante, printre care decizia de reziliere, și având în vedere principiul proporționalității, dacă acest operator este, din punctul său de vedere, răspunzător pentru deficiențe semnificative sau persistente de care a dat dovadă la îndeplinirea unei cerințe de fond care îi revenea în cadrul contractului menționat, deficiențele respective fiind susceptibile să provoace ruperea legăturii de încredere cu operatorul economic în cauză. (...)

37. În sfârșit, în cazul în care constată că sunt îndeplinite condițiile prevăzute la articolul 57 alineatul (4) litera (g) sau (h) din Directiva 2014/24, autoritatea contractantă trebuie, pentru a respecta prevederile articolului 57 alineatul (6) din această directivă coroborat cu considerentul (102) al directivei

menționate, să lase posibilitatea operatorului economic în cauză să furnizeze dovezi care să ateste că măsurile corective pe care acesta din urmă le-a luat sunt suficiente pentru a evita repetarea neregularității aflate la originea rezilierii contractului de achiziții publice anterior și că, prin urmare, acestea sunt de natură să demonstreze fiabilitatea sa în pofida existenței unei cauze facultative de excludere relevante.”

În mod judicios a reținut Consiliul că, raportat la normele legale incidente și la jurisprudența C.J.U.E. în materie, rezultă că în ipoteza existenței unui motiv de excludere facultativă, existența unui document constatat al situației nu conduce în mod automat la excludere, iar pe de altă parte, că, prezentarea unor dovezi privind măsurile luate de ofertant pentru înlăturarea cauzelor care au condus la neexecutarea contractului anterior poate să convingă sau poate să nu convingă autoritatea contractantă cu privire la credibilitatea prezentă a ofertantului.

Curtea reține că, așa cum s-a arătat anterior, dreptul de apreciere al autorității contractante nu poate fi exercitat abuziv, cu exces de putere, în sensul conferit acestei noțiuni juridice de art. 2 alin. (1) lit. n) din Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ, o garanție esențială împotriva arbitrariului în această materie o reprezintă cerința motivării deciziei adoptate.

În speță, una dintre criticile esențiale de legalitate a actelor administrative adoptate de intimata autoritate contractantă în legătură cu declararea ca inacceptabilă a ofertei petentei o constituie pretinsa lipsă a unei evaluări a măsurilor corective adoptate de petentă și dovedite în cadrul procedurii, fapt care ar rezulta din lipsa indicării motivelor pentru care aceste măsuri nu au fost considerate suficiente de către autoritatea contractantă.

Cu privire la această critică de nelegalitate, în acord cu Consiliul, instanța de control judiciar constată că în cadrul procesului verbal nr. 2 (f. 132-142, vol. 2/5), înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 1957/05.04.2022 (și ulterior în cadrul raportului procedurii nr. 2744/17.05.2022 - f. 743-749, vol. 3/5), Comisia de evaluare a ofertelor din cadrul intimatei autoritate contractantă a reținut că „în vederea stabilirii întrunirii condițiilor prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 comisia de evaluare, analizând conținutul Documentului Constatator nr. 39030/16.11.2021 constată că, în opinia U.A.T. Orașul Cernavodă, județul Constanța, S.C. S.R.L a încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unuia contract de achiziție publică, prin neînceperea executării lucrărilor ce au făcut obiectul investiției și care au condus la încetarea anticipată a respectivului contract și la plata de daune-interese. Analiza întrunirii condițiilor prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 s-a realizat în baza informațiilor din Documentul constatat și a clarificărilor date de S.C. S.R.L.

În sensul lămuririi aspectelor de mai sus, comisia de evaluare a solicitat ofertantului, prin intermediul adresei nr. 1841/30.03.2022, să clarifice încadrarea/neîncadrarea în situația de excludere, prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. S.C. S.R.L. a răspuns prin adresa înregistrată la U.A.T. Orașul cu nr. 1901/01.04.2022 precizând că față de rezilierea contractului de lucrări nr. 23452/19.07.2021 și al Documentului constatat nr. 39030/ 16.11.2021 a înregistrat Chemarea în judecată privind anularea celor două documente fiind pe rolul Tribunalului Iași (dosar nr. 158/45/2022). Totodată, S.C. S.R.L. consideră că neprezentarea unui grafic general de realizare a investiției nu reprezintă o obligație principală a unui contract de lucrări. Chiar dacă comisia ar aprecia ca neprezentarea unui grafic general de realizare a investiției nu reprezintă o obligație principală a unui contract de lucrări, S.C. S.R.L. nu a clarificat principalul motiv pentru care s-a emis Documentul constatat și anume „executantul S.C. S.R.L.

nu a demarat executarea lucrărilor ce fac obiectul investiției deși ordinul de începere a fost emis de Achizitor prin adresa nr. 26618/13.08.2021”.

Comisia de evaluare constată că S.R.L. nu a demarat executarea lucrărilor deși a primit ordinul de începere în acest sens, neîndeplinind astfel o obligație principală a unui contract de lucrări. Devin așadar aplicabile prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea 98/2016: (...) (contractul de lucrări nr. 23452/19.07.2021 încheiat între Orașul Cernavodă în calitate de achizitor și S.R.L. în calitate de executant, fiind reziliat prin notificarea nr. 39048/16.11.2021). Faptul ca executantul nu a demarat executarea lucrărilor se încadrează în prevederile art. 167 alin. (8) din Legea 98/2016: „(...).”

Comisia de evaluare a recurs la analizarea documentelor depuse la ofertă și a răspunsului la solicitarea de clarificări și care intră sub incidența art. 171 din Legea nr. 98/2016 în vederea stabilirii credibilității S.C. S.R.L. Așa cum prevede alin. (1) la art. 171 din Legea nr. 98/2016, analiza măsurilor de dovedire a credibilității și ale anexelor acestora s-a realizat prin raportare la motivele de excludere. Măsurile de dovedire a credibilității au fost cuprinse în Documentele de calificare (pag. 21-25) și cuprind: prezentarea situației de fapt, măsuri luate pentru păstrarea credibilității, atestarea credibilității și concluzii.

- S.C. S.R.L. prezintă un set de 4 (patru) măsuri după cum urmează:

3. Implementarea unui sistem CRM - CAS. Din descriere comisia înțelege că sistemul este un soft de management automatizat de prospectare, vânzare, operaționalizare și post vânzare. „Este un sistem complex multi departamental de urmărire a relațiilor contractuale”. Totuși, din descriere nu rezultă cum anume această aplicație, sistem informatic va preveni întârzierile la demararea unor lucrări.

4. Conștientizarea angajaților de riscurile aferente derulării contractelor de achiziție publică. Din descriere rezultă că personalul a fost instruit în relații contractuale, management de proiect, achiziții publice, legislație specifică respectiv există un plan trimestrial de informare cu privire la modificările legislative. La fel ca în cazul anterior, în lipsa unei detalieri, corelări cu motivele eliberării documentului constatator, comisia nu înțelege cum aceste măsuri vor duce la evitarea întârzierilor în demararea unui contract de lucrări.

5. Măsuri de reorganizare internă a activității - o procedură internă și externă inclusă în managementul calității respectiv angajare de personal suplimentar. La fel (...), în lipsa unor detalii aplicate, comisia nu înțelege cum aceste măsuri vor duce la evitarea întârzierilor în demararea unui contract de lucrări.

6. Selecția mai riguroasă a partenerilor contractuali. Din descriere reiese că S.C. S.R.L. a implementat o procedură de validare a subcontractanților, furnizorilor care își vor asuma termenele impuse și de riscurile de proiect. În cazul de față, ... nu are subcontractant. Comisia apreciază această măsură ca fiind una utilă și necesară.

.... S.R.L. amintește cele peste 250 de contracte implementate cu succes dintre care evidențiază 11 unități administrativ teritoriale. Sunt anexate recomandările acestora. Deși este o informație importantă, Comisia nu consideră, în cazul de față, o informație relevantă, deoarece mobilizarea unui executant, începând cu data emiterii Ordinului de începere a lucrărilor depinde nu doar de seriozitatea acestuia ci și de managementul societății, de numărul contractelor semnate într- un interval de timp (contractarea peste capacitate), care atrage de la sine întârzieri la demararea unei lucrări.

În concluzie, comisia consideră insuficiente dovezile prezentate de S.C. S.R.L. pentru demonstrarea în concreta credibilității”.

Raportat la conținutul concret al acestor acte ale comisiei de evaluare, în acord cu Consiliul, Curtea constată că este neîntemeiată susținerea petentei în sensul că autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, nu ar fi analizat în concret măsurile corective pentru demonstrarea credibilității luate de petentă și că nu și-ar fi motivat opțiunea de a exclude din procedură oferta petentei.

Din contră, instanța de control judiciar constată că din cuprinsul actelor administrative menționate rezultă că autoritatea contractantă a efectuat o analiză riguroasă a fiecărei măsuri corective indicate de petentă în parte, arătând motivat pentru ce motive a apreciat, punctual, că măsurile corective adoptate de către petentă nu sunt suficiente pentru demontarea fiabilității ofertantului.

Pe de altă parte, Curtea are în vedere că nu se poate reține exercitarea dreptului de apreciere al autorității contractante cu privire la fiabilitatea petentei în raport de măsurile corective prezentate ca fiind una fundamentată pe un exces de putere.

Sub acest aspect, instanța de control judiciar reține că, în condițiile în care intimata autoritate contractantă beneficiază de un drept exclusiv de apreciere asupra caracterului idoneu al măsurilor corective adoptate de ofertant iar, în speță, autoritatea contractantă și-a exercitat acest drept apreciind motivat asupra fiecărei măsuri în parte, nu se poate reține caracterul abuziv al evaluării efectuate de intimata autoritate contractantă.

Aceasta din urmă concluzie se impune cu atât mai mult cu cât nici în faza procedurală a plângerii petenta nu a indicat în concret cum anume ar fi apte fiecare dintre măsurile corective implementate să determine înlăturarea deficiențelor constatate prin documentul constatare și nici motivele concrete pentru care evaluarea motivată a autorității contractante pentru fiecare măsură corectivă în parte nu este întemeiată.

În ceea ce privește susținerea petentei în sensul că respectivele măsuri corective au fost considerate suficiente de către alte autorități contractante, de către Consiliu în alte cauze și de către unele instanțe judecătorești, Curtea reamintește că din jurisprudența C.J.U.E. indicată anterior rezultă în mod neechivoc că dreptul de apreciere asupra incidenței cazului de excludere facultativă, implicând și dreptul de apreciere asupra fiabilității măsurilor corective, îi aparține fiecărei autorități contractante în parte, iar „Stabilirea unei relații de încredere între autoritatea contractantă și ofertantul câștigător presupune, așadar, ca această autoritate contractantă să nu fie în mod automat ținută de aprecierea făcută, în cadrul unui contract de achiziții publice anterior, de o altă autoritate contractantă, în special pentru a fi în măsură să acorde o atenție deosebită principiului proporționalității la momentul aplicării cauzelor facultative de excludere (a se vedea în acest sens Hotărârea din 19 iunie 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punctele 30 și 32). Astfel, acest principiu impune ca autoritatea contractantă să examineze și să aprecieze ea însăși faptele” (cauza Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA - C-267/18, ECLI:EU:C:2019:826, par. 27).

Or, pornind de la premisa că fiecare autoritate contractantă în parte are un drept de apreciere propriu, inclusiv cu privire la fiabilitatea măsurilor corective prezentate de ofertant, concluzia care se impune este aceea că nu are relevanță sub aspectul legalității actelor administrative atacate faptul că aceleași măsuri corective au fost apreciate ca suficiente de alte autorități contractante, de către Consiliu în alte cauze și de către unele instanțe judecătorești.

Pe de altă parte, lipsită de relevanță sub aspectul legalității actelor administrative atacate este și împrejurarea că documentul constatator negativ anterior a fost atacat de către petentă cu acțiune în anulare.

Sub acest aspect, instanța de control judiciar reține că atât timp cât respectivul document constatator nu a fost desființat, acesta este în ființă și poate justifica reținerea unui caz de excludere.

În plus, Curtea reține că în procesul de evaluare a incidenței cazului de excludere, intimata autoritate contractantă a stabilit că din cuprinsul documentului constatator reiese că „executantul S.C. S.R.L. nu a demarat executarea lucrărilor ce fac obiectul investiției deși ordinul de începere a fost emis de Achizitor prin adresa or. 26618/13.08.2021”.

Or, o astfel de deficiență în executarea unui contract de achiziții publice a fost în mod corect apreciată de intimată ca reprezentând neexecutarea unei obligații principale dintr-un contract, neputându-se reține critica petentei în sensul că ar fi vorba despre neîndeplinirea unei obligații accesorii constând în neprezentarea unui grafic general de realizare a investiției.

Având în vedere ansamblul acestor considerente, Curtea constată că soluția Consiliului în ceea ce privește dispoziția de respingere ca inacceptabilă a ofertei petentei este legală și temeinică».

Rezultă astfel, că la data emiterii prezentei decizii oferta depusă de contestatoare în cadrul prezentei proceduri de atribuire a fost respinsă, **în mod definitiv**, ca inacceptabilă, în temeiul dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

În acest context, Consiliul reține că, 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**”, de unde rezultă faptul că, în speță, considerentele deciziei CNSC nr. 1352/C5/1240 din 30.06.2022, inclusiv cele referitoare la corectitudinea deciziei de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei contestatoarei, se bucură de autoritate de lucru judecat.

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.

Verificând interesul contestatoarei în promovarea prezentei contestații, Consiliul constată că sunt incidente următoarele prevederi legale:

- art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia:

„Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau

a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi”;

- art. 3 alin. (1) lit. f) din același act normativ, conform căruia:

„În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează: (...)

f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire”;

- art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia:

*„(3) În sensul alin. (1) lit. f) pct. (i) se consideră că o persoană are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire dacă nu a fost încă exclusă definitiv de la respectiva procedură. **O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată candidatului/ofertantului interesat și fie a fost considerată legală de către Consiliu/instanță, fie nu mai poate face obiectul unei căi de atac**”;*

- art. 2a alin. (2) paragraful 2 din Directiva nr. 66/2007 din 11 decembrie 2007 de modificare a Directivelor 89/665/CEE și 92/13/CEE ale Consiliului în ceea ce privește ameliorarea eficacității căilor de atac în materie de atribuire a contractelor de achizițiilor publice, potrivit căruia *„Se consideră că ofertanții sunt interesați dacă nu au fost încă excluși definitiv. O excludere este definitivă în cazul în care a fost notificată ofertanților interesați și fie a fost considerată legală de un organism independent responsabil de soluționarea căilor de atac, sau nu mai poate face obiectul unei căi de atac”.*

Așadar, pentru a putea fi considerată persoană vătămată printr-un act emis de o autoritate contractantă, în cadrul unei proceduri de achiziție publică, contestatoarea trebuie să aibă sau să fi avut un interes legitim în legătură cu procedura și să fi suferit, să sufere sau să riște să sufere un prejudiciu urmare a unui act al entității contractante.

Deși, nici Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare și nici codul de procedură civilă nu definesc interesul, în doctrină s-a arătat că, prin acesta, se înțelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a acțiunii sale. Exercițiul dreptului de a formula o acțiune în justiție, precum și o contestație ca cea de față, cere o justificare, prin impunerea condiției interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate. Interesul, indiferent că este moral și/sau material, trebuie să fie legitim, personal și direct, să fie născut și actual.

Condiția interesului se analizează la momentul formulării cererii de chemare în judecată, însă acesta trebuie să se păstreze pe tot parcursul litigiului. La momentul soluționării contestației în cauză, interesul contestatoarei nu mai subzistă, oferta sa fiind respinsă printr-o decizie a autorității contractante rămasă definitivă, prin confirmarea ei de către Consiliu și, ulterior,

menținută de Curtea de Apel Oradea. De altfel, în acest sens sunt și considerentele Deciziei nr. 2052/05.08.2018 a Curții de Apel București precum și a Deciziei nr. 1569/19.07.2021 a Curții de Apel București (Dosar nr. 2617/2/2021).

Aplicând considerentele doctrinare mai sus menționate la speța analizată, Consiliul constată că prezenta contestație nu este justificată de existența unui interes care îndeplinește condițiile expuse anterior.

În consecință, având în vedere că:

- oferta depusă de SRL a fost respinsă ca inacceptabilă, această hotărâre a autorității contractante făcând obiectul deciziei nr. 1352/C5/1240/30.06.2022, emisă anterior de Consiliu;

- decizia nr. 1352/C5/1240/30.06.2022, emisă de Consiliu, a fost atacată cu plângere la instanța competentă, iar plângerea a fost respinsă ca nefondată, oferta contestatoarei fiind respinsă în mod definitiv,

Consiliul constată că autoarea contestației nu justifică un interes legitim, născut și actual în formularea prezentei contestații de vreme ce respingerea ofertei sale este definitivă.

Neavând șansa reală de a câștiga prezenta procedură de atribuire, oferta contestatoarei fiind în mod definitiv respinsă, ... SRL nu are, în legătură cu această procedură, interesul legitim necesar deținerii calității de persoană vătămată, astfel cum se prevede la art. 3 lit. f) din Legea nr. 101/2016.

Cu titlu jurisprudențial, Consiliul are în vedere considerentele hotărârii CJUE în cauza C-131/16, Archus și Gama, potrivit cărora:

„57. Desigur, în cauza în care a fost pronunțată Hotărârea din 21 decembrie 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*

(C- 355/15, EU:C:2016:988, punctele 13-16, 31 și 36), **Cur**

▪

c
ă

unui ofert

di - o

▪

procedur
ă

d
e

a
t
r

ibuir
achizi

ț
i

împot
achizi
ț

men

- o d

d
obân
d
e

luc
r
u
ju
d
e
c
a
t
î
nai
in **ț**
a

s

e
siz
a
t
ă
c
împot
r
iv
a

d
ecizi
e
i
d
e
s
ă

s

e

pronunțe

î
ncât ofert

."

De asemenea, în speță sunt relevante cele reținute în Hotărârea CJUE în cauza C-355/15, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*:

«27. Prin intermediul primei întrebări formulate, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie să

fie interpretat, în raport cu Hotărârea din 4 iulie 2013, *Fastweb* (C- 100/12,

EU:C:2013:448), în sensul că se opune ca unui ofertant care a fost exclus dintr-o

procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice
**p
r**

i - o d

**a
uto
r
ită
ț
i
i
c
o
d
ă**

ămas

și care, prin urmare, nu este un ofertant interesat în sensul articolului 2a din această directivă să îi fie refuzat accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice în cauză și împotriva încheierii contractului, atunci când numai ofertantul exclus și adjudecatarul acestui contract au depus oferte, iar ofertantul menționat susține că oferta acestui adjudecatar ar fi trebuit să fie de asemenea respinsă.

28. În această privință, trebuie amintit că, potrivit dispozițiilor articolului 1 alineatul (1) al treilea paragraf și ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665, pentru a putea fi considerate efective, căile de atac împotriva deciziilor luate de o autoritate contractantă trebuie să fie accesibile cel puțin oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost

prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare (Hotărârea din 5

aprilie 2016, PFE, C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul 23).

29. La punctele 26 și 27 din acea hotărâre, Curtea a subliniat că Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb (C- 100/12, EU:C:2013:448), constituia o concretizare a

cerințelor dispozițiilor articolului 1 alineatul (1) al treilea paragraf și ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 în împrejurări în care, în urma unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, doi ofertanți introduc căi de atac prin care

urmăresc excluderea lor reciprocă. Astfel, într-o asemenea situație, fiecare dintre cei

doi ofertanți are un interes în obținerea unui anumit contract.

30. Cu toate acestea, situația în discuție în cauza principală se distinge foarte clar de situațiile în discuție în cele două cauze în care au fost pronunțate Hotărârea

din 4 iulie 2013, *Fastweb* (C- 100/12, EU:C:2013:448), și Hotărârea din 5 aprilie

2016, *PFE* (C- 689/13, EU:C:2016:199).

31. Pe de o parte, ofertele depuse de ofertanții interesați în cauzele în care au fost pronunțate acele două hotărâri nu făcuseră obiectul unei decizii de excludere a autorității contractante, spre deosebire de oferta depusă de grup în cauza principală.

32. Pe de altă parte, în aceste două cauze, fiecare ofertant contesta legalitatea ofertei celuilalt în cadrul uneia și al aceleiași proceduri a căii de atac referitoare la decizia de atribuire a contractului, fiecare având un interes legitim ca oferta celuilalt să fie exclusă, iar aceste contestații puteau să conducă la constatarea imposibilității autorității contractante de a selecta o ofertă legală (a se vedea în acest sens

Hotărârea din 4 iulie 2013, *Fastweb*, C- 100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, și

Hotărârea din 5 aprilie 2016, *PFE*, C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul 24). În schimb,

în prezenta cauză principală, grupul a formulat o cale de atac mai întâi împotriva deciziei de excludere adoptate în privința sa, iar ulterior împotriva deciziei de atribuire a contractului, această a doua procedură fiind cea în cadrul căreia a invocat neregularitatea ofertei adjudecatului.

33. Prin urmare, principiul jurisprudențial rezultat din Hotărârea din 4 iulie

2013, *Fastweb* (C- 100/12, EU:C:2013:448), și din Hotărârea din 5 aprilie 2016, *PFE*

(C- 689/13, EU:C:2016:199), nu este aplicabil situației procedurale și contencioase în

discuție în litigiul principal.

34. Pe de altă parte, trebuie arătat că, după cum reiese din articolul 1 alineatul (3) și din articolul 2a din Directiva 89/665, aceasta garantează exercitarea unor căi de atac efective împotriva deciziilor nelegale adoptate în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, **ofe**

pân

c

ar

e

aduc
e

prejudic

i
i
î
n

ipo

t
ez
a

î

35. În aceste condiții, articolul 1 alineatul (3) din această directivă nu poate fi interpretat în sensul că se opune ca unui ofertant cum este grupul să îi fie refuzat accesul la calea de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului, în cazul în care acesta trebuie să fie considerat ofertant exclus definitiv în înțelesul articolului 2a alineatul (2) al doilea paragraf din această directivă.

36. Având în vedere ansamblul acestor considerații, este necesar să se răspundă la întrebarea adresată că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie să fie interpretat în sensul

c
ă

nu

s
e

o

p

un

- o

procedur
ă

d
e

a
t
r
ibuir
achizi

ț
i
p
r

i - o d

s
ă

îi fie refuzat accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice în cauză și împotriva încheierii contractului, atunci când numai ofertantul exclus și adjudecatorul acestui contract au depus oferte, iar ofertantul menționat susține că oferta acestui adjudecator ar fi trebuit să fie de asemenea respinsă.»

În consecință, ofertantul contestator fiind exclus definitiv din procedură, se constată că este incidentă situația din cauza C-355/15, respectiv Hotărârea Curții Europene de Justiție din 21.12.2016, în cadrul căreia s-a reținut că „*Articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări, astfel cum a fost modificată prin Directiva 2007/66/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2007, trebuie să fie interpretat în sensul că nu se opune ca unui ofertant care a fost exclus dintr-o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice printr-o decizie rămasă definitivă a autorității contractante să îi fie refuzat accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice în cauză și împotriva încheierii contractului, atunci când numai ofertantul exclus și adjudecatorul acestui contract au depus oferte, iar ofertantul menționat susține că oferta acestui adjudecator ar fi trebuit să fie de asemenea respinsă*”.

În acest context, Consiliului reiterează aprecierea sa conform căreia interesul contestatoarei trebuie să se mențină pe tot parcursul litigiului.

Deficiențele constatate anterior de CNSC cu privire la oferta contestatoarei nu puteau fi remediate prin solicitări de clarificări ulterioare, în timp ce aspectele neclare cu privire la evaluarea ofertei depusă de asocieria SRL puteau face obiectul unor solicitări de clarificări, așa cum Consiliul a arătat în Decizia nr. 1352/C5/1240/30.06.2022, menținută de instanța de judecată.

În ceea ce privește practica CNSC invocată de contestatoare, Consiliul nu o poate reține ca relevantă speței în condițiile în care, pe de o parte, în dreptul românesc precedentul judiciar nu constituie izvor de drept, iar pe de altă parte, faptul că fiecare speță în parte are specificul său și un anumit probatoriu administrat în cauză de părți.

În aceste condiții, Consiliul constată că, în cauza supusă soluționării, ... SRL nu deține calitatea de persoană vătămată în înțelesul legii, motiv pentru care Consiliul va admite excepția invocată de intervenientă și va respinge contestația ca lipsită de interes, fără a analiza celelalte excepții invocate de intervenientă și fondul cauzei.

Față de soluționarea pe excepție a prezentei contestații, Consiliul va respinge cererea contestatoarei de acces la dosarul cauzei, eventualele concluzii scrise formulate ca urmare a studierii dosarului nefiind relevante cauzei. De altfel, nimic nu împiedică contestatoarea să solicite acces la dosarul achiziției la autoritatea contractantă, în baza Legii nr. 544/2001.

Capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de soluționarea prezentei contestații va fi respins, în speță nefiind incidente dispozițiile art. 453 alin. (1) din Codul de procedură civilă.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din legea nr. 101/2016, Consiliul va admite excepția invocată de

intervenientă și va respinge, ca lipsită de interes, contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă, ORAȘUL

Pe cale de consecință, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de SA, în calitate de lider al asocierii SRL.

Fără pronunțare asupra celorlalte excepții și a fondului cauzei, conform dispozițiilor art. 26 alin. (1) din actul normativ anterior menționat.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite excepția invocată de intervenientă privind lipsa de interes a SRL în formularea contestației și respinge, ca lipsită de interes, contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă, ORAȘUL

Admite cererea de intervenție formulată de SA, în calitate de lider al asocierii SRL.

Fără pronunțare asupra celorlalte excepții și a fondului 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 în 5 exemplare originale, conține 22 pagini.