



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, ..., România, CIF 20329980, CP 030084
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 și +4 021 8900745 www.cnscl.ro

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea,

DECIZIE

Nr. .../.../...

Data: ...

Prin contestația nr. 1056/04.03.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 6174/07.03.2016, depusă de ..., cu sediul în bd. ... nr. ..., corp ..., etaj ..., sector ..., ..., CUI RO ..., și adresa de corespondență în str. ... nr. ..., etaj ..., sector ..., ..., privind procedura de licitație deschisă, organizată de ..., cu sediul în bd. ... nr. ..., sector ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, pentru atribuirea contractului de servicii având ca obiect *Asistență tehnică pentru realizarea Planului național de gestionare a deșeurilor și a Planului național pentru prevenirea generării deșeurilor, coduri CPV 90713000-8, 79723000-8 și 90700000-4*, contestatoarea a solicitat anularea comunicării rezultatului procedurii de atribuire nr. 380/23.02.2016, constatarea încălcării de către comisia de evaluare a principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale cu respectarea întocmai a documentației de atribuire și a normelor legale incidente achizițiilor publice, anularea raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestuia, în partea dedicată ofertei sale, precum și constatarea caracterului temeinic și fondat al criticilor sale cu privire la nelegalitatea modului de reevaluare a ofertei depuse.

Prin adresa nr. 283/15.03.2016, înregistrată la Consiliu cu nr. 7107/15.03.2016, ..., cu sediul în str. ... nr. ..., bloc ..., scara..., parter, sector ..., ..., CUI ..., a depus cerere de intervenție în interes propriu, prin care a solicitat respingerea contestației pe cale de excepție ca inadmisibilă, având în vedere nerespectarea dispozițiilor art. 271¹ și

următoarele din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, iar pe fond ca nefondată.

În baza legii și a documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

În temeiul art. 278 alin. (5) și (6) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge ca nefondată contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ..., și dispune continuarea procedurii.

În conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de ..., și, în temeiul art. 278 alin. (2) din ordonanță, o admite în parte.

Respinge excepția inadmisibilității contestației ridicată de intervenientă.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 alin. (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

Prin contestația depusă, ...a solicitat cele menționate în partea introductivă a deciziei, criticând punerea în aplicare a deciziei Consiliului nr. 116/C4/2514/29.01.2016, de către autoritatea contractantă, respectiv faptul că aceasta din urmă nu a procedat la reevaluarea ofertei sale, conform celor dispuse prin decizia mai sus amintită.

În continuare, citează motivele care au condus la respingerea ofertei sale din cuprinsul actului criticat (adresa nr. 380/23.02.2016) și afirmă că, potrivit deciziilor anterioare ale Consiliului nr. 1658/C2/1660/02.10.2015 și 116/C4/2514/29.01.2016, răspunsul inițial la solicitarea de clarificare privind justificarea de preț nu a fost concludent, autoritatea contractantă neavând dreptul să-i solicite încă o clarificare în cadrul procedurii de reevaluare a propunerii sale financiare.

De asemenea, menționează că, potrivit ultimei decizii a Consiliului nr. 116/C4/2514/29.01.2016, un expert non-cheie care a îndeplinit în totalitate cerințele documentației de atribuire s-ar afla în situație de incompatibilitate prin reținerea aplicabilității prevederilor unui alt act normativ decât cele cu privire la achizițiile publice, respectiv a Legii

161/2003, autoritatea contractantă refuzând în fapt să își asume această alegație a Consiliului.

Prin comunicarea rezultatului procedurii, autoritatea contractantă a încălcat principiul asumării răspunderii specificat la art. 2 alin. (2) lit. g) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

În același timp precizează că a formulat plângere împotriva deciziei nr. 116/C4/2514/29.01.2016, la Curtea de Apel ... – Secția a VIII - a – Contencios Administrativ și Fiscal în Dosarul

În opinia asocierii contestatoare, evident autoritatea contractantă, deși avea cunoștință despre existența plângerii, ca de altfel și ofertantul desemnat câștigător al procedurii, a manifestat un formalism excesiv și a comunicat rezultatul procedurii fără să-i reevalueze oferta.

Conchide, afirmând că o astfel de conduită demonstrează că, în realitate, nu comisia de evaluare a stabilit dacă se impunea descalificarea ofertei sale, ci această sancțiune a fost deja stabilită de Consiliu prin decizia nr. 116/C4/2514/29.01.2016, încălcându-se atributul decizional care revine exclusiv comisiei de evaluare, prin urmare, completul din cadrul Consiliului și-a arogat dreptul de a se substitui comisiei de evaluare.

Prin adresa nr. 6428/419/C9/09.03.2016, Consiliul a solicitat ..., în temeiul art. 271¹ alin. (3) și art. 275 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, să transmită, în copie, dovada constituirii garanției de bună conduită conform art. 271¹ din ordonanță, întrucât ordinul de plată atașat contestației reprezintă garanția de bună conduită aferentă plângerii împotriva deciziei Consiliului nr. 116/C4/2514/29.01.2016.

De asemenea, Consiliul a solicitat punctul contestatoarei de vedere în referire la suspendarea soluționării contestației în temeiul art. 413 alin. (1) Cod procedură Civilă, până la soluționarea judecării plângerii aflată pe rolul Curții de Apel ..., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, respectiv a dosarului

...a răspuns prin adresa nr. 1067/14.03.2016, înregistrată la Consiliu cu nr. 7058/15.03.2016, în care a arătat, referitor la constituirea garanției de bună conduită, că depune atașat corespondența electronică purtată cu ... în data de 11.03.2016, prin care se confirmă faptul că suma de 53.968 lei aferentă garanției de bună conduită pentru această procedură se află în continuare în contul său.

Totodată, precizează că nu a constituit garanția de bună conduită prin intermediul unui instrument bancar sau înscris emis de o societate de asigurare, astfel încât, în măsura în care se va constata existența unui prejudiciu, autoritatea contractantă are posibilitatea valorificării garanției de bună conduită în vederea recuperării prejudiciului, fără nicio altă condiționalitate, suma fiind în contul acesteia în mod nemijlocit.

Referitor la suspendarea soluționării a apreciat că sunt incidente prevederile art. 413 alin. (1) din Codul de procedură civilă.

Prin adresa nr. 850/14.03.2016, înregistrată la Consiliu cu nr. 7063/15.03.2016, ... a transmis punctul său de vedere, prin care solicită suspendarea soluționării contestației în temeiul art. 413 alin. (1) Cod procedură civilă, până la soluționarea judecării plângerii aflată pe rolul Curții de Apel ..., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal.

În același timp, susține că a pus în aplicare măsurile impuse de Consiliu prin deciziile nr. 1658/C2/1660/02.10.2015 și 116/C4/2514/29.01.2016.

În referire la oferta contestatoarei, autoritatea contractantă afirmă că aceasta a fost evaluată de către membrii comisiei, rezultatul evaluării fiind contestat de ofertantul clasat pe locul doi, iar în urma soluționării contestației, prin decizia nr. 1658/C2/1660/02.10.2015, Consiliul a decis că justificarea prețului neobișnuit de scăzut a fost insuficientă și neconcludentă.

Ca urmare a punerii în aplicare a deciziei de mai sus, autoritatea contractantă menționează că a transmis solicitări de clarificare privind justificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut.

Ulterior, prin decizia nr. 116/C4/2514/29.01.2016, s-a dispus continuarea demersurilor autorității contractante de a clarifica aspectele dezbătute în cadrul motivării din cadrul deciziei anterioare, fără să se impună o nouă justificare a prețului.

Autoritatea contractantă susține că, potrivit motivării deciziei nr. 1658/C2/1660/02.10.2015, și, în lipsa unei justificări concludente a prețului de către asocierea contestatoare a respins oferta acesteia în baza art. 36¹ alin. (4) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006.

Prin urmare, afirmă că, potrivit interpretării legislației în domeniul achizițiilor publice și a deciziei Consiliului nr. 116/C4/2514/29.01.2016, noua solicitare de fundamentare a prețului a fost de prisos.

În referire la situația expertului non-cheie ..., autoritatea contractantă menționează că a solicitat, ulterior emiterii deciziei nr. 1658/C2/1660/02.10.2015, puncte de vedere către ANI și ANFP.

Conform interpretării date de Consiliu prin decizia nr. 116/C4/2514/29.01.2016 expertul non-cheie se află în stare de incompatibilitate, motiv pentru care oferta asocierii contestatoare trebuie respinsă, fiind aplicabile dispozițiile art. 94 alin. (3) din Legea 161/2003, pe care îl citează.

Față de cele precizate solicită respingerea capetelor de cerere din contestație ca nefondate.

Prin adresa nr. 7357/419/C9/16.03.2016, Consiliul a solicitat autorității contractante să comunice, punctul de vedere asupra celor susținute de contestatoare vizavi de constituirea garanție de bună conduită și dacă suma de 53.968,00 lei, reprezentând garanția de bună conduită aferentă plângerii împotriva deciziei Consiliului nr. 116/C4/2514/29.01.2016 a fost restituită contestatoarei. În cazul în care suma nu a fost restituită, să precizeze motivele nerestituirii.

Prin adresa nr. 955/18.03.2016, înregistrată la Consiliu cu nr. 7764/18.03.2016, autoritatea contractantă a precizat că suma de 53.968,00 lei, reprezentând garanția de bună conduită aferentă plângerii împotriva deciziei Consiliului nr. 116/C4/2514/29.01.2016, se află în contul său, conform notei contabile anexate, și nu a fost restituită contestatoarei, având în vedere că, la momentul depunerii contestației, 04.03.2016, Curtea de Apel ..., Secția a VIII-a Contencios, Administrativ și Fiscal, nu se pronunțase asupra plângerii. Curtea s-a pronunțat în data de 14.03.2016.

Prin adresa nr. 283/15.03.2016, înregistrată la Consiliu cu nr. 7107/15.03.2016, ..., a depus cerere de intervenție în interes propriu, solicitând respingerea contestației pe cale de excepție ca inadmisibilă, având în vedere nerespectarea dispozițiilor art. 271¹ și următoarele din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, iar pe fond, ca nefondată, sens în care aduce argumente.

Prin adresa nr. 308/16.03.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 7471/17.03.2016, ...a transmis, ulterior studierii dosarului la sediul Consiliului, răspuns față de precizările contestatoarei, în cuprinsul căruia reiterează cele menționate anterior în cererea de intervenție referitor la excepția inadmisibilității contestației, având în vedere nerespectarea dispozițiilor art. 271¹ și următoarele din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006.

Documentele necesare soluționării cauzei au fost transmise Consiliului de către ... cu adresa nr. 850/ 14.03.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. 7228/15.03.2016.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 8026/22.03.2016, SC ...a transmis Concluzii scrise, în cuprinsul căreia combate cele susținute de intervenientă.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Pentru atribuirea contractului de servicii având ca obiect *Asistență tehnică pentru realizarea Planului național de gestionare a deșeurilor și a Planului național pentru prevenirea generării deșeurilor, coduri CPV 90713000-8, 79723000-8 și 90700000-4*, ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. 157048/07.02.2015. Din informațiile acestui document s-a reținut că valoarea estimată a contractului care se va atribui este de 5.396.791,21 lei, fără TVA, criteriul de atribuire stabilit este *prețul cel mai scăzut*, iar termenul de depunere a ofertelor a fost 23.03.2015, ora 16⁰⁰.

În cadrul aceleiași proceduri, au formulat contestații:

- SC ... SRL, respinsă de Consiliu prin decizia nr. 212/C7/205/24.02.2015;

- SC ... SRL, admisă prin decizia nr. 1658/C2/1660/02.10.2015. Prin decizia Curții de Apel ..., Secția a VIII-a Contencios, Administrativ și

Fiscal, nr. 6330 din 17 decembrie 2015, dosar nr. ..., a fost respinsă plângerea;

- SC ... SRL, admisă prin decizia nr. 116/C4/ 2514/29.01.2016. Decizia a fost atacată cu plângere de către asocieria ...- ...SA la Curtea de Apel ..., Secția a VIII-a Contencios, Administrativ și Fiscal, constituindu-se dosarul ..., în soluționarea căreia s-a emis decizia nr. .../14.03.2016, prin care plângerea a fost respinsă.

În ceea ce privește cererea de intervenție formulată de SC ...SRL, în calitate de lider al asocierii ...& SC ...SRL, văzând că asocieria are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, fiind ofertantul declarat câștigător, astfel cum rezultă din raportul procedurii nr. 364/ 22.02.2016, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, Consiliul o încuviințează în principiu, ca cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante.

Ofertanții declarați câștigători și care urmăresc să își preserve acest status printr-o intervenție în procesul care se poartă în fața Consiliului nu au la îndemână decât calea intervenției accesorii, în favoarea și pentru întărirea argumentelor autorității contractante (sprijinirea poziției autorității contractante este de esența intervenției accesorii în favoarea acesteia, pe când, specific intervenției principale este reacția potrivnică atât față de contestator, cât și față de autoritatea contractantă). Altminteri, dacă ar formula cerere de intervenție principală – în interes propriu – ar însemna că îmbrățișează calitatea de contestatori, îndreptându-se direct sau indirect împotriva actului autorității contractante (altfel spus, împotriva autorității contractante) prin care ei au fost desemnați câștigători, ceea ce este lipsit de interes.

Astfel fiind, Consiliul recalifică cererea de intervenție, depusă de ...în cerere de intervenție în interesul autorității contractante.

Verificând prioritar, modul de constituire a garanției de bună conduită de către asocieria ...- ..., pentru contestația nr. 1056/04.03.2016, Consiliul constată că atașat contestației a fost depus ordinul de plată privind plata sumei de 53.968,00 lei în contul autorității, reprezentând garanția pentru plângerea contra deciziei Consiliului nr. 116/C4/2514/29.01.2016.

În urma corespondenței purtată cu autoritatea contractantă a rezultat că, în data de 18.03.2016, astfel cum rezultă din adresa ministerului nr. 955/18.03.2016, suma constituită se afla în contul său.

Așadar, ulterior emiterii hotărârii nr. .../14.03.2016, prin care plângerea asocierii contestatoare a fost respinsă, garanția de bună conduită nu a fost restituită. În punctul său de vedere, ministerul nu a menționat că ar intenționa să rețină suma reprezentând garanția de bună conduită aferentă plângerii contra deciziei Consiliului nr. 116/C4/2514/29.01.2016 pentru un comportament necorespunzător al contestatoarei.

Astfel fiind, întrucât garanția de bună conduită a fost constituită prin ordin de plată, iar suma de 53.698 lei se află în contul autorității

contractante, scopul garanției de bună conduită, respectiv acela de a proteja autoritatea contractantă de riscul unui eventual comportament necorespunzător a fost atins. Suma aflându-se în contul autorității contractante, aceasta poate dispune de garanție în mod nemijlocit, astfel cum a susținut și societatea contestatoare.

... nu și-a exprimat un punct de vedere, în sensul respingerii contestației pentru neconstituirea garanției de bună conduită, putându-se concluziona că, nerestituind, ulterior respingerii plângerii împotriva deciziei Consiliului nr. 116/C4/2514/ 29.01.2016, garanția aferentă, aceasta poate să o protejeze de un eventual comportament necorespunzător al contestatoarei prin depunerea contestației în analiză.

Pentru a nu aduce atingere substanței dreptului persoanelor vătămate de a contesta actele nelegale ale autorităților contractante, Consiliul este ținut să dea dovadă de rol activ și să accepte prezentarea garanției de bună conduită de care este condiționată judecarea pe fond a cauzei și la o dată ulterioară depunerii contestației, în cazul de față, a acceptării unei garanții care nu a fost restituită ulterior respingerii plângerii împotriva deciziei anterioare a Consiliului. Câtă vreme suma de 53.698 lei este la dispoziția achizitoarei, întrucât nu a fost restituită, iar autoritatea contractantă nu s-a exprimat în sensul că ar urmări reținerea respectivei sume pentru un anumit comportament necorespunzător al petentei, contestația nu poate fi respinsă pe motivul neîndeplinirii obligației prevăzute la art. 271¹ alin. (1) din ordonanță.

Într-adevăr prin constituirea garanției de bună conduită s-a garantat protejarea autorității de un eventual comportament necorespunzător ca urmare a formulării plângerii, însă câtă vreme achizitoarea, deși i s-a solicitat punct de vedere asupra motivelor nerestituirii garanției, nu s-a exprimat în sensul că ar fi necesară reținerea acesteia, suma de bani găsindu-se în contul său, utilizarea respectivei sume pentru acoperirea riscului unui eventual comportament necorespunzător aferent contestației în analiză nu se poate aprecia că ar putea fi împiedicată.

Față de cele de mai sus, Consiliul va respinge excepția inadmisibilității contestației ridicată de intervenientă.

Trecând la soluționarea fondului contestației, Consiliul constată că, prin decizia nr. 116/C4/2514/29.01.2016, au fost reținute următoarele:

Consiliul a apreciat că se impune continuarea demersurilor autorității contractante de a clarifica aspectele dezbătute în cadrul motivării, iar nu că se impune o nouă solicitare de justificare a prețului de către asocierea ...- Institutul de Studii și Proiectări Energetice SA.

De altminteri, o asemenea resolicitare ar contraveni flagrant dispozițiilor art. 36 ind. 1 alin. (4) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, reproduse de Consiliu, conform cărora, în cazul în care ofertantul nu prezintă informațiile solicitate sau aceste informații nu pot justifica prețul aparent neobișnuit de scăzut, oferta intră sub incidența prevederilor art. 36 alin. (1) lit. f). Din acest text normativ reiese clar că lipsa de diligență a ofertantului concretizată în furnizarea unor informații care nu pot justifica prețul aparent neobișnuit de

scăzut este sancționată expres de legiuitor cu respingerea ofertei. Cu alte cuvinte, un răspuns neconcludent asupra prețului ofertei conduce la respingerea ofertei, iar nu la transmiterea de către organizatoarea achiziției a unei alte solicitări de justificare a prețului. Dacă oferta intră sub incidența prevederilor art. 36 alin. (1) lit. f), o nouă solicitare de fundamentare a prețului este de prisos.

Imposibilitatea de verificare dacă prețurile ofertate sunt viabile cauzată de răspunsul insuficient, generalist sau eronat al ofertantului atrage, de asemenea, respingerea ofertei în temeiul normei precitate.

Elocventă este și decizia nr. 716/CA/2013-R din 20 februarie 2013 a Curții de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, în care s-a reținut că, în condițiile în care în cuprinsul răspunsului ofertantei nu se regăsesc elemente care să justifice în mod obiectiv prețul aparent neobișnuit de scăzut al ofertei, soluția constă în respingerea ofertei.

Și mai relevantă pare a fi decizia nr. 1393/R-CONT din 19 aprilie 2013 a Curții de Apel Pitești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, în care instanța a subliniat că niciun text de lege nu conferă autorității contractante posibilitatea de a solicita din nou clarificări ale justificărilor de preț oferite:

În ceea ce privește critica privind dispoziția Consiliului de obligare a autorității contractante de a solicita clarificări suplimentare celor doi ofertanți, Curtea reține că este fondată.

Potrivit art. 36 ind. 1 alin. (4), raportat la art. 36 alin. (1) lit. f) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, în cadrul justificării de preț, în cazul în care ofertantul nu prezintă informațiile solicitate sau aceste informații nu pot justifica prețul aparent neobișnuit de scăzut, oferta este considerată inacceptabilă. Așadar, de vreme ce, după cum a constatat chiar Consiliul, informațiile și dovezile furnizate de cele două ofertante la solicitarea de clarificări adresată de autoritate nu sunt suficiente (ori valabile) pentru justificarea prețului ofertat, pentru motivele reținute de Consiliu, la care se adaugă cele reținute de Curte, consecința este cea arătată de textele evocate din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006. **Niciun text de lege nu conferă autorității contractante posibilitatea de a solicita din nou clarificări ale justificărilor oferite, astfel cum impune Consiliul prin decizia contestată.**

Consiliul nu poate interpreta situația faptică și de drept din prezenta cauză altfel decât prevede legea și a judecat irevocabil instanța superioară într-o cauză similară, ceea ce ar duce la o nouă desființare a deciziilor sale. Contrar părerii intervenientei, legea [art. 36 ind. 1 alin. (4)] limitează implicit numărul cererilor de justificare a prețului.

Astfel fiind, în niciun caz autoritatea contractantă nu a fost obligată prin decizia Consiliului nr. 1658/C2/1660/02.10.2015 să ceară noi justificări ale prețului ofertat de asocieria ...- Institutul de Studii și Proiectări Energetice SA. I-au fost cerute o dată, prin adresa nr. 6789/23.07.2015, iar obligația care îi revenea autorității în baza deciziei și a normelor reținute de Consiliu era aceea de a analiza temeinic, prin prisma legislației aplicabile, răspunsul primit de la asociere cu adresa nr. 599/27.07.2015.

O revenire a autorității pentru noi explicații și documente justificative ale prețului conduce la o avantajare nepermisă de lege a ofertantei [art. 201 alin. (2) din ordonanța privind achizițiile publice] – incompatibilă cu principiul

tratamentului egal între ofertanți și cu art. 201 alin. (2) din ordonanță, conform căruia autoritatea contractantă nu are dreptul de a cere clarificări sau completări care ar determina avantajarea ofertantului. Autoritatea și-a îndeplinit o dată dreptul/obligația de a cere explicații asupra prețului, fiind respectate sub acest aspect art. 201 și 202 din ordonanță, precum art. 35, 36 ind. 1 alin. (3) și art. 78 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, parte dintre ele invocate de autoritate în punctul de vedere asupra contestației.

În consecință, solicitarea ulterioară de justificare a prețului (nr. 8138/15.10.2015) și răspunsul dat de asociere (nr. 717/ 22.10.2015) pe acest subiect nu trebuiau avute în vedere de către autoritatea contractantă în etapa de reevaluare a ofertelor, aceasta trebuind să reverifice oferta strict prin prisma documentelor justificative primite anterior de la asociere cu adresa nr. 599/ 27.07.2015.

Raportat la dispozițiile art. 430 alin. (2) C. proc. civ., potrivit cărora autoritatea de lucru judecat privește și considerentele pe care acesta se sprijină, a intrat sub incidența autorității de lucru judecat aprecierea Consiliului că: *nu se pot reține afirmațiile autorității contractante din cadrul punctului de vedere nr. 2022/04.09.2015, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 17053/04.09.2015, potrivit cărora "(...) prin răspunsul la solicitarea de justificare a prețului neobișnuit, ofertantul câștigător a detaliat modul de formare a prețului (...)", deoarece, în lipsa unor corelații logice între experții cheie propuși și obiectul principal al contractului de achiziție în cauză, autoritatea contractantă nu poate fi în măsură să ajungă, în mod documentat, la o asemenea concluzie.*

Autoritatea era ținută să realizeze o asemenea corelație logică privind informațiile și documentele aduse de asociere la prima evaluare, iar în imposibilitatea realizării ei, oferta trebuia respinsă, dată fiind neconcludența răspunsului nr. 599/27.07.2015. Însăși revenirea transmisă de autoritate prin adresa nr. 8138/15.10.2015 constituie un indiciu pertinent că primul răspuns a fost insuficient pentru justificarea corespunzătoare a prețului, deci neconcludent.

Față de cele reținute, Consiliul stabilește că motivul analizat din contestația ...este întemeiat.

[...]

Cert este că domnul Adrian Mîndroiu, în calitate de director al AM POS Mediu - Direcția Fonduri Structurale, a semnat pentru Institutul de Studii și Proiectări Energetice SA recomandarea nr. 131913/26.11.2012, regăsită la filele 262-264 din documentele de calificare ale asocierii, volumul "Documente calificare ISPE vol 4 REV" (fișier electronic aflat pe DVD). În cuprinsul recomandării se arată că *"Studiul a fost elaborat de specialiști bine pregătiți, care au acoperit diversele specialități necesare elaborării acestuia. Prestatorul și-a îndeplinit obligațiile asumate prin contract, a respectat cerințele tehnice de calitate și timp. Echipa de specialiști a demonstrat o foarte bună cunoaștere [...]. Pe toată perioada derulării proiectului, între reprezentanții consultantului și echipa beneficiarilor, au existat relații de colaborare foarte bune, principiale, care au condus la finalizarea cu succes a proiectului. Consultantul a respectat toate clauzele contractuale, finalizând proiectul la timp și în condiții de calitate."*

Din parcurgerea acestor pasaje se desprinde concluzia că domnul director Adrian Mîndroiu a realizat o evaluare, un control direct sau indirect al

activității desfășurate de contractorul Institutul de Studii și Proiectări Energetice SA, prin echipa sa de specialiști, iar rezultatul a fost o apreciere favorabilă (acesta fiind și unul dintre sensurile cuvântului "recomandare" în limba română). Din aprecierea exprimată reiese că semnatarul recomandării a desfășurat o activitate de monitorizare și/sau control *de facto* a contractorului, în sensul art. 94 alin. (3) din Legea nr. 161/2003, chiar dacă în fișa postului ocupat nu apare trecută expres o asemenea activitate (care nu trebuie ignorată sub acest pretext).

Existând această recomandare, este rezonabilă prezumția că Institutul de Studii și Proiectări Energetice SA, în schimbul ei (drept "răsplată") - documentul fiind unul utilizabil pentru calificarea la procedurile de achiziție publică - a apelat la semnatarul nominalizat (propunerea fiind asumată de asociere, cum s-a arătat mai sus) în vederea licitării contractului în cauză, din care urmează a fi plătit și expertul non-cheie Adrian Mîndroi. Altfel spus, emiterea aprecierilor favorabile de către acesta au contribuit sau au putut contribui la obținerea unor foloase prin cooptarea în proiectul de față, situație prohibită de art. 94 alin. (3) din Legea nr. 161/2003.

Divergențele dintre părțile litigante privesc aplicarea sau nu a art. 94 alin. (3) din Legea nr. 161/2003 în cazul de față, întrucât redactarea normei legale este interpretabilă. Limpede este că atât Institutul de Studii și Proiectări Energetice SA, cât și ...nu sunt nici regii autonome și nici unități cu scop lucrativ din sectorul public. Ele sunt societăți comerciale reglementate de Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare, respectiv societate pe acțiuni și societate cu răspundere limitată.

Textul "au desfășurat activități de monitorizare și control cu privire la societăți reglementate de Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare, sau alte unități cu scop lucrativ de natura celor prevăzute la alin. (2) lit. c)", în opinia Consiliului, reglementează mai multe ipoteze, cărora trebuie să li se dea eficiență separată între ele:

- activități cu privire la societăți reglementate de Legea nr. 31/1990;
- activități cu privire la alte unități cu scop lucrativ de natura celor prevăzute la alin. (2) lit. c).

Dispoziția legală, la modul cum este redactată, tratează separat societățile reglementate de Legea nr. 31/1990 și unitățile cu scop lucrativ de natura celor prevăzute la alin. (2) lit. c). Aceste din urmă unități nu sunt doar cele de la alin. (2) lit. c), ci le includ și pe cele "de natura" lor.

Interpretarea sistematică și teleologică impune ca starea de incompatibilitate temporară să existe atunci când activitățile (care includ și consultanța) sunt desfășurate de foștii funcționarii publici la societățile comerciale pe care le-au controlat sau monitorizat, indiferent dacă acestea sunt sau nu din sectorul public. Dimpotrivă, incompatibilitatea pare a fi mai severă în cazul societăților comerciale din sectorul privat, fiind de presupus că aceasta este situația cel mai des întâlnită.

Nu există nicio rațiune ca incompatibilitatea stabilită la art. 94 alin. (3) din Legea nr. 161/2003 să fie limitată doar la societățile comerciale din sectorul public, mai cu seamă când ne referim la atribuirea contractelor de achiziție publică.

[...]

Faptul că expertul non-cheie Adrian Mîndroi nu dispune încă de un contract legal încheiat pentru prestarea activităților pentru care a fost propus

nu îl exclude din sfera de aplicare a art. 94 alin. (3) din Legea nr. 161/2003. Încheierea unui asemenea contract (de colaborare/muncă etc) este obligatorie, pentru a se respecta cerințele legale specifice (munca "la negru" este sancționată). De la data de 09.04.2013, de când nu mai ocupă postul de director la AM POS Mediu, și până la data la care a participat în cadrul ofertei, nu a expirat termenul de 3 ani prescris la art. 94 alin. (3).

Inclusiv Agenția Națională de Integritate, în răspunsul nr. 17951/04.11.2015, a opinat că *"situația expusă este de natură să genereze un conflict de interese [...]"*.

Reținând aplicabilitatea art. 94 alin. (3) din Legea nr. 161/2003 în cazul domnului Adrian Mîndroiu, este limpede că ... nu putea declara admisibilă oferta asocierii ...- Institutul de Studii și Proiectări Energetice SA și, cu atât mai puțin, declararea ei câștigătoare.

Îndeplinirea cu strictețe a cerințelor legale în ceea ce privește regimul incompatibilităților și evitarea apariției situațiilor de conflicte de interese de către personalul implicat în gestionarea programelor finanțate din fondurile europene nerambursabile constituie o cerință fundamentală, în vederea protejării intereselor financiare ale Uniunii Europene. Conduita acestui personal trebuie să aibă în vedere nu doar respectarea literei legii, ci și respectarea unor valori mai largi, cum ar fi: integritatea morală, imparțialitatea, corectitudinea, profesionalismul, lipsa intereselor private și prioritatea interesului public. – extras din Codul de conduita privind evitarea situațiilor de incompatibilitate și conflict de interese de către personalul implicat în gestionarea programelor finanțate din fonduri europene nerambursabile, cunoscut de

Este de domeniul flagrantului că, din cauza incompatibilității demonstrate mai sus, îi erau interzise autorității contractante admiterea și declararea câștigătoare a ofertei asocierii ...- Institutul de Studii și Proiectări Energetice SA.

Se observă din cele de mai sus, că, în decizia sa anterioară, Consiliul a stabilit cu claritate că oferta asocierii contestatoare nu putea fi declarată admisibilă și câștigătoare.

Potrivit art. 280 alin. (1) și (3) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, decizia Consiliului este obligatorie, așadar, autoritatea contractantă avea obligația de a o pune în aplicare întocmai.

În raportul procedurii de atribuire nr. 364/22.02.2016, cap. Evaluarea ofertelor ca urmare a Deciziei CNSC nr. 116/C4/2514/29.01.2016, comisia de evaluare a reținut următoarele:

În urma aprobării raportului procedurii nr. 4812/10.12.2015 și a transmiterii comunicărilor privind rezultatul procedurii a fost depusă o contestație de către asocieria ...& SC Resourcing Enviromental Consulting SRL cu subcontractare: Stella Consulting SPRL, soluționată prin Decizia CNSC nr. 116/C4/2514/29.01.2016, prin care s-a dispus reevaluarea ofertelor operatorilor economici implicați, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile publice.

Astfel, autoritatea contractantă a decis punerea în aplicare a măsurilor dispuse prin Decizia CNSC nr. 116/C4/2514/29.01.2016, în conformitate cu prevederile art. 280 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și

completările ulterioare, pentru evitarea întârzierii atribuirii contractului de achiziție publică ce reprezintă o condiționalitate ex-ante conform angajamentelor asumate de România în fața Comisiei Europene.

Comisia de evaluare face precizarea că expertul propus ce face obiectul situației de incompatibilitate/conflict de interese motivată de CNSC este non-cheie (neavând cerințe de calificare) și propunerile financiare solicitate și evaluate (inclusiv justificările de preț solicitate) s-au raportat la cerința Caietului de sarcini, respectiv livrabilele aferente activităților solicitate.

Calificarea ofertanților și evaluarea propunerilor financiare ale ofertanților implicați în cadrul procedurii de atribuire (Evaluarea propunerilor tehnice nu a făcut obiectul Deciziei CNSC, fiind valabilă evaluarea inițială conform raportului procedurii nr. 1320/11.08.2015).

[...] Astfel, s-a impus de către CNSC continuarea demersurilor autorității contractante de a clarifica aspectele dezbătute în cadrul motivării din Decizia CNSC nr. 1658/C2/1660/02.10.2015, neimpunându-se o nouă justificare a prețului de către asocierea ...- Institutul de Studii și Proiectări Energetice SA. Conform motivării Deciziei CNSC nr. 1658/C2/1660/02.10.2015, lipsa unei justificări concludente a prețului de către asocierea ...- Institutul de Studii și Proiectări Energetice SA atrage respingerea ofertei în temeiul art. 36 (1) alin. (4) din HG nr. 925/2006, cu modificările și completările ulterioare, oferta intrând sub incidența art. 36 alin. (1) lit. f) din același act normativ. Prin urmare, conform Deciziei CNSC nr. 116/C4/2514/ 29.01.2016, o nouă solicitare de fundamentare este de prisos.

În ceea ce privește situația expertului non-cheie Adrian Mîndroi, conform motivării Deciziei nr. 116/C4/2514/29.01.2016, se consideră că acesta se află în incompatibilitate și în consecință oferta asocierii ...- Institutul de Studii și Proiectări Energetice SA trebuie respinsă, reținând aplicabilitatea art. 94 alin. (3) din Legea nr. 161/2003, respectiv: „(3) Funcționarii publici care, în exercitarea funcției publice, au desfășurat activități de monitorizare și control cu privire la societăți comerciale sau alte unități cu scop lucrativ de natura celor prevăzute la alin. (2) lit. c) nu pot să-și desfășoare activitatea și nu pot acorda consultanță de specialitate la aceste societăți timp de 3 ani după ieșirea din corpul funcționarilor publici”.

Oferta asocierii ...- ... a fost respinsă „conform motivării Deciziei CNSC nr. 116/C4/2514/29.01.2016 în baza prevederilor art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006”.

Prin comunicarea nr. 380/23.02.2016, s-a adus la cunoștința asocierii respingerea ofertei sale ca inacceptabilă, cu următoarea motivare:

„Astfel, conform Deciziei CNSC nr. 116/C4/2514/29.01.2016 oferta dumneavoastră nu îndeplinește cerințele documentației de atribuire, după cum urmează:

1. În ceea ce privește prețul neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi prestat conform Deciziei CNSC nr. 1658/C2/1660/02.10.2015 și a Deciziei CNSC nr. 116/C4/2514/29.01.2016, răspunsul dumneavoastră inițial privind justificarea de preț nu a fost concludent și insuficient, autoritatea contractantă neavând dreptul de a vă transmite o resolicitare de justificare de preț. Prin urmare, justificarea de preț

primită urmare a solicitării făcută după punerea în aplicare a Deciziei CNSC nr. 1658/C2/1660/02.10.2015, nu a putut fi luată în considerare.

2. în ceea ce privește expertul non-cheie ... nominalizat de dumneavoastră în cadrul ofertei, conform Deciziei CNSC nr. 116/C4/2514/29.01.2016, acesta se află în incompatibilitate, reținând aplicabilitatea art. 94 alin. (3) din Legea nr. 161/2003."

Se observă din cele citate că autoritatea contractantă a respins oferta asocierii ...– ..., conform celor reținute în deciziile Consiliului.

Atâta vreme cât decizia era obligatorie, măsura ce urma să o ia achizitoarea era cea de respingere a ofertei, o decizie contrară presupunând încălcarea unei decizii obligatorii.

Faptul că autoritatea contractantă a preluat în raportul procedurii și în comunicarea către contestatoare motivele din deciziile Consiliului și a făcut referire la acestea, nu înseamnă că nu a fost făcută o reevaluare concluzionată cu respingerea ofertei asocierii. Decizia de respingere a fost luată de autoritatea contractantă, având la bază cele reținute de Consiliu, obligatorii pentru aceasta.

Contrar susținerilor contestatoarei, demersurile autorității contractante trebuiau să fie în sensul respingerii ofertei asocierii, pentru motivele reținute de Consiliu. În motivarea deciziilor sale, organul administrativ a stabilit că oferta asocierii trebuia respinsă, pentru argumentele reținute. Decizia de respingere, însă, a fost luată de autoritatea contractantă, conform atribuțiilor ce îi revin conform art. 72 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, prin raportul procedurii de atribuire nr. 364/22.02.2016, chiar dacă au fost preluate reținerile Consiliului.

Mai mult decât atât, este de observat că decizia Consiliului prin care s-a apreciat că autoritatea contractantă trebuia să respingă ca inacceptabilă oferta ...a fost menținută de Curtea de Apel ..., Secția a VIII-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, fiind respinsă ca nefondată plângerea formulată împotriva respectivei decizii a Consiliului.

Din informațiile aflate pe portalul instanței, rezultă că, la data de 14.03.2016, Curtea de Apel ..., Secția a VIII – Contencios Administrativ și Fiscal, s-a pronunțat asupra plângerii formulate de ...împotriva deciziei Consiliului nr. 116/C4/2514/29.01.2016, în sensul respingerii ei ca nefondată (hotărâre nr. .../14.03.2016).

Odată tranșată corectitudinea deciziei de respingere ca inacceptabilă a ofertei asocierii ...– ... care a căpătat autoritate de lucru judecat, ea nu poate fi repusă în discuție și recercetată de către Consiliu.

Astfel fiind, se constată a fi neîntemeiată critica contestatoarei cu privire la decizia de respingere ca inacceptabilă a ofertei sale.

În sensul celor de mai sus s-a pronunțat și Curtea de Apel ..., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 3195 din 17 aprilie 2014, în care a reținut următoarele:

"Cu privire la pretinsa depășire a competenței funcționale de către Consiliu prin declararea neconformă și inacceptabilă a ofertei petentei, în raport de împrejurarea că

singura abilitată prin lege să evalueze ofertele depuse în procedură este comisia de evaluare:

Cu prioritate, Curtea atrage atenția asupra structurii unei hotărâri judecătorești, similar asupra unei decizii pronunțate de Consiliu, dar și asupra faptului că dispozitivul este partea executorie a actului, iar nu considerentele care justifică soluția pronunțată ori prin care se înlătură argumente. Astfel, prin decizia contestată, ceea ce decide Consiliul este în sensul de a anula raportul procedurii și actele subsecvente, de obligare a autorității contractante să reanalizeze oferta petentei (și cea depusă de un alt ofertant), de obligare a autorității contractante să comunice tuturor participanților încă implicați în procedura de atribuire măsurile luate în baza deciziei, Consiliul dispunând deopotrivă și continuarea procedurii de achiziție publică, cu respectarea celor decise anterior.

Competențele funcționale ale Consiliului nu sunt depășite prin menționarea în cadrul considerentelor deciziei că o ofertă nu îndeplinește o condiție pentru care legea prevede că într-o astfel de situație este inacceptabilă [art. 36 alin. (2), art. 79 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006].

Este firesc, însă, ca Consiliul să se pronunțe asupra problemelor de drept cu care este sesizat și să tranșeze aspectul ridicat de contestator, în sensul dacă oferta declarată câștigătoare era sau nu admisibilă, în caz contrar săvârșind o denegare de dreptate. În acest cadru se pliază competența Consiliului de a răspunde criticilor aduse de contestatori, dacă acestea sunt întemeiate sau nu, arătând motivat dacă oferta declarată câștigătoare îndeplinea o anumită cerință sau nu, cu consecința determinării caracterului admisibil al ofertei ori a caracterului inacceptabil sau neconform al acesteia.

Competențele funcționale ale comisiei de evaluare sunt pe deplin respectate, aceasta având obligația de a respinge ofertele inacceptabile și ofertele neconforme, potrivit art. 81 din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006. Este adevărat că, potrivit art. 72 alin. (2) lit. h) din această hotărâre, constituie o atribuție a comisiei de evaluare stabilirea ofertelor inacceptabile sau neconforme și a motivelor care stau la baza încadrării ofertelor respective în aceste categorii. Aceasta nu înseamnă, însă, că modul de îndeplinire a atribuțiilor nu este supus cenzurii de legalitate efectuate de Consiliu în soluționarea contestației cu care a fost investit, iar în temeiul acestei prerogative organul jurisdicțional poate constata că decizia comisiei de evaluare nu este una corectă, în sensul că oferta pe care aceasta a declarat-o câștigătoare este în realitate neconformă sau inacceptabilă, cu încălcarea prevederilor art. 82 alin. (1) din hotărâre, potrivit căreia comisia de evaluare are obligația de a stabili oferta câștigătoare dintre ofertele admisibile.

Că decizia Consiliului, menținută de curtea de apel, este obligatorie pentru autoritatea contractantă este, de asemenea, firesc. Dacă nu s-ar impune această interpretare, litigiile ce ar putea fi generate de procedura de achiziție ar putea continua *sine die*. Probleme de drept soluționate de organele judiciare (Consiliu și curtea de apel) trebuie să se bucure de autoritate de lucru judecat, neputând fi transformată procedura judiciară în una pur consultativă.”

Vizavi de suspendarea soluționării contestației până la rămânerea definitivă a deciziei Curții de Apel, întrucât, cum s-a arătat mai sus, în data de 14.03.2016, Curtea de Apel ..., Secția a VIII-a -Contencios Administrativ și Fiscal, s-a pronunțat asupra plângerii formulate de ...împotriva deciziei Consiliului nr. 116/C4/2514/29.01.2016, cererea de suspendare a rămas fără obiect.

În considerarea celor prezentate, constatându-se a fi neîntemeiate criticile contestatoarei, în temeiul art. 278 alin. (5) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de

Întrucât contestația a fost respinsă ca nefondată, în temeiul art. 278 alin. (2) din ordonanță, intervenția va fi admisă în parte.

PREȘEDINTE COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...

MEMBRU COMPLET,

...