CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ....
Data: ....

Prin contestaţia nr. 270/06.07.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 27630/06.07.2018, depusă de către SC ...SRL, cu sediul în localitatea ...., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului J37/280/2009 şi Cod Unic de Înregistrare ...., lider al Asocierii SC ...SRL – SC .... SRL, formulată împotriva procedurii de licitaţie deschisă online privind atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „Proiect tehnic de execuţie, detalii de execuţie, caiete de de sarcini, asisteţă tehnică proiectant şi execuţie lucrări pentru obiectivul de investiţii «Refacere infrastructură şi sistematizare zona str. Cpt. Stoenescu din municipiul Focşani»”, organizată de către ..., cu sediul în ...a, în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:
- anularea adresei nr. 54854/28.06.2018, atât cu privire la excluderea Asocierii din procedura de atribuire, cât şi cu privire la decizia de anulare a procedurii de atribuire,
- reevaluarea ofertei depuse de Asocierea SC ...SRL – SC ...SRL.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Prin contestaţia nr. 270/06.07.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 27630/06.07.2018, SC ...SRL, lider al Asocierii SC ...SRL – SC ...SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorităţii contractante de excludere a Asocierii din procedură, prin raportare la situaţia asociatului SC ...SRL conform dispoziţiilor art. 167 alin. (1) lit. c) coroborat cu dispoziţiile art. 167 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 precum şi anularea procedurii de atibuire conform art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea menţionează că articolul de lege, invocat ca temei al excluderii Asocierii din procedura de atribuire, evidenţiază caracterul nelegal al evaluării realizate de autoritatea contractantă, constând în neaplicarea corespunzătoare, necorelarea textelor de lege existente în ceea ce priveşte motivele de excludere, întocmai cum apar acestea în legislaţia naţională şi cu atât mai mult, în DIRECTIVA 2014/24/UE A PARLAMENTULUI EUROPEAN şi a CONSILIULUI din 26 februarie 2014 privind achiziţiile publice şi de abrogare a Directivei 2004/18/CE.

Astfel, din economia textului de lege invocat de autoritatea contractantă, reiese că obligaţia de a exclude un operator economic dintr-o procedură de atribuire pe motiv că respectivul a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuţie integritatea este condiţionată de demonstrarea de către autoritatea contractantă a acestui fapt.

Raţionamentul de mai sus este întărit de prevederile Directivei 2014/24/UE, care, în conţinutul art. 57, alin.(4) prevede următoarele:

(4) Autorităţile contractante pot exclude sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziţie publică, orice operator economic aflat în oricare din următoarele situaţii:

(c) dacă autoritatea contractantă poate demonstra prin mijloace adecvate că operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă, care pune sub semnul întrebării integritatea sa;

Pornind de la Preambulul Directivei, în ceea ce priveşte motivele de excludere, în care se menţionează la punctul (102):

Cu toate acestea, ar trebui să se prevadă posibilitatea ca operatorii economici să adopte măsuri de conformare pentru remedierea consecinţelor infracţiunilor penale sau ale abaterilor şi prevenirea în mod eficient a repetării acestora. Măsurile respective ar putea consta, în special, în măsuri legate de personal sau de organizare, cum ar fi ruperea legăturilor cu persoanele sau organizaţiile implicate în comportamentul ilicit, măsuri adecvate de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de raportare şi de control, crearea unei structuri interne de audit care să monitorizeze respectarea legislaţiei şi adoptarea unor norme interne de responsabilizare şi de compensare. În cazul în care aceste măsuri oferă garanţii suficiente, operatorul economic în cauză nu ar mai trebui să fie exclus doar din aceste motive. Operatorii economici ar trebui să aibă posibilitatea de a solicita examinarea măsurilor de conformare luate în vederea unei posibile admiteri la procedura de achiziţii publice (...)

Şi dispoziţiile art. 57 din Directivă, referitoare la posibilitatea operatorilor economici de a dovedi neîncadrarea în situaţiile de Excludere:

(6) Orice operator economic care se află în una dintre situaţiile menţionate la alineatele (1) şi (4) poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de operatorul economic sunt suficiente pentru a demonstra fiabilitatea acestuia, în ciuda existenţei unui motiv relevant de excludere. Dacă astfel de dovezi sunt considerate suficiente, operatorul economic în cauză nu este exclus de la procedura de achiziţie.

În acest scop, operatorul economic dovedeşte că a plătit sau s-a angajat să plătească o compensaţie în ceea ce priveşte eventualele prejudicii cauzate prin infracţiune sau prin abatere, că a clarificat complet faptele şi împrejurările, cooperând activ cu autorităţile însărcinate cu

investigaţia şi că a luat măsuri concrete la nivel tehnic, organizaţional şi în materie de personal, adecvate pentru a preveni orice noi infracţiuni sau abateri. Măsurile luate de către operatorii economici sunt evaluate ţinând seama de gravitatea şi de circumstanţele particulare ale infracţiunii sau ale abaterii. În cazul în care măsurile sunt considerate insuficiente, operatorul economic primeşte o expunere a motivelor respectivei decizii.

Se desprinde, în mod evident, concluzia că, legislaţia permite acceptarea în procedură a unui operator economic aflat în situaţia de excludere, în cazul în care acesta poate furniza dovezi prin care să arate că a luat măsuri suficiente pentru a-şi demonstra în concret credibilitatea.

Faţă de aceste aspecte, contestatoarea precizează că autoritatea contractantă nu a oferit posibilitatea asociatului ...SRL de a-şi demonstra credibilitatea.

În măsura în care autoritatea contractantă a ales să excludă Asocierea din procedura de atribuire, invocând incidenţa prevederilor art. 167 alin. (1), lit. c) coroborat cu dispoziţiile art. 167 alin.(3) din Legea nr. 98/2016, tot aceasta era obligată să pună în aplicare şi art. 168 din Legea nr. 98/2016.

În acest context, la data de 21.06.2018, Primăria Focşani a transmis către Asocierea SC ...SRL - SC ...SRL adresa nr. 52686, solicitând clarificări cu privire la calitatea de participant la procedura de atribuire derulată, din perspectiva stadiului procesual al Dosarului nr. 9737/99/2014.

Asocierea a înaintat către autoritatea contractantă, la data de 26.06.2018, adresa nr. 24/25.06.2018, întocmită de asociatul proiectant ...SRL, prin raportare la cele solicitate pentru a se clarifica.

Asociatul proiectant a avut în vedere formularea folosită de autoritatea contractantă în solicitarea de clarificare, respectiv noţiunea de participant, identificând în legislaţia achiziţiilor publice două termene folosite şi aplicabile în acest context:

- operator economic - orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, care oferă în mod licit pe piaţă executarea de lucrări şi/sau a unei construcţii, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entităţi şi
- ofertant - orice operator economic care a depus o ofertă în cadrul unei proceduri de atribuire;

Din acest punct de vedere, societatea ...SRL întruneşte toate condiţiile prevăzute în lege.

În ceea ce priveşte stadiul Dosarului nr. 9737/99/2014, Asociatul proiectant a furnizat toate informaţiile necesare, atât cu privire la persoana juridică ...SRL cât şi cu privire la angajaţii acesteia: Modreanu Dorinei şi Pavel Gabriela.

Astfel, în conformitate cu decizia penala definitivă nr. 452/18.06.2018, emisă în dosarul nr. 9737/99/2014, Curtea de apel Iaşi a statuat:

Referitor la persoana juridică ...SRL:

- s-a înlăturat din sentinţa penala apelată dispoziţia referitoare la executarea pedepsei complementare a interzicerii participării la procedurile de achiziţii publice prevăzută de art 143 Cod Penal:

- s-a dispus achitarea S.C. ...S.R.L Focşani pentru săvârşirea infracţiunii de complicitate la folosirea sau prezentarea de documente ori declaraţii false, inexacte sau incomplete, care are ca rezultat obţinerea pe nedrept de fonduri din bugetul general al Comunităţilor Europene sau din bugetele administrate de acestea ori în numele lor, prevăzută de art. 48 Cod penal rap. la art. 181 alin. (1) din Legea nr. 78/2000 modificată.

- s-a dispus doar condamnarea ...SRL .... la pedeapsa principală a amenzii, în suma de 40.000 lei, pentru săvârşirea infracţiunii de fals in înscrisuri sub semnătura privată, prevăzută de art. 322 alin. 1 Cod penal, fără nici un fel de pedeapsă complementară sau accesorie.

Referitor la cei doi angajaţi: ....:

- s-a dispus achitarea pentru săvârşirea infracţiunii de complicitate la folosirea sau prezentarea de documente ori declaraţii false, inexacte sau incomplete, care are ca rezultat obţinerea pe nedrept de fonduri din bugetul general Comunităţilor Europene sau din bugetele administrate de acestea ori în numele lor, prevăzută de art. 48 Cod penal rap. la art. 181 alin. 1 din Legea 78/2000 modificată;

- s-a dispus condamnarea acestora la pedeapsa principală a închisorii de 1 an, pentru săvârşirea infracţiunii de fals în înscrisuri sub semnătura privată, prevăzută de art 322 alin. 1 Cod penal;

În ceea ce priveşte pedepsele aplicate, s-a dispus amânarea aplicării pedepsei, dacă vor fi respectate măsurile de supraveghere impuse de instanţă în termenul de 2 ani.

Urmare a transmiterii adresei de răspuns la solicitarea de clarificare de către ...SRL, la data de 02.07.2018, Asocierea primeşte de la autoritatea contractantă adresa nr. 54854/28.06.2018, prin care se comunică excluderea Asocierii SC ...SRL - SC ...SRL, conform dispoziţiilor art. 167 alin. (1) lit. c) coroborat cu dispoziţiile art. 167 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, motivat de faptul că societatea ...SRL şi administratorul acesteia Dl Modreanu Dorinei au fost condamnaţi penal în Dosarul nr. 9737/99/2014.

În dovedirea neîncadrării societăţii ...SRL şi a Administratorului acesteia în motivul de excludere pretins de autoritatea contractantă, contestatoarea menţionează că din perspectiva Dosarului nr. 9737/99/2014, este esenţial a înţelege şi aplica următoarele în procesul de evaluare a ofertelor:

- SC ...SRL şi administratorul .... nu au fost condamnaţi pentru niciuna dintre faptele prevăzute la art. 164 alin. (1) din Legea nr. 98/2018 şi nici nu există vreo interdicţie aplicată de instanţă,
- sub aspectul faptelor săvârşite, prin decizia penală definitivă a fost schimbată încadrarea faptelor comise din fals intelectual în fals în înscrisuri sub semnătură privată şi mai mult, s-a dispus achitarea pentru infracţiunea prevăzută la art. 48 Cod Penal raportat la art. 18^1 alin. (1) din Legea 78/2000 modificată.
- sub aspectul pedepselor aplicate, amenda penală stabilită se va achita cu respectarea termenelor legale,

În ceea ce priveşte pedeapsa principală a administratorului Dorinei Modreanu, aceasta este reprezentată de 1 an de închisoare, însă cu amânarea aplicării pedepsei pe un termen de supraveghere de 2 ani, cu respectarea măsurilor legale de supraveghere.

- decizia penală nr. 452/18.06.2018 a Curţii de Apel lasi este definitivă şi obligatorie, deci societatea ...SRL .... poate participa liber şi neîngrădit la proceduri de achiziţie publică, întocmai ca orice alt operator economic/participant.

Astfel, se poate concluziona că excluderea pentru abaterea gravă, prevăzută de art. 167, lit. c) din Legea nr. 98/2016 nu priveşte aceeaşi situaţie cu excluderea conform art. 164 alin. (1).

Art. 164 reglementează excluderea pentru săvârşirea unor fapte penale strict limitate la cele prevăzute de norma legală, iar art. 167 priveşte excluderea pentru săvârşirea unei abateri, alta decât cele de la art. 164.

Dovadă a distincţiei clare între cele două situaţii, există (fiind abrogat între timp) un alineat 4 la art. 167, care prevedea că pot fi excluse din procedură societăţile care se aflau în faza de cercetare pentru una dintre infracţiunile prevăzute de art. 164 alin. (1). Odată cu abrogarea alin. (4) al art. 167, legiuitorul a optat pentru excluderea obligatorie a operatorilor doar în situaţia în care sunt condamnaţi definitiv pentru una dintre faptele de la 164 şi separat (facultativ) şi în mod întemeiat, urmare a unor verificări, în situaţia în care săvârsesc o abatere gravă.

Cu alte cuvinte, obligaţia excluderii există doar în situaţia condamnării pentru comiterea uneia din infracţiunile prevăzute în dispoziţiile art. 164 alin. (1) lit. a) - g) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, motivele de excludere sunt catalogate ca situaţii de excepţie, necesitând o interpretare strictă, neputând fi aplicate prin analogie, astfel cum a procedat Primaria Focşani, motivând abaterea disciplinară gravă cu existenţa unei condamnări penale.

Un alt aspect esenţial pentru realizarea unei evaluări corecte a ofertei Asocierii este reprezentat de înlăturarea din sentinţa penală apelată, a dispoziţiei referitoare la executarea pedepsei complementare a interzicerii participării la procedurile de achiziţii publice prevăzută de art 143 Cod Penal.

Acest fapt adus la cunoştinţa autorităţii contractante năştea în sarcina acesteia obligaţia aplicării art. 171 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016, conform căruia *„în cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanţe de judecată măsura interdicţiei de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziţie publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situaţiile de excludere prevăzute la art. 164 şi 167 nu se aplică dacă [...] b) în cazul situaţiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariţiei situaţiei, săvârşirii faptei sau producerii evenimentului relevant*".

Astfel, din analiza prevederilor menţionate mai sus se poate constata că aplicarea situaţiei de excludere prevăzută de art. 167 alin (1) lit. (c) coroborat cu alin. (4) din Legea nr. 98/2016, este condiţionată de

neîmplinirea unui termen de 3 ani, de la data apariţiei situaţiei, săvârşirii faptei sau producerii evenimentului relevant.

Faţă de aceste prevederi legale ce trebuiau avute în vedere de autoritatea contractantă în evaluarea ofertei Asocierii, respectiv, în analiza situaţiei de excludere a ofertantului, contestatoarea precizează următoarele: în cauza penală incidentă excluderii din procedura de atribuire, data apariţiei situaţiei/ săvârşirii faptei sau producerii evenimentului relevant este data de 08.06.2012, dată ce apare precizată în documentele oficiale existente: Rechizitoriul întocmit în Dosarul nr. 61/P/2012, la data de 08.12.2014 (pagina 14 a documentului) şi în Sentinţa Penală nr. 579/2017 din dosarul nr. 9737/99/2014 (pagina 6 a documentului).

În aceste condiţii, se dovedeşte nelegalitatea măsurii de excludere a Asocierii, conform art. 167 (1) lit. (c) coroborat cu alin. (4) din Legea nr. 98/2016, termenul de 3 ani, prevăzut pentru inaplicabilitatea motivului de excludere, fiind deja împlinit şi astfel situaţia de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 nu se mai aplică. Argumentul sus-precizat este invocat prin raportare la practica CNSC, care poate oferi îndrumări în ceea ce priveşte optimizarea procedurilor jurisdicţionale, sub aspectul recunoaşterii posibilităţii contestatorilor de a demonstra admiterea în procedura de atribuire, inclusiv la momentul depunerii contestaţiei pe rolul CNSC (decizia CNSC nr. 1638/C3/1910/03.07.2017).

De asemenea, în sensul demonstrării neîncadrării societăţii SC ...şi a administratorului societăţii în motivul de excludere invocat de autoritatea contractantă, contestatoarea precizează că niciunde, în conţinutul deciziei penale nr. 452/18.06.2018, nici celor doi angajaţi, nici societăţii nu le-au fost aplicate alte pedepse complementare menite să le limiteze execitarea obligaţiilor profesionale ori de deţinere a numitor calităţi sau funcţii în cadrul societăţii.

Mai mult, este de reţinut şi faptul că, Referatul proiectantului privind punctul său de vedere asupra obiectivului de investiţie, act ce a fost apreciat ca întocmit cu nerespectarea prevederilor legale (numit în procedura penală înscris falsificat), nu a fost desfiinţat prin Sentinţa Penală nr. 579/20.04.2017.

Acest fapt, confirmat prin documente oficiale, demonstrează, o dată în plus, superficialitatea cu care autoritatea contractantă a evaluat oferta Asocierii sub aspectul incidenţei motivului de excludere.

În susţinerea acestei concluzii, contestatoarea aminteşte recitalului (101) din Directiva 2014/24/UE, potrivit căruia autorităţile contractante ar trebui „să fie în măsură să excludă candidaţi sau ofertanţi a căror performanţă în alte contracte de achiziţii publice din trecut a arătat deficienţe majore în ceea ce priveşte cerinţele de fond, de exemplu, nerespectarea obligaţiei de a furniza sau de a executa, deficienţe semnificative ale produsului sau ale serviciului furnizat, ceea ce le face inutilizabile pentru scopul propus, sau un comportament necorespunzător care aruncă îndoieli serioase cu privire la fiabilitatea operatorului economic."

Ori, în cazul de faţă, Asociatul ...SRL (inclusiv angajaţii acestuia) îndeplineşte condiţiile de participare la procedura de atribuire, nefiind incidente niciunul dintre motivele de excludere prevăzute de lege, capacitatea efectivă a acestuia de a derula contractul de achiziţie publică, respectiv de a proiecta, fiind neafectată de situaţia juridică a societăţii, astfel cum reiese aceasta, prin raportare la Dosarul nr. 9737/99/2014, solutionat prin decizia penala definitivă nr. 452/18.06.2018.

Autoritatea contractantă a depus un set de documente din cadrul dosarului achiziţiei necesare soluţionării cauzei precum şi punctul de vedere nr. 59118/11.09.2018, înregistrat la Consiliu sub nr. 28847/16.07.2018, cu privire la contestaţia depusă de către Asocierii SC ...SRL – SC ...SRL.

Autoritatea contractantă precizat că a fost în situația de a verifica incidența prevederilor art. 169 din Legea nr. 98/2016, respectiv de a decide dacă operatorul economic se află în situația prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 167 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, în condițiile în care, în timpul evaluării, a fost identificată pe portalul Curții de Apel Iași, decizia penală definitivă, pronunțată în ședința din 18.06.2018.

Citând din dispozitivul sentinței penale, autoritatea contractantă apreciază că membrii comisiei de evaluare au apreciat în mod corect situația ofertantului, din perspectiva semnificației noțiunii de abatere profesională, prevăzută la art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, apreciază că enunțurile invocate reglementează cu titlu exemplificativ, nu expres și limitativ, sintagma „cum ar fi” nelimitând aplicarea respectivelor prevederi la cazurile enumerate, gravele abateri profesionale acoperind toate comportamentele culpabile cu impact asupra credibilității profesionale a operatorului economic, nu doar încălcarea unor standarde etice ce țin de profesie.

În lumina acestor definiții, autoritatea contractantă apreciază ca fiind evident că faptele comise/evenimentele produse anterior, deși nu au legătură cu procedura la care participă contestatoarea, pot fi încadrate în categoria abateri, iar operatorul economic poate fi considerat inadecvat pentru atribuirea contractului de achiziție publică.

Condamnarea penală survenită afectează evaluarea situației ofertantului din perspectiva faptelor de natură să ducă la desconsiderarea acestuia. Mai mult, potrivit legislației europene, autoritatea contractantă poate dovedi abaterea profesională prin orice mijloace, ceea ce implică o largă marjă de discreție cu privire la excluderea ofertanților pentru acest motiv.

Art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu alin. (4) al acestui articol, nu condiționează aplicarea motivului de excludere de la lit. c), în discuție, de existența unei hotărâri definitive a unei instanțe judecătorești.

Cu privire la afirmațiile contestatoarei legate de neîncadrarea ...SRL și a administratorului acesteia în motivul de excludere, autoritatea contractantă precizează că, ținând seama de riscurile cu privire la posibilitatea atribuirii contractului unui operator economic condamnat

pentru săvârșirea infracțiunii descrise la art. 322 din codul penal, este întemeiată decizia cu privire la excluderea ofertantului.

Deși prin răspunsul la solicitarea de clarificări, ofertantul avea posibilitatea furnizării de dovezi care să clarifice, în mod complet, faptele, data și împrejurările în care faptele au fost comise, acesta nu a prezentat informații concludente.

Astfel, membrii comisiei nu au identificat informații relevante, fiind în imposibilitatea de a aprecia dacă situației în referință îi sunt aplicabile prevederile art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

MUNICIPIUL FOCŞANI, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitaţie deschisă online privind atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „Proiect tehnic de execuţie, detalii de execuţie, caiete de de sarcini, asisteţă tehnică proiectant şi execuţie lucrări pentru obiectivul de investiţii «Refacere infrastructură şi sistematizare zona str. Cpt. Stoenescu din municipiul Focşani»”. În acest sens, a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul de participare nr. 183906/26.03.2018, valoarea estimată a contractului fiind de atribuire fiind de 2.290.359,96 lei.

În calitatea sa de participantă la procedura de atribuire în cauză, asocierea GEACONS SRL – ...SRL a primit prin fax, la data de 02.07.2018 ora 10:45, din partea autorității contractante, adresa nr. 54850 din data de 28.06.2018, prin care i s-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire. În adresă se precizează că ofertanta a fost exclusă din procedură, de către comisia de evaluare, în baza prevederilor art. 167 alin. (1) lit. c) coroborat cu dispozițiile art. 167 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare.

De asemenea, autoritatea contractantă comunică faptul că a anulat procedura de atribuire potrivit dispozițiilor art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, deoarece nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă.

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, asocierea GEACONS SRL – ...SRL, a înaintat Consiliului contestația de față, solicitând:

- obligarea autorității contractante la anularea în tot a adresei nr. 54850/28.06.2018, atât cu privire la excluderea asocierii contestatoare din procedura de atribuire, cât și cu privire la decizia de anulare a procedurii de atribuire;

- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire, respectiv la reevaluarea ofertei asocierii contestatoare.

După depunerea contestației, autoarea ei a constituit cauțiunea prevăzută la art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, astfel cum a fost modificată prin OUG nr. 45/2018, în cuantum de 35.000 lei, prin consemnarea la CEC BANK a sumei respective, conform recipisei nr. 204717787/1/09.07.2018, suma fiind consemnată la dispoziția Consiliului, pentru dosarul nr. 2259/2018.

Cauţiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61^1 alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Pe fondul contestației, Consiliul reține că autoritatea contractantă, identificând pe portalul Curții de Apel Iași, decizia penală definitivă, pronunțată în data de 18.06.2018 în dosarul nr. 9737/99/2014, a solicitat asocierii GEACONS SRL – ...SRL, prin adresa nr. 52686 din data de 21.06.2018, să clarifice pentru asociatul ...SRL calitatea de participant în prezenta procedură de atribuire, din perspectiva stadiului procesual al dosarului penal nr. 9737/99/2014, arătând soluția din decizia penală mai sus menționată, astfel:

„I. În baza art. 421 pct.2 lit. a Cod de procedură penală, admite apelurile formulate de Ministerul Public - Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție-Direcția Națională Anticorupție-Serviciul Teritorial Iași, de inculpații ...., pe care o desființează în parte în latură penală și civilă:

[…]

2. Schimbă încadrarea juridică dată prin rechizitoriu infracțiunii de fals intelectual prev. de art. 321 alin. 1 Cod penal în privința inculpaților .... în infracțiunea fals în înscrisuri sub semnătură privată prev. de art. 322 alin. 1 Cod penal. Descontopește pedeapsa rezultantă de 2 ani și 4 luni închisoare aplicată fiecăruia dintre inculpații .... în pedepsele componente de: - 1 an închisoare, pentru comiterea infracțiunii de fals intelectual, prev. de art. 321 al.1 Cod penal, - 2 ani închisoare, pentru comiterea infracțiunii de complicitate la folosirea sau prezentare de documente ori declarații false, inexacte sau incomplete, care are ca rezultat obținerea pe nedrept de fonduri din bugetul general Comunităților Europene sau din bugetele administrate de acestea ori în numele lor, prev. de art. 48 Cod penal rap. la art. 181 al.1 din Legea 78/2000 modificată. Înlătură din sentința penală apelată dispozițiile referitoare la condamnarea inculpaților ...pentru comiterea infracțiunilor de: fals intelectual prev. de art. 321 alin. 1 Cod penal, complicitate la folosirea sau prezentarea de documente ori declarații false, inexacte sau incomplete, care are ca rezultat obținerea pe nedrept de fonduri din bugetul general Comunităților Europene sau din bugetele administrate de acestea ori în numele lor, prev. de art. 48 Cod penal rap. la art. 181 al.1 din Legea 78/2000 modificată. Înlătură din sentința penală apelată dispoziția referitoare la executarea pedepsei complementare a interzicerii drepturilor prev. de art. 66 alin. 1 lit. a, b Cod penal și respectiv de aplicare a pedepsei accesorii a interzicerii acelorași drepturi, în privința inculpaților ..... Înlătură din sentința penală apelată dispozițiile referitoare la suspendarea sub supraveghere a executării pedepsei principale rezultante, la respectarea măsurilor de supraveghere pe perioada termenului de supraveghere, la impunerea obligației de a nu părăsi teritoriul României fără acordul instanței și de a presta o muncă neremunerată în folosul comunității precum și cele privind atenționarea asupra disp. art. 96 Cod penal, în privința inculpaților ..... În baza disp. art. 396 alin. 5, art. 16 alin.1 lit. b Cod procedură penală, achită pe fiecare dintre inculpații ...pentru săvârșirea infracțiunii de complicitate la

folosirea sau prezentarea de documente ori declarații false, inexacte sau incomplete, care are ca rezultat obținerea pe nedrept de fonduri din bugetul general Comunităților Europene sau din bugetele administrate de acestea ori în numele lor, prev. de art. 48 Cod penal rap. la art. 181 al.1 din Legea 78/2000 modificată. În baza art. 396 alin. 1 și 4 Cod procedură penală, raportat la art. 83 Cod penal, art. 5 Cod penal stabilește fiecăruia din inculpații: - ..., pedeapsa de 1 (unu) an închisoare, pentru comiterea infracțiunii fals în înscrisuri sub semnătură privată prev. de art. 322 alin. 1 Cod penal, art. 5 Cod penal. În baza art. 83 alin. 1 Cod penal, amână aplicarea pedepsei de 1 (unu) an închisoare stabilită prin prezenta decizie penală fiecăruia din inculpații ...pe un termen de supraveghere de 2 ani, stabilit în condițiile art. 84 Cod penal, care se calculează de la data pronunțării prezentei decizii penale. În baza art. 85 alin. 1 și 2 Cod penal pe durata termenului de supraveghere, inculpații ...trebuie să respecte următoarele măsuri de supraveghere: a) să se prezinte la Serviciul de Probațiune Vrancea la datele fixate de acesta; b) să primească vizitele consilierului de probațiune desemnat cu supravegherea sa; c) să anunțe, în prealabil, schimbarea locuinței și orice deplasare care depășește 5 zile, precum și întoarcerea; d) să comunice schimbarea locului de muncă; e) să comunice informații și documente de natură a permite controlul mijloacelor sale de existență. În baza art. 86 alin. 1 Cod penal pe durata termenului de supraveghere, datele prevăzute în art. 85 alin. (1) lit. c) - e), mai sus menționate, se vor comunica de către inculpată Serviciului de Probațiune Vrancea. În baza art. 404 alin. 3 Cod procedură penală cu referire la art. 88 Cod penal atrage atenția inculpaților ...asupra consecințelor nerespectării măsurilor de supraveghere și obligației impuse și ale săvârșirii de noi infracțiuni în cursul termenului de supraveghere, în sensul revocării amânării aplicării pedepsei închisorii ce le-a fost stabilită prin prezenta decizie penală și a dispunerii aplicării și executării acesteia.

[…]

10. Schimbă încadrarea juridică dată prin rechizitoriu infracțiunii de fals intelectual prev. de art. 321 alin. 1 Cod penal în privința inculpatei SC ...SRL ... în infracțiunea de fals în înscrisuri sub semnătură privată prev. de art. 322 alin. 1 Cod penal. Descontopește pedeapsa rezultantă de 180 000 lei amendă penală aplicată inculpatei SC ...SRL ... în pedepsele componente de: - 120.000 lei amendă penală pentru săvârșirea infracțiunii fals intelectual, prev. de art. 321 al.1 Cod penal, -140.000 lei amendă penală pentru săvârșirea infracțiunii de complicitate la folosirea sau prezentarea de documente ori declarații false, inexacte sau incomplete, care are ca rezultat obținerea pe nedrept de fonduri din bugetul general al Comunităților Europene sau din bugetele administrate de acestea ori în numele lor, prev. de art. 48 Cod penal raportat la art. 181 al.1 din Legea 78/2000 modificată. Înlătură din sentința penală apelată dispozițiile referitoare la condamnarea inculpatei pentru comiterea infracțiunilor de: fals intelectual prev. de art. 321 alin. 1 Cod penal, complicitate la folosirea sau prezentarea de documente ori declarații false, inexacte sau incomplete, care are ca rezultat obținerea pe nedrept de fonduri din bugetul general Comunităților Europene sau din bugetele administrate de acestea ori în numele lor, prev. de art. 48 Cod penal rap.

la art. 181 al.1 din Legea 78/2000 modificată. ***Înlătură din sentința penală apelată dispoziția referitoare la executarea pedepsei complementare a interzicerii participării la procedurile de achiziții publice prev. de art. 143 Cod penal.*** *În baza disp. art. 396 alin. 5, art. 16 alin.1 lit. b Cod procedură penală, achită pe inculpata S.C. ...S.R.L. ...., pentru săvârșirea infracțiunii de complicitate la folosirea sau prezentarea de documente ori declarații false, inexacte sau incomplete, care are ca rezultat obținerea pe nedrept de fonduri din bugetul general Comunităților Europene sau din bugetele administrate de acestea ori în numele lor, prev. de art. 48 Cod penal rap. la art. 181 al.1 din Legea 78/2000 modificată. În baza art. 396 alin. 1 și 2 Cod procedură penală, condamnă pe inculpata S.C. ...S.R.L. ...., la pedeapsa amenzii penale în cuantum de 40.000 lei rezultată din înmulțirea a 200 zile amendă cu suma corespunzătoare unei zile amendă, respectiv 200 lei, pentru săvârșirea infracțiunii de fals în înscrisuri sub semnătură privată prev. de art. 322 alin. 1 Cod penal."*

Asocierea .... SRL – ...SRL răspunde prin adresa nr. 24 din 26.06.2018, arătând următoarele:

„În ceea ce privește pe SC ...SRL ***prin această hotărâre s-a înlăturat din sentința penală apelată «dispoziția referitoare la executarea pedepsei complementare a interzicerii participării la procedurile de achiziții publice prev. de art. 143 Cod penal» și a dispus doar condamnarea ...SRL Focșani la pedeapsa principală a amenzii, în sumă de 40.000 lei, pentru săvârșirea infracțiunii de fals în înscrisuri sub semnătură privată, prevăzută de art. 322 alin. 1 Cod penal, fără nici un fel de pedeapsă complementară sau accesorie****.*

Este important de reținut și faptul că prin hotărârea menționată s-a dispus achitarea S.C. ...S.R.L. ...., pentru săvârșirea infracțiunii de «complicitate la folosirea sau prezentarea de documente ori declarații false, inexacte sau incomplete, care are ca rezultat obținerea pe nedrept de fonduri din bugetul general Comunităților Europene sau din bugetele administrate de acestea ori în numele lor», prevăzută de art. 48 Cod penal rap. la art. 181 alin. (1) din Legea 78/2000 modificată.

Prin urmare, de vreme ce ...SRL nu a fost condamnată pentru niciuna dintre faptele prevăzute la art. 164 alin. 1 din Legea nr. 98/2018 și nici nu există vreo interdicție aplicată de instanță, având în vedere că hotărârea decizia penală nr. 452/18.06.2018 a Curții de Apel ... este definitivă și obligatorie, concluzionăm că societatea SC ...SRL Focșani poate participa liber și neîngrădit la proceduri de achiziție publică, întocmai ca orice alt operator economic

În ce privește pe cei doi angajați din cadrul firmei noastre, ..., trebuie observat că:

- nici acestora nu li s-au aplicat pedepse complementare menite să le limiteze exercitarea obligațiilor profesionale ori de deținere a anumitor calități sau funcții în cadrul societății.

- și cu privire la aceștia s-a dispus achitarea pentru săvârșirea infracțiunii de «complicitate la folosirea sau prezentarea de documente ori declarații false, inexacte sau incomplete, care are ca rezultat obținerea pe

nedrept de fonduri din bugetul general Comunităților Europene sau din bugetele administrative de acestea ori în numele lor», prevăzută de art. 48 Cod penal rap. la art. 181 alin.1 din Legea 78/2000 modificată.

- nici unul dintre aceștia nu a fost condamnat pentru vreuna dintre faptele prevăzute la art. 164 alin. 1 din Legea 98/2016

- aceștia au fost condamnați doar la pedeapsa principală a închisorii de 1 an, pentru săvârșirea infracțiunii de fals în înscrisuri sub semnătură privată, prevăzută de art. 322 alin. 1 Cod penal,

- referitor la pedepsele aplicate acestora s-a dispus «amânarea aplicării pedepsei», ceea ce înseamnă că de vreme ce nu a fost aplicată, în prezent pedeapsa practic nu există. Or, de vreme ce pedeapsa nu există acesta nu produce nici un fel de efecte și nu va produce nici în viitor, dacă vor fi respectate măsurile de supraveghere impuse de instanță în termenul de 2 ani.

Este important de observat că niciunde, pe tot cuprinsul hotărârii Curții de Apel .... nu s-a pus la îndoială calitatea profesională a societății Euro Proiect, societate cu vechime de 20 de ani în domeniu ori cea a angajaților săi și nici faptul că aceasta nu ar putea să îndeplinească condițiile impuse de achizitor conform legilor și standardelor actuale.

În concluzie, de vreme ce nici ...SRL și nici cei doi angajați ai acesteia sus-arătați nu au fost condamnați pentru vreuna dintre faptele prevăzute la art. 164 alin. 1 din Legea nr. 98/2016 și atâta vreme cât nu există vreo interdicție expresă aplicată de instanță de natură a limita activitățile, atribuțiile sau competențele acestora, considerăm că asociatul ...SRL îndeplinește condițiile de participare la procedura de achiziție sus-arătată, nefiind incidente niciunul din cazurile de excludere prevăzute de lege."

Față de situația de fapt expusă în prezenta cauză, Consiliul reține că potrivit art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare *„(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:*

[…]

c) a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanțe judecătorești sau a unei autorități administrative".

Această dispoziție se completează cu cea de la art. 167 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare, potrivit căreia: *„(3) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin abatere profesională gravă se înțelege orice abatere comisă de operatorul economic care afectează reputația profesională a acestuia, cum ar fi încălcări ale regulilor de concurență de tip cartel care vizează trucarea licitațiilor sau încălcări ale drepturilor de proprietate intelectuală, săvârșită cu intenție sau din culpă gravă."*

Legat de acest motiv de excludere, sunt de reținut și următoarele dispoziții ale art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare:

„(5) În cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică/acord-cadru sau a unui contract de concesiune pentru o anumită perioadă, situațiile de excludere prevăzute la art. 164 și 167 nu se aplică:

[…]

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

Consiliul reține că autoarea contestației a depus la dosarul cauzei un extras din rechizitoriul nr. 61/P/2012 întocmit de Ministerul Public – Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție – Direcția Națională Anticorupție – Serviciul Teritorial Iași la data de 08.12.2014 din care rezultă că fapta penală a fost săvârșită de proiectantul ...SRL prin întocmirea unui referat (nedatat) ce atestă, în mod mincinos, realizarea integrală a lucrărilor de modernizare a drumului, transmis prin poșta electronică beneficiarului, în ziua de 08.06.2012 ora 18:36, astfel că la data de 08.06.2015 s-au împlinit 3 ani de la data săvârșirii faptei, așa cum stabilesc prevederile art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016.

Verificând legalitatea și temeinicia deciziei autorității contractante de a exclude din procedura de atribuire asocierea .... SRL – ...SRL, Consiliul reține că sunt aplicabile dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare potrivit cărora autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică orice operator economic care a comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuție integritatea, coroborate cu prevederile art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare potrivit cărora în cazul în care operatorului economic nu i-a fost aplicată prin hotărâre definitivă a unei instanțe de judecată măsura interdicției de a participa la proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică pentru o anumită perioadă, excluderea prevăzută la art. 167 nu se aplică dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, a expirat o perioadă de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant.

Astfel, Consiliul reține că în cazul de față se aplică excepția neexcluderii din procedura de atribuire deoarece prin hotărârea definitivă a instanței nu i s-a aplicat pedeapsa complementară a interzicerii participării la procedurile de atribuire prevăzută de art. 143 Cod penal, iar termenul de 3 ani de la data săvârșirii faptei s-a împlinit la data de 08.06.2015.

Mai mult decât atât, chiar și în cazul în care data săvârșirii faptei ar fi fost 10.12.2014 (data înregistrării dosarului nr. 9737/99/2014 pe rolul Tribunalului Iași) și tot ar fi fost aplicabilă excepția prevăzută la art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, deoarece termenul de 3 ani s-ar fi împlinit la data de 10.12.2017.

În concluzie, Consiliul stabilește că sunt întemeiate criticile contestatoarei privind incidenta situației de excepție referitoare la neexcludere din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică

prevăzută la art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016, respectiv expirarea unei perioade de 3 ani de la data apariției situației, săvârșirii faptei sau producerii evenimentului relevant.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul urmează să admită contestația depusă de .... SRL, în calitate de lider al asocierii ... SRL – ...SRL, în contradictoriu cu MUNICIPIUL ..., și să anuleze raportul procedurii de atribuire, în partea dedicată evaluării ofertei asocierii contestatoare și anulării procedurii de atribuire, precum și adresa nr. 54854 din data de 28.06.2018, de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, ca act subsecvent al raportului procedurii.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să ducă la îndeplinire măsurile de remediere și anume să continue procedura de atribuire, precum și să reanalizeze oferta depusă de asocierea .... SRL – ...SRL, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în considerente.

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

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de .... SRL, în calitate de lider al asocierii .... SRL – ...SRL, în contradictoriu cu ....

Anulează raportul procedurii de atribuire, în partea dedicată evaluării ofertei asocierii contestatoare și anulării procedurii de atribuire, precum și adresa nr. 54854 din data de 28.06.2018, de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, ca act subsecvent al raportului procedurii și obligă autoritatea contractantă ca în termen de 15 zile lucrătoare de la primirea deciziei Consiliului, să ducă la îndeplinire măsurile de remediere și anume să continue procedura de atribuire, precum și să reanalizeze oferta depusă de asocierea .... SRL – ...SRL, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în considerente

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, potrivit prevederilor art. 29 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
....

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 15 (cincisprezece) pagini.