



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 208/21.09.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 404713/22.09.2020, formulată de SRL, cu sediul în, ..., județul, înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI ..., reprezentată legal prin și convențional prin avocat, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură, în București, ..., împotriva adresei nr. 13326/03.09.2020, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii aferent lotului 3, emisă de, cu sediul în, ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, în procedura de atribuire, prin licitație deschisă, în vederea încheierii unui acord-cadru pe loturi, având ca obiect „Furnizare și distribuție de fructe (mere), produse lactate (lapte UHT și iaurt) și produse de panificație (corn și biscuiți uscați) pentru preșcolari din grădinițele cu program normal de 4 ore de stat autorizate/acreditate și particulare acreditate și pentru elevii din învățământul primar și gimnazial de stat și particular, pentru anii școlari 2020-2021 și 2021-2022, în, LOT 3 – Produse de panificație: corn alternativ cu biscuiți uscați, cod CPV secundar 15821200-1 Biscuiți dulci (Rev.2), 60000000-8 – Servicii de transport (cu excepția transportului de deșeuri (Rev.2), s-a solicitat admiterea contestației și, pe cale de consecință, să se dispună:

„- În temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit. a) din Legea 101/2016, anularea, în parte, a deciziei privind rezultatul procedurii aferent lotului 3, consemnată în raportul procedurii nr. 13326/03.09.2020 ... în ceea ce privește oferta depusă de asocierea ..., ... IMPEX), cât și a ofertei depuse de asocierea ..., ofertă clasată pe locul doi (denumită în continuare oferta ...) emise de;

- În temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit. b) din Legea 101/2016, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de asocierea .. și a ofertei depuse de asocierea ... - SRL la etapa evaluării formularului DUAЕ cu respectarea prevederilor legale cât și a documentației de atribuire;

- În temeiul prevederilor art. 26 alin. (2) lit. b) din Legea 101/2016, obligarea autorității contractante să adopte măsurile necesare restabilirii legalității prin excluderea asocierii ..;

- În temeiul prevederilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de judecarea prezentei contestații constând în onorariu avocațial”.

Prin cererea de intervenție voluntară accesorie în interesul autorității contractante nr. /, înregistrată la CNSC sub nr. 08.10.2020, SC SRL, cu sediul social în, ..., ..., cu număr de înmatriculare în Registrul Oficiului Comerțului nr., având CUI, reprezentată legal prin administrator, în calitate de lider al asocierii SC SRL – SRL – SRL, solicită încuviințarea, în principiu, a cererii și respingerea contestației formulată de SRL, ca nefondată, cu consecința menținerii, ca temeinice și legale, a actelor atacate.

Contestația va fi soluționată împreună cu cererea de intervenție, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și prevederile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SRL critică adresa nr. 13326/03.09.2020, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii aferent lotului 3, emisă de, în calitate de autoritate contractantă, în procedura amintită, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Contestatorul arată că decizia de declarare admisibile și câștigătoare a ofertelor clasate pe primele două locuri în clasament, este netemeinică și nelegală pe motiv că există suficiente indicii rezonabile pentru a considera că societatea .. (ofertant clasat pe locul 1) și societatea SRL (ofertant clasat pe locul 2) au încheiat un acord care să vizeze denaturarea concurenței în legătură cu prezenta procedură de atribuire.

Amintind prevederile cap. II.1.6. din fișa de date a achiziției – *Împărțire pe loturi, cap. III.1.8 – Forma juridică pe care o va lua grupul de operatori economici căruia i se atribuire contractul, cap. III.1.1. a) Situația personală a candidatului sau ofertantului*, contestatorul supune atenției că asocierea ... se încadrează în situația prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. d) și alin. (5) lit. b) și c) din Legea nr. 98/2016, fiind necesară excluderea acestora din procedura de atribuire și anularea, în parte, a raportului procedurii în legătură cu ofertele depuse de către cele două asocieri.

În susținerea acestei afirmații, contestatorul arată că, din informațiile regăsite pe site-ul Oficiului Național al Registrului Comerțului, cât și din Certificatul constatator, emis de ONRC, depus de către societatea ... și de către societatea SRL, rezultă că sediul social al societății .. este în județul Cluj, ..., în timp ce societatea SRL are deschis punctul de lucru la aceeași adresă. Mai mult, până în 22.12.2016, acesta din urmă avea sediul social tot la adresa din jud. Cluj, localitatea Turda, str. Ștefan cel Mare nr. 4.

De asemenea, în susținerea faptului că societatea SRL își desfășoară activitatea la punctul de lucru din jud. Cluj, localitatea Turda, ... este și Hotărârea nr. 815 din 29.05.2020 pronunțată de Judecătoria Alba Iulia în dosar nr. 3434/175/2019.

Totodată, contestatorul subliniază că între asociații celor două societăți există cu siguranță o legătură de rudenie având în vedere faptul că numele de familie al acestora este POP, în cazul societății este asociat unic, iar în cadrul societății SRL, ... este asociat unic. Prin urmare, având în vedere domeniul de activitate al celor două societăți, cât și locația în care acestea își desfășoară activitatea, în opinia contestatorului, este puțin probabil ca între cei doi asociați să nu existe o legătură de rudenie.

În acest context, contestatorul susține că există o legătură indubitabilă ce creează indicii rezonabile și suficiente că între cele două asocieri a fost încheiat un acord pentru denaturarea concurenței în legătură cu procedura de atribuire, scopul asocierii ... și al asocierii SRL, fiind acela de a-și mări șansele de câștig pentru lotul 3.

Mai mult decât atât, modalitatea în care cele două societăți au înțeles să participe, apreciază contestatorul, nu este altceva decât o practică prin care încearcă să se demonstreze faptul că ofertele sunt depuse de ofertanți diferiți chiar dacă legăturile dintre aceștia sunt evidente, fiind vorba de monopol pentru încheierea contractelor cu statul pentru furnizarea produselor în cadrul programului lapte și corn, din partea unor firme care sunt deținute de aceeași asociați sau de rude ale acestora.

Față de considerentele expuse, contestatorul apreciază că, în cadrul procedurii, comisia de evaluare avea obligația de a solicita clarificări pentru a verifica existența sau nu a unui caz de excludere, raportat la prevederile art. 167 alin. 1 lit. d) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la oferta clasată pe locul doi, asocierea ... SRL-..... SRL-..., contestatorul supune atenției că aceasta nu îndeplinește cerințele minime de calificare privind neîncadrarea în prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

În justificarea acestei afirmații, contestatorul precizează că, în cadrul documentului DUAЕ prezentat de asociatul SRL, se precizează, la cap. C "MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE", rubrica "Conflict de interese care decurge din participarea la procedura de achiziții publice" - NU, deși, în cadrul mai multor proceduri la care acesta a participat în ultimii ani, a primit documente constatatoare negative din care rezultă rezilierea contractelor și obligarea la repararea unui prejudiciu. Astfel, în documentul constatator nr. 5993/20.03.2019, emis de Județul Harghita se reține, la pct. 8, faptul că contractul nu a fost îndeplinit în mod corespunzător.

Mai arată contestatorul că aceleași aspecte au fost reținute și prin documentul constatator nr. 5969/„20.03.2020”, emis de Județul Harghita, prin care se menționează neîndeplinirea acordului-cadru nr. 24471/09.11.2016, respectiv a contractului subsecvent de furnizare nr. 21121/08.09.2018, pentru lotul 4, abateri care au condus la rezilierea contractului și la crearea unui prejudiciu în cuantum de 25.543,10 lei.

De asemenea, relevant este și documentul constatator nr. 5968/„20.03.2020”, emis de Județul Harghita, prin care se reține neîndeplinirea acord-ului cadru nr. 24526/09.11.2016, respectiv contractul subsecvent de furnizare nr. 21150/08.09.2018, pentru lotul 20, abateri care au condus la rezilierea contractului și la crearea unui prejudiciu în cuantum de 11.720,50 lei.

Totodată, în documentul constatator nr. 2664/„06.02.2020”, emis de Județul Harghita, se reține neîndeplinirea acordului-cadru nr. 24528/09.11.2016, respectiv a contractului subsecvent de furnizare nr. 21151/07.09.2018, pentru lotul 19, abateri care au condus la rezilierea contractului și la crearea unui prejudiciu în cuantum de 94.855,35 lei.

Din cuprinsul acestor documente constatatoare, rezultă fără putință de tăgadă faptul că s-a decis rezilierea unilaterală a contractelor pentru abateri grave, cât și faptul că, în urma acestor rezilieri, autoritatea respectivă a fost prejudiciată.

Mai mult, în aprecierea contestatorului, societatea SRL a săvârșit abateri grave și în legătură cu alte contracte de achiziție publică, respectiv contract încheiat cu Județul Cluj, astfel cum rezultă din hotărârea nr. 4187/24.10.2018, pronunțată de Curtea de Apel Cluj în dosar nr. 1520/117/2018.

În consecință, în opinia contestatorului, prin necomunicarea acestor informații în cuprinsul DUAЕ, societatea SRL se face vinovată de nerespectarea prevederilor art. 167 alin. 1 lit. h) din Legea 98/2016. Astfel, excluderea SRL de la procedură nu trebuie făcută, exclusiv, în baza documentelor constatatoare menționate, ci trebuie avut în vedere și faptul că aceasta a prezentat informații false prin declarația

DUAЕ, Partea III - Motive de excludere, litera C - Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, la secțiunea încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, ambii membri ai asocierii bifând „nu”.

Pentru considerentele expuse, în aprecierea contestatorului, comisia de evaluare avea obligația de a face o evaluare temeinică, și nu formală a ofertelor depuse, iar, în cadrul etapei de evaluare a DUAЕ, respectiv a verificării privind neîncadrarea în prevederile art. 167 (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016, aceasta avea obligația de a verifica dacă pentru operatorii economici care au depus oferte fie individual, fie în asociere, pe SEAP există documente constatatoare negative, fiind incidente astfel dispozițiile art. 127 din HG nr. 395/2016, cât și dispozițiilor art. 132 alin. 1 din același act normativ.

Pentru considerentele expuse, contestatorul solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

În drept, se invocă prevederile art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și cele invocate în contestație.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Prin punctul de vedere comunicat prin adresa nr. 14573/28.09.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 41974/29.09.2020, ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației formulată de SRL, ca neîntemeiată.

Autoritatea contractantă arată că, procedura fiind cea de licitație deschisă cu etapă finală de licitație electronică, ca urmare a finalizării evaluării ofertelor, au fost declarate admisibile și calificate pentru etapa finală de licitație electronică, pentru lotul 3, un număr de 4 ofertanți.

În urma finalizării licitației electronice, sistemul informatic a pus la dispoziție clasamentul rezultat, determinat prin luarea în considerare a ofertelor finale introduse de ofertanții participanți și pe baza criteriului de atribuire specificat în anunțul de participare, urmând ca ofertanților clasati pe primele trei locuri, respectiv asocierea ... și ..., să li se solicite documente justificative în susținerea DUAЕ. Ca urmare a evaluării documentelor justificative, comisia neconstatând neconformități, a declarat drept câștigători, ofertanții în discuție.

Nemulțumit de comunicarea rezultatului procedurii aferent lotului 3, ... SRL a formulat contestație prin care critică modul de evaluare a documentelor DUAЕ depuse de ofertanții clasati pe primele două locuri.

Referitor la acest aspect, autoritatea contractantă supune atenției că pe toată perioada procesului de evaluare, comisia de evaluare a îndeplinit atribuțiile prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016, pe cele ale art. 132 alin. (1), precum și pe cele ale art. 193 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, raportat la criticile ce vizează oferta asocierii ISIS-PAN, GTPD SRL, ... SRL și ..., autoritatea contractantă susține că aceștia au bifat NU în cadrul secțiunii C) MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE - rubricile: Acorduri cu alți operatori economici care vizează denaturarea concurenței și încetare

anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile, ca, de altfel, la întreaga secțiune menționată.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că, în etapa de evaluare a documentelor suport/dovezilor pentru demonstrarea informațiilor din DUAЕ, ofertantul ... a prezentat din oficiu, formularele de Declarație privind neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016, întărind lipsa indiciilor privind denaturarea concurenței, respectiv încheierea cu alți operatori economici, de acorduri care vizează denaturarea concurenței.

De altfel, așa cum rezultă din procesul-verbal nr. 13271/03.09.2020 privind verificarea documentelor suport/dovezilor pentru demonstrarea informațiilor din DUAЕ, inclusiv anexele la acesta, comisia de evaluare, pentru fiecare lot în parte, a analizat și verificat în detaliu îndeplinirea criteriilor de calificare de către fiecare ofertant/asociat/terț.

Prin urmare, acuzația contestatorului referitoare la obligația comisiei de evaluare de a face o evaluare temeinică și nu formală a ofertelor depuse, autoritatea contractantă o consideră nefondată, având în vedere că, pe parcursul procesului de evaluare, comisia a analizat temeinic atât DUAЕ depus de fiecare ofertant/asociat/terț în parte, prin prisma declarării pe proprie răspundere și a celorlalte documente prezentate.

În continuare, autoritatea contractantă precizează că, din analiza acordului de asociere nr. 119/2.07.2020, încheiat de către ofertantul Asocierea ..., rezultă că aportul societății SRL, în cadrul asocierii, constă în: "furnizează corn școlar din făină integrală pentru anii școlari 2020 - 2020 în, RESPECTIV TRANSPORTĂ ȘI DISTRIBUIE PRODUSELE DE PANIFICAȚIE (CORN ȘI BISCUȚI) către toate unitățile școlare beneficiare din conform graficului de livrare atașat la oferta tehnică...", fiind singurul în cadrul asocierii care asigură îndeplinirea cerinței privind mijloacele de transport pe care ofertantul se angajează să le utilizeze pentru îndeplinirea acordului-cadru, punând la dispoziție 10 mijloace de transport autorizate sanitar-veterinar, aspect care nu vizează denaturarea concurenței, ceilalți trei membri ai asocierii producând produsele de panificație, pe când ... are calitatea de producător și furnizor.

În aprecierea autorității contractante, ofertantului SRL nu i se pot aplica criticile aduse de contestator, întrucât, conform acordului de asociere, acesta execută doar transportul, comisia de evaluare verificând atât DUAЕ, cât și documentele prezentate în susținere, fără a constata abateri.

Raportat la prevederile art. 169 din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, precum și la cele prevăzute de art. 130, alin. (4) din Norme, "Situațiile privind conflictul de interese pot fi sesizate autorității contractante și de către terți", autoritatea contractantă susține că autorul contestației avea posibilitatea să îi aducă la cunoștință aspectele prezentate în contestație, începând cu data publicării în SEAP a Declarației de participare care cuprinde lista participanților la procedură, pe loturi, respectiv cu data de 09.07.2020,

fără a le fi tănuit până la momentul publicării raportului procedurii și transmiterii comunicării privind rezultatul procedurii, când situația ofertanților câștigători și necâștigători este clară, precum și poziția din clasament, moment considerat favorabil de către contestatoare aducerii lor la cunoștința autorității contractante CJ

Mai arată autoritatea contractantă că, așa cum a fost specificat în fișa de date, autoritatea contractantă va încheia un acord-cadru cu maxim 3 operatori economici ale căror oferte sunt admisibile și care se situează pe locul I, II și III în clasamentul final, iar atribuirea contractelor subsecvente, se va face prin reluarea competiției în SEAP.

Prin urmare, având în vedere că autorul contestației se află printre promitenții furnizori ai acordului-cadru pentru Lotul nr. 3, la etapa de atribuire a contractelor subsecvente, are posibilitatea ofertării unui preț care să îl situeze pe primul loc în clasament, deci, să câștige contractele subsecvente, având în vedere că, potrivit prevederilor din fișa de date și din acordul cadru (art. 10), reluarea competiției pentru atribuirea acestora se va face în SEAP, prin licitație electronică, ceea ce asigură o transparență deplină a etapei de atribuire a subsecventelor.

Luând în calcul cele menționate, motivele, precum și momentul formulării contestației, rezultă în mod clar intenția contestatorului de a elimina din competiția privind atribuirea contractelor subsecvente, pe ceilalți doi promitenți furnizori competitori cu care ar fi urmat să se încheie acordul-cadru.

În concluzie, autoritatea contractantă susține că evaluarea ofertelor a fost conform cerințelor stabilite prin documentația de atribuire, validată de ANAP, întocmită potrivit documentației standardizate și cu respectarea legislației în vigoare la data inițierii procedurii de atribuire, iar comisia de evaluare și-a îndeplinit atribuțiile prevăzute în legislația specifică.

Pentru motivele prezentate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulată de SRL, ca nefondată.

Prin adresa nr. 219/06.10.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 43436/....., contestatorul a transmis concluzii scrise, prin care solicită admiterea contestației, așa cum a fost formulată.

Ca prim aspect, contestatorul arată că dosarul achiziției pus la dispoziție de autoritatea contractantă este incomplet, lipsind procesele-verbale de evaluare a propunerilor tehnice și financiare ale ofertelor contestate, deși, potrivit dispozițiilor art. 18 din Legea nr. 101/2016, aceasta avea obligația transmiterii dosarului achiziției publice, care conține, inclusiv, aceste înscrisuri.

În ceea ce privește asocierea ... și asocierea ..., contestatorul apreciază că sunt incidente dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. d) și alin. (5) lit. b) și c) din Legea nr. 98/2016, fiind necesară excluderea acestora din procedura de atribuire, în susținerea acestei afirmații, contestatorul arată că între cele două asocieri există o legătură de rudenie, iar desfășurarea activității celor două societăți se face exact la aceeași adresă, datele de contact fiind identice.

Aspectele semnalate în contestație sunt susținute de Certificatele constatatoare prezentate de cele două societăți, respectiv ... SRL și SRL , cât și de documentele prezentate de SRL privind dreptul acesteia de a desfășura activitatea în domeniul fabricării produselor alimentare, respectiv:

- Documentul de înregistrare sanitar veterinară și pentru siguranța alimentelor pentru unitățile de vânzare cu amănuntul nr. VA CJ 10194 di 12.12.2017 - fila 497 din dosarul cauzei;
- Documentul de înregistrare pentru siguranța alimentelor nr. 07464 din 20.11.2018 - fila 498 din dosarul cauzei;
- Certificatul pentru sistemul de management conform SR EN ISO 9001:2015 - fila 513 din dosarul cauzei;
- Certificatul pentru sistemul de management conform SR EN ISO 22000:2005 - fila 514 din dosarul cauzei;
- Adeverința nr. 2556 din 17.04.2015 emisă de ... - fila 515 din dosarul cauzei;
- Din anexa 3.1 la procesul verbal nr. 13271/03.09.2020 ce vizează evaluarea documentelor în susținerea DUAЕ pentru societatea ...(fila 342 din dosarul cauzei) și anexa 3.2 la același proces verbal ce vizează evaluarea societății SRL (fila 360 din dosarul cauzei) coroborat cu propunerea tehnică depusă de cele două asocieri din care fac parte respectivele societăți rezultă că mijloacele de transport prezentate sunt împrumutate de la societatea ... care își desfășoară activitatea tot în Municipiul Turda, Str. Stefan cel Mare nr. 4, Județul Cluj.

Prin urmare, din analiza ofertelor depuse de asocierea ... și asocierea rezultă că mijloacele de transport sunt împrumutate de la aceeași societate, respectiv ..., în cazul primei prin Contractul de împrumut de folosință din data de 15.01.2020, și, în cazul celei de a doua, prin Contractul de închiriere nr. 963/18.08.2016. Analizând cele două contracte se constată faptul că prin Contractul de închiriere nr. 963/18.08.2016 societatea ... a transmis către societatea SRL dreptul de folosință pentru o perioadă de 10 ani (până pe data de 18.08.2026) pentru 28 de autoutilitare, printre care se regăsesc și autoutilitarele menționate în Contractul de împrumut de folosință din data de 15.01.2020 încheiat de același comodant, însă cu societatea ...

Astfel, potrivit contestatorului, modalitatea în care cele două asocieri au înțeles să demonstreze îndeplinirea cerinței minime de calificare privind "mijloacele de transport", justifică, fără putină de tăgadă, faptul că între acestea există acorduri ce vizează practici anticoncurențiale, toate cele trei societăți implicate în contractele încheiate pentru demonstrarea respectivei cerințe desfășurându-și activitatea în aceeași locație, respectiv în Municipiul Turda, Str. Stefan cel Mare nr. 4, Județul Cluj.

Referitor la susținerile autorității contractante din punctul de vedere, contestatorul arată că, până la acest moment, societatea sa avea cunoștință doar de ofertanții care au participat la procedură și nu și

de decizia comisiei de evaluare cu privire la admisibilitatea sau nu a respectivelor oferte.

Față de aceste considerente, văzând informațiile din certificatele constatatoare din ofertele depuse de cele două asocierii, atât în ceea ce privește asociații cât și în ceea ce privește locul de desfășurare a activităților, comisia de evaluare avea obligația de a solicita clarificări pentru a verifica respectivele aspecte și existența sau nu a unui caz de excludere, raportat la prevederile art. 167 alin. 1 lit. d) din Legea nr. 98/2016.

De altfel, așa cum s-a arătat și în contestație, se susține că din cuprinsul documentelor constatatoare depuse de asocierea criticată, rezultă fără putină de tăgadă faptul că s-a decis rezilierea unilaterală a contractelor pentru abateri grave, cât și faptul că în urma acestor rezilieri autoritatea respectivă a fost prejudiciată.

De asemenea, societatea SRL a săvârșit abateri grave și în legătură cu alte contracte de achiziție publică, respectiv contract încheiat cu Județul Cluj astfel cum rezultă din hotărârea nr. 4187/24.10.2018 pronunțată de Curtea de Apel Cluj în dosar nr. 1520/117/2018.

Având în vedere faptul că prin declarația DUAЕ depusă în cadrul prezentei proceduri, societatea SRL nu a informat autoritatea contractantă de existența acestor documente, în opinia contestatorului, acesta se face vinovată de nerespectarea prevederilor art. 167 alin. 1 lit. h) din Legea 98/2016.

În concluzie, față de toate considerentele prezentate, contestatorul solicită admiterea contestației așa cum a fost formulată.

Prin cererea de intervenție voluntară accesorie în interesul autorității contractante nr./....., înregistrată la CNSC sub nr. 08.10.2020, SC SRL, în calitate de lider al asocierii SC SRL – SRL – SRL, solicită încuviințarea, în principiu, a acesteia, și respingerea contestației formulată de SRL, ca nefondată, cu consecința menținerii, ca temeinice și legale, a actelor atacate.

Justificându-și interesul în a interveni în prezenta cauză, autorul cererii arată că nu există nici un motiv de nelegalitate a deciziei autorității contractante și/sau a raportului procedurii aferent lotului 3, susținerile contestatorului neputând fi validate, deoarece autoritatea contractantă a respectat toate condițiile prevăzute de legiuitor pentru a declara admisibilă și câștigătoare oferta sa.

Față de critica privind pretinsul acord de denaturare a concurenței, între societatea ... și SRL, pe care o apreciază calomnioasă, intervenientul precizează că, din înscrisurile probatorii la care face trimitere contestatorul, rezultă că cele două societăți au participare (asociați) și împuterniciți (reprezențați legali) diferiți, neputând fi astfel nici măcar prezumat vreun indiciu de incompatibilitate, conflict de interese și/sau înțelegeri de tipul indicat de contestator.

Referitor la celălalt aspect reclamat prin contestație, intervenientul apreciază că membrului asocierii, ... SRL, nu i se aplică dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, participarea acestei

societăți la procedurile aferente documentelor constatatoare indicate de contestator, nefiind efectuată în asociere cu vreunul dintre ceilalți membrii al asocierii ofertantă în prezenta cauză. Mai mult, se arată că, în raport de dispozițiile acordului de asociere nr. 119/02.07.2020, societatea în cauză nu se angajează în mod individual în raport cu, ci este un angajament comun, o ofertă comună și, implicit, o obligație solidară față de autoritatea contractantă. Astfel, plecând de la definiția acestei instituții civile – obligația solidară, potrivit intervenientului, cu atât mai mult se întărește ideea că situația expusă nu se subsumează unui motiv de excludere a ofertei comune a asocierii al cărei lider este.

Totodată, susține că înscrisurile invocate în probatoriu de contestator, nici nu pot fi apreciate elocvente/cu efecte juridice depline, documentele constatatoare „nr. 5969/20.03.2020, nr. 5968/20.03.2020 și nr 2664/06.02.2020”, emise de aceeași autoritate contractantă, nefiind urmate de acțiuni de recuperare a prejudiciilor pretinse.

Prin adresa nr. 226/08.10.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 43855/08.10.2020, contestatorul formulează un răspuns la cererea de intervenție, solicitând respingerea acesteia, în principal, ca tardivă, iar, în subsidiar, ca nefondată.

În ceea ce privește excepția tardivității cererii, contestatorul, invocând dispozițiile art. 17 alin. (3), precum și pe cele ale art. 5 din Legea nr. 101/2016, arată că față de data de 22.09.2020, la care autoritatea contractantă a publicat, în SEAP, contestația sa, termenul de 10 zile prevăzut de legiuitor pentru formularea cererii de intervenție era împlinit la data de, data formulării acesteia.

Pe fond, contestatorul subliniază faptul că intervenientul prezintă în susținere doar informații de ordin general, fără însă să a expune argumente care să combată criticile din contestație, respectiv nu infirmă existența unor legături de rudenie între reprezentanții legali ai celor două societăți în discuție.

De asemenea, arată că dispozițiile art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, obligă autoritatea contractantă la excluderea din procedură a oricărui operator economic care se află între-una din situațiile expres prevăzute de legiuitor, drept care, dacă acest operator face parte dintr-o asociere, obligația de excludere se răsfrânge și asupra asocierii, întrucât după depunerea ofertei, un membru al asocierii nu mai poate fi înlocuit. Mai mult, riscul transmiterii ofertei cade în sarcina operatorului economic care a transmis respectiva ofertă, în speță, asocierii, care avea obligația de a se asigura că niciunul dintre membrii său nu se află în situațiile de excludere expres prevăzute de lege.

Prin adresa nr. 15090/13.10.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 44582/14.10.2020, autoritatea contractantă formulează un răspuns la precizările contestatorului din cuprinsul concluziilor scrise, solicitând respingerea acestora, ca nefondate. În opinia sa, evaluarea mijloacelor de transport a fost realizată temeinic, pe parcursul procesului de atribuire, comisia de evaluare îndeplinindu-și atribuțiile prevăzute la art.

127 alin. (1) din HG nr. 395/2016. De asemenea, reiterează faptul că autorul contestației avea posibilitatea de a sesiza aspectele semnalate prin contestație încă de la data publicării în SEAP a declarației de participare.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, în vederea încheierii unui acord-cadru, împărțit pe loturi, având ca obiect „Furnizare și distribuție de fructe (mere), produse lactate (lapte UHT și iaurt) și produse de panificație (corn și biscuiți uscați) pentru preșcolari din grădinițele cu program normal de 4 ore de stat autorizate/acreditate și particulare acreditate și pentru elevii din învățământul primar și gimnazial de stat și particular, pentru anii școlari 2020-2021 și 2021-2022, în”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. CN1021543/ 02.06.2020 și a documentației de atribuire.

Potrivit documentului „Declarație de participare”, publicat în SEAP, asociat anunțului de participare, în cadrul procedurii au fost primite 9 oferte, iar, ulterior evaluării acestora, a fost întocmit raportul procedurii nr. 13326/03.09.2020, în cuprinsul căruia s-a consemnat modul de desfășurare al procedurii, ofertele respinse și pe cele admise, motivele care au stat la baza acestei decizii, precum și ofertele desemnate câștigătoare, pentru fiecare lot în parte.

Nemulțumit de rezultatul procedurii aferent lotului 3 – Produse de panificație: corn alternativ cu biscuiți uscați, comunicat prin intermediul adresei nr. 13326/03.09.2020, SC SRL (consemnând cauțiunea aferentă, potrivit dispozițiilor art. 611 din Legea nr. 101/2016), a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Având a se pronunța cu prioritate asupra excepției tardivității cererii de intervenție, invocată de contestator, Consiliul reține că, potrivit informațiilor regăsite în SEAP, autoritatea contractantă a publicat, pe această platformă, asociat anunțului de participare aferent prezentei proceduri, contestația formulată de SC DOBRE&FIII SRL, în data de 22.09.2020.

Potrivit dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, conform căroră *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...*, modul de calculare a termenelor în procedura de remedii regăsindu-se reglementat la art. 5 din același act normativ, respectiv alin. (1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei

zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului; alin. (2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare.

SC SRL, în calitate de lider al asocierii SC SRL – SRL – SRL, a înțeles să formuleze prezenta cerere de intervenție în litigiu, la data de, drept care, ținând cont de data publicării în SEAP a contestației, 22.09.2020, ultima zi în care acest demers putea fi întreprins, prin raportare la dispozițiile legale anterior citate, stabilește Consiliul că era data de 02.10.2020.

Astfel, se constată caracterul tardiv al cererii de intervenție formulată de SC SRL, în calitate de lider al asocierii SC SRL – SRL – SRL, Consiliul urmând a admite excepția invocată de contestator și a respinge, ca tardivă, cererea de intervenție.

Pe fond, examinând susținerile părților și documentele probatorii regăsite la dosarul cauzei, Consiliul reține că demersul de contestare în analiză este îndreptat împotriva deciziei de desemnare admisibile și câștigătoare a ofertelor depuse, pentru lotul 3, de asocierea ..., și, respectiv asocierea .., situate pe locurile 1 și 2 în clasamentul întocmit de autoritatea contractantă.

Ca prim aspect semnalat în motivarea criticilor sale, reține Consiliul, contestatorul reclamă incidența cazului de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. d) și alin. (5) lit. b) și c) din Legea nr. 98/2016, apreciind că există suficiente indicii rezonabile că ..., membrul al asocierii ofertante situată pe locul 1, și SRL, membru al asocierii clasată pe locul 2, au încheiat acorduri care vizează denaturarea concurenței, dat fiind că:

- sediul social al societății .. se regăsește la aceeași adresă la care societatea SRL are deschis un punct de lucru;

- între asociații celor două societăți există o legătură de rudenie, având în vedere că numele de familie al acestora este același, respectiv POP Aurore – asociat unic al ..., și ... asociat unic al SRL.

Analizând documentele probatorii regăsite la dosarul cauzei, se confirmă prima situație expusă de contestator, respectiv faptul că cele două societăți indicate mai sus își au sediul, respectiv, punctul de lucru la adresa „...”. Acest aspect rezultă din informațiile regăsite în certificatele constatatoare eliberate de ONRC (dosarul achiziției, pag. 408 - SRL, pag. 524 - ...).

De asemenea, din aceleași înscrisuri, rezultă că asociat unic și administrator al SRL este ..., iar asociat unic și administrator al ...

De altfel, în probatoriul cauzei, pe lângă cele sesizate de contestator, mai există și alte indicii care ridică suspiciuni privind o posibilă legătură existentă între cele două societăți, cu titlu de exemplu putându-se observa că numărul de telefon indicat în DUAE, la date de contact, de către ..., este același cu cel menționat atât în DUAE, cât și în certificatul constatator eliberat de ONRC aparținând SRL.

Relevante în soluționare vor fi reținute următoarele dispoziții regăsite în Legea nr. 98/2016:

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

alin. (5) *În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. d) se consideră că autoritatea contractantă are suficiente indicii plauzibile pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alți operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză în următoarele situații, reglementate cu titlu exemplificativ: b) în cadrul organelor de conducere a 2 sau mai multor operatori economici participanți la procedura de atribuire se regăsesc aceleași persoane sau persoane care sunt soț/soție, rudă sau afin până la gradul al doilea inclusiv ori care au interese comune de natură personală, financiară sau economică sau de orice altă natură;*

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

Așadar, se observă că legiuitorul a înțeles să sancționeze orice ofertant atunci când se constată că acesta a acționat în sensul denaturării concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura de atribuire la care participă.

Reglementările din domeniul concurenței, atât la nivel național, cât și la nivel european, interzic înțelegerile anticoncurențiale (scrise/verbale) între doi sau mai mulți operatori economici sau orice altă formă prin care aceștia își coordonează comportamentul pe o piață relevantă, de natură a influența, printre altele, rezultatele procedurilor de achiziție publică.

În opinia Consiliului, deși probele regăsite la dosar nu certifică, dincolo de orice dubiu, prezența unor înțelegeri anticoncurențiale între cele două societăți în discuție, identitatea de nume existentă între administratorii/asociații unici ai acestora, coroborat cu faptul că ambele își au sediul, respectiv punctul de lucru, la aceeași adresă, reprezintă suficiente indicii rezonabile care să determine autoritatea contractantă la efectuarea unor demersuri de clarificare, prin obținerea, de exemplu, a unor explicații din partea ofertanților referitoare la in/existența între cei doi administratori/asociați, a unor legături de rudenie, în sensul precizărilor regăsite la art. 167 alin. (5) lit. b) anterior citat.

Această soluție se impune, chiar dacă autorul contestației a individualizat, ca asociat unic al SRL, pe dl ..., iar, din probatoriul administrat, rezultă că dl. ... are calitatea de asociat unic, numit, drept administrator, la data de 07.09.2017, conform certificatului constatator eliberat de ONRC.

De asemenea, în funcție de răspunsul primit din partea celor două societăți, comisia de evaluare este ținută să respecte inclusiv dispozițiile

art. 167 alin. (6) și (7) din același act normativ, potrivit cu care „Înainte de excluderea unui operator economic în temeiul alin. (1) lit. d), autoritatea contractantă solicită în scris Consiliului Concurenței punctul de vedere cu privire la indiciile identificate care vizează denaturarea concurenței în cadrul sau în legătură cu procedura de atribuire în cauză, pe care acesta îl va înainta în termen de maximum 15 zile”, respectiv „Autoritatea contractantă are obligația furnizării tuturor informațiilor solicitate de Consiliul Concurenței, în vederea formulării punctului de vedere, conform dispozițiilor alin. (6)”.

Pe cale de consecință, critica din contestație va fi admisă, însă doar sub aspectul obligării autorității contractante la efectuarea verificărilor în vederea clarificării situației cu cei doi operatori economici, respectiv, dacă este cazul, la respectarea prevederilor art. 167 alin. (6) și (7) din Legea nr. 98/2016, o eventuală excludere a acestora din procedură, așa cum solicită contestatorul, neputând fi adoptată la acest moment, în lipsa demersurilor de mai sus.

Următoarea critică vizează situația asocierii ..., ... SRL și .. și anume, incidența, în opinia contestatorului, a cazului de excludere regăsit la art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016, în privința asociatului SRL, urmare a existenței pe numele acestuia, a mai multor documente constatatoare negative din care rezultă rezilierea contractelor și obligarea la repararea unui prejudiciu.

În susținere, contestatorul face trimitere la următoarele documente:

- Documentul constatator nr. 5993/20.03.2019, emis de Județul Harghita, prin care se reține neîndeplinirea acordului-cadru nr. 24513/09.11.2016, respectiv a contractului subsecvent de furnizare nr. 21147/08.09.2018, pentru lotul 23, abateri care au condus la rezilierea contractului și la crearea unui prejudiciu în cuantum de 9.098,65 lei;

- Documentul constatator nr. 5969/20.03.2019, emis de Județul Harghita, prin care se reține neîndeplinirea acordului-cadru nr. 24471/09.11.2016, respectiv a contractului subsecvent de furnizare nr. 21121/08.09.2018, pentru lotul 4, abateri care au condus la rezilierea contractului și la crearea unui prejudiciu în cuantum de 25.543,10 lei;

- Documentul constatator nr. 5968/20.03.2019, emis de Județul Harghita, prin care se reține neîndeplinirea acordului-cadru nr. 24526/09.11.2016, respectiv a contractului subsecvent de furnizare nr. 21150/08.09.2018, pentru lotul 20, abateri care au condus la rezilierea contractului și la crearea unui prejudiciu în cuantum de 11.720,50 lei;

- Documentul constatator nr. 2664/06.02.2019, emis de Județul Harghita, prin care se reține neîndeplinirea acordului-cadru nr. 24528/09.11.2016, respectiv a contractului subsecvent de furnizare nr. 21151/07.09.2018, pentru lotul 19, abateri care au condus la rezilierea contractului și la crearea unui prejudiciu în cuantum de 94.855,35 lei.

În același sens, se face trimitere și la un alt contract de achiziție publică, respectiv cel încheiat de acest operator economic cu autoritatea contractantă - Județul Cluj, a cărui reziliere a format obiectul dosarului nr. 1520/117/2018 aflat pe rolul Curții de Apel Cluj.

Analizând actele normative incidente, Consiliul reține aplicabile dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 care stabilesc:

(1) *Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:*

*g) operatorul economic **și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice**, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.*

De asemenea, dispozițiile art. 171 din același act normativ prevăd măsuri de atenuare a acestei sancțiuni, după cum urmează: (1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la [art. 164](#) și [167](#) care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.

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

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

(3¹) Autoritatea contractantă evaluează măsurile luate de operatorii economici și dovedite în conformitate cu prevederile [alin. \(3\)](#), ținând seama de gravitatea și circumstanțele particulare ale infracțiunii sau abaterii avute în vedere.

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

Totodată, [alin. \(5\)](#) al aceluiași articol mai sus evocat stabilește:

(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.

Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016 stabilesc următoarele:

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

(...)

b) pentru contractele de servicii atribuite printr-o procedură de atribuire, altele decât contractele de servicii de proiectare: în termen de 14 zile de la data finalizării prestării serviciilor care fac obiectul respectivului contract/contract subsecvent; (...)

(3) Autoritatea contractantă are următoarele obligații:

a) să elibereze un exemplar al documentului constatator contractantului;

b) să păstreze un exemplar la dosarul achiziției publice.

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

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

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

(8) Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, **comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.**

În contextul dispozițiilor legale citate mai sus, pentru aplicarea motivului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, este necesar să fie îndeplinite următoarele condiții cumulative:

- încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale;
- încălcarea obligațiilor principale să fi intervenit în derularea unuia dintre următoarele tipuri de contracte încheiate anterior: contract de achiziții publice, contract sectorial, contract de concesiune;
- încălcarea gravă sau repetată a obligațiilor principale să fi condus la una din următoarele consecințe (sanțiuni): încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese, alte sancțiuni comparabile.

Condițiile cumulative arătate sunt completate de precizările aduse de art. 171 din Legea nr. 98/2016, prin alin. (1)-(3²) în sensul furnizării dovezilor pentru demonstrarea credibilității și care, în cazul în care sunt apreciate ca suficiente, înlătură măsura excluderii, și prin alin. (5) lit. b), în sensul că perioada de timp scursă de la momentul la care s-au petrecut evenimentele (încălcările obligațiilor principale) să nu fi depășit o perioadă de 3 ani.

Cădea în sarcina autorității contractante, verificarea aspectelor anterior subliniate. Or, din niciun document regăsit în dosarul achiziției nu reiese o analiză în sensul arătat anterior.

În Anexa 3.4 și 3.5 la Procesul-verbal, înregistrat sub nr. 10855/22.07.2020 privind evaluare a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de

calificare, relativ la motivele de excludere, există menționat, în dreptul fiecărui asociat „Conform DUAE prezentat, operatorul economic nu se află în situațiile prevăzute la art. 164, 165, 167 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare”.

Se are în vedere că prin fișa de date a achiziției, la cap. III.1.1.a) *Situația personală a candidatului sau ofertantului*, autoritatea contractantă a solicitat: *Ofertanții/Terții susținători/Subcontractanții participanți la procedură nu trebuie să se regăsească în situațiile prevăzute la art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016, cu modificările și completările ulterioare.*

Informații și formalități necesare pentru evaluarea respectării cerințelor:

1. *Neîncadrarea în prevederile art.164 din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare – se va completa DUAE,*

2. *Neîncadrarea în prevederile art.165 din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare – se va completa DUAE,*

3. *Neîncadrarea în prevederile art.167 din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare – se va completa DUAE,*

4. *Neîncadrarea în prevederile art.59 din Legea nr.98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare – se va completa DUAE.*

Prin DUAE prezentat în procedură, la partea III Motive de excludere, punct C Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, la subpunctul Încetare anticipată, daune interese sau alte sancțiuni comparabile asociatul SRL a bifat NU.

Este adevărat că autoritatea contractantă era obligată să accepte informațiile furnizate de acesta, în măsura în care nu existau alte informații/documente care să confirme contrariul, însă, văzând cele reclamate de ..., ar fi avut deschisă calea remedierii, știut fiind faptul că, potrivit dispozițiilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, *după primirea contestației, autoritatea contractantă **poate adopta măsurile de remediere pe care le consideră necesare ca urmare a contestației**, în cel mult trei zile de la primirea contestației.*

Cu toate acestea, autoritatea contractantă a preferat să rămână în pasivitate, limitându-se la a susține că nu a constatat neconformități în urma verificării DUAE și a celorlalte documente suport.

Or, această lipsă de acțiune nu poate convinge asupra faptului că achizitoarea a înțeles că operațiunea de verificare (evaluare) a ofertelor nu este una abstractă. Insuficiența actualei evaluări este vădită în contextul în care autoritatea nu poate admite și, implicit, desemna câștigătoare o ofertă fără a verifica în prealabil, cu atenție sporită, dacă se încadrează într-una dintre situațiile de excludere reglementate. Orice decizie a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, materializată într-un act de evaluare. În lipsa unor verificări detaliate (în contextul în care la acest moment i s-au adus la cunoștință informații care ar putea ridica suspiciuni asupra veridicității celor declarate de ofertant), activitatea de evaluare a ofertelor devine una conjuncturală, subiectivă și arbitrară, comisia de evaluare putând să declare admisibilitatea unei oferte, chiar dacă ea nu este pe deplin justificată.

Consiliul nu poate face în locul comisiei de evaluare analiza pe care aceasta din urmă este obligată să o înfăptuiască, nu se poate substitui atribuțiilor comisiei, precizate la art. 127 și următoarele din HG nr. 395/2016, rolul său de organism administrativ-jurisdicțional fiind acela de examinare din punct de vedere al legalității și temeiniciei actul atacat, așa cum impune art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, și nu de analizare a ofertelor, inclusiv sub aspectele ce ar putea atrage o eventuală excludere a asocierii al cărei membru este SRL. Argumentele contestației nu pot fi analizate decât în raport cu un act de evaluare a ofertei concurente sub aspectele de mai sus.

În ceea ce privește afirmația contestatoarei potrivit căreia oferta asocierii ... ar fi trebuit exclusă din procedură având în vedere aplicabilitatea, în cazul asociatului SRL, a dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, aceasta nu va fi primită, câtă vreme, la acest moment (când se constată lipsa unei analize din partea autorității), nu s-a demonstrat că declarația acestui asociat a produs efecte în procedură, respectiv cele declarate la nivelul DUAE au avut o influență determinantă asupra deciziei de atribuire. În acest sens este și jurisprudența europeană, relevantă fiind Hotărârea CJUE din 4 mai 2017, pronunțată în cauza C-387/14 având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Camera Națională de Recurs, Polonia, prin decizia din 25 iulie 2014, în procedura Esaprojekt sp. z.o.o. împotriva Wojewodztwo Lodzkie, în cuprinsul căreia s-au reținut, printre altele, că:

66 Prin intermediul celei de a șasea întrebări, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă articolul 45 alineatul (2) litera (g) din Directiva 2004/18, care permite excluderea unui operator economic de la participarea la un contract de achiziții publice, printre altele în cazul în care sa făcut grav vinovat de declarații false prin furnizarea informațiilor solicitate de autoritatea contractantă, trebuie interpretat în sensul că poate fi aplicat atunci când aceste informații sunt de natură să influențeze rezultatul cererii de ofertă, independent de faptul dacă operatorul economic a acționat cu intenție.

67 Pentru a răspunde la această întrebare, trebuie amintit că articolul 45 din Directiva 2004/18 prevede la alineatele (1) și (2) o serie de motive, obligatorii și, respectiv, facultative, de excludere de la participarea la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice a unui ofertant, motive care privesc situația personală a acestuia.

68 În particular, în sensul articolului 45 alineatul (2) litera (g) din directiva menționată, **un operator economic poate fi exclus de la participarea la un contract de achiziții publice în cazul în care sa făcut „grav vinovat” de declarații false prin furnizarea informațiilor solicitate de autoritatea contractantă sau nu a furnizat aceste informații.**

69 Prin intermediul întrebării adresate, Krajowa Izba Odwoławcza (Camera Națională de Recurs) solicită să se stabilească dacă, în scopul aplicării acestei dispoziții, este necesar ca ofertantul să fi acționat cu intenție, iar informațiile prezentate autorității contractante să fi influențat sau să fi putut influența rezultatul cererii de ofertă.

70 În această privință, se impune, în primul rând, să se arate că textul articolului 45 alineatul (2) litera (g) din Directiva 2004/18 nu conține nicio referire la comportamentul intenționat al operatorului economic. Prin urmare, constatarea unei astfel de conduite nu poate fi considerată drept un element necesar pentru

excluderea unui asemenea operator de la participarea la un contract de achiziții publice.

71 Dimpotrivă, **pentru a considera candidatul ofertant ca fiind „grav vinovat” în sensul dispoziției menționate și al exclude astfel de la un contract de achiziții publice, este suficient ca acesta să se fi făcut răspunzător de o neglijență de o anumită gravitate, și anume o neglijență de natură să aibă o influență determinantă asupra deciziilor de excludere, de selectare sau de atribuire a unui contract de achiziții publice. (...)**

76 Or, după cum reiese din decizia de trimitere, **declarațiile și informațiile furnizate de operatorul economic în cauză au influențat într-adevăr rezultatul procedurii de atribuire a contractului în discuție în litigiul principal. Astfel, potrivit Krajowa Izba Odwoławcza (Camera Națională de Recurs), Konsultant Komputer a câștigat cererea de ofertă tocmai pe baza acestor declarații și a acestor informații.**

În contextul mai sus enunțat, se impune reverificarea condițiilor de admisibilitate a ofertei asocierii ..., ... SRL și ..., prin prisma împrejurărilor referitoare la incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. g) și h) din Legea nr. 98/2016, precum și a situațiilor de excepție reglementate de art. 171 alin. (1), (2), (3), (31) și (32) și (5) din HG nr. 395/2016, prin raportare la documentele constatatoare emise pe numele asociatului SRL, invocate de autorul contestației.

Față de apărările autorității contractante din cuprinsul punctului de vedere, Consiliul apreciază lipsit de relevanță rolul pe care asociatul SRL îl îndeplinește în cadrul asocierii ofertantă în prezenta procedură, legiuitorul nefăcând niciun fel de distincție în acest sens în legătură cu verificarea și aplicarea situațiilor de excludere a unui operator economic din cadrul atribuirii unui contract de achiziție publică.

De asemenea, contrar susținerilor autorității contractante, Consiliul reține că, pentru a formula contestație, autorul acesteia trebuie să justifice un interes care, în cazul de față, s-a născut prin emiterea actului considerat vătămător, respectiv rezultatul procedurii conform căruia cele două oferte contracandidate au fost considerate admisibile și câștigătoare.

Totodată, nu are importanță, în prezenta speță, comportamentul adoptat de contestator în cadrul altor proceduri de achiziție publică, dreptul de a contesta fiind unul propriu, exercitat în funcție de interesele sale.

Nu în ultimul rând, față de alegațiile contestatorului vizând forma incompletă a dosarului achiziției transmis de autoritatea contractantă, Consiliul reține că documentele probatorii aflate la dosarul cauzei sunt suficiente pentru soluționarea criticilor din cuprinsul contestației cu a cărei soluționare a fost investit, și prin care s-a reclamat admisibilitatea celor două asocieri concurente și desemnate câștigătoare, doar prin prisma cazurilor de excludere, fără niciun fel de referire la evaluarea tehnică sau financiară a acestora. În acest context, ținând cont de principiul disponibilității care guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului [art. 9 alin. (2) C. proc. civ. - obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților], documentele pe care contestatoarea arată că nu le-a regăsit la dosarul

cauzei, cu ocazia studierii acestuia la sediul CNSC, nu prezintă relevanță în soluționarea contestației, actele probatorii fiind suficiente pentru edificarea asupra diferendului dedus judecății.

Referirile contestatorului la modul de evaluare a cerinței privind mijloacele de transport, din cuprinsul concluziilor scrise, au fost reținute ca argumente în susținerea criticilor din contestație.

Luând în considerare cele anterior expuse, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă, va anula raportul procedurii nr. 13326/03.09.2020, în partea referitoare la lotul 3, privind evaluarea ofertelor depuse de asocierea ..., și, respectiv, asocierea ISIS-PAN, GTPD SRL, ... SRL și ..., precum și actele subsecvente, și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor menționate, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare, în termen de 20 de zile de la primirea deciziei.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din același act normativ, respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la excluderea, din procedură, a asocierii ..., și, respectiv a asocierii ...

Ținând cont de dispozițiile art. 17 alin (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă, Consiliul va respinge, ca tardivă, cererea de intervenție formulată de SC SRL, în calitate de lider al asocierii SC SRL – SRL – SRL.

Cu privire la cererea contestatorului de plată a cheltuielilor ocazionale de judecarea contestației (onorariu avocațial), ea este supusă dispozițiilor art. 26 alin. (9) din lege – *Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Quantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației.* –, precum și celor aplicabile în mod corespunzător din Codul de procedură civilă. Probatoriul cauzei a relevat că autoritatea contractantă s-a aflat în culpă, întrucât nu au fost respectate, în procesul de evaluare, toate normele privind achizițiile publice. Fiind în culpă, se impune ca achizitoarea să suporte cheltuielile efectuate de reclamantă.

În consecință, observând că există cheltuieli avansate de contestator în soluționarea contestației, Consiliul consideră întemeiată și va admite solicitarea de obligare a autorității contractante aflate în culpă la plata cheltuielilor efectuate de aceasta în cursul soluționării contestației.

În acest sens, reține că la dosarul cauzei a fost depusă factura nr. 27/22.09.2020, în suma de 5.000 lei, reprezentând „*onorariu avocat conform art. 2.1 din Contractul de asistență juridică nr. 2379720/21.09.2020*”, achitată de societatea contestatoare prin tranzacție interbancară la 22.09.2020, pentru Cabinetul de Avocat „CA

Ilioiu Elena Carmella Beatrice". De asemenea, la dosarul cauzei se regăsește înputernicirea avocațială seria B5392230/21.09.2020, emisă în baza contractului de asistență juridică nr. 2379720/21.09.2020, precum și o copie a acestuia.

Pornind de la dispozițiile art. 26 alin. (9) precitate, coroborate cu cele ale art. 453 alin. (2) C. proc. civ. – când cererea a fost admisă numai în parte, judecătorii vor stabili măsura în care fiecare dintre părți poate fi obligată la plata cheltuielilor de judecată –, și văzând că pretențiile petentei din cuprinsul contestației au fost admise doar în parte, Consiliul urmează a reduce quantumul sumei pretinse cu titlu de cheltuieli de soluționare la 3.333,34 lei, față de care autoritatea contractantă va fi obligată la plata către contestator.

Față de situația cheltuielilor de judecată, prin Decizia nr. 3/2020, ÎCCJ (Complet RIL) a admis recursul în interesul legii formulat de Colegiul de conducere al Curții de Apel Brașov și, în consecință, a stabilit că în interpretarea și aplicarea unitară a dispozițiilor art. 488 alin. (1) din Codul de procedură civilă, motivul de recurs prin care se critică modalitatea în care instanța de fond s-a pronunțat, în raport cu prevederile art. 451 alin. (2) din Codul de procedură civilă, asupra proporționalității cheltuielilor de judecată reprezentând onorariul avocaților, solicitate de partea care a câștigat procesul, nu se încadrează în motivele de casare prevăzute de art. 488 alin. (1) din Codul de procedură civilă.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit 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, în parte, contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă. Anulează raportul procedurii nr. 13326/03.09.2020, în partea referitoare la lotul 3, privind evaluarea ofertelor depuse de asocierea ... și ..., și, respectiv asocierea ..., precum și actele subsecvente. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor menționate, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare, în termen de 20 de zile de la primirea deciziei.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind obligarea autorității contractante la excluderea din procedură, a asocierii ... și .., și, respectiv a asocierii

Obligă autoritatea contractantă la plata către SRL a sumei de 3.333,34 lei, reprezentând cheltuieli parțiale efectuate pentru formularea contestației.

Respinge, ca tardivă, cererea de intervenție formulată de SC SRL, în calitate de lider al asocierii SC SRL – SRL – SRL.

Obligatorie.

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 COMPLET,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....