# 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, +40218900745 www.cnsc.ro


**În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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 contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ...../....., înaintată de ..... SA, cu sediul în ....., ..., județul ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin ..... – Director general, împotriva rezultatului procedurii ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 14001/15.05....., emis de COMUNA ....., cu sediul în comuna ....., str. Libertății nr. 122, județul ....., în calitate de autoritate contractantă în procedura simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect ”Piatră de carieră concasată granit tip dacit”, cu anunț de participare simplificat nr. ....., publicat în SEAP la data de ....., s-a solicitat Consiliului .....

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

..... SA atacă rezultatul procedurii ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 14001/15.05....., emis de COMUNA ....., în calitate de autoritate contractantă în procedura de atribuire mai sus arătată, apreciind că respingerea ofertei sale este urmarea unei analize superficiale a situației de fapt și a raportării acesteia la textele de lege pretins incidente.

Contestatoarea precizează că oferta sa a fost exclusă din procedură în temeiul prevederilor art. 167 alin. (1) lit. c) și alin. (4), raportat la art. 164 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, fără a fi incidente prevederile art. 171 alin. (5) lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016, întrucât, în urma verificării Certificatului Constatator nr. 30455/02.05....., emis de ORC ....., comisia de evaluare ar fi constatat existența mențiunii privind

trimiterea în judecată a societății contestatoare, sub aspectul săvârșirii infracțiunilor prevăzute de art. 32 Cod penal, raportat la art. 244 din Codul penal, cu aplicarea art. 5 Cod penal.

Din analiza textelor de lege invocate de autoritatea contractantă, reiese că, pentru excluderea din procedură a ofertei sale, trebuie îndeplinite cumulativ următoarele condiții:

a) Ofertantul a "comis o abatere profesională gravă care îi pune în discuţie integritatea" sau este "supus unei proceduri judiciare de investigaţie în legătură cu săvârşirea uneia/unora dintre faptele prevăzute la art 164 alin (1)":

b) niciuna dintre cauzele de neincidența prevăzute expres de legiuitor prin prevederile art 171 alin (5) lit a) si b) din Legea nr 98/2016 nu poate fi constatată.

Din cercetarea înscrisurilor ce compun oferta sa, în opinia contestatoarei, rezultă că niciuna dintre condițiile sus evocate nu este îndeplinită, pentru excluderea ei din procedură, întrucât din certificatul constatator emis de ORC de pe lângă Tribunalul ..... reiese că SC NAPOCA SA a fost trimisă în judecată pentru săvârșirea infracţiunilor prevăzute de art. 32, raportat la art. 244 din Codul penal (Legea nr. 286/2009), însă infracţiunile pentru care este trimisă în judecată nu fac parte dintre cele avute în vedere de legiuitor prin prevederile art. 164 alin. (1).

Contestatoarea mai menționează că faptele, pentru care a fost pusă în mișcare acțiunea penală și a fost dispusă transmiterea în judecată a ..., au fost săvârșite în perioada 2012-2013, așa cum reiese din plângerea penală nr. 1435/28.01.2014, formulată de ..., acestea fiind anterioare datei de 28.01.2014, iar procedura de achiziție, ce face obiectul prezentei contestații, s-a demarat la data de 03.04....., adică după trecerea unui termen de 3 ani.

Contestatoarea mai arată că oferta sa nu se află sub incindența prevederilor art. 167 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016, dat fiind că infracţiunile pentru care societatea a fost trimisă în judecată nu se regăsesc printre infracţiunile expres și limitativ precizate de legiuitor prin prevederile art. 164 din acelaşi act normativ.

Pe de altă parte, chiar în ipoteza în care prevederile art 167 alin. (1) lit. c), coroborate prevederilor alin. (4) al aceluiaşi articol din Legea nr. 98/2016 și raportate prevederilor art. 164 din acelaşi act normativ, ar fi incidente în cauză, ceea ce nu poate fi rezonabil pretins și probat, ar opera în favoarea ofertantului excepţia instituită de legiuitor prin prevederile art. 171 alin (5) lit. b) din Legea nr 98/2016, dat fiind momentul săvârșirii respectivelor fapte.

De asemenea, deși infracțiunile nu sunt printre cele limitativ precizate de legiuitor prin prevederile art. 164 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare a decis excluderea ofertei pe baza mențiunilor înscrise în certificatul ORC, fără să observe că dosarul penal la care se face referire în certificatul constatator este din anul 2014 și fără să solicite clarificări, în raport cu prevederile art. 168 alin. (1) și cele ale art. 171 alin. (1), (2) și (3) din Legea nr. 98/2016.

Concluzionând, contestatoarea apreciază că nu rezultă din certificatul constatator că oferta sa intră sub incidența prevederilor invocate de autoritatea contractantă în comunicarea rezultatului procedurii. Mai mult, în măsura în care autoritatea contractantă, cu greşita stabilire a cadrului normativ incident, apreciază că o ofertă se află sub incidența unui caz de excludere prevăzut de art. 164 și 167 din Legea nr 98/2016, i-ar fi revenit obligația legală de clarificare a situației juridice a ofertantului, date fiind prevederile art. 168 alin. (1) și cele ale art. 171 alin. (1), (2) și (3) din Legea nr 98/2016, ignorate de către comisia de evaluare.

Având în vedere motivele expuse, contestatoarea solicită anularea actelor conținând decizia de respingere a ofertei sale, ce trebuie reevaluată, cu luarea ei în considerare, ca fiind admisibilă.

Prin adresa nr. 15863/06.06....., înregistrată la CNSC sub nr. 22562/08.06....., autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație și copii ale documentelor din dosarul achiziției publice, solicitând respingerea acesteia și menținereaca legală și temeinică, a deciziei comisiei de evaluare.

Raportat la criticile contestatoarei, autoritatea contractantă precizează că, din analiza certificatului constatator solicitat contestatoarei, comisia de evaluare a constatat, având la bază dovezi de necontestat, respectiv faptul că ..... SA este supusă unei proceduri judiciare de investigație, pentru săvârșirea faptelor penale prevăzute și sancționate de art. 18¹ alin. (1) și (3) din Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea sancţionării faptelor de corupţie, iar conform prevederilor art 164 alin lit c) și art 167 alin 1. lit. c) din Legea nr 98/2016 privind achiziţiile publice, autoritatea contractantă are obligaţia de a o exclude din procedura de atribuire.

În ceea ce privește opinia contestatorei potrivit căreia, în conformitate cu prevederile art 171 alin.5 lit. a) si b), nu trebuia exclusă din procedura de atribuire, pentru că a expirat perioada de 5 și, respectiv, 3 ani, de la data hotărârii definitive de condamnare, adică "de la data apariţiei situaţiei, săvârşirii faptei sau producerii evenimentului relevant", autoritatea contractantă susține că aceasta nu poate fi acceptată, întrucât legiuitorul dispune aplicarea acestor măsuri doar "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".

Or, în speţa de fată, nu pot fi aplicate aceste prevederi, întrucât în dosarul penal 597/57/2015, aflat spre soluționare pe rolul Curții de Apel Alba Iulia, nu s-a emis o hotărâre definitivă de condamnare care să poată fi coroborat cu art. 171 alin. (5) lit. a) și b) din Legea nr. 98/2016.

Față de cele expuse în punctul de vedere, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate de ..... SA și menținerea, ca legală și temeinică, a deciziei comisiei de evaluare nr. 14001 din 15.05.....

Faţă de susţinerile părţilor şi de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reţine cele ce urmează:

Pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect ”Piatră de carieră concasată granit tip dacit”, cod CPV 14212320-9 – Granit concasat (Rev.2), COMUNA ..... (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura simplificată, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ..... din ....., precum și a documentației de atribuire aferente.

Împotriva deciziei autorității contractante de a-i exclude oferta, depusă în cadrul procedurii de atribuire (măsură ce i-a fost comunicată prin adresa nr. 14001/15.05.....), ..... SA a înaintat Consiliului contestația de față (după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând anularea adresei de comunicare a rezultatului, a raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente, precum și reluarea evaluării ofertei sale.

Văzând motivele de excludere a ofertei, reținute de autoritatea contractantă și comunicate prin adresa nr. 14001 din 15.05....., Consiliul constată că ele se bazează pe faptul că s-a constatat săvârșirea, de către contestatoare, a unor fapte de natură penală, pentru care prevederile art. 167 alin. (1) lit. c) și art. 164 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, stabilesc obligația excluderii.

Conform cu mențiunile din Certificatul Constatator (nr. 30455 din 02.05.....) emis de ONRC de pe lângă Tribunalul ....., contestatoarea a fost trimisă în judecată pentru tentativă la săvârșirea (în concurs) infracțiunilor prevăzute de art. 244 din Codul penal și art. 181 din Legea nr. 78/2000, adică infracțiunile de Înşelăciune și Folosirea sau prezentarea cu rea-credinţă de documente ori declaraţii false, inexacte
*sau incomplete*.

Conform amintitului articol din Codul penal, infracțiunea de Înșelăciune constă în:

*Art. 244. - (1) Inducerea în eroare a unei persoane prin prezentarea ca adevărată a unei fapte mincinoase sau ca mincinoasă a unei fapte adevărate, în scopul de a obţine pentru sine sau pentru altul un folos patrimonial injust şi dacă s-a pricinuit o pagubă, se pedepseşte cu închisoarea de la 6 luni la 3 ani.*

*(2) Înşelăciunea săvârşită prin folosirea de nume sau calităţi mincinoase ori de alte mijloace frauduloase se pedepseşte cu închisoarea de la unu la 5 ani. Dacă mijlocul fraudulos constituie prin el însuşi o infracţiune, se aplică regulile privind concursul de infracţiuni.*

*(3) Împăcarea înlătură răspunderea penală.*

De asemenea, în raport cu prevederile Legii nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea şi sancţionarea faptelor de corupţie, *Secțiunea Infracţiuni împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene,* este infracțiune și fapta prevăzută la Art. $18^1$: *Folosirea sau prezentarea cu rea-credinţă de documente ori declaraţii false, inexacte sau incomplete, dacă fapta are ca rezultat obţinerea pe nedrept de fonduri din bugetul*

*general al Uniunii Europene sau din bugetele administrate de aceasta ori în numele ei, se pedepseşte cu închisoare de la 2 la 7 ani şi interzicerea unor drepturi.*

Prin urmare, Consiliul consideră că faptele în cauză se află printre motivele de excludere precizate la art. 167 alin. (4) din Legea nr. 98/2016: *Dispoziţiile alin. (1) lit. c) sunt aplicabile şi în situaţia în care operatorul economic sau una dintre persoanele prevăzute la art. 164 alin. (2) este supusă unei proceduri judiciare de investigaţie în legătură cu săvârşirea uneia/unora dintre faptele prevăzute la art. 164 alin. (1).*

Astfel, Consiliul consideră că autoritatea contractantă a apreciat corect că oferta în cauză este afectată de regulile de admisibilitate ce interzic lipsa credibilității autorului ei datorită săvârșirii unei fapte penale.

Cât privește termenul în care poate interveni excluderea din procedură, de la data săvârșirii faptei, față de care contestatoarea pretinde că a fost depășit, iar autoritatea contractantă consideră că nu este incident, prin raportare la dispozițiile art. 171 alin. (5), Consiliul constată că ambele părți se află în confuzie.

Conform textului invocat: *(5) 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:*

*a) dacă, în cazul faptelor prevăzute la art. 164, a expirat o perioadă de 5 ani de la data hotărârii definitive de condamnare;*

*b) dacă, 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.*

În cauza de față, fapta contestatoarei nu a fost reținută ca infrtacțiune, printr-o hotărâre definitivă a instanței, ci a fost calificată ca atare, prin punerea în mișcare a acțiunii penale. În consecință, termenul general de excludere, care îi este opozabil contestatoarei, este cel de 3 ani de la săvârșirea faptei penale, ce rezultă din prevederile literei b) a alineatului sus evocat.

Astfel, coroborând dispozițiile Legii 98/2016 cu cele din Codul de procedură penală (art. 15 și art. 16 alin. 1 lit a), săvârșirea faptei penale determină începerea acțiunii penale, moment cert al începerii termenului de excludere amintit, începere bazată pe existența presupunerii rezonabile a săvârșirii unei infracțiuni. Astfel, amintitele prevederi ale Codului de procedură penală au cuprinsul următor:

*Art. 15. - Acţiunea penală se pune în mişcare şi se exercită când există probe din care rezultă presupunerea rezonabilă că o persoană a săvârşit o infracţiune şi nu există cazuri care împiedică punerea în mişcare sau exercitarea acesteia.*

*Cazurile care împiedică punerea în mişcare şi exercitarea acţiunii penale*

*Art. 16. - (1) Acţiunea penală nu poate fi pusă în mişcare, iar când a fost pusă în mişcare nu mai poate fi exercitată dacă: a) fapta nu există.*

În consecință, Consiliul consideră nefondate și criticile legate de pretinsa depășire a termenului de excludere (3 ani de la săvârșirea faptei), care ar afecta decizia atacată.

Cu toate acestea, Consiliul constată că autoritatea contractantă a ignorat dispozițiile art. 171 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, întrucât nu a solicitat informații de certitudine, privitoare la lipsa credibilității ofertantului, înainte de excluderea sa: (*1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situaţiile prevăzute la art. 164 şi 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-şi 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 credibilităţii, autoritatea contractantă nu exclude operatorul economic din procedura de atribuire.*

Astfel, apare ca nefiind finalizat procesul de evaluare a ofertei contestatoarei, sub aspectul existenței certe a motivului de excludere în discuție, contrar dispozițiilor art. 132 alin. (1) și (2) din Norma de aplicare a Legii nr. 98/2016, aprobată prin HG nr. 395/2016: *(1) În cazul în care, în cadrul documentaţiei de atribuire, a fost prevăzută obligaţia îndeplinirii unor criterii de calificare şi selecţie formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. IV secţiunea a 6-a paragraful 1 din Lege, comisia de evaluare are obligaţia verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conţinutului DUAE.*

*(2) Comisia de evaluare are obligaţia solicitării documentelor doveditoare privind îndeplinirea criteriilor de calificare ofertantului clasat pe primul loc în urma aplicării criteriului de atribuire.*

Înainte de a respinge oferta contestatoarei, pentru motivele de excludere amintite, autoritatea contractantă trebuia să-i solicite opinia asupra deținerii unor dovezi concrete de credibilitate în raport cu motivele în cauză. În lipsa acestui demers, Consiliul constată că autoritatea contractantă a emis decizia de excludere contrar regulilor amintite în Lege, motiv pentru care solicitarea anulării ei, aparținând contestatoarei, este întemeiată.

În același timp, fără a se impune anularea în tot a raportului procedurii de atribuire, ci doar a măsurii de excludere emise față de oferta contestatoarei, Consiliul constată că și solicitarea de constatare a admisibilității ofertei este neîntemeiată. Întrucât nu s-a finalizat procesul de evaluare a ofertei, în privința motivelor de excludere analizate, iar alte aspecte de in/acceptabilitate nu au fost puse în discuție, nu se poate

constata admisibilitatea acesteia, reglementată la alin. (3) al art. 215 din Legea nr. 98/2016: *Oferta admisibilă este oferta care nu este inacceptabilă sau neconformă*.

Pentru aceasta, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația în parte, în sensul că va anula decizia de respingere a ofertei contestatoarei, conținută în raportul procedurii și în adresa nr. 14001 din 15.05..... și va obliga autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în maxim 11 zile, prin solicitarea informațiilor de clarificare arătate mai sus.

În temeiul dispozițiilor de la alin. (6) al aceluiași art. 26, Consiliul va respinge cererea de anulare în tot a raportului procedurii și de stabilire a admisibilității ofertei contestatoarei, ca nefondate.

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

**CONSILIUL DECIDE:**

Admite contestația înaintată de ..... SA împotriva rezultatului procedurii ce i-a fost comunicat prin adresa nr. 14001/15.05....., emis de COMUNA ....., în procedura cu anunț de participare simplificat nr. ....., publicat în SEAP la data de ....., în partea privind anularea deciziei de respingere a ofertei contestatoarei, conținută în raportul procedurii și în adresa nr. 14001 din 15.05.....

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în maxim 11 zile, prin solicitarea informațiilor de clarificare a situației privind inexistența motivelor de excludere rătate mai sus.

Respinge cererile de anulare în tot a raportului procedurii și de stabilire a admisibilității ofertei contestatoarei, ca nefondate.

Prezenta decizie este obligatorie, dar împotriva ei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, conform dispozițiilor art. 28 alin. (1) și art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

| **PREŞEDINTE,** | **MEMBRU,** | **MEMBRU,** |
|---|---|---|
| **.....** | **.....** | **.....** |

....