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, Consiliul adoptă următoarea

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

Prin contestația nr. ...., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., formulată de ..., cu sediul social în ..., împotriva comunicării intermediare nr. ..., emisă de ..., cu sediul în ...., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate de atribuire a contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „.....”, s-au solicitat următoarele:

Pe cale de excepție:

1. Constatarea nelegalității, prematurității și, implicit, a nulității actului administrativ de adoptare a deciziei de excludere a ... din procedura de atribuire, cât și a actului administrativ subsecvent intitulat "Comunicare intermediară" având nr. ... prin care s-a făcut opozabilitatea deciziei odată cu transmiterea acestui înscris ... de către autoritatea contractantă în data de ... iar, derivat din cele anterior menționate, obligarea autorității contractante ca, prin comisia de evaluare, să dispună remedierea deficiențelor constatate cu intrarea în legalitate conform art. 1 din HG nr. 395/2016.

Pe fondul cauzei:

1) Anularea deciziei de excludere a ... din procedura de atribuire şi a documentului intitulat "Comunicare intermediară" având nr. ... şi transmisă ... de către autoritatea contractantă în data de ... prin care ofertantul este exclus din procedură;

2) Acceptarea la evaluare a ofertei ...;

3) În subsidiar, în cazul în care măsurile de la precedentele capete de cerere nu pot fi luate, anularea procedurii de atribuire, întrucât au fost încălcate principii legale privind transparența, tratamentul egal, nediscriminarea, ce au afectat integral parcursul legal al procedurii.

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

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub numărul de mai sus, ... critică comunicarea intermediară nr. ..., emisă de ..., în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că oferta sa nu a fost analizată deoarece, la etapa de analiză a DUAE, în mod abuziv, a fost exclusă din procedură de către autoritate, pe baza unui înscris a cărui existență nu o contestă, dar față de care au fost și încă mai sunt litigii pe rolul instanțelor și față de care autoritatea contractantă nu are cunoștință și nici nu a cerut clarificări pe această temă.

În acest sens, evidențiază că este vorba despre un anume „document constatator nr. ...", publicat, în SEAP, în data de 05.01.2018, pe care, în mod injust, l-a invocat autoritatea contractantă și pentru care l-a exclus din procedură fără a respecta regulile procedurale în cazul achizițiilor publice.

Față de acest aspect, autorul contestației solicită, în temeiul art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, adoptarea măsurilor de remediere considerate a fi necesare deoarece decizia de excludere a ofertei sale din procedură nu a fost temeinică și legală, abătându-se de la normele legale în materie.

Potrivit celor specificate în fișa de date, arată ..., termenul pentru prestarea serviciilor pentru elaborare proiect tehnic și caiet de sarcini, precum și pentru detalii de execuție și DTAC este de maxim 30 de zile calendaristice de la emiterea ordinului de începere a serviciilor, întindere ce a făcut obiectul criteriilor de atribuire, în condițiile în care atribuirea contractului se face în baza criteriului cel mai bun raport calitate preț, ponderea referitoare la durata de execuție fiind 24%, diferența fiind de experiența echipei de experți cheie - 26% și prețul ofertei - 50%. Asistenta tehnică din partea proiectantului se va realiza pe întreaga perioadă de execuție a lucrărilor, dar potrivit fișei de date pct. „II.2.7 Durata contractului, concesiunii, a acordului-cadru sau a sistemului dinamic de achiziții" durata este de 13 luni.

Pe cale de excepție, ... solicită Consiliului să ia act de faptul că înscrisul contestat, precum și întregul demers al autorității se abate și de la prevederile Ordinului Președintelui A.N.A.P. nr. 1581/2018,

Anexa nr. 1, din care rezultă, în mod explicit, că trebuia să fie emis un proces - verbal cu privire inclusiv la informațiile din DUAE pe baza cărora a fost descalificată oferta sa.

Față de acest aspect, învederează faptul că, orice situație care ar putea duce la excluderea din procedură a unui ofertant trebuie clarificată cu acesta și afirmă că ... nu i-a solicitat nicio clarificare pe această temă.

Pe cale de consecință, apreciază că se aduce o gravă atingere principiului legalității, dar și al transparenței ocrotit de art. 2 din Legea nr. 98/2016 și întărit de art. 1 din HG nr. 395/2016 și consideră că procesul - verbal cu privire inclusiv la informațiile din DUAE este incomplet și adoptat cu încălcarea normelor legale și procedurale, iar prin urmare, „nu produce efecte juridice". Pe cale de consecință, opinează că documentul intitulat "comunicare intermediară" având nr. ... ce i-a fost transmis de către autoritatea contractantă în data de ... este un act subsecvent procesului verbal cu privire inclusiv la informațiile din DUAE, motiv pentru care nici acesta nu poate produce efecte juridice deoarece se fundamentează pe un act ce nu corespunde exigențelor legale instituite.

Prevederile legale, precizează contestatorul, impun de asemenea existența unei proceduri prealabile administrative privind solicitarea de informații suplimentare, astfel încât să i se poată acorda posibilitatea furnizării de dovezi care să arate că măsurile adoptate demonstrează în concret credibilitatea ..., sens contrar în care orice act administrativ emis fără socotirea prevederilor legale este și prematur și, prin urmare, în contradicție cu prevederile legale, iar în cazul de față este mai mult decât evident faptul că există o astfel de situație.

Totodată, autorul contestației înțelege pe această cale să aducă ca argument suplimentar în susținerea excepției de nelegalitate ridicată faptul că în cuprinsul documentului contestat nu este precizat niciun termen în care acesta poate fi atacat, nicio instanță sau procedură în baza căruia poate fi atacat respectivul act.

De asemenea, arată că ... i-a permis, ulterior emiterii documentului constatator, participarea la alte proceduri de atribuire a unor contracte de servicii și chiar a declarat câștigătoare ..., atribuindu-i alte contracte, parte dintre ele fiind deja executate. Prin urmare, apreciază că, în cazul de față, cel mult putea fi vorba de o abatere minoră și nu una gravă, motiv pentru care în lipsa gravității sau caracterului repetat nu poate produce astfel de efecte juridice de natura excluderii sale din procedură, nefiind exprimată voința şi/sau concluzia emitentului documentului constatator.

Având în vedere cele de mai sus, contestatorul solicită Consiliului să admită excepțiile ridicate în sensul de a constata prematuritatea și nelegalitatea actului atacat și de a-l anula.

În ceea ce privește fondul cauzei, ... apreciază că, în situația în care autoritatea contractantă i-ar fi cerut clarificări, ar fi observat - dincolo de faptul că există un litigiu în derulare - și faptul că existența de raporturi în continuare cu autoritatea emitentă a documentului constatator (... - ...) reprezintă o dovadă deplină a credibilității sale.

Tot referitor la credibilitatea sa, raportat la motivul excluderii, ... subliniază că, dacă autoritatea i-ar fi cerut clarificări, ar fi constatat că a întreprins diligentele privitoare la contestarea actului administrativ de care s-a făcut vorbire, conform tuturor prevederilor Legii nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, lege pe care, în mod eronat, a interpretat-o ... cu subrogarea acesteia nepermis în instanță de judecată.

În susținerea afirmației sale, contestatorul invocă practica judiciară, respectiv dosarul nr. ..., aflat pe rolul ....

În concluzie, ... apreciază că, întrucât nu i s-au solicitat clarificări (potrivit art. 134 din HG nr. 395/2016), i s-a încălcat dreptul la o procedură transparentă, motiv pentru care solicită admiterea prezentei contestații în forma sa, în sensul anulării actului atacat, cât și a procesul verbal pe care autoritatea contractantă trebuie să îl întocmească privitor inclusiv la informațiile din DUAE și a actelor subsecvente, inclusiv a raportului de selecție intermediar care trebuie să îmbrace condițiile din Anexa nr. 2 a Ordinul președintelui A.N.A.P. nr. 1581/2018, precum și să dispună, pe cale de consecință, adoptarea măsurii de reevaluare a ofertei sale.

Privitor la cel de-al treilea capăt de cerere, respectiv anularea procedurii, ... precizează că, în cazul în care se consideră că erorile şi omisiunile de care a arătat că se face vinovată autoritatea contractantă în luarea deciziei de excludere a sa din procedură, iar tocmai aceste erori fac ca autoritatea contractantă să se afle în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor achizițiilor publice reglementate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, atunci desigur că singura opțiune legală este anularea procedurii, sens în care învederează Consiliului că achiesează la o atare soluție legitimă şi o formulează, dar ca fiind numai una în condițiile imposibilității remedierii celor arătate atât pe cale de excepție, cât și pe fondul cauzei.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente.

Prin punctul de vedere nr. ....., ... subliniază că, prin adresa nr. ..., contestatorului i s-a transmis prin intermediul SICAP documentul <comunicare intermediară> ce conținea informații privind rezultatul finalizării etapei de evaluare privind DUAE, respectiv excluderea sa din procedură şi motivele care au stat la baza acestei decizii, după cum urmează: Identificarea de către comisia de evaluare, în cadrul SEAP la secțiunea Documente, subsecțiunea Documente constatatoare, a Documentului constatator final nr. ...,

emis de ... - ..., ..., la Contractul nr. .... De asemenea, i s-a adus la cunoștință, tot prin adresa menționată mai sus, temeiul legal în baza căruia comisia de evaluare a decis excluderea sa din procedură, respectiv art. 167 alin. (1) litera (g), (h), coroborat cu art. 169 din Legea nr. 98/2016.

Referitor la afirmațiile contestatorului din cuprinsul contestației, organizatoarea procedurii arată că, urmare a verificării garanțiilor de participare depuse de ofertanți și a vizualizării documentelor depuse de aceștia în cadrul procedurii, aspecte consemnate în Procesul verbal de vizualizare a ofertelor nr. 430 din data de 08.02.2019, nefiind necesare clarificări privind garanțiile de participare, comisia de evaluare a procedat la verificarea informațiilor prezentate de ofertanți în DUAE. Rezultatul verificării se regăsește în procesele verbale nr. ... și nr. .../....

În urma verificării informațiilor privind DUAE-urile depuse de ofertanți, menționează autoritatea, în cadrul primei ședințe, comisia de evaluare a concluzionat faptul că, în cazul a cinci dintre ofertanți sunt necesare clarificări privind inadvertențele de formă dintre DUAE-urile depuse și documentele prezentate în cadrul procedurii, ofertantul ... fiind inițial admis în etapa de verificare a DUAE. În urma expirării termenului de răspuns la solicitările de clarificări transmise pe baza procesului verbal nr. ..., comisia de evaluare s-a întrunit în data de ... pentru analizarea răspunsurilor primite ca urmare a solicitărilor de clarificări. Înainte de a analiza răspunsurile la solicitările de clarificări, comisia de evaluare a procedat la verificarea documentelor constatatoare existente în cadrul portalului SEAP/SICAP. Având în vedere faptul că în cazul ofertantului ... și al încă unui ofertant au fost identificate documente constatatoare finale care specificau, în mod clar, că respectivele contracte încheiate cu ofertanții în cauză au fost reziliate, existând atât abateri de calitate, cât și prejudicii, autoritatea contractantă afirmă că a reanalizat DUAE-urile depuse de cei doi ofertanți. În urma reanalizării DUAE-urilor, s-a confirmat faptul că ambii ofertanți au bifat NU la întrebarea din DUAE: PARTEA III: MOTIVELE DE EXCLUDERE, secțiunea C: Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, la întrebarea: Încetare anticipată, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile (...).

Totodată, învederează că cei doi ofertanți au răspuns NU și la întrebarea din DUAE: Vinovat de interpretare eronată, nedivulgare de informații, incapacitate de a furniza documentele necesare și obținere de informații confidențiale referitoare la această procedură(...).

Având în vedere cele de mai sus, ... a concluzionat că cei doi ofertanți, cu rea-credință, au răspuns NU la întrebările din DUAE, fiind vinovați de declarații false în conținutul acestuia din urmă, în scopul verificării absenței motivelor de excludere precizate în cadrul

fișei de date a achiziției, în acest caz fiind aplicabile și prevederile art. 167 alin. (1) litera h) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la afirmația contestatorului potrivit căreia, în legătură cu respectivul document constatator, există litigii pe rolul instanțelor, autoritatea susține că acesta dovedește încă o dată faptul că, deși știa de respectivul document, a ales să nu aducă în atenția comisiei de evaluare acest fapt, pentru a evita o eventuală excludere din procedură.

Cu privire la prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, invocate de ..., autoritatea precizează că acestea nu impun obligația comisiei de evaluare de a solicita clarificări ofertantului care se află în situațiile care atrag excluderea din procedura de atribuire, stabilite conform art. 164 și art. 167 din Legea nr. 98/2016, cu atât mai mult în cazul de față, când s-a dovedit, în mod clar, completarea, în fals, a DUAE-ului depus de contestator. De asemenea, învederează că art. 209 din Legea nr. 98/2016, menționat de contestator, face referire la dreptul autorității contractante, nu la obligația, de a solicita clarificări privind documentele incomplete sau eronate depuse de către ofertanți, nu cu privire la falsul în declarații făcut de aceștia în cadrul ofertelor.

Mai mult, subliniază ..., prevederile art. 169 din Legea 98/2016 impun următoarele: "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 161, de natură să atragă excluderea din procedura de atribuire". În cazul documentului emis de ... ... - ... abaterile de calitate, nerespectarea termenului de predare au dus la rezilierea contractului, așa cum este menționat în respectivul document, astfel, pe cale de consecință, autoritatea contractantă are obligația de a îl exclude din procedură, având în vedere că sunt îndeplinite toate condițiile prevăzute de lege.

Prin urmare, susține organizatoarea procedurii, nu poate fi vorba de o încălcare a competenței administrative a autorității contractante prin faptul că aceasta a decis de la sine putere încadrarea abaterii comise de ... într-o abatere gravă, așa cum afirmă contestatorul, ori caracterul grav al acesteia este dat chiar de documentul constatator, prin faptul că respectivul contract a fost reziliat pe baza neconformităților identificate de beneficiar, neconformități care au dus la imposibilitatea utilizării proiectului tehnic pentru scopul său final, respectiv realizarea lucrărilor aferente obiectivului de investiții, astfel fiind incidente prevederile art. 167 alin (8) din Legea nr. 98/2016.

Menționarea de către contestator a contractelor încheiate ulterior emiterii documentului constatator cu ace... beneficiar,

respectiv ... ... și atașarea acestora la contestație, afirmă autoritatea contractantă, nu aduc nicio dovadă asupra credibilității acestuia, având în vedere faptul că respectivele contracte au fost încheiate într-adevăr cu ... ..., dar cu Direcțiile Silvice aparținând altor județe decât cea care a emis documentul constatator, fiecare Direcție Silvică Județeană având propria organizare și propriul compartiment de achiziții publice. Astfel, documentul constatator a fost emis de ..., iar contractele au fost încheiate cu ... și .... Datele de încheiere ale contractelor având drept beneficiar ... sunt anterioare postării documentului constatator în SEAP, respectiv ...., contractele fiind încheiate în .... și ...., autoritatea contractantă chiar dacă ar fi verificat în SEAP existența vreunui document constatator nu ar fi găsit nimic.

Față de cele de mai sus, ... subliniază că respectivele contracte încheiate și menționate de contestator nu constituie dovezi solide care să susțină credibilitatea acestuia sau încadrarea faptelor într-o abatere minoră, gravitatea abaterii regăsindu-se în prevederile Documentului constatator nr. ..., emis de ... ... - ....

Totodată, menționează că, din conținutul adresei nr. ..., emisă de ... ... - ... reiese faptul că documentele aferente contractului nr. ... au fost predate de către ..., dar acestea nu au fost avizate favorabil de către .... Astfel, încă o dată, prin intermediul acestei adrese se confirmă faptul că ofertantul ... nu și-a îndeplinit, în mod corespunzător, contractul, a predat un proiect tehnic care nu a fost aprobat de CTE-ul ..., prin urmare acesta nu a putut fi utilizat mai departe în scopul său, respectiv pentru executarea lucrărilor aferente obiectivului de investiții.

În ceea ce privește modelul Procesului Verbal aprobat prin Ordinul Președintelui ANAP nr. 1581/2018, precum și afirmațiile contestatorului cu privire la acest aspect, ... face următoarele precizări:

- contestatorul nu poate afirma ca procesele verbale aferente finalizării fazelor procesului de evaluare, în cazul de față al etapei DUAE, întocmit de comisia de evaluare în cadrul acestei proceduri nu respectă modelul pus la dispoziție de ANAP, deoarece acesta nu fost vizualizat de contestator, afirmațiile acestuia bazându-se pe presupuneri care nu au la bază nici o dovadă;

- respectivele procese verbale aprobate prin Ordinul ANAP nr. 1581/2018 sunt aferente finalizării fazelor procesului de evaluare, conform art. 2 alin (1): "La finalul fiecărei faze a procesului de evaluare, autoritățile/entitățile contractante, completează formulând standard de proces verbal corespunzător, respectiv raportul procedurii, prevăzut în anexele la prezentul ordin, și introduc în Sistemul electronic de achiziții publice (SEAP) rezultatul fazei de evaluare în cauză".

Referitor la afirmația contestatorului potrivit căreia prin intermediul comunicării intermediare nr. ... nu i s-a dat dreptul de a se apăra și de a contesta decizia autorității contractante, autoritatea contractantă menționează că în cadrul fișei de date a achiziției, punctul III.1.9) Legislația aplicabilă este precizată pe lângă Legea nr. 98/2016 și Legea nr. 101/2016. Mai mult. la punctul VI.4.3 Procedura de contestare se menționează: <Eventualele contestații se pot depune la Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor/instanța competentă și vor fi soluționate potrivit Legii nr. 101/2016(...)>.

Astfel, autoritatea contractantă afirmă că a adus la cunoștința ofertanților, prin intermediul fișei de date a achiziției, modalitatea prin care deciziile sale pot fi contestate.

Având în vedere mențiunea contestatorului potrivit căreia autoritatea contractantă: <s-a oprit cu privirea doar asupra prevederilor art. 171 alin. (4) și (5) din Legea nr. 98/2016, iar decizia de excludere a fost fundamentală doar pe baza acestor articole>, ... evidențiază următoarele: Prin intermediul comunicării nr. ..., a expus într-o manieră obiectivă, imparțială toate motivele pe baza cărora aceasta și-a fundamentat decizia de excludere a ofertantului ... și anume:

- existența documentului constatator nr. ..., emis de ... - ..., publicat în SEAP, în data de ...., în care erau constatate abateri de la calitatea serviciilor prestate, nerespectarea termenelor de prestare a serviciilor, rezilierea contractului, precum și existența prejudiciilor, aceste aspecte fiind prevăzute de art. 167 alin. (1), litera (g) din Legea nr. 98/2016;

- completarea în fals a DUAE-ului, pentru a evita excluderea din procedură, cu toate că aceasta avea cunoștința de respectivul document, însă a ales să nu îl aducă în atenția comisiei, sperând astfel, ca autoritatea contractantă să nu afle de acesta, fapta fiind asimilată prevederilor art. 167 alin. (1), litera (h) din Legea nr. 98/2016;

- prevederile art. 169, art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea 98/2016, precum și cele ale art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016.

Cu privire la dispozițiile art. 14 alin. (1) din Legea nr. 554/2004, autoritatea contractantă susține că, întrucât acțiunea în instanță a fost înaintată după aproximativ 1 an de zile, respectivul documentul constatator încă produce efectele urmărite de legiuitor.

În ceea ce privește afirmația contestatorului că a întreprins "diligențele privitoare la contestarea documentului constatator”, organizatoarea procedurii evidențiază că, în urma verificării extrasului de pe portalul ... ..., atașat contestației, se poate observa că data înregistrării acestei acțiuni este ...., momentul emiterii respectivului act, rezultând faptul că acesta a fost contestat după

aproximativ 1 an de la emiterea acestuia, fapt ce contravine art. 7 din Legea nr. 554/2004 aflată în vigoare la momentul emiterii documentului constatator.

Totodată, învederează că existența instituției suspendării executării actului administrativ (art. 14 din Legea nr. 554/2004), dovedește mai presus de orice interpretare faptul că, în lipsa unei astfel de suspendări judiciare, actul administrativ produce efectele urmărite de legiuitor, de la emitere, fără alte forme de validare. Astfel, autoritatea contractantă consideră că măsura ... - ... de încetare anticipată a contractului nr. ..., încheiat de aceasta cu furnizorul ... nu a fost suspendată sau anulată de vreo instanță de judecată, evenimentul relevant este în vigoare și produce efectele prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Ceea ce a sancționat legiuitorul prin art. 167 alin (1) litera g) din Legea nr. 98/2016 a fost rezilierea unui contract de către o entitate contractată și nu existența sau nu a documentului constatator, folosit doar ca mijloc probator, în vederea aplicării dispozițiilor art. 171 alin (5) litera (b) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere motivele expuse mai sus, ... afirmă că nu a întreprins și nici nu va întreprinde nicio măsură de remediere și solicită Consiliului respingerea contestației formulată de ... ca neîntemeiată.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. .... a formulat răspuns la punctul de vedere al autorității contractante nr. ...., reluând cele anterior precizate și solicitând respingerea alegațiilor autorității contractante, precum și menținerea cererilor formulate în cuprinsul contestației.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de servicii având ca obiect „.....”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat, în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „Cel mai bun raport calitate-preț”. Valoarea estimată a contractului de achiziție publică de servicii este de ..... lei, fără TVA.

Nemulțumită fiind de rezultatul procedurii, ... (consemnând cauțiunea aferentă, potrivit dispozițiilor art. 61^1 din Legea nr. 101/2016) a formulat contestația de față, solicitând următoarele:

Pe cale de excepție:

1. Constatarea nelegalității, prematurității și, implicit, a nulității actului administrativ de adoptare a deciziei de excludere a ... din procedura de atribuire, cât și a actului administrativ subsecvent

intitulat "Comunicare intermediară" având nr. ... prin care s-a făcut opozabilitatea deciziei odată cu transmitere acestui înscris ... de către autoritatea contractantă în data de ... iar, derivat din cele anterior menționate, obligarea autorității contractante ca prin comisia de evaluare să dispună remedierea deficiențelor constatate cu intrarea în legalitate conform art. 1 din HG nr. 395/2016, pentru considerente ce vor fi descrise în cuprinsul prezentei.

Pe fondul cauzei:

1) Anularea deciziei de excludere a ... din procedura de atribuire şi a documentului intitulat "Comunicare intermediară" având nr. ... şi transmisă ... de către autoritatea contractantă în data de ... prin care ofertantul este exclus din procedură;

2) Acceptarea la evaluare a ofertei ...;

3) În subsidiar, în cazul în care măsurile de la precedentele capete de cerere nu pot fi luate, anularea procedurii de atribuire, întrucât au fost încălcate principii legale privind transparența, tratamentul egal, nediscriminarea ce au afectat integral parcursul legal al procedurii.

Preliminar analizei pe fond, Consiliul face analiza excepţiei invocată în prezenta cauză, de către contestatoare, conform obligaţiei rezultând din dispoziţiile art. 26 alin. (1) al Legii nr. 101/2016: *Consiliul se pronunţă mai întâi asupra excepţiilor de procedură şi de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei.*

În privința pretinsei prematurități a *actului administrativ de adoptare a deciziei de excludere a ... din procedura de atribuire, și a celui intitulat "Comunicare intermediară" având nr. ...*, Consiliul constată că susţinerile autoarei excepţiei se bazează, exclusiv, pe aprecierea că autoritatea contractantă, prin comisia sa de evaluare, nu ar fi respectat prevederile Ordinului președintelui ANAP nr. 1581/2018, referitoare la conținutul *procesului-verbal privind evaluarea garanției de participare, a informațiilor din DUAE și a documentelor care îl însoțesc, precum și îndeplinirea cerințelor de calificare.*

În acest sens, este de reținut faptul că, potrivit Anexei nr. 1 la respectivul Ordin, în cuprinsul acestui document sunt prevăzute, *Principalele aspecte ale verificării informațiilor din DUAE,* printre care se regăsesc și cele referitoare la:

3. Motive de excludere referitoare la procedura de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale, respectiv:

(...)

- încetare anticipată a altui contract, daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

De asemenea, prin Ordinul președintelui ANAP nr. 1581/2018, se impune, potrivit art. 1 alin. (2): *Formularele standard prevăzute la alin. (1) lit. a) – d) prezintă concluziile aferente fiecărei faze a procesului de evaluare a cadidaturilor/ofertelor și atribuire a contractului, respectiv argumentele în fapt și*

în drept pentru care au fost stabilite candidaturile/ofertele declarate admise/respinse, având anexate, după caz, toate înscrisurile întocmite cu ocazia evaluării aspectelor ce fac obiectul respectivelor faze.

Or, în acest sens este de reținut că, în cadrul procedurii, comisia de evaluare a întocmit, cu ocazia desfășurării ședinței de evaluare a informațiilor din DUAE și din documentele ce îl însoțesc, procesul -verbal nr. ... care conține toate informațiile impuse prin Anexa nr. 1 la Ordinul președintelui ANAP nr. 1581/2018.

Referitor la ofertantul ... se menționează următoarele:

3. Motive de excludere referitoare la procedura de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale – Menționat în DUAE completat și semnat electronic, faptul că NU se încadrează în motivele de excludere referitoare la procedura de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale.

Urmare a unor solicitări de clarificări din partea autorității contractante, se întocmește un nou *Proces-verbal al ședinței privind evaluarea informațiilor din DUAE și din documentele ce îl însoțesc* (clarificări) înregistrat sub nr. .../..., în care se menționează, printre altele:

Înainte de a analiza răspunsurile la clarificări, comisia de evaluare a procedat la verificarea documentelor constatatoare emise de autorități contractante pentru ofertanți la finalizarea contractelor, publicate în Secțiunea Documente constatatoare din SEAP/SICAP, Astfel, au fost identificate documente constatatoare negative pentru următorii ofertanți:

(...)

2. ... – RO30630008

● *Document constatator final nr. ..., emis de ... – ..., ..., referitor la Contractul nr. ... (...).*

Având în vedere aspectele mai sus reținute, raportat la prevederile legale, invocate de contestatoare, Consiliul apreciază că ... nu a adus nicio dovadă în susținerea *nelegalității, prematurității și, implicit, a nulității actului administrativ de adoptare a deciziei de excludere* a ofertei sale din procedura de atribuire, motiv pentru care va respinge excepția ca nefondată.

Pe fondul cauzei, Consiliul reține că părțile sunt în dispută cu privire la dreptul autorității contractante de a exclude ofertantul ... din procedura de atribuire, *în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g), h) coroborat cu art. 169 din Legea nr. 98/2016.*

În acest sens, Consiliul reține că, potrivit adresei nr. ..., intitulată *Comunicare intermediară*, autoritatea contractantă a identificat în SEAP, *Documentul constatator final nr. ...* emis de ... – ..., ..., privind rezilierea contractului nr. ... – Servicii de proiectare, datorită neîndeplinirii obligațiilor contractuale de către ..., document anexat la dosarul cauzei.

În cuprinsul Documentului constatator se regăsesc următoarele mențiuni:

7. Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător – Nu

Dacă NU, Motivații:

a) abateri de la calitatea serviciilor contractate: - da

b) nerespectarea termenelor contractuale de livrare produse/prestare servicii/executare lucrări: din culpă: - da

(...)

f) rezilierea contractului: - da

8. Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (dacă este posibil cuantificarea valorică a acestora):

- nerespectarea programului de investiții din fondul de accesibilizare constituit în baza Legii nr. 56/2010

- reluarea procedurii de achiziție.

În speță sunt relevante prevederile art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, care dispun că:

„Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului sectorial/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 sectorial 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;*

[...]

*(8) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră **încălcări grave** ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, **neexecutarea contractului**, livrarea/**prestarea/**executarea unor produse/**servicii**/ lucrări **care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract.***

Din dispozițiile legale citate mai sus, rezultă că, 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: neexecutarea contractului; prestarea unor servicii care prezintă neconformități majore care le fac improprii utilizării conform destinației prevăzute în contract; aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract.

În speța de față, suntem în prezența unui Document constatator final, emis ca urmare a existenței unor abateri de la calitatea serviciilor contractate, de către contestoare, respectiv a nerespectării termenelor contractuale de prestare a serviciilor, ce au condus la rezilierea contractului. În acest document se face referire și la existența unor prejudicii vizând: *– nerespectarea programului de investiții din fondul de accesibilizare constituit în baza Legii nr. 56/2010; - reluarea procedurii de achiziție.*

Consiliul constată că sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, în sensul că, în cuprinsul documentului, se face referire la abateri de la calitatea serviciilor contractate și nerespectarea termenelor contractuale de prestare servicii.

Astfel, de vreme ce documentul constatator în discuție nu a fost anulat de o instanță de judecată, până la data depunerii ofertei, el produce efecte, fiind incident cazul de excludere din procedură prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016. Orice act administrativ se bucură de prezumția de legalitate, care poate fi răsturnată doar printr-o hotărâre judecătorească definitivă de anulare a actului administrativ. De aceea, Documentul constatator final nr. ... se bucură, în continuare, de prezumția de legalitate.

Se impune precizarea faptului că legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură în cazul prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 de existența unei hotărâri judecătorești definitive asupra legalității emiterii unui document constatator.

Conform articolului menționat, autoritatea contractantă exclude din procedură orice operator economic care și-a încălcat în mod grav obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract. Or, în cazul contestatoarei, există un Document constatator final care îndeplinește condițiile care atrag excluderea din procedură.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus prezentate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația ..., formulată în contradictoriu cu ..., ca nefondată.

Referitor la cererea de anulare a procedurii de atribuire, Consiliul stabileşte că în cauză nu se identifică motive de fapt şi de drept, pentru care să se reţină că procedura de atribuire este viciată în întregul său, astfel încât să fie necesară pronunţarea unei astfel de decizii.

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

CU MAJORITATE DE VOTURI, CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

Obligatorie.

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.

...

OPINIE SEPARATĂ

În baza dispozițiilor coroborate ale art. 68 din Legea nr. 101/2016 și ale art. 426 alin. (2) din Codul de Procedură Civilă, redactez următoarea opinie separată:

Sunt de acord cu soluția pronunțată de majoritatea completului în ceea ce privește al treilea capăt de cerere, pe fondul cauzei, expus de contestatoare, respectiv cel vizând anularea procedurii de atribuire, opinia mea separată purtând asupra primelor două capete de cerere ale contestatoarei, pe fond, respectiv:

- anularea deciziei de excludere a ... din procedura de atribuire şi a documentului intitulat "Comunicare intermediară" având nr. ... şi transmisă ... de către autoritatea contractantă în data de ... prin care ofertantul este exclus din procedură;
- acceptarea la evaluare a ofertei ....

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

Prin adresa nr. .... din ..., autoritatea contractanta a transmis ... o comunicare intermediară a rezultatului procedurii, în care se precizează, în esență, că oferta acestei societăți a fost exclusă din procedura de atribuire, în baza art. 167 alin. (1) lit. g) și h) coroborat cu art. 169 din Legea 98/2016, datorită situației regăsită înscrisă în documentul constatator nr. ... referitor la un contract anterior încheiat de către ....

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, ... a înaintat Consiliului contestația de față, solicitând, pe fond:

- anularea deciziei de excludere a ... din procedura de atribuire şi a documentului intitulat "Comunicare intermediară" având nr. ... şi transmisă ... de către autoritatea contractantă în data de ... prin care ofertantul este exclus din procedură;
- acceptarea la evaluare a ofertei ...;

- în subsidiar, în cazul în care măsurile de la precedentele capete de cerere nu pot fi luate, anularea procedurii de atribuire, întrucât au fost încălcate principii legale privind transparența, tratamentul egal, nediscriminarea, ce au afectat integral parcursul legal al procedurii.

Verificând legalitatea deciziei autorității contractante de a exclude din procedura de atribuire oferta ..., pentru motivul arătat mai sus, constat că în cuprinsul Documentului constatator, invocat de autoritatea contractantă, se regăsesc următoarele mențiuni:

„7. Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător – Nu

Dacă NU, Motivații:

a) abateri de la calitatea serviciilor contractate: - da

b) nerespectarea termenelor contractuale de livrare produse/prestare servicii/executare lucrări: din culpă: - da

(...)

f) rezilierea contractului: - da

8. Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (dacă este posibil cuantificarea valorică a acestora):

- nerespectarea programului de investiții din fondul de accesibilizare constituit în baza Legii nr. 56/2010

- reluarea procedurii de achiziție.”

Atât din cuprinsul adresei de comunicare intermediară, cât și din susținerile părților rezultă că autoritatea contractantă nu a cerut societății contestatoare clarificări cu privire la documentul constatator și la situația faptică expusă în cuprinsul acestuia.

Având a mă pronunța asupra legalității acestei măsuri a autorității contractante, observ următoarele dispoziții ale Legii nr. 98/2016:

- art. 167

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

g) operatorul economic şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract de achiziţii 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 sancţiuni comparabile;

(8) În sensul dispoziţiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligaţiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformităţi majore care le fac improprii utilizării conform destinaţiei prevăzute în contract.”

- art. 171

„(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.

(3) Dovezile pe care operatorul economic aflat în oricare dintre situaţiile prevăzute la art. 164 şi 167 le poate furniza autorităţii contractante, în sensul prevederilor alin. (1), se referă la efectuarea de către operatorul economic a plăţii sau la asumarea de către operatorul economic a obligaţiei de plată a despăgubirilor în ceea ce priveşte eventualele prejudicii cauzate printr-o infracţiune sau printr-o altă faptă ilicită, clarificarea de către operatorul economic în mod complet a faptelor şi împrejurărilor în care a fost comisă infracţiunea sau altă faptă ilicită, prin cooperarea activă cu autorităţile care efectuează investigaţia, şi la adoptarea de către operatorul economic a unor măsuri concrete şi adecvate la nivel tehnic, organizaţional şi în materie de personal, cum ar fi eliminarea legăturilor cu persoanele şi organizaţiile implicate în comportamentul necorespunzător, măsuri de reorganizare a personalului, implementarea unor sisteme de control şi raportare, crearea unei structuri de audit intern pentru verificarea respectării dispoziţiilor legale şi a altor norme sau adoptarea unor reguli interne privind răspunderea şi plata despăgubirilor, pentru a preveni săvârşirea unor noi infracţiuni sau alte fapte ilicite.

(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:

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.”

Pentru a exclude din discuție ipoteza ultimă din textele citate, amintesc că documentul constatator a fost emis în data de ..., contractul asupra căruia poartă fiind încheiat la data de ..., astfel încât, raportat la niciuna dintre aceste date, cei 3 ani indicați de legiuitor în textul art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016 nu erau împliniți la data excluderii din prezenta procedură, respectiv ....

Drept urmare, nu devine incidentă dispoziția de la art. 171 alin. (5) lit. b) din Legea nr. 98/2016 care stabilește cazul în care situațiile de excludere prevăzute la art. 167 nu se aplică.

În consecință, în stabilirea legalității actului atacat, voi avea în vedere dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, citate mai sus, care stabilesc în ce condiții operează excluderea operatorului economic. Astfel, abordând coroborat cele două texte ale art. 167, concluzionez că, pentru a fi incident cazul de excludere arătat, este necesară îndeplinirea cumulativă a următoarelor condiții:

- operatorul economic şi-a încălcat în mod grav sau repetat obligaţiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziţii publice, al unui contract de achiziţii sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior;

- încălcare gravă a obligaţiilor contractuale poate fi considerată neexecutarea contractului ori livrarea/prestarea/executarea unor produse/servicii/lucrări care prezintă neconformităţi majore care le fac improprii utilizării conform destinaţiei prevăzute în contract;

- aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancţiuni comparabile.

Astfel, pentru a decide dacă ... a fost în mod legal exclusă din procedură, trebuie verificat și stabilit dacă, referitor la executarea de către aceasta a obligațiilor ce îi reveneau în baza contractului referitor la care s-a emis documentul constatator, s-a făcut vinovată de încălcarea în mod grav sau repetat a obligațiilor sale principale și dacă această presupusă conduită a sa a condus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile.

Din modul de exprimare a legiuitorului, în emiterea dispozițiilor coroborate ale art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, constat că excluderea operează în situația în care sunt îndeplinite cumulativ condițiile amintite, respectiv conduita viciată a operatorului economic, conduită care să fi avut efectele amintite. Este de observat că legiuitorul nu a prevăzut că motivul de excludere operează de drept în situația în care, pentru operatorul economic respectiv, a fost emis un document constatator, de natura celui întâlnit în prezenta speță, fără a fi necesare alte verificări.

Este important a observa că, potrivit art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr.98/2016, legiuitorul nu a condiționat excluderea din procedură nici de existența unui document constatator ori a altui asemenea act emis de un client beneficiar al operatorului economic analizat. Mai simplu spus, în textul dispozițiilor coroborate ale art. 167 alin. (1) lit. g) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, nu se condiționează excluderea operatorului economic de existența unui document constatator emis de vreun beneficiar al acestuia.

Potrivit art. 166 alin. (1) din HG nr. 395/2016, *„Autoritatea contractantă are obligaţia de a emite documente constatatoare care conţin informaţii referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligaţiilor contractuale de către contractant/contractant asociat şi, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, [...].”*, iar conform alin. (8) al aceluiași articol, *„Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligaţia de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condiţiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.”*

Drept urmare, concluzia la care am ajuns în paragraful anterior dispozițiilor citate ale art. 166 din HG nr. 395/2016, este susținută de chiar textele regăsite în această prevedere. Astfel, dacă legiuitorul ar fi dorit ca excluderea operatorului economic să intervină ca efect al existenței pure și simple a unui document constatator emis în baza art. 166 alin. (1) din HG nr. 395/2016, ar fi prevăzut în mod clar această posibilitate. Însă, așa cum este înscris la art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, decizia de respingere a unui ofertant pe baza unui document constatator, trebuie să fie precedată de o verificare obligatorie a faptului că acest document *„reflectă îndeplinirea condiţiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege.”*

Subliniez faptul că nici din conținutul documentului constatator și nici din textele de lege ce reglementează emiterea și efectele sale, nu rezultă ca efectul unui astfel de document este excluderea viitoare, din alte proceduri de atribuire a unui contract de achiziție publică, a operatorului economic pentru care a fost emis. Astfel, devine lipsit de relevanță dacă documentul constatator a fost sau nu anulat ori atacat, faptul neatacării/neanulării lui neputând să-i confere efecte neprevăzute de lege.

Așadar, determinantă în excluderea din procedură a operatorului economic nu este existența documentului constatator, ci verificarea faptului că acest document reflectă îndeplinirea cumulativă a condițiilor regăsite la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Încă o dată subliniez că excluderea operează numai dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Mai mult, reţin faptul că, prin prevederile de la art. 171 alin. (1), (2) și (3), legea a stabilit dreptul și posibilitatea operatorului economic de a răsturna concluziile rezultând din incidența unui caz de excludere, prin furnizarea de dovezi care să arate că măsurile pe care le-a luat sunt suficiente pentru a-şi demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivul de excludere, în prezenta unor astfel de dovezi, pe care autoritatea contractată să le considere

suficiente, aceasta având posibilitatea legală de a nu exclude operatorul economic respectiv.

Observ, așadar, că legea a reglementat posibilitatea ca, chiar și în condițiile existenței reale a unui caz de excludere, operatorul economic să își poată demonstra, în concret, credibilitatea prin raportare la motivul de excludere, evitând astfel eliminarea sa din competiție.

Având în vedere toate aspectele expuse, constat că autoritatea contractantă din prezenta speță nu și-a manifestat rolul activ în verificarea îndeplinirii condițiilor care ar fi determinat, în mod legal, păstrarea ori excluderea din procedură a societății contestatoare, astfel încât reținn nelegala analiză a ofertei acesteia și încălcarea prevederilor legale expuse în prezenta opinie separată.

Astfel, prin conduita adoptată, autoritatea contractanta a încălcat atât obligația sa de a verifica dacă documentul constatator reflectă îndeplinirea condiţiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, precum și dreptul ofertantei de a face probele prevăzute la art. 171 din lege.

Așa cum precizam mai înainte, simpla existență a documentului constatator nu reprezintă motiv valid și legal de excludere a operatorului economic, legea impunând ca situația reflectată de respectivul document să îndeplinească, în mod cumulativ, condițiile de la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Trebuie menționat faptul că verificările la care legea o obligă pe autoritatea contractantă nu reprezintă verificări ale legalității documentului constatator, o astfel de verificare fiind, fără îndoială, de competența instanței de judecată.

Demersul autorității contractante, așa cum rezultă că este legal, necesar și obligatoriu, reprezintă aplicarea dispozițiilor legale coroborate ale art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016 și art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept înfățișate, consider că activitatea autorității contractante, în ceea ce o privește pe contestatoare, s-a desfășurat cu ignorarea celor impuse de legiuitor, cu încălcarea obligației sale legale și a dreptului operatorului economic de a-și lămuri și consolida poziția juridică în cadrul procedurii de atribuire, decizia atacată având un evident caracter nelegal.

Dat fiind faptul că celelalte concluzii ale autorității contractante, regăsite în comunicarea intermediară, sunt consecințe ale deciziei autorității determinată de existența documentului constatator, stabilesc nelegalitatea implicită a acestora.

Referitor la susținerea autorității contractante, potrivit căreia, dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016 nu impun comisiei de evaluare obligația de a cere clarificări ofertantei, aceasta având doar

dreptul de a face astfel de verificări, drept care se regăsește și în dispozițiile art. 209 din Legea nr. 98/2016, stabilesc că, deși textul art. 171 din lege nu face trimitere expresă la obligația autorității contractante, aceasta este implicită, legiuitorul fiind clar în acest sens prin prevederea de la art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016, potrivit căreia *„Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator,* ***comisia de evaluare are obligaţia*** *de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condiţiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege."* Or, este evident că o asemenea analiză se refera la toate posibilitățile pe care legiuitorul le-a prevăzut vizând situația expusă.

Mai mult, textul legal nu poate fi interpretat în sensul că autoritatea contractantă poate să își exercite în mod discreționar prerogativa legală, drepturile acordate de legiuitor având ca scop încurajarea autorității contractante către conduita indicată de lege și nu acordarea posibilității de eludare a unui astfel de comportament, având ca unică motivare absența obligativității și imposibilitatea transformării unui drept într-o obligație.

Este de interes a se reține aici și faptul că întreaga reglementare a domeniului achizițiilor publice, cu toate drepturile și obligațiile prevăzute părților implicate în acest proces, au ca prim scop asigurarea respectării principiilor statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, principii printre care se regăsește și acela al proporționalității, înțeles ca fiind egala măsură între ceea ce se cere și ceea ce se oferă, respectiv între ceea ce se face și cum se sancționează.

Pe de altă parte, nu se poate reține în speță ipoteza avută în vedere de legiuitor prin textul art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 *("Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat."),* deoarece exercitarea unui drept prevăzut de lege nu poate fi apreciat chiar de legiuitor ca fiind de natură să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant. Ipoteza prevăzută la art. 209 alin. (2) din lege intervine în momentul în care exercitarea de către autoritatea contractantă a dreptului său se realizează cu încălcarea a ceea ce este adecvat și cu atingerea principiilor tratamentului egal, transparenței și chiar proporționalității.

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 achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor,

consider că ar trebui admisă în parte contestația depusă de ... și anulate actele autorității contractante privind decizia referitoare la excluderea din procedură a ofertei ..., precum și comunicările referitoare la această decizie.

În baza art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, autoritatea contractantă ar trebui obligată la reanalizarea ofertei depusă de ..., cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, ar trebui respins ca inadmisibil capătul de cerere vizând acceptarea la evaluare a ofertei ..., aceasta fiind atribuția comisiei de evaluare, așa cum rezultă din întreaga economie a dispozițiilor art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016, Consiliul fiind competent să examineze din punct de vedere al legalității și temeiniciei actele emise într-o procedură de atribuire și atacate prin contestație.