



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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: 13.03.2017...

Prin contestația fără număr și nedată la emitentă, înregistrată la Consiliu sub nr. 5442/15.02.2017, S.C. ... S.R.L., cu sediul în municipiul ..., în calitate de administrator, a contestat adresa nr. 92/5739/30.01.2017, reprezentând solicitarea de clarificări formulată de autoritatea contractantă, precum și adresa nr. 92/7470/06.02.2017, reprezentând răspunsul autorității contractante la notificarea prealabilă, documente întocmite în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, off-line, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție Autostrada București - Brașov, Tronson Comarnic - Brașov, Lot 1: sector Comarnic - Predeal, km 111+300 - km 115+300; Lot 2: sector Predeal - Cristian, km 162+300 - km 168+600 și Drum de Legătură”, coduri CPV 45233110-3 (Rev.2), 71322500-6 (Rev.2), lot 2, organizată de ... S.A., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ... și a solicitat, „anularea întrebării nr. 1 din solicitarea de clarificări nr. 92/5739/30.01.2017 - întrebarea nr. 1”, precum și „obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire, în conformitate cu Decizia nr. 111/C5/2865 din data de 17.01.2017”.

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

Prin contestația fără număr și nedatată la emitentă, înregistrată la Consiliu sub nr. 5442/15.02.2017, formulată de S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu ... S.A., în calitate de autoritate contractantă, împotriva adresei nr. 92/5739/30.01.2017, reprezentând solicitarea de clarificări formulată de autoritatea contractantă, precum și adresei nr. 92/7470/06.02.2017, reprezentând răspunsul autorității contractante la notificarea prealabilă, documente întocmite în cadrul procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, off-line, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție Autostrada București - Brașov, Tronson Comarnic-Brașov, Lot 1: sector Comarnic - Predeal, km 111+300 - km 115+300; Lot 2: sector Predeal - Cristian, km 162+300 - km 168+600 și Drum de Legătură”, lot 2, s-a solicitat, „anularea întrebării nr. 1 din solicitarea de clarificări nr. 92/5739/30.01.2017 - întrebarea nr. 1”, precum și „obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire, în conformitate cu Decizia nr. 111/C5/2865 din data de 17.01.2017”.

În susținerea contestației sale, S.C. ... S.R.L. critică faptul că autoritatea contractantă a formulat solicitarea de clarificări nr. 92/5739/30.01.2017, cu scopul de a o pune în imposibilitatea transmiterii unui răspuns concludent la întrebarea nr. 1 din cadrul respectivei solicitări de clarificări.

Contestatoarea consideră că autoritatea contractantă a ignorat puterea de lucru judecat a deciziei nr. 111/C5/2865/17.01.2017, solicitându-i clarificări în afara limitelor stipulate în dispozitivul deciziei. De asemenea, contestatoarea apreciază că întrebarea nr. 1 excede chiar și cerinței din fișa de date a achiziției care face referire la dovedirea dreptului de folosință pe perioada de derulare a executării lucrărilor și nicidecum nu vorbește despre un „drept de folosință comună și perpetuă asupra bunurilor aflate în proprietatea privată a oricărui dintre membrii”, în acest sens încălcându-se chiar principiul tratamentului egal și al nediscriminării, fiindu-i solicitat să depună mult mai multe înscrisuri decât unui ofertant care depune un contract încheiat cu o terță firmă ce deține în proprietate un laborator de gradul 2 și cu privire la care nu există nicio relație de afiliere.

În acest sens, contestatoarea învederează că, prin solicitarea „indicării actelor normative care reglementează instituția «concernului» și care stabilesc prezumția absolută, de *iure*, că membrii concernului, persoane juridice cu personalitate juridică distinctă, au un drept de folosință comună și perpetuă asupra bunurilor aflate în proprietatea privată a oricărui dintre membrii”, autoritatea contractantă i-a impus o dublă condiționare, contrar celor reținute prin decizia CNSC.

Contestatoarea subliniază faptul că, prin adresa nr. 24/03.02.2017 înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 92/7469 și respectiv adresa nr. 42/10.02.2017, înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 92/8230/10.02.2017, a răspuns solicitării de clarificări nr. 92/5739/30.01.2017, pentru a evita respingerea ofertei ca neconformă în baza prevederilor art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006, dar, consideră, în continuare, că întrebarea nr. 1 este netemeinică și nelegală.

Totodată, contestatoarea arată că din modul de formulare al întrebării nr. 1, rezultă că trebuia să răspundă în sensul celor dorite de către autoritatea contractantă, fiind practic pusă în imposibilitatea de a răspunde în mod concludent la întrebarea nr. 1.

Contestatoarea susține că, așa cum a precizat și în răspunsul nr. 24/03.02.2017 transmis la solicitarea de clarificări, atât SC ... SRL cât și ... SRL fac parte din concernul austriac ..., aspect reținut și prin decizia CNSC.

Față de aceste aspecte, autoarea contestației susține că în Austria, instituția concernului este reglementată prin legea societăților pe acțiuni denumită „...” și conform art. 15 „Natura concernului și a societăților concernului” „(1) sunt societăți independente din punct de vedere juridic înființate în scopuri economice și având aceeași conducere, astfel încât acestea formează un concern; societățile individuale sunt societăți ale concernului; (2) în cazul în care o societate independentă se află sub influența dominantă a unei alte societăți din punct de vedere al participațiilor deținute sau în alt mod, direct sau indirect, astfel se consideră atât societatea dominantă cât și cea dependentă împreună ca grup/concern și individual ca societăți ale concernului”. Astfel, susține contestatoarea, raportul dintre societățile membre ale concernului este stabilit prin reglementări interne și nu prin acte normative, niciun act normativ neputând reglementa *de jure*, modul în care o entitate privată își administrează bunurile proprietate privată, respectiv cine și în ce modalitate are dreptul să le folosească.

Contestatoarea precizează că a transmis autorității contractante toate înscrisurile solicitate prin care dovedește relația de dependentă dintre cele 2 societăți.

De asemenea, în demonstrarea caracterului excesiv al întrebării criticate, invocând art. 44 alin. (2) din Constituție, contestatoarea consideră că stabilirea printr-un act normativ a prezumției absolute „de jure” referitoare la dreptul de folosință asupra bunurilor aflate în proprietatea privată a membrilor unui concern ar reprezenta practic o încălcare a dreptului de proprietate.

Contestatoarea consideră că prin modul de formulare a acestei solicitări de clarificări, se dorește punerea în dificultate a ofertantului ... SRL, pentru a nu putea să răspundă în mod concludent, solicitarea fiind făcută în mod evident cu rea-credință, având o formulare restrictivă, ambiguă, neclară și confuză, fiind în total dezacord cu prevederile art. 78 alin. (1) din HG nr. 925/2006.

Concluzionând, contestatoarea consideră că întrebarea nr. 1 din solicitarea de clarificări, criticată în speță, pe de o parte, excede limitelor stabilite prin decizia CNSC, iar pe de altă parte, introduce cerințe suplimentare celor din fișa de date referitoare la laboratorul de grad II, cerințe prin care, în mod evident, se încalcă principiile legalității, tratamentului egal și al nediscriminării ofertanților care nu permit un comportament absolut și discreționar din partea autorității administrative.

În finalul contestației, contestatoarea a solicitat Consiliului accesul la dosarul cauzei.

Având în vedere cererea contestatoarei privind accesul la dosarul cauzei, Consiliul a înștiințat-o, prin adresa nr. 5603/403 C5/16.02.2017, cu privire la dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Consiliul, prin adresa nr. 5605/403 C5/16.02.2017, a solicitat autorității contractante documentele necesare soluționării contestației.

Prin adresa nr. 12228/22.02.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 6350/22.02.2017, autoritatea contractantă a depus, în copie certificată pentru conformitate cu originalul, dosarul achiziției publice aferent etapei de reevaluare a ofertelor, împreună cu punctul de vedere nr. 14/2253/20.02.2017.

În fapt, autoritatea contractantă a transmis la dosarul cauzei adresa nr. 14/2253/20.02.2017, reprezentând corespondența Comisiei de evaluare adresată Direcției Licitații, Contractare și Servicii Suport din cadrul autorității contractante, având anexat punctul de vedere al Comisiei de evaluare nominalizată prin Decizia Directorului General nr. 948/13.10.2015.

Comisia de evaluare precizează că ofertantul SC ... SRL, prin contestația formulată împotriva întrebării nr. 1 la solicitarea de clarificări nr. 92/5739/30.01.2017, încearcă inducerea în eroare a Consiliului prin trunchierea deciziei CNSC nr. 111/C5/2865/17.01.2017, a răspunsului autorității contractante la notificarea prealabilă și prezentarea deformată a situației de fapt și de drept.

Totodată, comisia de evaluare arată că, prin contestația înregistrată la data de 15.02.2017, SC ... SRL își contrazice vădit poziția și punctul de vedere exprimat în cadrul primei contestații formulate, împotriva raportului nr. 75331/22.11.2016, abuzând de drepturile conferite de Legea nr. 101/2016 pe care le folosește în scop nelegitim, încercând să eludeze atât legislația achizițiilor publice cât și îndeplinirea obligațiilor asumate prin documentația de atribuire, dovedindu-și astfel nesinceritatea și reaua-credință.

Comisia de evaluare solicită Consiliului să observe că în cadrul primei solicitări de clarificări și primei contestații soluționate, SC ... SRL a susținut, fără depunerea de documente justificative, că dreptul de folosință asupra Laboratorului de analize de grad II, rezultă din contractul de prestări servicii încheiat cu SC ... SRL și din calitatea sa de membru al aceuiași concern cu SC ... SRL. Comisia de evaluare subliniază faptul că CNSC a admis parțial contestația ofertantului SC ... SRL, obligând autoritatea contractantă să clarifice dacă este membru al aceuiași concern cu SC ... SRL, prin solicitarea de documente suplimentare și, respectiv, dacă o astfel de calitate îi conferă drept de folosință asupra laboratorului.

Un alt aspect invocat de comisia de evaluare, se referă la faptul că SC ... SRL recunoaște prin notificarea prealabilă și contestația formulată că nu există o reglementare juridică a concernului și că această calitate nu îi conferă *de iure*, drept de folosință asupra laboratorului, relațiile dintre membrii concernului fiind reglementate prin acte juridice și nu prin

acte normative, contrazicându-și astfel susținerile anterioare, respectiv că dreptul de folosință rezultă din calitatea de membru al concernului.

În continuarea susținerilor sale, comisia de evaluare face un scurt istoric al modului de desfășurare a procedurii de atribuire și precizează că, în prezent, trebuie să stabilească incidența a două premise diferite, respectiv, dacă:

1. Instituția concernului există și conferă membrilor săi un drept de folosință *de iure* asupra mijloacelor fixe aparținând oricărui alt membru, în lipsa unor documente de transfer, sens în care a apreciat că este necesară „Indicarea actelor normative care reglementează instituția «concernului» și care stabilesc prezumția absolută, *de iure*, că membrii concernului, persoane juridice cu personalitate juridică distinctă, au un drept de folosință comună și perpetuă asupra bunurilor aflate în proprietatea privată a oricăruia dintre membri”;

2. SC ... SRL face parte din același concern cu SRL și prin urmare beneficiază de prevederile legale care îi conferă un drept de folosință asupra laboratorului aparținând ... SRL, sens în care a apreciat că este necesară „Prezentarea documentelor care atestă calitatea SC ... SRL și SC ... SRL de membri ai aceluiași concern, cum ar fi dar fără a se limita la situații financiare, acte interne, acte emise de registrul comerțului”.

Comisia de evaluare apreciază că solicitările de clarificări formulate, nu exced limitelor fixate de dispozitivul deciziei CNSC, să „reevalueze oferta contestatoarei conform celor reținute în motivare” și nici nu încalcă autoritatea de lucru judecat a acesteia”. Mai mult, comisia de evaluare face trimitere la dispozițiile art. 201 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, iar ca urmare a anulării parțiale a raportului nr. 75331/22.11.2016, în ce privește oferta SC ... SRL, CNAIR, în calitate de autoritate contractantă, are dreptul de a solicita orice fel de clarificări consideră a fi necesare pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor de clarificare.

Comisia de evaluare arată că solicitarea indicării unui act normativ care să confere SC ... SRL un drept de folosință comună și perpetuă vine pe fondul lipsei de documente care să ateste la momentul depunerii ofertei transferul dreptului de folosință asupra laboratorului de la SC ... SRL către SC ... SRL, astfel încât să fie complinită lipsa de „copii conform cu originalul de pe documente/angajamente care să demonstreze atât dreptul de proprietate sau de folosință asupra laboratorului de minim grad II”, pe întreaga perioadă de executare a contractului, conform Cerinței 3.

Autoarea punctului de vedere consideră că nu se poate retine că SC ... SRL trebuie să depună mai multe înscrisuri decât un ofertant care depune un contract cu o terță firmă și la care nu există nicio relație de afiliere sau că ar fi supus unei duble condiționări deoarece SC ... SRL nu a depus un înscris din care să rezulte transferul dreptului de folosință asupra laboratorului, susținând în schimb că dreptul de folosință rezultă din calitatea sa de membru al aceluiași concern cu titularul dreptului de proprietate asupra laboratorului. Ori, o astfel de susținere trebuie

dovedită sub două aspecte, respectiv din perspectiva stării de drept, precum și din perspectiva stării de fapt. Prin urmare, conform principiului tratamentului egal și al nediscriminării, autoritatea contractantă trebuia să solicite clarificări referitoare la susținerile SC ... SRL, respectiv că dreptul de folosință rezultă din calitatea sa de membru al aceleiași concern cu titularul dreptului de proprietate asupra laboratorului.

În ceea ce privește trimiterile contestatoarei la dispozițiile art. 44 din Constituție, comisia de evaluare le apreciază ca irelevante, având în vedere că autoritatea contractantă nu a pus în discuție dreptul de proprietate al SC ... SRL asupra laboratorului, ci doar dreptul de a-l folosi în lipsa întocmirii unui act translativ al dreptului de folosință.

Față de susținerea contestatoarei că întrebarea nr. 1 din solicitarea de clarificări este restrictivă, ambiguă, neclară, confuză și în dezacord cu prevederile art. 78 alin. (1) din HG nr. 925/2006, comisia de evaluare reamintește că SC ... SRL a susținut fără documente justificative și fără indicarea unui temei legal că are drept de folosință asupra laboratorului deoarece este membru în cadrul aceleiași concern cu SC SRL, prin urmare comisia de evaluare trebuia să adreseze această solicitare pentru a determina dacă dreptul de folosință poate fi unul constituit prin efectul legii și nu pe cale convențională, prin acte juridice între două societăți comerciale.

Autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, apreciază că în contextul în care Consiliul a stabilit că este esențial să se stabilească dacă SC ... SRL are dreptul să folosească mijlocul fix în discuție (Laborator de analize), în situația în care SC ... SRL, cât și SC ... SRL, fac parte din același concern, primul aspect ce trebuia clarificat conform deciziei este acela dacă dreptul de folosință poate rezulta din calitatea de membru al unui concern.

Comisia de evaluare precizează că, neavând cunoștință de reglementările specifice concernului în România și a efectelor juridice relevante pe care le putea produce, respectiv dacă membrii concernului pot să folosească de drept bunurile altor membri ai concernului în mod nelimitat, oricând, a solicitat contestatoarei să indice care este temeiul legal, acesta fiind primul pas în stabilirea dreptului de folosință conform deciziei Consiliului. Faptul că ... SRL, prin răspunsul la clarificări, nu a putut decât să recunoască inexistența unor prevederi legale care să îi confere un drept de folosință asupra laboratorului, nu face solicitarea autorității contractante de rea-credință, restrictivă sau ambiguă, ci demonstrează absurditatea și falsitatea situației prezentate inițial de către ofertant.

În continuarea punctului de vedere, comisia de evaluare apreciază că SC ... SRL prezintă trunchiat susținerile autorității contractante, în cuprinsul răspunsului la notificarea prealabilă și denaturează conținutul deciziei nr. 111/C5/2865/17.01.2017, ori în speță, este esențial să se stabilească dacă SC ... SRL are dreptul să folosească mijlocul fix în discuție (Laborator de analize), în situația în care atât SC ... SRL cât și SC ... SRL, fac parte din același concern.

Autoritatea contractantă susține că, prezenta contestație este lipsită de obiect și interes, în condițiile în care contestatoarea, prin adresa nr. 24/03.02.2017 a răspuns solicitării de clarificări contestată „pentru a evita respingerea ofertei ca neconformă în baza prevederilor art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006”, dar consideră în continuare că întrebarea nr. 1 este netemeinică și nelegală, astfel că, prin solicitarea înlăturării întrebării pe calea contestației nu urmărește o finalitate concretă.

Prin adresa nr. 6385/403 C5/22.02.2017, Consiliul a invitat contestatoarea să studieze dosarul cauzei la data de 24.02.2017.

SC ... SRL a transmis, prin mijloace electronice, la data de 28.02.2017, „concluziile scrise” formulate ca urmare a studierii dosarului cauzei. Corespondența a fost înregistrată de Consiliu sub nr. 7119/01.03.2017. Contestatoarea, cu titlu preliminar, precizează că își menține, în totalitate, susținerile și argumentele din cadrul contestației, fără a le reitera, dorind să trateze succint o serie de aspecte despre care a luat la cunoștință ca urmare a studierii dosarului la sediul Consiliului, respectiv prin analizarea punctului de vedere formulat de autoritatea contractantă.

Contestatoarea arată că, prin „Precizarea nr. 14/2254/16.02.2017”, Președintele Comisiei de Evaluare a confirmat că SC ... SRL îndeplinește cerința nr. III – „Capacitate tehnică din fișa de date” și anume „laborator autorizat (de minim grad II)...”.

În referire la punctul de vedere al autorității contractante, contestatoarea consideră, în primul rând, că dreptul autorității contractante de a solicita clarificări nu trebuie exercitat de o manieră abuzivă, în mod discreționar, arbitrar, ci cu respectarea prevederilor care guvernează achizițiile publice, inclusiv a principiilor prevăzute de art. 2 din OUG nr. 34/2006. În speță, acest drept se subscie celor reținute în decizia CNSC nr. 111/C5/2865. Pe de altă parte, având în vedere prevederile art. 201 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă, prin solicitările de clarificări, nu are dreptul să determine apariția unui dezavantaj unui anumit ofertant.

De asemenea, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă, prin Comisia de evaluare, face abstracție de toate înscrisurile depuse de ... SRL în cadrul evaluării anterioare emiterii primului raport al procedurii de atribuire a contractului, înscrisuri în baza cărora CNSC a confirmat faptul că, societățile ... SRL și ... SRL fac parte din concernul ..., aspect care rezultă în mod indubitabil din considerentele deciziei CNSC.

În ceea ce privește solicitarea Comisiei de evaluare, de a se lua act de faptul că „prezenta contestație este lipsită de obiect și de interes”, contestatoarea consideră că, în speță, sunt incidente două noțiuni juridice care trebuie dovedite de către Comisia de evaluare. Astfel, contestatoarea susține că prin formularea unui răspuns la întrebarea nr. 1 a urmărit să evite aplicarea prevederilor art. 79 alin. (1), teza a 1-a din HG nr. 925/2006. Totodată, ținând cont de faptul că întrebarea de clarificare nr. 1 excede deciziei CNSC nr. 111/C5/2865, contestatoarea apreciază că s-au stabilit în sarcina sa cerințe suplimentare celor

prevăzute prin fișa de date referitoare la laboratorul de grad II și, din dorința de a se evita respingerea ofertei ca urmare a prezentării unui răspuns care să fie considerat „neconcludent”, a solicitat anularea întrebării nr. 1, iar pe cale de consecință, obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire, cu respectarea deciziei CNSC ante-menționată. Față de cele învederate, contestatoarea apreciază că nu se pot susține excepțiile invocate de autoritatea contractantă.

Contestatoarea precizează că nici afirmațiile Comisiei de evaluare referitoare la presupusa încălcare de către ... SRL a prevederilor art. 14 Codul Civil nu pot crea efectele juridice sugerate, întrucât, prin contestație, societatea sa a dovedit atât interesul cât și vătămarea produsă. Practic, prin modalitatea în care Comisia de evaluare a înțeles să ducă la îndeplinire măsurile de remediere dispuse de Consiliu, a pus-o într-o situație extrem de defavorabilă.

În finalul concluziilor scrise, contestatoarea consideră că, în situația în care Comisia de evaluare considera că decizia CNSC este neclară sau mai mult decât atât, că nu este legală și temeinică, avea posibilitatea de a formula o cerere de lămurire dispozitiv sau chiar putea formula o plângere la Curtea de Apel București, ori nerecurgându-se la aceste posibilități, trebuia să pună în aplicare decizia CNSC.

Prin adresa nr. 7214/403 C5/01.03.2017, Consiliul a solicitat autorității contractante susțineri față de concluziile scrise.

Autoritatea contractantă prin adresa de înaintare nr. 92/14455/03.03.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 7455/03.03.2017, a transmis punctul de vedere nr. 14/2876/02.03.2017, semnat de șase din cei șapte membrii ai comisiei de evaluare (mai puțin președintele comisiei), a formulat unele mențiuni cu privire la argumentele consemnate în cadrul concluziilor scrise ale contestatoarei.

Astfel, în legătură cu „Precizarea nr. 14/2254/16.02.2017”, autoritatea contractantă menționează faptul că aceasta este opinia unui membru al Comisiei de evaluare, însă, în cazul în care sunt divergențe de păreri între membrii comisiei de evaluare, decizia comisiei de evaluare trebuie să întrunească votul a cel puțin 2/3 dintre membrii săi, în conformitate cu prevederile art. 76 al HG nr. 925/2006.

De asemenea, autoritatea contractantă susține că tocmai pentru a respecta principiile statuate de art. 2 din OUG nr. 34/2006, prevederile deciziei CNSC și prevederile art. 201 din HG nr. 925/2006, comisia de evaluare a transmis ofertantului Clarificările nr. 92/5739/30.01.2017, pentru a nu i se crea ofertantului SC ... SRL un avantaj față de ceilalți ofertanți, prin eludarea prevederilor documentației de atribuire, iar prin răspunsul la clarificările menționate, ofertantul trebuia doar să își demonstreze susținerile din cadrul contestației sale și consemnate de către Consiliu. Astfel, solicitarea de clarificări în cauză, nu excede dispozitivului deciziei CNSC, având în vedere prevederile deciziei menționată.

Autoritatea contractantă reiterează susținerile din punctul de vedere referitoare la necesitatea menținerii întrebării criticate, susținând

că solicitarea unui act normativ prin care se conferă un drept de folosință perpetuă rezidă din faptul că ofertantul a depus pentru îndeplinirea cerinței un contract din care reiese dreptul de folosință, pe care l-a susținut argumentând că acest drept de folosință provine din calitatea de membru al concernului. Având în vedere că dreptul de folosință nu a fost transmis pe cale convențională un astfel de drept ar fi trebuit să revină pe cale legală. În ceea ce privește înscrierile la care face referire ofertantul, din evaluările anterioare, Comisia de evaluare observă că a fost depus numai contractul de prestări servicii și autorizația de funcționare a laboratorului de grad II a prestatorului.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei cu privire la caracterul excesiv al solicitării adresate, autoritatea contractantă susține că ofertantul trebuia să probeze afirmațiile, respectiv că „respectă întrutotul cerința din documentația de atribuire fiind membru al concernului ...”.

În final, autoritatea contractantă precizează că a respectat întocmai prevederile deciziei CNSC nr. 111/C5/2865/17.01.2017.

Anexat punctului de vedere nr. 14/2876/02.03.2017, autoritatea contractantă a transmis „precizarea nr. 14/2855/02.03.2017”, prin care președintele comisiei de evaluare a declarat că „*nu am elaborat p.d.v. cu privire la cele invocate în documentul «concluzii scrise»*”.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

... S.A., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire prin „licitație deschisă”, off-line, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Proiectare și execuție Autostrada București - Brașov, Tronson Comarnic-Brașov, Lot 1: sector Comarnic - Predeal, km 111+300 - km 115+300; Lot 2: sector Predeal - Cristian, km 162+300 - km 168+600 și Drum de Legătură”, coduri CPV 45233110-3 (Rev.2), 71322500-6 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../16.07.2015, stabilind data deschiderii ofertelor, inițial, la 02.09.2015 ora 13:00, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și o valoare estimată totală, fără TVA, cuprinsă între 316.693.113 lei și 380.031.736 lei.

La data de 19.08.2015, autoritatea contractantă a postat în SEAP anunțul de tip erată nr. 78489/20.08.2016, prin care a modificat data deschiderii ofertelor la 05.10.2016 ora 13:00.

Consiliul reține că prezenta procedură de atribuire a fost inițiată la data de 16.07.2015, contestația fiind înregistrată la Consiliu la data de 15.02.2017, ulterior intrării în vigoare a Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, potrivit căreia, „*La data intrării în vigoare a prezentei legi se abrogă: a) Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 418 din 15 mai 2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare*” și a Legii 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. Cele două acte normative au intrat în vigoare la data de 26.05.2016, deci anterior formulării contestației ce face obiectul prezentei cauze.

Rezultă că, în speță, sunt incidente prevederile art. 69 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, conform căreia *„Dispozițiile prezentei legi se aplică numai contestațiilor/cererilor/plângerilor formulate după intrarea ei în vigoare”*, astfel că procedura de soluționare a contestației urmează să se facă în baza prevederilor Legii nr. 101/2016, în vigoare la data depunerii prezentei contestații.

Pe de altă parte, conform dispozițiilor art. 236 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, procedurii de atribuire în cauză [astfel cum este acesta definită de art. 3 lit. ș) din OUG nr. 34/2006] îi sunt aplicabile dispozițiile OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006.

În cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul, prin decizia nr. 111/C5/2865/17.01.2017, a soluționat contestația fără număr și nedată la emitentă, înregistrată la Consiliu sub nr. 38974/20.12.2016, formulată de S.C. ... S.R.L. împotriva adresei nr. 77090/25.11.2016, reprezentând comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire aferent lotului 2, și a dispus următoarele:

„Admite, în parte, contestația formulată de S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... S.A., anulează, în parte, raportul procedurii nr. 75331/22.11.2016 și actele subsecvente acestuia, respectiv referirile la oferta contestatoarei și la aplicarea criteriului de atribuire și obligă autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să reevalueze oferta contestatoarei conform celor reținute în motivare.

Respinge, ca nefondat, capătul de cerere referitor la anularea în tot a raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente”.

Decizia nu a fost atacată cu plângere la instanța competentă de niciuna dintre părți.

După primirea acestei decizii autoritatea contractantă a pus în aplicare această decizie, sens în care, prin procesul verbal intermediar nr. 1, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 14/1152/30.01.2017, a stabilit transmiterea către SC ... SRL a unei solicitări de clarificări referitoare la indicarea actelor normative care reglementează situația „concernului”, precum și prezentarea documentelor care atestă calitatea SC ... SRL și SC SRL de membri ai aceluiași concern.

În acest sens, prin adresa nr. 5739/30.01.2017, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului SC ... SRL clarificări după cum urmează:

- *„Indicarea actelor normative care reglementează instituția «concernului» și care stabilesc prezumția absolută, de iure, că membrii concernului, persoane juridice cu personalitate juridică distinctă, au drept de folosință comună și perpetuă asupra bunurilor aflate în proprietatea privată a oricăruia dintre membrii;*

- *Prezentarea documentelor care atestă calitatea SC ... SRL și SC SRL de membrii ai aceleiași concern, cum ar fi dar și fără a se limita la situații financiare, acte interne, acte emise de registrul comerțului”.*

Termenul acordat pentru transmiterea răspunsului a fost stabilit, inițial, pentru 03.02.2017, ora 12:00, iar ulterior, la solicitarea ofertantului, acesta a fost decalat prin adresa nr. 6162/02.05.2017, pentru 10.02.2017, ora 10:00.

Nemulțumită de întrebarea nr. 1 a acestei solicitări de clarificări, pe care o consideră excesivă, SC ... SRL a depus prezenta contestație.

Atașat contestației, SC ... SA a depus dovada respectării dispozițiilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, respectiv atât notificarea prealabilă nr. 23/03.02.2017, înaintată autorității contractante, cât și răspunsul la notificarea prealabilă, înregistrat sub nr. 7470/03.02.2017, prin care autoritatea contractantă precizează că își menține întrebarea nr. 1 din solicitarea de clarificări nr. 5739/30.01.2017.

În temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cu prioritate excepțiile invocate prin punctul de vedere de către autoritatea contractantă, respectiv lipsa de „obiect și de interes a contestației”.

Analizând susținerile autorității contractante referitoare la cele două excepții, Consiliul constată că acestea au la bază faptul că ofertantul a răspuns solicitării criticate astfel că înlăturarea întrebării pe calea contestației nu ar urmări o finalitate concretă. În acest context, Consiliul apreciază că, în realitate, autoritatea contractantă invocă excepția rămânerii fără obiect a contestației, excepție pe care o va analiza în continuare.

Verificând aceste susțineri ale autorității contractante, Consiliul constată că excepțiile în discuție sunt neîntemeiate, având în vedere, în primul rând, faptul că în cadrul răspunsului transmis de ofertant autorității contractante, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 7469/ 03.02.2017, la solicitarea de clarificări nr. 5739/30.01.2017, în referire la întrebarea nr. 1, ofertantul a reiterat susținerile precizate în notificarea prealabilă privind caracterul excesiv al acestei întrebări (respectiv nemulțumirile sale privind întrebarea în discuție) furnizând, cu scopul de a nu fi considerate incidente dispozițiile art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006, informații pe care le-a considerat relevante față de susținerile din notificarea prealabilă, neputându-se astfel interpreta că prezenta contestație este lipsită de obiect.

În al doilea rând, Consiliul reține, așa cum rezultă din procesul verbal intermediar nr. 2, înregistrat sub nr. 14/2294/20.02.2017, faptul că aceste informații nu au fost analizate de către membrii comisiei de disciplină, respectiv nu a fost luată nicio decizie cu privire la reevaluarea ofertei (conform celor dispuse prin Decizia CNSC nr. 111/C5/2865 din 17.01.2017), până la soluționarea contestației depusă de către SC ... SRL la CNSC”, astfel că, nu poate fi reținută ca incidentă nici excepția lipsei de interes a contestatoarei, invocată de autoritatea contractantă.

Analizând critica autoarei contestației referitoare la întrebarea nr. 1 din solicitarea de clarificări nr. 5739/30.01.2017, Consiliul constată că aceasta este întemeiată în parte, așa cum rezultă din considerentele prezentate în continuare.

În analiza prezentei contestații, Consiliul apreciază relevante următoarele considerente ale Deciziei nr. 111/C5/2865/17.01.2016:

„Analizând modul de lucru al comisiei de evaluare, Consiliul constată că prin solicitarea de clarificări transmisă ofertantului SC ... SRL s-a încercat clarificarea modului în care acesta îndeplinește cerința de calificare menționată la pct. III.2.3.a) din fișa de date a achiziției, însă față de răspunsul ofertantului, care a susținut că SRL, prestator în cadrul contractului cadru de prestări servicii nr. 108/07.09.2016 - 036/07.09.2010, încheiat pe durată nedeterminată, este «firmă membră a concernului ...», Consiliul apreciază că membrii comisiei de evaluare ar fi trebuit să manifeste un rol activ pentru clarificarea în totalitate a situației și să-i solicite SC ... SRL depunerea de documente care să probeze afirmațiile sale (situații financiare, acte interne, acte emise de registrul comerțului, etc.).

Susținerea autorității contractante referitoare la existența în speță a unor societăți cu «personalități juridice distincte» nu poate fi reținută, întrucât, este necesară analizarea documentelor care pot proba afirmația ofertantului, în vederea dezlegării pricinii fiind esențial să se stabilească dacă SC ... SRL are dreptul să folosească mijlocul fix în discuție (Laborator de analize), în situația în care atât SC ... SRL cât și SC SRL, fac parte din același concern”.

Analizând conținutul întrebării nr. 1, criticată în prezenta speță, Consiliul constată că, într-adevăr, aceasta este în parte excesivă, având în vedere faptul că, prin introducerea sintagmei *„și care stabilesc prezumția absolută, de iure, că membrii concernului, persoane juridice cu personalitate juridică distinctă, au drept de folosință comună și perpetuă asupra bunurilor aflate în proprietatea privată a oricăruia dintre membrii”*, în cadrul solicitării de clarificări nr. 5739/30.01.2017, autoritatea contractantă a limitat posibilitatea ofertantului de a demonstra susținerile sale referitoare la concern și la modul de folosință a bunurilor acestuia, doar la acte normative, ceea ce contravine deciziei CNSC nr. 111/C5/2865 din 17.01.2017, în cadrul căreia, dimpotrivă, s-au indicat cu titlul de exemplu *„situații financiare, **acte interne**, acte emise de registrul comerțului, etc.)*.

Astfel, prin formularea în acest mod a întrebării adresată contestatoarei, autoritatea contractantă a exclus posibilitatea ca ofertantul să demonstreze susținerile sale și prin alte tipuri de documente, respectiv reglementări/acte interne referitoare la „concern” și la modalitatea de dispunerea de bunuri în cadrul acestuia.

Consiliul reține că deși potrivit art. 201 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, autoritatea contractantă *„are dreptul de a solicita clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de ofertanți/candidați pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor stabilite prin criteriile de calificare și selecție sau pentru demonstrarea conformității ofertei cu*

cerințele solicitate", acest drept nu trebuie exercitat prin transmiterea unor solicitări excesive/limitative.

În speță, în cadrul deciziei nr. 111/C5/2865 din 17.01.2017, Consiliul nu a făcut referire la necesitatea ca ofertantul în discuție să-și probeze susținerile prin „actele normative”.

În cazul în care autoritatea contractantă considera că decizia Consiliului excede cadrului legal, avea posibilitatea de a o ataca cu plângere la instanța competentă, respectiv Curtea de Apel București.

Consiliul nu poate reține susținerea autorității contractante formulată în punctul de vedere, potrivit căreia „solicitarea indicării unui act normativ care să confere ... SRL un drept de folosință comună și perpetuă vine pe fondul lipsei de documente care să ateste la momentul depunerii ofertei transferul dreptului de folosință asupra laboratorului de la SC SRL către SC ... SRL”, în condițiile în care există posibilitatea ca susținerile contestatoarei să fie dovedite și prin alte tipuri de documente, posibilitate pe care autoritatea contractantă, prin modul de formulare a întrebării criticate, a exclus-o.

În aceste condiții, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge excepțiile invocate de autoritatea contractantă privind „lipsa de obiect a contestației” și „lipsa de interes” a contestatoarei, iar în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din același act normativ, va admite, în parte, contestația, va anula, în parte, întrebarea nr. 1 din solicitarea de clarificări nr. 92/5739/30.01.2017, respectiv va elimina sintagma *„și care stabilesc prezumția absolută, de iure, că membrii concernului, persoane juridice cu personalitate juridică distinctă, au drept de folosință comună și perpetuă asupra bunurilor aflate în proprietatea privată a oricăruia dintre membrii”* din conținutul acesteia și va obliga autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să continue procedura de atribuire cu aplicarea Deciziei nr. 111/C5/2865 din 17.01.2017 și cu luarea în considerare a celor reținute în motivare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile 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:

Respinge excepțiile invocate de autoritatea contractantă privind „lipsa de obiect a contestației” și „lipsa de interes” a contestatoarei.

Admite, în parte, contestația formulată de S.C. ... S.R.L., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ... S.A., anulează, în parte, întrebarea nr. 1 din solicitarea de clarificări nr. 92/5739/30.01.2017, respectiv elimină sintagma *„și care stabilesc prezumția absolută, de iure, că membrii concernului, persoane juridice cu personalitate juridică distinctă, au drept de folosință comună și perpetuă asupra bunurilor aflate în proprietatea privată a oricăruia dintre membrii”* din conținutul

acesteia și obligă autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să continue procedura de atribuire cu luarea în considerare a celor reținute în motivare.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

...

MEMBRU COMPLET

Redactat în 4 exemplare originale, conține 14 pagini.