

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. 1773/C3/1925

Data: 23.08.2022

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 39163/08.08.2022, înaintată de SRL (lider al asocierii SRL - SRL), cu sediul în comuna, județul, înmatriculată în registrul comerțului cu nr., având CUI, reprezentată legal de, administrator, iar convențional de, avocat, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în, formulată împotriva rezultatului atribuirii lotului 2 - Documentație tehnică faza P.Th. (Proiect tehnic, DE, DTAC, DTOE, documentații pentru obținere acorduri, autorizații) pentru Reabilitarea și modernizarea drumurilor publice în cartierul - al procedurii simplificate, organizată de autoritatea contractantă, cu sediul în, Piața-Vodă nr. 1, județul, în vederea atribuirii unui contract de „Proiectare și execuție lucrări pentru investiția Proiect integrat de reabilitare, modernizare, extindere și dotare a școlii, construire și dotare sală de sport – pentru învățământul general obligatoriu, reabilitarea și dotarea grădiniței și reabilitarea și modernizarea drumurilor publice în cartierul din”, inițiată prin publicarea anunțului de participare nr. SCN1106355 din 05.05.2022, s-a solicitat

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 39163/08.08.2022, ... SRL atacă rezultatul procedurii mai sus amintite, aferent lotului 2, organizată de autoritatea contractantă, considerând nelegală decizia acesteia din urmă de a o exclude din procedură în temeiul dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, motivat de faptul că societatea a fost condamnată în anul 2019 cu amendă penală pentru săvârșirea infracțiunii prevăzute de art. 93 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 107/1996 (legea apelor). Totodată, constatând că nu mai există oferte admisibile și acceptabile, pentru lotul 2, în temeiul dispozițiilor art. 212 alin. (1) lit. a)

din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă a anulat procedura de atribuire, măsură ce este atacată, implicit.

În fapt, contestatoarea arată că societatea a fost sancționată, în anul 2019, cu amendă penală, ca urmare a unei neînțelegeri asupra modului de exploatare a unei balastiere, deținută în mod legal, amplasată în vecinătatea unor canale de decolmatare. Relevant, pentru contextul dat, este și împrejurarea că, la judecata de fond, instanța a apreciat că se impune clasarea cauzei, sancțiunea cu amenda penală survenind "în apelul Parchetului". Amenda penală a fost achitată, iar la nivelul societății au fost implementate proceduri de lucru, care să împiedice repetarea incidentului.

Sanctiunea penală nu a fost însoțită de nicio pedeapsă complementară sau accesorie, care să implice interdicția de a participa la procedurile de achiziție publică.

În acest sens este și adresa nr 13412/25.10.2019, comunicată de ANAP, în cadrul consilierii metodologice solicitate, confirmându-se faptul că această situație nu se încadrează în motivele de excludere de la art. 164 din Legea nr. 98/2016.

De altfel, ulterior anului 2019, ... SRL a fost declarată câștigătoare și în alte proceduri, inclusiv de către, având aceleași documente, în portofoliu.

Cu toate acestea, în procedura de față, autoritatea contractantă a ales să interpreteze în mod diferit și nelegal textele de lege care reglementează excluderea din procedură.

În drept, autoritatea contractantă a apreciat că situația mai sus învedereată atrage incidența dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, motivat de faptul că SRL ar fi declarat, în mod eronat, împrejurarea că nu a încălcat obligațiile stabilite la art. 51 din Legea nr. 98/2016.

Or, prevederile art. 167 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 nu au înțelesul reținut de autoritatea contractantă. Textul de lege face referire la nerespectarea obligațiilor impuse ofertanților prin documentația de atribuire, nerespectare care trebuie să privească modul de întocmire a ofertei, și nu situații sau contexte anterioare, finalizate în mod definitiv cu mulți ani înaintea acestui moment, și fără niciun impact asupra ofertei.

Ipotezele din textul de lege nu sunt îndeplinite, în speță:

a. autoritatea contractantă nu a impus nicio condiție expresă în ceea ce privește obligațiile relevante din domeniul mediului, a căror îndeplinire ar fi trebui dovedită de ofertanți.

Punctul III.1.3.b) din fișa de date - Standarde de asigurare a calității și de protecție a mediului, nu are nicio mențiune referitoare la anumite standarde sau obligații speciale din partea ofertantului. În aceste condiții, nu se poate reține că SRL ar fi declarat în mod eronat îndeplinirea vreuneia din obligațiile impuse;

b. autoritatea contractantă a impus doar obligația generală de a se respecta prevederile obligatorii în materia protejării mediului, prin modalitatea de întocmire și depunere a ofertei (pct. IV.4.1 din fișa de date), și nu la un alt moment, anterior. Nicăieri nu este prevăzută obligația ca ofertanții să nu fi săvârșit anterior fapte care să ducă atingere legislației mediului;

c. nu există nicio obligație legală, de mediu sau de altă natură, care să nu fie respectată de SRL la momentul depunerii ofertei. Nu există nicio referire la vreo încălcare actuală a vreunei obligații de mediu, la elaborarea ofertei. Or, dispozițiile coroborate ale art. 167 alin. (1) lit. a) și ale art. 51 din Legea nr. 98/2016 au în vedere situația în care se constată încălcări actuale ale legislației mediului de către ofertanți, și nu ipoteza unor încălcări anterioare;

d. nici fișa de date și nici reglementările în materia achizițiilor publice nu includ, între motivele de excludere, ipoteza în care ofertantul prezintă un cazier judiciar ce menționează infracțiunea prevăzută la art. 93 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 107/1996 (Legea apelor).

Motivele de excludere sunt, în mod strict și exhaustiv, prevăzute de legea achizițiilor publice, la articolele 164, 165 și 167, și nu pot fi extrapolate la alte situații și ipoteze care nu au fost avute în vedere de norma legală.

În condițiile în care excluderea sa este nelegală, contestatoarea apreciază că nu mai subzistă motivul invocat pentru anularea procedurii, respectiv inexistența niciunei oferte admisibile și acceptabile.

Măsura de remediere ar urma să privească, exclusiv, modul de analiză a documentelor suport DUAЕ, în condițiile în care declararea ofertei conformă și acceptabilă nu face obiectul niciunei contestații.

Prin adresa nr. 55002/12.08.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 40799/17.08.2022, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea acesteia, ca neîntemeiată.

Comisia de evaluare a ofertelor a analizat documentele de calificare, propunerea tehnică și propunerea financiară ale unicului ofertant al lotului 2 al procedurii de atribuire în cauză (Asocierea SRL - SRL) și a apreciat că oferta acesteia este admisibilă, drept pentru care i-a solicitat să prezinte documentele suport care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAЕ.

În cazierul judiciar nr. 30721050 din 04.02.2022, este menționată săvârșirea, de către SRL, a faptei prevăzută la art. 93 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 107/1996 - Legea apelor (art. 93 alin. (1) Executarea, modificarea sau extinderea de lucrări, construcții ori instalații pe ape sau care au legătură cu apele, fără avizul legal, precum și darea în exploatare de unități fără punerea concomitentă în funcțiune a rețelelor de canalizare, a stațiilor și instalațiilor de epurare a apei uzate, potrivit

autorizației de gospodărire a apelor, constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la o lună la un an sau cu amendă.

(2) Cu pedeapsa prevăzută la alin. (1) se sancționează și următoarele fapte:

b) exploatarea sau întreținerea lucrărilor construite pe ape ori în legătură cu apele, desfășurarea activității de topire a teiului, cânepii, inului și a altor plante textile, de tăbăcire a pieilor și de extragere a agregatelor minerale, fără autorizația de gospodărire a apelor.

Contrar mențiunii din DUAE - secțiunea C Motive de excludere legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale, potrivit căreia SRL nu a încălcat obligațiile în domeniul legislației de mediu, autoritatea contractantă consideră că această cerință nu a fost demonstrată prin documentele probante, motiv pentru care a respins oferta contestatoarei, în temeiul dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016: Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații:

a) a încălcat obligațiile stabilite potrivit art. 51, iar autoritatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi decizii ale autorităților competente prin care se constată încălcarea acestor obligații.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Autoritatea contractantă a inițiat, la 05.05.2022, o procedură simplificată, defalcată pe două loturi, în vederea atribuirii unui contract de „Proiectare și execuție lucrări pentru investiția Proiect integrat de reabilitare, modernizare, extindere și dotare a școlii ..., construire și dotare sală de sport – pentru învățământul general obligatoriu, reabilitarea și dotarea grădiniței și reabilitarea și modernizarea drumurilor publice în cartierul din”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. SCN1106355 și a documentației de atribuire.

Împotriva deciziei autorității contractante de a exclude din procedură asocierea din care face parte, ... SRL formulează contestația de față, solicitând anularea acestui rezultat al procedurii, privitor la lotul 2 consemnat în adresa nr. 52703 din 01.08.2022, anularea raportului procedurii nr. 52695/01.08.2022 și obligarea autorității la reevaluarea documentelor suport DUAE care îi aparțin.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatorul SRL a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208307159/1, în valoare de 47.751,89 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala, la data de 10.08.2022.

Consiliul are în vedere faptul că măsura de excludere vizează asocierea de ofertanți din care face parte și contestatoarea, ... SRL, acțiunea acestui operator economic fiind formulată în temeiul prevederilor art. 2 alin. (2) din Legea nr. 101/2016: Oricare dintre membrii unei asocieri a unor operatori economici, fără personalitate juridică, poate formula orice cale de atac reglementată de prezenta lege.

De asemenea, Consiliul reține că excluderea asocierii de ofertanți a fost motivată, în fapt și în drept, pe baza existenței în cazierul judiciar al SRL a unei condamnări cu amendă judiciară, de 3000 lei, pentru încălcarea legislației de mediu, cu aplicarea dispozițiilor art. 167 alin. (1) litera a) din Legea nr. 98/2016.

Se constată neaplicarea, de către autoritatea contractantă, a dispozițiilor art. 171 alin. (1)-(2) din Legea nr. 98/2016, care consacră dreptul unui operator economic aflat într-o astfel de situație de excludere de a prezenta dovezi de credibilitate, precum și obligația achizitorului de a evalua astfel de dovezi: *(1) Orice operator economic aflat în oricare dintre situațiile prevăzute la art. 164 și 167 care atrag excluderea din procedura de atribuire poate furniza dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere.*

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

Existența amenzii penale în cauză, pentru membrul asocierii care contestă, nu reprezenta un motiv de excludere automată din procedură. Situația de fapt trebuia analizată de autoritatea contractantă ținând cont și de circumstanțele derulării procedurii, excluderea directă a asocierii fiind și o măsură care încalcă principiul proporționalității.

De altfel, în practica CNSC și a instanțelor naționale, este confirmată necesitatea disponibilității autorităților contractante în analiza ofertelor aflate în situație de excludere facultativă, pentru aplicarea principiilor, conduită consacrată și prin jurisprudența comunitară, precum decizia din Cauza C-395/18 (vezi punctele 45-46), Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA împotriva Consip SpA, Ministero dell'Economia e delle Finanze: *45. În această privință, trebuie amintit, pe de o parte,*

că autoritățile contractante trebuie, de- a lungul întregii proceduri, să

respecte principiile de atribuire a contractelor enunțate la articolul 18 din Directiva 2014/24, printre care figurează în special principiile egalității de tratament, transparenței și proporționalității (Hotărârea din 26

septembrie 2019, Vitali, C- 63/18, EU:C:2019:787, punctul 39 și

jurisprudența citată), și, pe de altă parte, că, conform principiului proporționalității, care constituie un principiu general al dreptului Uniunii, normele stabilite de statele membre sau de autoritățile contractante în cadrul punerii în aplicare a dispozițiilor acestei directive, precum normele menite să precizeze condițiile de aplicare a articolului 57 din directiva menționată, nu trebuie să depășească ceea ce este necesar pentru atingerea obiectivelor urmărite de aceeași directivă (a se vedea în acest

sens Hotărârea din 7 iulie 2016, Ambisig, C- 46/15, EU:C:2016:530,

punctul 40, și Hotărârea din 8 februarie 2018, Lloyd's of London,

C- 144/17, EU:C:2018:78, punctul 32, precum și jurisprudența citată).

46 Astfel, în primul rând, atunci când autoritatea contractantă începe să verifice în cursul procedurii de achiziții publice, așa cum are obligația în temeiul articolului 56 alineatul (1) litera (b) din Directiva 2014/24 interpretat în lumina considerentului (40) al acestei directive, dacă există motive de excludere în sensul articolului 57 alineatul (4) litera (a) din directiva menționată, iar reglementarea națională prevede că are posibilitatea sau chiar obligația de a exclude operatorul economic ca urmare a unei încălcări de către un subcontractant a obligațiilor prevăzute de legislația din domeniul dreptului mediului, social și al muncii, aceasta are obligația, în vederea respectării principiului egalității de tratament, să verifice existența oricărei încălcări a obligațiilor respective nu numai față de toți operatorii economici care au prezentat o ofertă, ci și față de ansamblul subcontractanților indicați de acești operatori în oferta lor respectivă.

Cât privește adresa ANAP nr. 13412 din 25.10.2019, de consiliere metodologică, Consiliul ia act de faptul că aceasta face referire la motive de excludere diferite de cele care sunt enumerate la art. 167 din Legea nr. 98/2016, motivele enumerate la art. 164 din lege privind condamnări pentru fapte penale de gravitate sporită. În consecință, această adresă nu prezintă relevanță, în raport cu situația de fapt și de drept în care se găsește contestatoarea.

Pentru acestea, Consiliul consideră că este întemeiată contestația SRL împotriva excluderii ofertei asocierii din care face

parte, așa cum a fost consemnată în raportul procedurii nr. 52695/01.08.2022 și în adresa nr. 52703/01.08.2022, dispusă de, iar în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va anula actele atacate, sus amintite. În mod implicit, decizia de anulare a procedurii, pentru lipsa ofertelor admisibile, va fi anulată de Consiliu, achizitorul urmând a fi obligat la continuarea procesului de analiză a documentelor privind situația personală, inclusiv prin solicitarea de noi informații, în maxim 15 zile de la primirea deciziei prezente.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația SRL împotriva excluderii ofertei asocierii din care face parte, în contradictoriu cu

Anulează raportul procedurii nr. 52695/01.08.2022 și adresa nr. 52703/01.08.2022, întocmite în procedura simplificată inițiată pe baza anunțului nr. SCN 1106355 din 05.05.2022.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procesului de analiză a documentelor din oferta contestatoarei, în maxim 15 zile de la primirea deciziei prezente, conform motivării ce precede.

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

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

