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. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

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

Prin contestația nr. 788/19.07.2019, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 28160/22.07.2019, formulată de către SC ..... SRL, cu sediul în ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., reprezentată legal prin ....., împotriva documentației de atribuire, elaborată de către entitatea contractantă ....., în cadrul procedurii de ....., s-au solicitat următoarele: ,,*suspendarea procedurii până la soluționarea contestației; modificarea fișei de date a procedurii și a tuturor actelor care preced sau care sunt succesive acesteia, în sensul eliminării condiției abuzive inclusă la pct. III.1.1.a) din fișa de date a achiziției, respectiv – operatorul economic (...) nu trebuie să se afle în niciuna dintre situațiile menționate la art. 81 din Legea nr. 100/2016 privind motivele de excludere legate de (...) abateri profesionale; modificarea fișei de date a procedurii și a tuturor actelor care preced sau care sunt succesive acesteia, în sensul eliminării referirilor din acestea la acte normative care nu sunt aplicabile procedurii (ex.: referirea la art. III.1.1.a) alin. 3 pct. 5) – la derogările prevăzute la art. 166 alin. 2), art. 167 alin. 2) și art. 171 din Legea nr. 98/2016 în condițiile în care acestea sunt aplicabile exclusiv contractelor de achiziție publică (reglementate de Legea nr. 98/2016) nu și contractelor de concesiune (reglementate de alt act normativ, respectiv Legea nr. 100/2016)*''.

În luarea deciziei asupra cauzei de faţă,
Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor
reţine următoarele:

Prin contestația nr. 788/19.07.2019, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 28160/22.07.2019, formulată de către ..... SRL, împotriva documentației de atribuire, elaborată de către entitatea contractantă ..., în cadrul procedurii de .....-au solicitat următoarele: ,,*suspendarea procedurii până la soluționarea contestației; modificarea fișei de date a procedurii și a tuturor actelor care preced sau care sunt succesive acesteia, în sensul eliminării condiției abuzive inclusă la pct. III.1.1.a) din fișa de date a achiziției, respectiv – operatorul economic (...) nu trebuie să se afle în niciuna dintre situațiile menționate la art. 81 din Legea nr. 100/2016 privind motivele de excludere legate de (...) abateri profesionale; modificarea fișei de date a procedurii și a tuturor actelor care preced sau care sunt succesive acesteia, în sensul eliminării referirilor din acestea la acte normative care nu sunt aplicabile procedurii (ex.: referirea la art. III.1.1.a) alin. 3 pct. 5) – la derogările prevăzute la art. 166 alin. 2), art. 167 alin. 2) și art. 171 din Legea nr. 98/2016 în condițiile în care acestea sunt aplicabile exclusiv contractelor de achiziție publică (reglementate de Legea nr. 98/2016) nu și contractelor de concesiune (reglementate de alt act normativ, respectiv Legea nr. 100/2016)*''.

În ceea ce privește cererea de suspendare, contestatoarea invocă dispozițiile art. 23 alin. 1) din Legea nr 101/2016, potrivit cărora ,,în cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, la cererea persoanei interesate, Consiliul poate să dispună prin încheiere, în termen de 3 zile de la primirea cererii, măsura suspendării procedurii de atribuire sau aplicării oricărei decizii luate de autoritatea contractantă, până la soluţionarea contestatiei''.

Față de cele de mai sus, contestatoarea afirmă că îndeplinește condiţiile legale pentru încuviinţarea cererii de suspendare, respectiv:

- interesul legitim al subscrisei - acela de a participa la o procedură de achiziţie publică, în condiţii de egalitate cu ceilalţi potentiali participanţ, sens în care afirmă că autoritatea contractantă, prin condiţiile restrictive impuse, încalcă deciziile obligatorii ale Curţii Constitutionale a României;
- de asemenea, susține contestatoarea, prin includerea unor referiri la texte de lege care nu sunt aplicabile procedurii de atribuire în cauză, autoritatea contractantă viciază, în mod evident, procedura respectivă;
- măsura dispusă ar fi una vremelnică, respectiv până la soluţionarea prezentei contestatii, perioadă în care ar asigura protectia provizorie a drepturilor și intereselor subscrisei;
- în ceea ce privește paguba iminenta, contestatoarea afirmă că păstrarea ca atare a documentaţiei de atribuire ar conduce la excluderea acesteia, în mod abuziv, din licitatie, aceasta având deschiderea în data de 14.08.2019, ora 10.

Pe fondul cauzei, contestatoarea susține că, luând la cunoștință despre conținutul fișei de date a achiziţiei, a observat două abateri de la legislaţia în vigoare, respectiv:
- includerea unei condiţii abuzive la pct III 1.1.a.) din fișa de date, respectiv că ,,operatorul economic (...) nu trebuie să se afle în niciuna dintre situațiile menționate la art. 81 din Legea nr 100/2016, privind motivele de excludere legate de (...) abateri profesionale;
- existența unor referiri la acte normative care nu sunt aplicabile procedurii - referirea la art III 1.1 .a.) alin. 3) pct. 5) la derogările prevăzute la art. 166 alin. 2), art. 167 alin. 2) și art. 171 din Legea nr 98/2016, în condiţiile în care acestea sunt aplicabile exclusiv contractelor de achiziţie publică, reglementate de legea respectivă, nefiind aplicabile contractelor de concesiune, reglementate de alt act normativ, respectiv Legea nr. 100/2016.

Cu privire la prima critică, contestatoarea precizează că, în opinia sa, prin norma juridică invocată mai sus se interzice participarea la procedura de achiziţie a persoanelor juridice care sunt supuse unei investigaţii judiciare pentru faptele prevăzute la art. 79 alin. 1) din Legea nr 100/2016 - constituire de grup infracţional organizat, infracţiuni de corupţie, infracţiuni împotriva intereselor financiare ale Uniunii Europene, terorism, spalare de bani, trafic de persoane, fraudă.

Contestatoarea susține că această cerință este nelegală pentru că este în dezacord cu o serie de alte dispoziții legale, cum ar fi: art. 23 alin. 11) din Constituția României – până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătoreşti de condamnare, persoana este considerată nevinovată; art. 53 din Constituția României – (...) Exerciţiul unor drepturi sau al unor libertăţi poate fi restrâns numai prin lege şi numai dacă se impune, după caz, pentru: apărarea securităţii naţionale, a ordinii, a sănătăţii ori a moralei publice, a drepturilor şi a libertăţilor cetăţenilor; desfăşurarea instrucţiei penale; prevenirea consecinţelor unei calamităţi naturale, ale unui dezastru ori ale unui sinistru deosebit de grav (...); art. 4 din Codul de procedură penală: Orice persoană este considerată nevinovată până la stabilirea vinovăţiei sale printr-o hotărâre penală definitivă; art. 14 pct. 2 din Pactul Internaţional cu privire la drepturile civile și politice: Orice persoană acuzată de săvârşirea unei infracţiuni este prezumată a fi nevinovată cât timp culpabilitatea sa nu a fost stabilită în mod legal.

De asemenea, contestatoarea enumeră și alte prevederi legale, cum ar fi: art. 11 alin. 1) din Declarația Universală a Drepturilor Omului, art. 20 și 48 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene; art. 6 alin. 2) CEDO, art. 57 din Directiva 2014/24/UE.

Față de cele de mai sus, contestatoarea precizează că în anul 2006, când a intrat în vigoare Legea nr. 278, a fost introdusă și răspunderea penală a persoanelor juridice, motiv pentru care principiul prezumției de nevinovăție a devenit incident și pentru entitățile

colective cu personalitate juridică care îndeplinesc condițiile legale în vederea angajării răspunderii penale.

În acest sens, contestatoarea invocă dispozițiile art. 4 alin 1) din Codul de procedură penală, conform cărora orice persoană fizică sau juridică este considerată nevinovată până la stabilirea vinovăției sale printr-o hotărâre definitivă.

Așadar, afirmă contestatoarea, până la pronunțarea unei hotărâri judecătorești definitive, prin care se stabilește vinovăția unei persoane, față de care se derulează o procedură judiciară, aceasta se consideră nevinovată, ceea ce înseamnă că orice efect legal negativ sau consecință juridică legate de existența unui proces penal în curs, în cadrul căruia persoana în cauză are calitatea de inculpată, nu poate determina apariția unei interdicții, incapacități sau ale limitări ale drepturilor acesteia.

Referitor la aceasta, contestatoarea invocă Decizia nr. 738/ 20.11.2018, emisă de către Curtea Constituțională a României urmare examinării unei excepții de neconstituționalitate, ridicată chiar de către aceasta, în cadrul altei proceduri de achiziție publică, organizată în baza Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu privire la dispozițiile art. 167 alin. 4) din cadrul actului normativ respectiv.

Contestatoarea afirmă că norma juridică respectivă a fost declarată neconstituțională, aceasta având aceiași formulare cu art. 81 pct. 4) din Legea nr. 100/2016.

Prin urmare contestatoarea afirmă că decizia Curții Constituționale se aplică și altor situații în care o entitate contractantă impune condiții discriminatorii de natură să încalce prezumția de nevinovăție reglementată de legea fundamentală.

Nu în ultimul rând, contestatoarea solicită eliminarea, din cadrul documentației de atribuire, a prevederilor Legii nr. 98/2016 - art. 166 alin. 2), art. 167 alin. 2) și art. 171), deoarece procedura în cauză este organizată în baza unui alt act normativ, respectiv Legea nr. 100/2016.

În drept, au fost invocate dispozițiile Legii nr. 101/2016. În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

SC ... SRL a transmis recipisa nr. 205610116/1/24.07.2019, de constituire a cauțiunii aferente, în valoare de 220.000 lei, emisă de către CEC BANK Sucursala Constanța.

Prin punctul de vedere nr. 273964/24.07.2019, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 29439/29.07.2019, ... precizează că a verificat dacă a fost constituită cauțiunea conform prevederilor art. 61^1din Legea 100/2016 și a observat că SC ..... SRL nu a făcut dovada constituirii cauțiunii. Prin urmare, în situația în care Consiliul constată că nu a fost constituită cauțiunea, solicită aplicarea sancțiunii prevăzute la art. 16 din Legea 100/2016.

Cu privire la fondul contestației, entitatea contractantă precizează următoarele:

- susține că nu va suspenda procedura decât dacă CNSC va dispune acest lucru;
- cu privire la cu privire la solicitare de „modificare a fișei de date a achizitiei și a tuturor documentelor care o preced sau care sunt succesive acesteia, in sensul eliminării referirilor din acestea la acte normative care nu sunt aplicabile procedurii (ex: referirea la art III1.1 a) alin. 3) pct. 5 la derogarile prevăzute la art 166 alin. 2), art. 167 alin. 2) și art. 171 din Legea nr. 98/2016, in conditiile în care acestea sunt aplicabile exclusiv contractelor de achiziție publică reglementate de Legea nr. 98/2016 nu și contractelor de concesiune (reglementate de alt act normativ, respectiv Legea nr. 100/2016)", autoritatea contractantă menționează că a adoptat măsuri de remediere conform notei nr. 273894/24.07.2019;
- în acest sens, menționează că, orice referire din cadrul documentației de atribuire la Legea nr. 98/2016 este o eroare materială, fiind aplicabile prevederile corespondente din Legea nr. 100/2016 care reglementeaza respectiva situație;
- astfel, se îndreaptă eroarea materială din ,,Formularul de ofertă" pct. 11 pag. 83 - ,,*Văzând prevederile din Legea nr. 98/2016, din HG nr. 867/2016 și art. 19, alin. (1) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016 precizăm că părțile/informațiile din Propunerea Tehnică și din Propunerea Financiară prezentate mai jos au caracter confidențial" în* - ,,v*ăzând prevederile din Legea nr. 100/2016, din HG nr. 867/2016 și art. 19, alin. (1) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016 precizăm că părțile/informațiile din Propunerea Tehnică și din Propunerea Financiară prezentate mai jos au caracter confidențial";*
- *s*e îndreaptă eroarea materială din formularul ,,Declarație privind conflictul de interese" pag. 98 astfel: ,,*În legătură cu informațiile prezentate în cadrul Fișei de date a achiziției a Documentației de atribuire aferentă procedurii identificate mai sus, subsemnatul, reprezentant împuternicit al […] nu mă aflu într-o situație de conflict de interese în sensul articolului 59 din Legea nr. 98/2016" - ,,În legătură cu informațiile prezentate în cadrul Fișei de date a achiziției a Documentației de atribuire aferentă procedurii identificate mai sus, subsemnatul, reprezentant împuternicit al […] nu mă aflu într-o situație de conflict de interese în sensul articolelor 43-45 din Legea nr. 100/2016";*
- la pag. 9/10 din documentația de atribuire - secțiunea ,,Motive de excludere" se menționează următoarele: ,,operatorii economici nu vor fi excluși din procedura de atribuire, chiar dacă există motive de excludere dacă aceștia demonstrează că se încadrează în oricare dintre situațiile menționate la 80 alin. (3), (4) si (5), art 81 și la art 84 din Legea nr. 100/2016" - prin urmare, se îndreaptă eroarea materială din Instrucțiuni pentru ofertanți - secțiunea ,,Documentele suport ce vor fi prezentate în cadrul ofertei depuse" – pct. 5 pag. 13

precum și din fisa de date a achizitiei secțiunea III.1.1a) Situația personală a candidatului sau ofertantului - ,,*5. După caz, documente prin care se demonstrează faptul că operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art. 166 alin. (2), art. 167 alin. (2), art. 171 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice"* în - **„***5. După caz, documente prin care se demonstrează faptul că operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art. 80 alin. (3), (4), (5) art. 81, art. 84 din Legea 100/2016".*

În ceea ce privește solicitarea generală constând în „modificarea fișei de date a achiziției și a tuturor actelor care preced sau care sunt succesive acesteia, în sensul eliminării condiției abuzive inclusă la punctul III.1.1a) din fița de date a achiziției, respectiv „operatorul economic (...) nu trebuie să se afle în niciuna din situațiile menționate la art. 81 din Legea nr. 100/2016 privind motivele de excludere legate de (...) abateri profesionale", entitatea contractantă afirmă că încalcă prevederile legale deoarece atât Directiva nr. 23/2016 cât și Legea nr. 100/2016 prevăd excluderea din procedură a oricărui operator economic care se află în situația de a fi comis o abatere profesională gravă.

Entitatea contractantă menționează că a înțeles faptul că societatea contestatoare vizează art. 81 alin. 4) din Legea nr. 100/2016, care reglementează modul de evaluare a ofertelor din prisma cerințelor privind situația personală a ofertanților, respectiv încadrarea în situațiile de excludere prevăzute de art. 81 din Legea nr. 98/2016, în sensul că se solicită autorității contractante ca la momentul evaluării ofertelor să nu uzeze de aplicabilitatea prevederilor art. 81 alin. 4) din Legea nr. 100/2016 deoarece corespondentul acestui articol din Legea nr. 98/2016 – art. 167 alin. 4) din Legea nr. 98/2016 a fost declarat neconstituțional prin Decizia CCR 738/2016.

Față de cele de mai sus, autoritatea contractantă susține că ar exista posibilitatea postării unei clarificări în ceea ce privește modul în care va fi aplicat art. 81 din Legea nr. 100/2016, clarificare prin care să stabilească că prevederile art. 81 alin. 4) nu vor fi aplicate pe parcursul evaluării ofertelor, argumentele în susținerea acestei soluții, fiind următoarele:

- Constituția României – art. 148 alin. 2) stabilește că normele europene sunt prioritare dreptului intern - în această speță**,** art. 81 alin. 4) din Legea nr. 100/2016 conține prevederi suplimentare față de Directiva 23/2016, care la art. 38 alin. 7) stabilește măsura excluderii din procedură doar a ofertanților cu privire la care autoritatea contractantă poate demonstra prin orice mijloc de probă că ,,se fac vinovați" de o abatere profesională gravă, fără să extindă sancțiunea excluderii și în cazul operatorilor economici cu privire la care ar exista doar indicii care să creeze o aparentă vinovăție deoarece sunt supuși unei proceduri judiciare de

investigație în legătură cu săvârșirea unor infracțiuni dintre cele reglementate de art. 38 alin. 4) din Directiva 23/2016;

- art. 38 alin. 7) din Directiva 23/2016 prevede că ,,Autoritățile contractante sau entitățile contractante pot exclude sau statul membru le poate solicita acestora să excludă de la participarea la atribuirea concesiunilor orice operator economic dacă este îndeplinită una din următoarele condiții: […](c) dacă autoritatea contractantă poate demonstra prin orice mijloace adecvate că operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă, care pune sub semnul întrebării integritatea sa" – prin urmare, sancțiunea excluderii nu se extinde și în cazul persoanelor care sunt supuse unei proceduri judiciare de investigaţie în legătură cu săvârşirea unor infractiuni dintre cele reglementate de art. 38 alin. 4) din Directiva respectivă;
- art. 81 din Legea nr. 100/2016 prevede următoarele: ,, (1)Entităţile contractante exclud din procedura de atribuire a contractului de concesiune orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii: c) a comis o abatere profesională gravă, care îi pune în discuţie integritatea, iar entitatea contractantă poate demonstra acest lucru prin orice mijloc de probă adecvat, cum ar fi o decizie a unei instanţe judecătoreşti sau a unei autorităţi administrative";
- față de cele de mai sus, autoritatea contractantă menționează că, în urma analizei normelor juridice mai sus invocate, a observat că la momentul transpunerii Directivei 23/2014, legiuitorul a înțeles să reglementeze expres care sunt mijloacele prin care autoritatea contractantă poate demonstra că operatorul economic ,,se face vinovat" de o abatere profesională, stabilind că vinovăția trebuie să fie constatată printr-o ,,decizie a unei instanţe judecătorești sau a unei autorităţi administrative"; în opinia autorității contractante, acest mod de regementare respectă prezumtia de nevinovatie care ,,garantează dreptul oricărei persoane de a nu fi considerată sau tratată ca fiind vinovată de savârșirea unei infracțiuni înainte ca o instanță să decidă cu privire la vinovăția sa";
- prevederile art. 81 alin. 1) din Legea nr. 100/2016 se completează și cu alin. 4) care extinde sancțiunea excluderii și în cazul persoanelor care sunt supuse unei proceduri judiciare de investigație în legătură cu săvârșirea unor infracțiuni dintre cele reglementate la art. 79 alin. 1) din Legea nr. 100/2016;
- considerentele pe care se bazează Decizia CCR nr. 738/2018 care constată neconstituționalitatea art. 167 alin. 4) din Legea nr. 98/2016, articol identic cu art. 81 alin. 4) din Legea nr. 100/2016, în opinia autorității contractante, ar putea fi reținute și cu privire

la acesta din urmă, având în vedere că art. 430 alin. 2) din Codul de procedură civilă le conferă autoritate de lucru judecat;

- astfel, în considerentele Deciziei CCR 738/2018 se menționează următoarele: ,,Din analiza conținutului normativ al art. 167 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, Curtea observă că acest motiv de excludere a operatorului economic reprezintă o prevedere suplimentară faţă de art. 57 din Directiva 2014/24/UE potrivit căruia -Autorităţile contractante pot exclude sau statele membre le pot solicita acestora să excludă de la participarea la o procedură de achiziţie publică orice operator economic aflat în oricare din următoarele situaţii: [...] (c) dacă autoritatea contractantă poate demonstra prin mijloace adecvate că operatorul economic se face vinovat de o abatere profesională gravă, care pune sub semnul întrebării integritatea sa". În acest sens, Curtea constată, astfel cum a reţinut la paragraful 11 al prezentei decizii, că dispoziţiile art. 167 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 au fost abrogate prin art. I pct. 22 din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 107/2017, intervenţia legislativă fiind motivată prin faptul că această dispoziţie legală restricţiona participarea la procedura de atribuire a ofertanţilor care nu au fost condamnaţi definitiv pentru săvârşirea unei infracţiuni, fiind, astfel, contrară sensului prevăzut de Directiva 24/2014/UE”;
- în nota de fundamentare a OUG nr. 45/2018 precum și in cea a OUG nr. 107/2017 se prevede ca trebuie sa existe concordanțe intre cele 3 acte normative (Legea nr. 98/2016, Legea nr. 99/2016 și Legea nr. 100/2016); prin urmare, în opinia autorității contractante, legiuitorul înțelege că situațiile de excludere a operatorilor economici din procedura de atribuire ar trebui să fie aceleași în toate cele 3 acte normative (,,În data de 26 mai 2016, a intrat în vigoare noul pachet legislativ în domeniul achizițiilor publice, compus din trei legi (Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, și, respectiv, Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii), care transpun în legislația națională prevederile noilor Directive europene în materie (adoptate la nivelul anului 2014), precum și Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în domeniul achizițiilor publice, care este complementară celorlalte trei. Prin adoptarea prezentei ordonanțe de urgență se realizează corelarea prevederilor din cele trei legi (Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, precum și 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) deoarece anumite prevederi ale acestora fiind modificate pe parcursul procesului de adoptare în Parlament, intervenind astfel neconcordanțe între cele trei acte normative”);

- prevederile Directivei 23/2016 sunt identice cu cele ale Directivei 24/2014 în partea care vizează excluderea din procedura a operatorilor economici care se fac vinovați de abateri profesionale grave; prin urmare, dacă Curtea Constituțională reține prin dispozitivul sau, ca extindere a măsurii de excludere din cadrul procedurii, la operatorii economici aflați în curs de investigație cu privire la una din infracțiunile care conduc la această sancțiune - este contrară sensului prevăzut de Directiva 24/2014/UE și devine evident, susține autoritatea contractantă că, menținerea unei prevederi identice în Legea nr. 100/2016 este contrară sensului prevăzut de Directiva 23/2014/UE.

Față de cele de mai sus, entitatea contractantă precizează că, pentru a se asigura că o astfel de clarificare, propusă a se aplica documentației de atribuire este legala, lasă acest aspect spre a fi supus analizei CNSC, cu mențiunea de se reține de către Consiliu, faptul că a soluționată, de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene, chestiunea legată de ceea ce trebuie să facă o instanță națională atunci când se confruntă cu situația în care o dispoziție comunitară contrazice o dispoziție națională, în sensul că - orice instanță națională a unui stat membru trebuie să aplice dispoziția comunitară în toate elementele sale (Cauza C-106/77 AMMINISTRAZIONE DELLE FINANZE Stato – v - Simmenthal Spa 1978, ECR 629; Cauza C-213/89 Regina – v- Secretarul de stat al transporturilor, ex.p.Factortame Ltd 1990 Ecr I 2433).

În drept, au fost invocate dispozițiile Legii nr. 101/2016. În probațiune, au fost depuse înscrisuri.

Prin adresa nr. 800/31.07.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 29742/31.07.2019, ,,*urmare adresei C.N.S.C. nr. ..... prin care se solicită un punct de vedere privind măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă ....*'', contestatoarea transmite următoarele:

,,*a) consideră că măsurile de remediere propuse de autoritatea contractantă cu referire la pct. 3 din contestație sunt adecvate și ca atare renunță la judecarea acestui capăt de cerere;*

b) având în vedere punctul de vedere exprimat cu referire la capătul 2 de cerere (...) s-a formulat o solicitare de clarificări autorității contractante, aceasta urmând să precizeze expres dacă înțelege să excludă din procedură ofertanții aflați în urmărire penală pentru fapte cum ar fi: corupție, evaziune fiscală, etc. fără a exista vreo hotărâre judecătorească definitivă de condamnare împotriva ofertantului/ asociatului/administratorului (...) un răspuns adecvat din partea ..... la această solicitare poate fi de natură să determine renunțarea la contestație''.

Față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarea situație de fapt:

...., în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, într-o singură etapă, derulată online, având ca obiect ,,.....Cod CPV 90511100-3 Servicii de colectare a deșeurilor urbane solide (Rev. 2), publicând, în S.E.A.P., anunțul de concesionare nr. .....

Potrivit mențiunilor de la cap. II.1.5) din anunțul de concesionare precizat anterior, valoarea totală estimată a acordului-cadru este de 481.190.882 lei.

De asemenea, la pct. II.2.5) Criterii de atribuire din cuprinsul aceluiași anunț de concesionare, se menționează că a fost ales criteriul de atribuire „cel mai bun raport calitate – preț", cu următorii factori de evaluare: 1.Prețul ofertei – pondere 95%; 2. Nivelul redevenței – pondere 5%.

Prin Încheierea nr....., Consiliul a respins cererea de suspendare a procedurii de atribuire în cauză, formulată de către SC ....SRL.

În conformitate cu dispozițiile art. 5 alin. 1) lit. n) din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii, ,,n) *documentația de atribuire reprezintă documentul concesiunii care cuprinde cerinţele, criteriile, regulile şi alte informaţii necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă şi explicită cu privire la cerinţele entităţii contractante sau la elementele concesiunii, obiectul contractului şi modul de desfăşurare a procedurii de atribuire, inclusiv specificaţiile tehnice sau documentul descriptiv, condiţiile contractuale propuse, formatele şi modul de prezentare a documentelor de către candidaţi/ofertanţi, informaţiile privind obligaţiile generale aplicabile candidaţilor/ofertanţilor, studiul de fundamentare*''.

Urmare a luării la cunoștință a conținutului documentației de atribuire, SC ..... SRL a formulat contestația dedusă soluționării, afirmând că ,,analizând fișa de date a achiziției a constatat două abateri de la legislația în vigoare:

- *a) includerea unei condiții abuzive la pct. III.1.1.a) din fișa de date, respectiv – operatorul economic (...) nu trebuie să se afle în niciuna dintre situațiile menționate la art. 81 din Legea nr. 100/2016 privind motivele de excludere legate de (...) abateri profesionale;*
- *b) existența unor referiri la acte normative care nu sunt aplicabile procedurii (ex.: referirea la art. III.1.1.) alin. 3) pct. 5) la derogările prevăzute la art. 166 alin. 2), art. 167 alin. 2) și art. 171 din Legea nr. 98/2016) în condițiile în care acestea sunt aplicabile exclusiv contractelor de achiziție publică (reglementate de Legea nr. 98/2016) nu și contractelor de concesiune (reglementate de alt act normativ, respectiv Legea nr. 100/2016)*''.

Față de cele de mai sus, SC ..... SRL a solicitat obligarea autorității contractante la modificarea documentației de atribuire, după cum urmează:

,,(...) *2. Modificarea fișei de date a procedurii și a tuturor actelor care preced sau care sunt succesive acesteia, în sensul eliminării condiției abuzive inclusă la pct. III.1.1.a) din fișa de date, respectiv: operatorul economic (...) nu trebuie să se afle în niciuna dintre situațiile menționate la art. 81 din Legea nr. 100/2016 privind motivele de excludere legate de (...) abateri profesionale;*

3. Modificarea fișei de date a procedurii și tuturor actelor care preced sau care sunt succesive acesteia, în sensul eliminării referirilor din acestea la acte normative care nu sunt aplicabile procedurii (ex.: referirea la art. III.1.1.) alin. 3) pct. 5) la derogările prevăzute la art. 166 alin. 2), art. 167 alin. 2) și art. 171 din Legea nr. 98/2016) în condițiile în care acestea sunt aplicabile exclusiv contractelor de achiziție publică (reglementate de Legea nr. 98/2016) nu și contractelor de concesiune (reglementate de alt act normativ, respectiv Legea nr. 100/2016)''.

Referitor la entitatea contractantă, Consiliul apreciază că, în temeiul principiului asumării răspunderii, consacrat la art. 2 alin. 2) lit. f) din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii, aceasta este în măsură să decidă raportarea la prevederile art. 9 alin. 1) din Legea nr. 101/2016.

Conform normei juridice anterior invocate, ,,*După primirea contestaţiei, autoritatea (entitatea) contractantă poate adopta măsurile de remediere pe care le consideră necesare ca urmare a contestaţiei, în cel mult trei zile de la primirea contestaţiei. Măsurile adoptate trebuie comunicate contestatorului, celorlalţi operatori economici implicaţi în procedura de atribuire, precum şi Consiliului, nu mai târziu de o zi lucrătoare de la data adoptării lor. Pentru a fi aduse la cunoştinţa operatorilor economici interesaţi, măsurile adoptate înainte de data-limită de depunere a solicitărilor de participare sau, după caz, a ofertelor se publică în SEAP*''.

Față de acest aspect, Consiliul va lua în considerare că, în cadrul adresei nr. 273894/24.07.2019 – Notă privind adoptarea de măsuri de remediere, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 29439/29.07.2019, ,,*referitor la solicitarea de la punctul 2 al contestației*'', entitatea contractantă precizează că ,,(...) adoptă următoarele măsuri de remediere cu privire la documentația de atribuire - (...) *la pag. 9/10 din documentația de atribuire - secțiunea ,,Motive de excludere" se menționează următoarele: ,,**operatorii economici nu vor fi excluși din procedura de atribuire**, chiar dacă există motive de excludere dacă aceștia demonstrează că se încadrează în oricare dintre situațiile menționate la 80 alin. (3), (4) si (5), art 81 și la art 84 din Legea nr.*

100/2016. Prin urmare, se îndreaptă eroarea materială din Instrucțiuni pentru ofertanți secțiunea - Documentele suport ce vor fi prezentate în cadrul ofertei depuse – pct. 5 pag. 13 precum și din fișa de date a achiziției – secțiunea III.1.1a) Situația personală a candidatului sau ofertantului din: 5) După caz, documente prin care se demonstrează faptul că operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art. 166 alin. 2), art. 167 alin. 2), art. 171 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice – în – 5. După caz, documente prin care se demonstrează faptul că operatorul economic poate beneficia de derogările prevăzute la art. 80 alin 3), 4), 5), art. 81, art. 84 din Legea nr. 100/2016".

În consecință, față de cele de mai sus, Consiliul va obliga entitatea contractantă la aplicarea propriilor măsuri de remediere, prin raportare la următoarele prevederi din cadrul H.G. nr. 867/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii:

- ,,Art. 53. - (1) *În cazul în care, după publicarea unui anunţ, intervin anumite modificări faţă de informaţiile deja publicate, entitatea contractantă are obligaţia de a transmite spre publicare un anunţ de tip erată la anunţul iniţial, cu respectarea formatului- standard stabilit de Comisia Europeană prin Regulamentul de punere în aplicare (UE) 2015/1.986 al Comisiei din 11 noiembrie 2015 de stabilire a formularelor standard pentru publicarea anunţurilor în domeniul achiziţiilor publice şi de abrogare a Regulamentului de punere în aplicare (UE) nr. 842/2011;*

- (2) Anunţul de tip erată prevăzut la alin. (1) trebuie să fie publicat nu mai târziu de 3 zile lucrătoare înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau cererilor de participare;

(3) Entitatea contractantă are obligaţia de a prelungi termenul-limită de depunere a ofertelor în cazul în care modificările prevăzute la alin. (1) conduc la ajustări/completări ale specificaţiilor tehnice care presupun timp suplimentar pentru reacţia potenţialilor ofertanţi, cu excepţia modificărilor substanţiale care conduc la anularea procedurii de atribuire deoarece: a) afectează atât de mult elementele ce descriu contextul concesiunii astfel încât au ca efect schimbarea indicatorilor principali ce caracterizează rezultatul contractului ce urmează a fi atribuit, fapt ce afectează nivelul de competiţie sau schimbă piaţa de profil la care se adresează; b) conduc la modificări substanţiale ale criteriilor de calificare şi selecţie, în sensul extinderii nivelului acestora sau introducerii unora noi, fapt ce determină restrângerea competiţiei sau favorizarea unor anumiţi operatori economici''.

Cu privire la solicitarea de ,,*eliminare a actelor normative care nu sunt aplicabile procedurii'',* Consiliul va lua act de faptul că, prin adresa

nr. 800/31.01.2019, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 29742/31.07.2019, SC ....SRL precizează următoarele: ,,*considerăm că măsurile de remediere propuse (…) sunt adecvate și ca atare renunțăm la judecarea acestui capăt de cerere*''.

Față de cele de mai sus, în temeiul art. 26 alin. (2), (5) și (8)din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de către SC ....SRL în contradictoriu cu ...., în calitate de entitate contractantă, astfel:

- va admite solicitarea cu privire la: *,,2. Modificarea fișei de date a procedurii și a tuturor actelor care preced sau care sunt succesive acesteia, în sensul eliminării condiției abuzive inclusă la pct. III.1.1.a) din fișa de date, respectiv: operatorul economic (...) nu trebuie să se afle în niciuna dintre situațiile menționate la art. 81 din Legea nr. 100/2016 privind motivele de excludere legate de (...) abateri profesionale*'';

- va obliga entitatea contractantă, în temeiul principiului asumării răspunderii, consacrat la art. 2 alin. 2) lit. f) din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii, la remedierea documentației de atribuire, prin modificarea acesteia conform celor menționate în cadrul adresei nr. 273894/24.07.2019, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 29439/29.07.2019;

- măsurile de remediere vor fi efectuate cu respectarea de către entitatea contractantă a dispozițiilor art. 53 alin. 1), 2) și 3) din H.G. nr. 867/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii;

- va lua act de renunțarea contestatoarei la capătul de cerere privind ,,*eliminarea actelor normative care nu sunt aplicabile procedurii''*.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de către SC ...., în contradictoriu cu ...., strada ...., ... în calitate de entitate contractantă, astfel:

- admite solicitarea cu privire la: *,,2. Modificarea fișei de date a procedurii și a tuturor actelor care preced sau care sunt succesive*

acesteia, în sensul eliminării condiției abuzive inclusă la pct. III.1.1.a) din fișa de date, respectiv: operatorul economic (...) nu trebuie să se afle în niciuna dintre situațiile menționate la art. 81 din Legea nr. 100/2016 privind motivele de excludere legate de (...) abateri profesionale'';

- obligă entitatea contractantă, în temeiul principiului asumării răspunderii, consacrat la art. 2 alin. 2) lit. f) din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii, la remedierea documentației de atribuire, prin modificarea acesteia conform celor menționate în cadrul adresei nr. 273894/24.07.2019, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 29439/29.07.2019;

- măsurile de remediere vor fi efectuate cu respectarea de către entitatea contractantă a dispozițiilor art. 53 alin. 1), 2) și 3) din H.G. nr. 867/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii;

- ia act de renunțarea contestatoarei la capătul de cerere privind ,,*eliminarea actelor normative care nu sunt aplicabile procedurii''*.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile lucrătoare*.*