

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:

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr., formulată de, cu sediul social în, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal de avocat, având adresa de comunicare a tuturor actelor de procedură în, împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. și consemnat în raportul procedurii nr., elaborate de, cu sediul în, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate (anunț de participare nr.), organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „.....”, s-a solicitat:

- anularea Adresei nr. („Comunicare respingere solicitare participare”), prin care oferta a fost exclusă ca „solicitare de participare neadecvată” din procedura de atribuire, precum și a actelor anterioare sau subsecvente și/sau conexe acesteia;

- anularea raportului procedurii nr. și a actelor anterioare sau subsecvente și/sau conexe acestuia, în ceea ce privește evaluarea nelegală a ofertei depuse de Asocieria

- obligarea autorității contractante la reevaluarea temeinică și legală a ofertei depuse de, cu consecința constatării caracterului admisibil al acesteia și emiterea unui nou rezultat al procedurii, în conformitate cu prevederile legale și în condițiile/limitele stabilite în decizia ce se va pronunța.

Prin cererea de intervenție voluntară, înregistrată la Consiliu cu nr., ..., în calitate de lider al Asocierii, cu sediul în, înregistrată la Oficiul Registrul Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin, în calitate de administrator, a solicitat respingerea contestației formulate de către, ca nefondată, și, pe cale de consecință, menținerea deciziei autorității contractante de a declara drept câștigătoare oferta asocierii &, ca fiind temeinică și legală.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, precum și prevederile art. 67 alin. (1) din Codul de procedură civilă.

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

Prin contestația formulată, ... critică decizia autorității contractante de a-i respinge oferta depusă în cadrul procedurii, apreciind ca nelegal motivul invocat pentru aceasta, și anume faptul că *„începând cu data de 14.09.2021, pentru o perioadă de 3 ani, ... se află în situația vădită de excludere din procedurile de licitație publică, întrucât, conform documentelor constatatoare nr. și nr., încărcate pe site-ul oficial dedicat licitațiilor publice, pe numele acestei societăți, parte a grupului AG, au fost emise documente constatatoare negative. Astfel, suntem nevoiți să excludem oferta depusă de SC în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice. Art. 167 alin. 1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, (...).”*

În opinia contestatoarei, pentru a fi incident acest caz de excludere, ar fi trebuit îndeplinite cele două condiții prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, și anume ca (1) să-și fi încălcat, în mod grav sau repetat, obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții și (2) încălcarea să fi condus la rezilierea contractului, la plata de daune interese sau la o sancțiune similară, ceea ce nu este cazul în speța de față.

În ceea ce privește prima condiție, contestatoarea arată că a emis Documentul constatator pe motivul că nu a fost predată documentația tehnică (Proiectul tehnic actualizat în conformitate cu Expertizele tehnice actualizate în 2019) împreună cu toate avizele/acordurile aferente.

Potrivit, documentul constatator a fost emis pentru toate societățile care făceau parte din asocierie, fără ca să țină cont căru contractant asociat îi revenea efectiv obligația mai sus menționată. Or, conform celor detaliate pe larg în DUAE depus în cadrul procedurii și astfel cum rezultă din documentele ce țin de executarea Contractului de execuție lucrări și prestări servicii de proiectare nr. din 19.05.2010, obligațiile în materie de proiectare pentru a căror neîndeplinire a fost emis Documentul constatator nu erau în sarcina, ci în sarcina, în calitate de lider a Asocierii.

Referitor la cea de a doua condiție, contestatoarea arată că nici aceasta nu este îndeplinită în speță, contractul nefiind, în prezent, reziliat, față de, prin decizia nr. din pronunțată de Tribunalul București în dosarul nr. (fiind asociat dosarului de insolvență privind

pe SRL) având ca obiect cererea formulată de privind rezilierea judiciară a Contractului dispunându-se: *„Respinge solicitarea reclamantei de constatare a intervenirii rezilierii de drept a contractului nr. din ca inadmisibilă. Dispune rezilierea contractului de lucrări nr. din din culpa debitoarei”*.

Prin urmare, atât timp cât, pe de o parte, Tribunalul București a respins solicitarea - de constatare a intervenirii rezilierii de drept a Contractului, reziliere ce a stat la baza emiterii Documentului Constatator de către-....., și a dispus rezilierea judiciară a contractului din culpa debitoarei (și nu a), iar, pe de altă parte, hotărârea privind rezilierea Contractului nu este încă definitivă, emiterea Documentului Constatator, care menționează ca motivație/cauză - „rezilierea Contractului”, este prematură și nelegală.

Atât timp cât nu s-a pronunțat de către instanța de judecată o hotărâre privind rezilierea Contractului din culpa, emiterea Documentului Constatator care menționează ca motivație/cauză - „rezilierea Contractului” este nelegală, iar condiția prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. g) pentru incidența cazului de excludere nu este îndeplinită.

Pe de altă parte, stabilirea prin Documentul constatator (pct. 9) a sumei de lei, cu titlu de *„prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului”* este lipsită de orice temei legal sau contractual, câtă vreme nu există o faptă culpabilă a constând în neîndeplinirea obligațiilor contractuale asumate.

Mai arată contestatoarea că existența unui document constatator negativ nu constituie, *per se*, un motiv de excludere din procedură. În plus, Documentul constatator este un act unilateral al autorității contractante și nu poate constitui dovada neîndeplinirii sau a îndeplinirii defectuoase a Contractului și, mai ales, din motive imputabile

Prin urmare, contestatoarea apreciază că, la acest moment, cele două condiții cumulative stabilite de legiuitor pentru aplicarea sancțiunii prevăzute de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 nu sunt îndeplinite în privința sa, iar excluderea decisă de autoritatea contractantă pentru simplul motiv al existenței unui document constatator negativ nu se încadrează în ipoteza prevăzută de textul de lege menționat.

Presupunând, totuși, că s-ar fi aflat în ipoteza cazului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă trebuia să întreprindă verificări cu privire la credibilitatea de care se bucură, ceea ce nu s-a întâmplat.

Astfel, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă a decis excluderea din procedura de atribuire într-o manieră extrem de superficială în condițiile în care, dacă ar fi întreprins o minimă analiză a credibilității de care se bucură în execuția lucrărilor de construcții

infrastructură, ar fi putut reține că de la momentul semnării contractului cu s-au scurs mai mult de 12 ani, timp în care a derulat cu succes contracte în valoare de peste 9 miliarde de lei fără a înregistra vreun document constatator negativ, compania afirmându-se prin seriozitatea și profesionalismul ce o recomandă ca un partener veritabil atât pe piața națională cât și cea europeană.

Pentru toate aceste motive, contestatoarea consideră că decizia de excludere a ofertei sale este nelegală și adoptată în mod superficial și cu încălcarea prevederilor legale în vigoare, fără o analiză concretă a circumstanțelor emiterii documentului constatator.

Mai arată contestatoarea că, în prezent, practica instanțelor naționale cu privire la efectele documentului constatator din această speță este în sensul că acesta nu justifică excluderea din alte proceduri de atribuire.

Prin aceeași contestație, ... aduce critici și față de decizia autorității contractante de a declara câștigătoare a procedurii oferta depusă de Asociera , apreciind că aceasta ar fi trebuit respinsă pentru ofertarea unui preț neobișnuit de scăzut și nedemonstrarea îndeplinirii cerinței de experiență similară.

Astfel, cu privire la prețul ofertat de Asociera &, contestatoarea arată că acesta reprezintă 68,59% din valoarea estimată și că, deși au fost solicitate clarificări, acestea au vizat justificarea doar a 24 de articole din oferta acestui operator economic și nicidecum clarificarea elementelor impuse prin art. 210 din Legea nr. 98/2016.

Din interpretarea dispozițiilor art. 210 din Legea nr. 98/2016, reiese ca această analiză/evaluare detaliată pe care autoritatea este obligată să o facă presupune solicitarea unor clarificări și justificări complete pentru a asigura autoritatea contractantă că prețul ofertat este justificat și, în consecință, că ofertantul va putea executa toate obligațiile contractuale în conformitate cu caietul de sarcini, propunerea tehnică, standardele și reglementările tehnice în vigoare la prețul ofertat.

Prevederile art. 210 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 impun solicitarea de clarificări cu privire la prețul global ofertat, iar, în acest context, justificarea modului de formare a prețului global urmărește prezentarea fiecărui element de cost în parte.

În opinia contestatoarei, autoritatea contractantă nu a întreprins absolut nicio verificare detaliată, mărginindu-se să solicite justificarea prețului pentru 24 de articole pentru a concluziona ulterior că acceptă răspunsurile primite și deci, prețul este justificat.

În ceea ce privește experiența similară, contestatoarea arată că, pentru dovedirea acesteia, autoritatea contractantă a solicitat ofertanților

să facă dovada că, în ultimii 3 ani raportați la data limită de depunere a ofertelor stabilită în anunțul de participare, a prestat servicii similare cu cele ce fac obiectul prezentului contract, în valoare de minim 220.000 lei, fără TVA, realizate la nivelul unui contract.

Cu referire la acest aspect, ofertantul a depus contractul de servicii de proiectare și asistență tehnică din partea proiectantului nr., din data de 07.12.2022, încheiat cu pentru obiectivul „....” în valoare de lei + TVA. Observând că durata de prestare a serviciilor a fost de 3 zile (data începere, data finalizare), comisia de evaluare a solicitat clarificări. Ofertantul a arătat că *„în ceea ce privește durata de prestare a serviciilor, în DUAЕ-ul prezentat de către ofertantul asociat SC Procons Invest, s-a menționat ca dată de început, aceasta fiind considerată data la care s-a emis ordinul de începere pentru prestarea serviciilor și data de sfârșit, respectiv data la care s-a predat proiectul tehnic. Așa cum se poate observa, datorită unei clauze suspensive, ordinul de începere al serviciilor de proiectare a fost emis la un interval de 4 luni după semnarea contractului. În acest interval, proiectantul a elaborat proiectul tehnic, pe riscul acestuia, astfel încât acesta a fost predat după 3 zile de la emiterea ordinului de începere.”*

În opinia contestatoarei, autoritatea contractantă a dat dovadă de superficialitate în acceptarea răspunsului ofertantului. Nu poate fi în niciun caz credibil că un operator economic își asumă elaborarea unui proiect tehnic, „pe riscul său”, fără să fi primit un ordin de începere, fiind conștient în același timp de posibilitatea ca ordinul de începere să nu fie niciodată emis în condițiile operării clauzei suspensive. Apreciază, de asemenea, că sub aspectul clarificărilor primite, se impuneau verificări suplimentare, cu titlu de exemplu, solicitarea unei confirmări din partea beneficiarului acelor servicii.

Prin punctul de vedere, înregistrat la Consiliu cu nr., autoritatea contractantă a precizat că, referitor la, analiza a fost făcută, prin studierea documentelor depuse în cadrul documentelor de participare și prin consultarea portalurilor existente: just.ro; cnsr.ro; e-licitație.ro. În urma verificărilor efectuate, comisia de evaluare a constatat faptul că documentele constatatoare nr. și nr., emise de -, sunt acte administrative, cu rolul de a prezenta o situație de fapt, respectiv de a oferi informații cu privire la capacitatea unui ofertant de a-și îndeplini în mod corespunzător obligațiile contractuale, fără a aduce prejudicii autorității contractante. Aceste acte fiind acte administrative unilaterale în lumina legii contenciosului administrativ se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate, trăsături care constituie fundamentul caracterului executoriu.

De asemenea, comisia a constatat că efectele juridice ale acestor documente constatatoare nu au fost suspendate de instanțele de

judecată, în condițiile impuse de dispozițiile art. 14 și 15 din Legea nr. 554/2004. Astfel, aceste documente produc efecte juridice, fiind incident cazul de excludere din procedură prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Din motivația prezentată de către SA prin în dosarul nr., reiese clar faptul că documentele constatatoare, eliberate ca urmare a nerespectării termenelor contractuale au fost emise conform prevederilor art. 166 din HG nr. 395/2016, aceasta desființând afirmația conform căreia *„documentele constatatoare au fost emise pentru obligații contractuale ce nu reveneau contractanților asociați”*, ordinul de începere a execuției lucrărilor putând fi emis doar după îndeplinirea tuturor condiționărilor aferente activităților de prestare servicii de proiectare și obținerea unor Autorizații de Construire emise în condițiile legilor în vigoare.

De asemenea, arată că - a menționat faptul nedemararea lucrărilor de execuție s-a datorat: *„lipsei totale de implicare și interes din partea Antreprenorului” „Antreprenorul a tergiversat în mod repetat revizuirea proiectului tehnic de la predarea expertizei tehnice de către beneficiar până la notificarea de reziliere trecând o perioadă de cca. 17 luni, interval foarte mare și nejustificat având în vedere termenul inițial conform contract de întocmire a proiectului tehnic”*. Având în vedere faptul că și contractul pe care urmează să îl atribuie prin procedura derulată este tot un contract de proiectare + execuție, prestarea serviciilor de proiectare revenind unui subcontractant a existat o reticență în acest sens, din dorința ca autoritatea contractantă să nu fie pusă în aceeași situație.

Autoritatea contractantă precizează că toți membrii asocierii răspund solidar și individual față de autoritatea contractantă pentru execuția contractului în conformitate cu termenii acestuia (conform art. 5 al Acordului de Asociere nr.), asociere din care face parte și De asemenea, în formularul DUAЕ depus, ofertantul susține: *„..... face parte din grupul de companii, lider european în construcții....* ”ceea ce contrazice cele afirmate de către contestatoare.

În ceea ce privește măsurile luate de, pentru a demonstra credibilitatea sa, raportat la motivele de excludere prezentate la nivelul documentelor de calificare, comisia a considerat că acestea nu sunt suficiente pentru a demonstra concret credibilitatea. Măsurile de autocorectare afirmate au un caracter general, se referă la cunoștințele deținute de operator în domeniul industriei de construcții, experiența specifică. Toate documentele depuse, standardele și metodologiile aplicate, directivele, sunt aplicate la nivel de Concern și vin cumva în

contradicție cu ceea ce afirmă contestatoarea, respectiv că nu are nici o calitate în procedura de achiziție, dar Directivele, Standardele și Certificatele se aplică tuturor membrilor concernului.

În ceea ce privește criticile contestatoarei, legate de oferta depusă de Asociera , autoritatea contractantă arată că a verificat oferta respectivă sub aspectul prețului neobișnuit de scăzut, prin consultarea mai multor furnizori de materiale existenți pe piața de profil pentru principalele materiale componente ale articolelor de deviz care compun oferta, constatându-se că aceste prețuri sunt reale, fiind posibilă executarea contractului în condițiile impuse de cerințele caietului de sarcini și ale documentației de atribuire.

Comisia de evaluare a solicitat clarificări ofertantului cu privire la modul de formare al prețului ofertat pentru articolele componente ale ofertei unde au existat diferențe comparativ cu articolele componente de deviz pe baza cărora a fost fundamentat prețul achiziției (devizele confidențiale existente la faza DALI). Astfel, consideră că autoritatea contractantă a respectat art. 210 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, iar dovezile furnizate de către ofertant au justificat modul de formare al prețului ofertat.

Din documentele depuse de către ofertant și din analiza acestora, inclusiv a rețetelor normelor de deviz, a ofertelor și a contractelor încheiate cu furnizorii, comisia a considerat că au fost justificate prețurile ofertate. De asemenea în formarea prețului global s-a ținut seama și de salariul personalului implicat în derularea contractului, tariful mediu orar fiind 35,00 lei / oră, tarif care respectă legislația privind salariul minim pe economie în construcții. În cadrul propunerii tehnice depuse, ofertantul Asociera , a furnizat dovezi privind respectarea reglementărilor obligatorii în domeniul mediului, social și al relațiilor de muncă, atât pentru ofertanții asociați cât și pentru subcontractanții propuși a fi implicați în derularea viitorului contract (Declarații pe propria răspundere asumate, Certificate de înregistrare pentru recunoașterea Sistemului de Management al Calității în conformitate cu cerințele ISO 9001:2015 - pentru ofertantul lider Proactiv și subcontractantul Drupo, aflate în termen de valabilitate. Certificatele de înregistrare pentru recunoașterea Sistemului de Management de Mediu în conformitate cu cerințele ISO 14001:2015 - pentru ofertantul lider și subcontractantul, aflate în termen de valabilitate), astfel încât nu au mai fost necesare clarificări suplimentare la nivelul evaluării propunerii financiare, fiind demonstrate deja aspectele referitoare la art. 210, alin (2) lit. d) și e) din Legea nr. 98/2016. În ceea ce privește aplicabilitatea art. 133 alin (3) din HG 395/2016, oferta financiară se încadrează în fondurile disponibilizare pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică, este corelată cu elementele propunerii tehnice, iar în ceea ce privește situația prevăzută la art. 210 din Lege (nr. 98/2016), ofertantul a justificat

corespunzător prin dovezile furnizate că poate îndeplini contractul de achiziție publică propus.

În ceea ce privește criticile contestatoarei legate de neîndeplinirea cerinței de calificare privind experiența similară de către oferta asocierii, autoritatea contractantă precizează că a considerat că prin completarea formularului DUAЕ, ofertantul și-a asumat îndeplinirea acestei cerințe, urmând ca, ulterior, dacă va fi cazul să demonstreze/îndeplinească această cerință prin depunerea de documente justificative, conform cerințelor din fișa de date.

Ulterior, la solicitarea documentelor justificative care demonstrează îndeplinirea cerințelor asumate în DUAЕ, ofertantul a depus Contractul de servicii de proiectare și asistența tehnică din partea proiectantului nr. din data Actul de constatare a terminării lucrării și proces verbal de predare-primire nr. și Certificatul privind experiența prestatorului nr., emis de către ... pentru, aferent contractului invocat drept experiență similară cu denumire, obiect, valoare, durată și calificativ.

În condițiile în care a primit documente prin care beneficiarul a confirmat îndeplinirea contractului, autoritatea contractantă a considerat că beneficiarul este cel în măsură să aprecieze modalitatea de îndeplinire a obligației contractuale.

Prin cererea de intervenție formulată, ..., în calitate de lider al asocierii, arată, referitor la criticile contestatoarei privind prețul neobișnuit de scăzut al ofertei sale, că, potrivit HG nr. 395/2016 o ofertă poate fi situată sub pragul de 80% din estimat, fără a avea prețuri neobișnuit de scăzute, raportat la preturile pieței, totul depinzând de modul în care a fost estimată valoarea contractului. Or, prin *Răspunsul la solicitarea de clarificări nr.*, intervenienta susține că a demonstrat că oferta depusă conține prețuri similare cu cele de pe piață.

Legislația achizițiilor publice nu stabilește câte articole din ofertă trebuie verificate pentru a identifica prețul aparent neobișnuit de scăzut. Prin menționarea faptului că s-au verificat 24 articole din total ofertă, contestatorul încearcă să minimizeze activitatea Comisiei de Evaluare, uitând faptul că oferta depusă are o complexitate redusă, conținând un număr mic de articole de deviz. De fapt, în total, în cadrul ofertei sunt 61 de articole de deviz, din care multe sunt repetitive, prin clarificarea depusă au fost justificate, în totalitate, prețurile la utilaje, mijloace de transport, manoperă și la 99% din materiale.

În ceea ce privește experiența similară, intervenienta arată că, sesizând durata scurtă de finalizare a contractului, autoritatea contractantă a solicitat clarificări, răspunsul la acestea fiind transmis în

termenul solicitat. Solicitarea unor clarificări suplimentare din partea Beneficiarului erau irelevante, atât timp cât documentele prezentate de către asociatul (semnate și de către Beneficiar) dovedeau data și obiectul contractului, valoarea acestuia (250.000 lei + TVA), precum și ducerea la bun sfârșit a acestuia (recepționarea).

Verificarea Comisiei de Evaluare, referitor la îndeplinirea cerinței privind capacitatea tehnică și/sau profesională, era îndeplinită, contractul prezentat îndeplinind toate condițiile solicitate prin Fișa de date (executat în ultimii 3 ani, similar și de o valoare mai mare de 220.000 lei + TVA).

Durata de execuție era irelevantă, cu atât mai mult cu cât prin demonstrarea execuției contractului într-un termen redus, ofertantul nu avea nimic de câștigat, durata de execuție nefiind punctată sau recompensată în vreun fel.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr., autoritatea contractantă a transmis documente din dosarul achiziției în format optic.

Consiliul are în vedere că, în cauză, ... – ofertant declarat câștigător a formulat cerere de intervenție prin care solicită Consiliului, respingerea contestației.

Constatând că sunt îndeplinite cerințele impuse de art. 61 alin. (1) și (3) Cod procedură civilă și de art. 17 alin. (3) și (4) din Legea nr. 101/2016, în temeiul art. 63 și art. 64 alin. (2) Cod procedură civilă, Consiliul va admite, în principiu, cererea de intervenție, în sprijinul autorității contractante, și va dispune introducerea în cauză, în calitate de intervenient, a acestuia.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr., ... a înaintat Consiliului, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 1 din data de, emisă de, în sumă de lei.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat o procedură simplificată, a contractului de achiziție publică având ca obiect „.....”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr., stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor la data de, ora 15:00 și valoarea estimată, fără TVA, de lei.

Nemulțumită de rezultatul procedurii, potrivit căruia oferta sa a fost exclusă din procedură, iar oferta a fost declarată câștigătoare, ... a formulat prezenta contestație solicitând cele menționate în partea introductivă.

Potrivit adresei nr., de comunicare a rezultatului procedurii, oferta contestatoarei a fost exclusă din procedură, în temeiul art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, invocându-se în susținere documentele constatatoare nr. și nr. din data de, emise de-.....

Așadar problema care urmează a fi soluționată de Consiliu vizează activitatea derulată de comisia de evaluare vizavi de documentele constatatoare nr. și nr. din data de, emise de-.....

Procedând la analiza informațiilor declarate în DUAЕ de către și a motivului de excludere reținut de autoritatea contractantă, Consiliul constată că, la data de, ...-.....a emis documentele constatatoare nr. și nr. referitor la neîndeplinirea obligațiilor contractuale din care rezultă: „(...) f) rezilierea contractului: ☒ X Da ☐ Nu. 9. Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului (dacă este posibil cuantificarea valorică a acestora):

- lei, reprezentând suma echivalentă cu o cotă de 0,1% din prețul contractului calculată ca penalități pentru neîndeplinirea obligațiilor asumate de Asociația (Lider de Asociere), ..., SC și

Față de diferendul dedus judecății, Consiliul reține relevanța următoarelor dispoziții legale:

Legea nr. 98/2016:

- art. 167 alin. (1): „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:

g) operatorul economic și-a încălcat în mod grav sau repetat obligațiile principale ce-i reveneau în cadrul unui contract de achiziții publice, al unui contract de achiziții sectoriale sau al unui contract de concesiune încheiate anterior, iar aceste încălcări au dus la încetarea anticipată a respectivului contract, plata de daune-interese sau alte sancțiuni comparabile;

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate;

i) operatorul economic a încercat să influențeze în mod nelegal procesul decizional al autorității contractante, să obțină informații confidențiale care i-ar putea conferi avantaje nejustificate în cadrul procedurii de atribuire sau a furnizat din neglijență informații eronate care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor autorității contractante privind excluderea din procedura de atribuire a respectivului operator economic, selectarea acestuia sau atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru către respectivul operator economic”;

- art. 167 alin. (8): „În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. g) se consideră încălcări grave ale obligațiilor contractuale, cu titlu exemplificativ, neexecutarea contractului, livrarea/prestarea/executarea unor produse/ servicii/lucrări care prezintă neconformități majore care le fac improprie utilizării conform destinației prevăzute în contract.”;

HG nr. 395/2016:

- art. 166: „(1) Autoritatea contractantă are obligația de a emite documente constatatoare care conțin informații referitoare la îndeplinirea sau, după caz, neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, la eventualele prejudicii, după cum urmează:

a) pentru contractele de furnizare atribuite printr-o procedură de atribuire: în termen de 14 zile de la data finalizării livrării produselor care fac obiectul respectivului contract/contract subsecvent și, suplimentar, în termen de 14 zile de la data expirării perioadei de garanție tehnică a produselor în cauză; (...)

(4) Documentele constatatoare emise de către entitatea contractantă în conformitate cu prevederile alin. (1) și (2) pot fi contestate potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare.

(5) Documentele constatatoare emise de autoritatea contractantă pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale de către contractant/contractant asociat și, dacă este cazul, pentru eventualele prejudicii se publică în SEAP, în termen de 60 de zile de la data emiterii, dar nu mai devreme de data expirării termenului pentru depunerea contestațiilor.

(5¹) Autoritatea contractantă are obligația de a actualiza în SEAP informațiile cu privire la documentul prevăzut la alin. (5) în termen de 5 zile de la momentul luării la cunoștință că situația de fapt ce a stat la baza emiterii respectivului document constatator trebuie modificată din cauze obiective. (...)

(8) Atunci când ia decizia de respingere a unui candidat/ofertant, pe baza unui asemenea document constatator, comisia de evaluare are obligația de a analiza dacă acesta reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 167 alin. (1) lit. g) din Lege”.

Din analiza coroborată a textelor legale mai sus prezentate rezultă că documentele constatatoare, pe care autoritatea contractantă este obligată să le emită, sunt considerate acte administrative ce prezintă o situație de fapt, rolul lor fiind acela de a oferi informații cu privire la capacitatea unui ofertant de a-și îndeplini în mod corespunzător obligațiile contractuale, fără a aduce prejudicii autorității contractante. Fiind vorba de un act administrativ unilateral, acesta, potrivit legii contenciosului administrativ, se bucură de prezumția de legalitate, autenticitate și veridicitate, trăsături care constituie fundamentul caracterului executoriu.

În acest sens, Consiliul va reține că, atâta timp cât efectele juridice ale documentelor constatatoare în cauză nu au fost suspendate de instanța de judecată în condițiile reglementate de art. 14 și 15 din Legea nr. 554/2004, acestea produc efecte, fiind incident cazul de excludere din procedură prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice. Prin urmare, orice act administrativ se bucură de prezumția de legalitate, care poate fi răsturnată doar printr-o hotărâre judecătorească definitivă de anulare a actului administrative, motiv pentru care documentele constatatoare nr. și nr., emise de-.....la data de 14.09.2021, se bucură, în continuare, de prezumția de legalitate și produc efecte juridice, intrând în circuitul civil.

Totodată, Consiliul constată că acest aspect a mai făcut obiectul dezbaterilor deciziile Consiliului nr. din data de 26.10.2022 și nr. din data de 27.06.2023, rămânând definitive prin respingerea plângerilor de către Curtea de Apel București, în dosarele nr. .. și nr.

În același sens, s-a pronunțat Curtea de Apel București, Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal, în Decizia nr. 586 din 5 februarie 2016: *„(...) respingerea ofertei pe baza unui document ce constată neîndeplinirea corespunzătoare a obligațiilor contractuale anterioare este legală, chiar dacă pe rolul tribunalului există un litigiu privind documentul constatator, care se bucură de prezumția de legalitate”*; și Decizia civilă nr. ..., în care se precizează că: *„Prin urmare, documentele constatatoare nu au fost anulate, astfel că este corectă aprecierea CNSC că atâta timp cât nu au fost anulate sau suspendate printr-o decizie a instanței de judecată, ele se bucură de prezumția de legalitate și produc efecte juridice”*.

După cum a reținut și Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 2199 din 14 aprilie 2009, actul administrativ se bucură de prezumția de legalitate, care, la rândul său, se bazează pe prezumția autenticității și veridicității, în același timp fiind și executoriu din oficiu.

În acest sens este și Decizia nr., pronunțată de către Curtea de Apel Constanța – Secția de Contencios Administrativ, conform căreia: *„Astfel existența unui document constatator, deși nu reprezintă un motiv de excludere automat din procedura de atribuire, constituie o prezumție în defavoarea ofertantului, iar autoritatea contractantă, în aplicarea prevederilor Legii nr. 98/2016 și a normelor sale de aplicare, trebuie să excludă ofertantul respectiv dacă, în cazul situațiilor, faptelor sau evenimentelor prevăzute la art. 167, ofertantul nu furnizează dovezi care să arate că măsurile luate de acesta sunt suficiente pentru a-și*

demonstra concret credibilitatea prin raportare la motivele de excludere”.

Nu în ultimul rând, Consiliul apreciază ca relevantă fiind și Hotărârea nr., emisă de Curtea de Apel Constanța, care a menținut Decizia CNSC nr.

Or, potrivit datelor existente pe portalul oficial [www. portal.just.ro](http://www.portal.just.ro), și susținerilor, documentele constatatoare nr. și nr., emise de-....., la data de, nu au fost suspendate de la executare, astfel, producându-și efectele juridice.

Din interpretarea acestor dispoziții legale, rezultă faptul că autoritatea contractantă are obligația de a exclude operatorul care se află în situațiile de excludere prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016 [în speță, lit. g)], operator care, la rândul său, are posibilitatea de a furniza dovezi care să arate că măsurile luate sunt suficiente pentru a-și demonstra în concret credibilitatea; de aici, concluzia că, pe de o parte, existența unui document constatator al situației nu conduce, în mod automat, la excludere, iar, pe de altă parte, că, prezentarea unor astfel de dovezi poate sau nu să convingă autoritatea contractantă, care-și poate asuma răspunderea de a păstra în procedură ofertantul.

Prin urmare, autoritatea contractantă dispune de un drept de apreciere în ceea ce privește excluderea din procedură, în cazul incidenței situației prevăzute la art. 167 lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Însă, stabilirea incidenței acestei situații de excepție este lăsată la aprecierea autorității contractante, aspect în strânsă legătură cu principiul asumării răspunderii statuat de art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, comisiei de evaluare revenindu-i sarcina de a stabili dacă prin documentele/informațiile prezentate, ofertantul dovedește că are capacitatea de a furniza/presta/executa bunurile/serviciile/lucrările ce fac obiectul prezentei proceduri de atribuire.

Consiliul reține că oferta contestatoarei, în mod corect, a fost exclusă din procedură, astfel încât sunt considerate relevante prevederile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căroră: „(1) Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi”.

Totodată, potrivit art. 3 alin. (1) lit. f) din același act normativ: (1) *În sensul prezentei legi, termenii și expresiile de mai jos semnifică, după cum urmează:*

f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire.

Așadar, pentru a putea fi considerată persoană vătămată printr-un act emis de o autoritate contractantă, în cadrul unei proceduri de achiziție publică, contestatoarea trebuie să aibă sau să fi avut un interes legitim în legătură cu procedura și să fi suferit, să sufere sau să riște să sufere un prejudiciu urmare a unui act al autorității contractante.

Aplicând aceste considerente la speța analizată, Consiliul apreciază că formularea unor critici împotriva ofertei declarate câștigătoare, în condițiile în care, potrivit raportului procedurii mai există o ofertă declarată admisibilă-clasată pe locul 2, este lipsită de interes în condițiile în care oferta contestatoarei este în mod corect respinsă.

Așadar, pentru a putea fi considerată persoană vătămată printr-un act emis de o autoritatea contractantă, în cadrul unei proceduri de achiziție publică, contestatoarea trebuie să aibă sau să fi avut un interes legitim în legătură cu procedura și să fi suferit, să sufere sau să riște să sufere un prejudiciu urmare a unui act al autorității contractante.

Deși, nici Legea nr. 101/2016 și nici Codul de procedură civilă nu definesc interesul, în doctrină s-a arătat că, prin acesta, se înțelege folosul practic imediat pe care îl are o parte pentru a justifica punerea în mișcare a acțiunii sale. Exercițiul dreptului de a formula o acțiune în justiție, precum și o contestație ca cea de față, cere o justificare, prin impunerea condiției interesului urmărindu-se evitarea unor litigii lipsite de orice utilitate. Interesul, indiferent că este moral și/sau material, trebuie să fie legitim, personal și direct, să fie născut și actual.

În consecință, având în vedere textele legale incidente menționate mai sus și faptul că oferta contestatoarei este corect respinsă, Consiliul constată că autoarea contestației nu justifică un interes legitim, născut și actual doar în contestarea ofertantului declarat câștigător, nu și a celui clasat pe locul 2.

Totodată, în Hotărârea Curții de Justiție a Comunităților Europene din 19 iunie 2003, cauza C-249/01, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de Bundesvergabeamt, în procedura Werner Hackermüller împotriva Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) și Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED), Curtea de Justiție a Comunităților Europene a statuat că, în conformitate cu art. 1 alin. (3) din Directiva 89/665, statele membre sunt obligate să se asigure că procedurile de revizuire stabilite de directivă sunt disponibile „cel puțin” oricărei persoane care are sau a avut un interes în obținerea unui anumit contract public și care a fost sau riscă să fie lezată de o presupusă încălcare a dreptului comunitar privind contractele de achiziții publice sau normele interne de aplicare a legii. Este, așadar, evident că prevederea nu obligă statele membre să instituie căile de atac disponibile pentru orice persoană care dorește să obțină un contract de achiziție publică, ci le permite să solicite ca persoana în cauză să fi fost sau să riște să fie lezată de încălcarea pe care o invocă. Prin urmare, art. 1 alin. (3) din Directiva 89/665 nu se opune ca respectivele căi de atac să fie disponibile pentru persoanele care doresc să obțină un anumit contract public decât dacă au fost sau riscă să fie lezate de încălcarea pe care o invocă.

În numeroase decizii de speță, instanțele de validare a deciziilor Consiliului au stabilit că o contestație a unui ofertant descalificat corect, este lipsită de interes - Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, Decizia nr. 396 din 28 februarie 2008, Curtea de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 781 din 3 iulie 2008, Curtea de Apel Brașov, Secția de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 503/R din 8 august 2008 etc.

Și practica recentă a instanțelor judecătorești este în același sens:

- Curtea de Apel Cluj, Secția a II-a Civilă de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 8543 din 22 octombrie 2014: *Pentru petentă analiza pe fond a ofertei câștigătoare prezintă interes doar în situația în care propria sa ofertă ar fi fost declarată eligibilă (acceptabilă), ceea ce nu s-a întâmplat. Față de împrejurarea ca oferta reclamantei, în urma soluționării prezentului litigiu nu va putea fi reținută de către autoritatea contractantă ca întrunind cerințele legale, pentru a putea fi aleasă ca fiind oferta câștigătoare, este inutil (lipsit de interes) a fi analizată pe fondul ei oferta câștigătoare.*

- Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 7353 din 24 octombrie 2014: *În privința criticilor aduse de către asocierea petentă deciziei de desemnare a SC ... SRL drept*

oferant câștigător al procedurii, lipsa de interes reținută prin Decizia Consiliului este întemeiată, în condițiile în care oferta proprie a petentei a fost declarată inacceptabilă ... în mod legal.

- Curtea de Apel București, Secția a VIII-a Contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 2305 din 20 octombrie 2011: *...Interesul în declararea drept inacceptabilă a ofertei câștigătoare se subsumează în totalitate păstrării calității de participant în procedura achiziției, calitate pe care petenta nu o mai întrunește ...*

- Curtea de Apel Craiova, Secția Contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 1395 din 02 iunie 2010: *Criticile privind oferta depusă de către ofertantul declarat câștigător vor fi reținute ca lipsite de interes în condițiile în care oferta petentei a fost reținută ca neconformă, astfel că nu ar putea obține niciun folos material direct din reținerea ca neconformă a ofertei declarate câștigătoare.*

- Curtea de Apel Craiova, Secția Contencios administrativ și fiscal, decizia nr. 577 din 05 februarie 2015: *Criticile privind oferta depusă de către ofertantul declarat câștigător sunt apreciate ca lipsite de interes în condițiile în care oferta petentei a fost reținută ca neconformă, neputând obține niciun folos material și direct din reținerea ca neconformă a ofertei declarate câștigătoare.*

După cum s-a arătat în doctrină, interesul este o condiție de promovabilitate a oricărui demers judiciar, iar în mod special, în materia achizițiilor publice, interesul în promovarea unei contestații este dat de vătămarea pe care operatorul economic o suferă într-un drept sau interes legitim prin modul de desfășurare a procedurii de achiziție publică. Or, prin prisma tuturor celor mai sus expuse, la momentul soluționării contestației, condițiile prevăzute la art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 trebuie îndeplinite în mod cumulativ.

În condițiile în care nu mai există nicio posibilitate de atribuire a contractului societății contestatoare, nu mai există niciun interes actual și direct al acesteia sau posibilitatea cauzării unui prejudiciu ca urmare a unui act al autorității contractante.

Luând în considerare aspectele prezentate, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge contestația formulată de, în contradictoriu cu, ca nefondată, în partea ce privește evaluarea propriei oferte și, ca lipsită de interes, în partea ce

privește evaluarea ofertei declarate câștigătoare. Pe cale de consecință, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de

Prezenta decizie va fi obligatorie pentru părțile cauzei potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se va putea formula plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate potrivit prevederilor art. 29 și 32 din Legea nr. 101/2016.

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

Admite, în principiu, cererea de intervenție formulată de

Respinge contestația formulată de, în contradictoriu cu, ca nefondată, în partea ce privește evaluarea propriei oferte și, ca lipsită de interes, în partea ce privește evaluarea ofertei declarate câștigătoare. Pe cale de consecință, admite cererea de intervenție formulată de

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactat în 5 exemplare originale, conține 16 pagini.